Urteilskopf

143 III 55

11. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause X. Inc. contre Z. Corporation (recours en matière civile) 4A_500/2015 du 18 janvier 2017

Regeste (de):

Internationale Schiedsgerichtsbarkeit; Verzicht auf Rechtsmittel (Art. 192 Abs. 1 IPRG).

Aufzeigen eines Lapsus Calami im (französischen) Text von Art. 192 Abs. 1 IPRG, der sowohl in der gedruckten als auch in der elektronischen Fassung der Systematischen Sammlung des Bundesrechts vorhanden ist (E. 3.1). Im konkreten Fall ist das Bundesgericht gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben nicht auf die Beschwerde der Klägerin eingetreten; dies aufgrund des den Anforderungen von Art. 192 Abs. 1 IPRG entsprechenden Rechtsmittelverzichts, der in der Schiedsklausel eines Vertrags enthalten ist, welcher vom Einzelschiedsrichter, dessen Zuständigkeit die Beklagte implizit durch Einlassung anerkannte, für nichtig erklärt wurde, weil die Unterschrift des Vertreters einer der beiden vertragsschliessenden Parteien gefälscht war (E. 3.2-3.4).

Regeste (fr):

Arbitrage international; renonciation au recours (art. 192 al. 1 LDIP).

Mise au jour d'un lapsus calami affectant le texte de l'art. 192 al. 1 LDIP dans la version tant imprimée qu'électronique du recueil systématique du droit fédéral relative à cette disposition (consid. 3.1). Dans le cas concret, le Tribunal fédéral, appliquant les règles de la bonne foi, déclare irrecevable le recours de la demanderesse, eu égard à la renonciation à recourir conforme aux réquisits de l'art. 192 al. 1 LDIP insérée dans la clause compromissoire d'un contrat que l'arbitre unique, dont la défenderesse avait admis implicitement la compétence (Einlassung), a jugé nul pour cause de falsification de la signature d'un représentant de l'une des deux parties contractantes (consid. 3.2-3.4).

Regesto (it):

Arbitrato internazionale; rinuncia al ricorso (art. 192 cpv. 1 LDIP).

Constatazione di un lapsus calami nel testo in francese dell'art. 192 cpv. 1 LDIP concernente sia la versione stampata che quella elettronica della raccolta sistematica del diritto federale (consid. 3.1). Nel caso concreto il Tribunale federale, applicando le regole sulla buona fede, ha dichiarato inammissibile il ricorso dell'attrice in ragione della rinuncia a ricorrere conforme ai requisiti dell'art. 192 cpv. 1 LDIP inserita nella clausola compromissoria di un contratto che l'arbitro unico, di cui la convenuta aveva implicitamente ammesso la competenza (Einlassung), ha giudicato nullo per la falsificazione della firma di un rappresentante di una delle due parti contraenti (consid. 3.2-3.4).

Sachverhalt ab Seite 56

BGE 143 III 55 S. 56

A. Le 13 novembre 2013, X. Inc. (ci-après: X.), société domiciliée au Belize, se fondant sur la clause compromissoire insérée à l'art. 18 du Share Purchase Agreement (ci-après: le contrat) qu'elle assurait avoir conclu, le 18 mars 2012, avec la société Z. (ci-après: Z.), entité de droit jordanien, a introduit une requête d'arbitrage contre cette dernière auprès de la London Court of International Arbitration (LCIA) en vue d'obtenir le paiement de la peine conventionnelle de quelque 93 millions de dollars états-uniens stipulée dans le contrat pour le cas où Z. ne respecterait pas son engagement de vendre à X. un certain nombre d'actions d'une banque jordanienne. La LCIA a désigné un arbitre

unique (ci-après: l'arbitre) en la personne d'un avocat zurichois. Dans sa réponse du 12 décembre 2013 à la requête d'arbitrage, Z. a soulevé une exception d'incompétence et conclu, subsidiairement, au rejet intégral de la demande. Elle a soutenu, à l'appui de cette exception, que la signature apposée au pied du contrat par le Dr V., CEO de Z., aux côtés de celle du représentant de X., avait été contrefaite (forged) et qu'elle-même n'avait pas eu connaissance du contrat avant de recevoir la requête d'arbitrage. Cependant, Z., dans une écriture du 20 novembre 2014, a prié l'arbitre de prendre note de ce qu'elle acceptait tacitement sa compétence (" 1. [...] that Respondent enters an unconditional appearance. "), puis, cela fait, de rejeter intégralement la demande pour cause de falsification de la signature du Dr V., le prétendu cosignataire du contrat.
B. Après avoir instruit l'affaire, l'arbitre a rendu sa sentence finale le 20 août 2015. En substance, il a rejeté la demande et constaté que le contrat n'avait pas été signé par le Dr V., la signature qu'aurait apposée ce dernier au pied de ce document ayant été contrefaite. L'arbitre a admis sa compétence du fait que la défenderesse avait procédé au fond sans émettre de réserve, abandonnant ainsi par cet acte concluant l'exception d'incompétence qu'elle avait soulevée initialement. Il a ensuite consacré l'essentiel de ses considérations à la démonstration de la falsification du contrat.
BGE 143 III 55 S. 57

C. Le 21 septembre 2015, X. (ci-après: la recourante) a formé un recours en matière civile, fondé essentiellement sur la violation de son droit d'être entendue (art. 190 al. 2 let. d LDIP), en concluant à l'annulation de la sentence du 20 août 2015. Le 18 février 2016, l'arbitre, qui avait produit son dossier, a exposé, sans se prononcer sur le fond, pourquoi, selon lui, le présent recours devrait être déclaré irrecevable. En tête de sa réponse du 25 avril 2016, l'intimée a conclu principalement à l'irrecevabilité et, subsidiairement, au rejet du recours. La recourante, dans sa réplique du 17 mai 2016, et l'intimée, dans sa duplique du 2 juin 2016, ont maintenu leurs conclusions initiales. (résumé)

Erwägungen

Extrait des considérants:

3. La recevabilité du présent recours suppose, entre autres conditions, que les parties n'aient pas exclu la possibilité d'interjeter un recours au sens de l'art. 190 LDIP (RS 291).
3.1 L'art. 192 al. 1 LDIP prévoit que, "[s]i les deux parties n'ont nidomicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP". Curieusement, l'article défini "les", inséré entre les termes "Si" et "deux" qui figurent dans le texte reproduit ci-dessus, a disparu tant de la version imprimée du recueil systématique du droit fédéral (RS 291 p. 57) que de la version électronique du même recueil (RS 291 p. 67), cette dernière faisant désormais foi (art. 15 al. 2 de la loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale [Loisur les publications officielles, LPubl; RS 170.512] dans sa nouvelle teneur selon le ch. I de la loi fédérale du 26 septembre 2014, en vigueur depuis le 1er janvier 2016 [RO 2015 3977]). Sans doutene s'agit-il là que d'un lapsus calami, mais cette erreur de plume mériterait d'être corrigée dès lors que la phrase en question, amputée de cet article défini, pourrait être interprétée en ce sens que, dans un arbitrage international mettant aux prises plus de deux parties, il suffirait que deux d'entre elles fassent la déclaration expresse prévue à l'art. 192 al. 1 LDIP pour que les autres soient considérées comme ayant, elles aussi, exclu tout recours contre la sentence les
BGE 143 III 55 S. 58

concernant. Or, telle n'est manifestement pas la signification que revêt la disposition citée, dont les versions allemande ("Hat keine der Parteien ...") et italienne ("... le parti ...") font d'ailleurs mieux ressortir que la version française la condition voulant que la renonciation émane de toutes les parties à la procédure arbitrale. Quoi qu'il en soit, le texte reproduit en tête du présent paragraphe correspond à celui qui a été publié dans le recueil officiel du droit fédéral (RO 1988 II 1821), lequel fait foi en cas de divergence avec celui de la version imprimée ou électronique du RS (art. 15 al. 1 LPubl).
La jurisprudence fédérale a dégagé progressivement les principes découlant de la disposition examinée. Il en ressort, en substance, que la pratique n'admet que de manière restrictive les conventions d'exclusion et qu'elle juge insuffisante une renonciation indirecte. Quant à la renonciation directe, elle ne doit pas forcément comporter la mention de l'art. 190 LDIP et/ou de l'art. 192 LDIP. Il suffit que la déclaration expresse des parties fasse ressortir de manière claire et nette leur volonté commune de renoncer à tout recours. Savoir si tel est bien le cas est affaire d'interprétation (ATF 134 III 260 consid. 3.1; voir aussi l'arrêt 4A_633/2014 du 29 mai 2015 consid. 2.2.1 et les précédents

cités). C'est le lieu de rappeler que la renonciation au recours vise tous les motifs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP, y compris celui tiré de l'incompétence du tribunal arbitral (ATF 134 III 260 consid. 3.2.4 p. 265; arrêt 4A_631/2011 du 9 décembre 2011 consid. 3), à moins que les parties n'aient exclu le recours que pour l'un ou l'autre de ces motifs (art. 192 al. 1 in fine LDIP).
3.2 Au troisième paragraphe de la clause compromissoire correspondant à l'art. 18 du contrat, qui a été reproduite aux pages 11 et 12 de l'acte de recours, figure le passage suivant: "The decision of the arbitrator in any such proceeding will be final and binding and not subject to judicial review. Appeals to the Swiss Federal Tribunal from the award of the arbitrator shall be excluded..." Que la clause en question satisfasse aux conditions posées par l'art. 192 al. 1 LDIP et la jurisprudence y relative pour une renonciation valable au recours n'est pas contestable. La recourante en est du reste consciente, qui expose, sous n. 94 à 99 de son mémoire, la raison pour laquelle l'application de cette disposition n'entrerait néanmoins pas en ligne de compte en l'espèce. De surcroît, l'intéressée, sous n. 15 de sa réplique, a précisé, à l'intention de l'intimée, laquelle s'était employée à démontrer la validité de ladite clause au regard de cette disposition légale, qu'elle "n'a[vait] jamais contesté le texte de la clause arbitrale".
BGE 143 III 55 S. 59

Toutefois, cette conclusion intermédiaire n'épuise pas le sujet. Les parties et l'arbitre ont, en effet, avancé différents arguments, qui pour contester l'applicabilité de la clause précitée aux circonstances du cas concret, qui pour la justifier. Aussi la Cour de céans, tenue qu'elle est d'examiner cette condition de recevabilité du recours, commencera-t-elle par résumer les points de vue antagonistes avant de trancher la question litigieuse.
3.3

3.3.1 Evoquant spontanément cette question au début de son mémoire de recours, la recourante met l'accent sur le fait que l'intimée, défenderesse dans la procédure arbitrale, a soulevé d'emblée une exception d'incompétence, au motif que le contrat contenant la clause compromissoire n'avait pas été conclu du tout, étant donné la falsification de la signature du Dr V., avant de finir par admettre la compétence de l'arbitre, le 20 novembre 2014, en entrant en matière sur le fond (unconditional appearance). Selon elle, comme la compétence de l'arbitre résulte de cette acceptation tacite (Einlassung), et non pas de la clause arbitrale insérée dans le contrat, la renonciation au recours formulée dans ladite clause ne s'appliquerait pas en l'espèce.
3.3.2 Tout en admettant être entrée en matière sur le fond à la date sus-indiquée, l'intimée conteste en revanche, dans sa réponse au recours, la conclusion que la recourante a tirée de cette circonstance. A l'en croire, cette entrée en matière sur le fond n'a pas entraîné la conclusion d'une nouvelle convention d'arbitrage, mais simplement la perte de son droit de maintenir l'exception d'incompétence qu'elle avait soulevée in limine litis. Par conséquent, cette acceptation tacite de la compétence de l'arbitre s'est accompagnée d'un accord à tout le moins implicite donné par elle, l'intimée, à la mise en oeuvre de l'arbitrage aux conditions fixées dans la clause compromissoire (siège de l'arbitrage, choix de l'institution arbitrale, nombre d'arbitres et langue de la procédure), y compris la renonciation à tout recours contre la sentence à venir. L'intimée fait valoir, par ailleurs, que la position adoptée par la recourante violerait le principe de la bonne foi en ce qu'elle comporte une contradiction irréductible consistant à soutenir, d'un côté, que le contrat a été valablement conclu par les représentants autorisés des deux parties et, de l'autre, que l'une de ses clauses, à savoir la renonciation au recours, ne lui serait pas opposable.
BGE 143 III 55 S. 60

3.3.3 Pour sa part, l'arbitre émet deux hypothèses, dont chacune conduit à l'irrecevabilité du recours, sous la réserve - admise par la Cour de céans - que la clause de renonciation au recours remplisse les exigences fixées par l'art. 192 al. 1 LDIP. La première hypothèse, qu'il a écartée, est celle où le contrat, non falsifié, serait venu à chef en tous ses éléments constitutifs. Dans cette hypothèse, l'arbitre considère que toutes les clauses du contrat continueraient à s'appliquer, y compris celle relative à la renonciation à recourir, l'entrée en matière inconditionnelle de l'intimée sur le fond ne le libérant que du devoir d'examiner plus avant sa compétence, mais pas de celui de rechercher si le contrat existait ou non. Et l'arbitre, envisageant encore le scénario dans lequel, ayant admis sa compétence du fait de l'acceptation tacite de celle-ci par l'intimée, il aurait accueilli les conclusions au fond de la recourante, contrairement à ce qu'il a fait, se demande si, dans ce cas de figure, la recourante, confrontée à un recours exercé par l'intimée contre la sentence, aurait pu soutenir que la renonciation au recours était inopérante. La seconde hypothèse - celle de la falsification du contrat, dont résulterait nécessairement l'inexistence de la renonciation à recourir formant l'une des clauses de ce même contrat -, qui a été retenue en l'occurrence, amène l'arbitre à s'interroger sur le point de savoir si la recourante ne devrait pas se laisser imputer, au titre de l'abus de droit, le fait d'avoir

soutenu de mauvaise foi, tout au long de la procédure arbitrale, qu'elle était liée par le contrat incluant la renonciation au recours.
3.3.4 Dans sa réplique, la recourante s'emploie à réfuter les arguments avancés par l'intimée et l'arbitre. En premier lieu, l'intéressée maintient que la compétence de l'arbitre ne se fonde pas sur la clause arbitrale insérée dans le contrat, mais découle uniquement de l'entrée en matière de l'intimée sur le fond. Il serait, en effet, totalement artificiel, selon elle, de soutenir, en l'absence de toute manifestation de volonté concluante, que cet acte de l'intimée exprimait l'accord de cette dernière à ce que l'arbitrage se poursuivît sur la base de la clause arbitrale contenue dans un contrat qu'elle affirmait ne pas avoir conclu. Le "timing" de cette entrée en matière sur le fond très tardive - i.e. cinq jours seulement après le rejet par l'arbitre de la requête de la recourante visant à pouvoir produire une contre-expertise aux expertises ordonnées par l'arbitre -serait du reste hautement inusuel, voire suspect. Toujours selon la recourante, il aurait échappé à l'intimée que la renonciation au
BGE 143 III 55 S. 61

recours est un accord spécifique, soumis à des exigences particulières, et que, faute de remplir les conditions de validité de l'art. 192 al. 1 LDIP, une Einlassung ne saurait inclure une renonciation valable au recours. Au demeurant, le principe de la séparabilité, ancré à l'art. 178 al. 3 LDIP, ne s'appliquerait pas à une telle renonciation. En second lieu, la recourante s'inscrit en faux contre le reproche qui lui est fait d'avoir violé les règles de la bonne foi. A l'en croire, la double hypothèse émise par l'arbitre dans sa réponse au recours serait absurde et même choquante. En effet, si l'arbitre avait retenu sa thèse à elle, il aurait jugé le contrat valable et admis les prétentions qu'elle en déduisait, si bien qu'elle n'aurait pas dû s'adresser au Tribunal fédéral pour être rétablie dans ses droits. Or, c'est la solution inverse qu'il a choisie, jugeant le contrat frauduleux. Dès lors, la conséquence qu'emporte cette solution devant aussi s'appliquer à la clause de renonciation à recourir, celle-ci ne saurait lier la recourante. L'argument que l'intimée et l'arbitre voudraient tirer du principe de la bonne foi se retournerait d'ailleurs contre eux: ce sont eux, en effet, qui ont soutenu, respectivement décidé, que le contrat contenant la clause de renonciation au recours n'avait pas été conclu, s'agissant d'un acte falsifié; c'est dire que l'on voit mal comment ils pourraient, de bonne foi, se fonder aujourd'hui sur cette clause-là pour contester la recevabilité du recours. En définitive, la recourante estime ne commettre aucun abus de droit ni faire preuve d'une quelconque mauvaise foi en empruntant la voie de recours qui lui est ouverte, étant donné les circonstances, et dont elle n'aurait pas eu besoin de se servir si elle avait obtenu gain de cause.
3.3.5 Persistant à soutenir que son entrée en matière sur le fond l'a simplement privée du droit de maintenir son exception d'incompétence, mais que les modalités de la compétence arbitrale (nombre d'arbitres, siège de l'arbitrage, langue de la procédure, etc.) ne pouvaient en aucun cas reposer sur ce seul acte, l'intimée maintient, dans sa duplique, que son Einlassung a eu pour effet de guérir la clause d'arbitrage contenue dans le contrat. Elle écarte, par ailleurs, l'accusation de la recourante relative au "timing" de cette entrée en matière, la jugeant non seulement infondée mais également hors de propos, le moment où intervient ledit acte n'ayant aucune incidence sur les effets de celui-ci. L'intimée fait encore valoir que le contrat comprenant la clause de renonciation au recours devrait être assimilé à une offre et l'entrée en matière de l'intimée sur le fond à l'acceptation de cette offre, rendant ainsi valable la clause de renonciation. Pour le surplus, elle affirme qu'il serait contraire au principe de la bonne foi
BGE 143 III 55 S. 62

d'admettre, dans les circonstances très particulières qui caractérisent la cause en litige, que la recourante, qui a falsifié la signature du représentant d'une des parties au contrat et a inséré dans ce dernier une clause compromissoire contenant une renonciation au recours, ne puisse pas se voir opposer cet engagement-ci.
3.4 Point n'est besoin d'examiner ici le bien-fondé des arguments avancés de part et d'autre, le plus souvent d'ailleurs sous la forme d'hypothèses, dès lors que le motif exposé ci-après justifie à lui seul la décision prise par la Cour de céans de ne pas entrer en matière sur le présent recours. Le comportement contradictoire adopté par la recourante dans cette affaire apparaît incompatible avec les règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC; venire contra factum proprium). En effet, cette partie a invoqué le contrat, lequel contient une clause compromissoire incluant une renonciation à recourir au Tribunal fédéral qui satisfait aux réquisits de l'art. 192 al. 1 LDIP, pour en déduire une prétention pécuniaire à l'encontre de l'intimée et en faire le fondement de sa requête d'arbitrage. L'intimée, de son côté, a contesté l'existence même dudit contrat, motif pris de la falsification de l'une des deux signatures apposées au pied de ce document, et, par voie de conséquence, la compétence de l'arbitre fondée sur l'art. 18 du contrat. Elle a ensuite renoncé tacitement à son exception d'incompétence en entrant en matière sur le fond. L'arbitre a rejeté intégralement la demande parce que le contrat sur lequel elle est censée reposer n'existe pas selon lui, s'agissant d'un acte muni

d'une signature contrefaite. En saisissant le Tribunal fédéral, la recourante entend obtenir l'annulation de la sentence attaquée, dans l'espoir qu'une nouvelle sentence reconnaîtra la validité du contrat et, partant, lui allouera la prétention qui en découle. Le problème, c'est qu'elle plaide à la fois l'inexistence du contrat (à l'instar de l'intimée qui a convaincu l'arbitre), pour échapper à la clause de renonciation à recourir qu'elle y a valablement souscrite (elle-même ne contestant pas la véracité de la signature apposée au pied du contrat par son président), et l'existence du contrat, pour obtenir le paiement des 93 millions de dollars qu'elle réclame à l'intimée. En d'autres termes, la thèse soutenue par la recourante, afin de justifier la validité de la saisine du Tribunal fédéral, épouse celle sur laquelle l'intimée avait elle-même fait fond pour justifier son exception d'incompétence. Empreinte d'une contradiction irréductible, elle viole les règles de la bonne foi. On ne peut pas vouloir tout et son contraire. Soit le contrat existait, soit il n'existait pas. Dans la première hypothèse, toutes ses clauses seraient
BGE 143 III 55 S. 63

opposables aux parties, y compris la clause compromissoire assortied'une renonciation à recourir; dans la seconde, la recourante pourrait certes recourir, mais elle n'aurait plus d'intérêt à le faire puisque la condition préalable à ce recours, i.e. l'admission de l'inexistence du contrat, l'empêcherait d'emblée de faire valoir la prétentionélevée par elle sur le fondement de cet acte inexistant. Peu importeque l'intimée ait accepté tacitement, par la suite, de se laisser assigner devant l'arbitre, à la seule fin d'ailleurs de faire constater par ce dernier l'inexistence du contrat et d'obtenir le rejet intégral de la demande de son adverse partie;le "timing" de pareille acceptation n'est pas non plus déterminant tout comme le fait que l'arbitre saisia admis sa compétence sur la base de cette Einlassung. De telles circonstances ne sont pas décisives pour juger de la bonne ou de la mauvaise foi de la recourante, car elles sont indépendantes de la volontéde cette partie. En revanche, la situation eût vraisemblablement étédifférente, du point de vue de l'intimée, si l'arbitre avait jugé lecontrat valable et accueilli la demande de la recourante. L'intimée, interjetant un recours en matière civile au Tribunal fédéral, n'aurait alors guère pu se voir opposer une attitude contradictoire, contraireaux règles de la bonne foi, dès lors que, plaidant l'inexistence ducontrat, elle eût adopté un comportement conséquent revenant àcontester à la fois la validité de la renonciation à recourir inclusedans la clause compromissoire partageant le sort d'un contrat inexistant, d'une part, et le fondement même de la prétention litigieusedéduite dudit contrat, d'autre part. Quoi qu'il en soit, le comportement déterminant, s'agissant de décider de la recevabilité du présent recours, est celui, non pas de l'intimée, mais de la recourante. Aussi la question décisive à cet égard peut-elle être formulée en ces termes: est-il conforme aux règles de la bonne foi qu'une partie affirmant avoir signé un contrat dans lequel elle s'est engagée, au moyen d'une clause de renonciation conforme aux exigences de l'art. 192 al. 1 LDIP, à n'attaquer aucune sentence y relative devant le Tribunal fédéral, quand bien même l'arbitre appelé à statuer sur le fond conclurait à l'inexistence dudit contrat pour cause de falsification, puisse néanmoins former un recours en matière civile devant cette autorité? Posée autrement, de manière plus synthétique, la même question pourrait être libellée ainsi: une partie qui s'est engagée vis-à-vis de l'autre à se soumettre à toute sentence future visant à liquider un différend issu du contrat signé par elles
BGE 143 III 55 S. 64

peut-elle se libérer unilatéralement de son engagement ? La réponse est évidemment négative dans l'un et l'autre cas. Force est ainsi de constater l'irrecevabilité du présent recours. (...)