

S. 352 / Nr. 53 Staatsverträge (f)

BGE 78 I 352

53. Arrêt du 24 septembre 1942 en la cause Telefunken contre Cour de justice de Genève et N.V. Philips

Regeste:

1. Recours pour violation de traités internationaux. Compétence et pouvoir d'examen du Tribunal fédéral (consid. 1).

2. Protocole de Genève du 24 septembre 1923, relatif aux clauses d'arbitrage.

Ch. 1er al. 1: Le jugé suisse applique le Protocole même si, dans les relations entre les deux Etats à la juridiction desquels sont soumises les parties, les effets en sont suspendus (consid. 2). Ch. 2 al.

1. Interprétation de la volonté des parties exprimée dans la convention d'arbitrage en ce qui concerne la nomination des arbitres. Nomination d'arbitres par le Tribunal fédéral (consid. 3).

Application de la loi genevoise à titre de loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu. Consid. 4 et 5..

3. Examen par le juge cantonal, dans un litige relatif à la nomination d'un arbitre, de la compétence du tribunal arbitral. Point soustrait à la censure du Tribunal fédéral (consid. 7).

1. Beschwerden wegen Verletzung von Staatsverträgen mit dem Ausland: Zuständigkeit und Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts (Erw. 1).

2. Genfer Protokoll über die Schiedsklauseln vom 24. September 1923.

Ziff. 1 Abs. 1: Der schweizerische Richter wendet das Protokoll auch dann an, wenn dessen Wirkungen zwischen den beiden

Seite: 353

Staaten, unter deren Gerichtsbarkeit die Parteien stehen, suspendiert sind (Erw. 2).

Ziff. 2 Abs. 1 Ermittlung des Parteiwillens, welcher den die Ernennung der Schiedsrichter betreffenden Bestimmungen des Schiedsvertrags zugrunde liegt. Ernennung von Schiedsrichtern durch das Bundesgericht (Erw. 3).

Anwendung des Genfer Rechts als «Gesetzgebung des Landes, auf dessen Gebiet das Schiedsverfahren stattfindet» (Erw. 4 und 5).

1. Ist der Richter im Streit über die Ernennung eines Schiedsrichters befugt, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu prüfen? (Erw. 7).

1. Ricorso per violazione di trattati internazionali. Competenza e sindacato del Tribunale federale (consid. 1).

2. Protocollo di Ginevra relativo alle clausole d'arbitrato del 24 settembre 1923.

Cifra 1, cp. 1. Il giudice svizzero applica il protocollo anche se, nelle relazioni tra i due Stati alla cui giurisdizione sono assoggettate le parti, gli effetti sono sospesi (consid. 2).

Cifra 2 cp. 1. Interpretazione della volontà delle parti espressa nella convenzione arbitrale per quanto concerne la nomina degli arbitri. Nomina di arbitri da parte del Tribunale federale (consid. 3).

Applicazione della legge ginevrina come «legge dello Stato sul cui territorio ha luogo l'arbitrato» (consid. 4 e 5).

3. Il giudice cantonale, nella lite relativa alla nomina d'un arbitro, ha potere per esaminare la competenza del tribunale arbitrale? Punto sottratto alla censura del Tribunale federale (consid. 7).

A. - Le 24 novembre 1931, N. V. Philips'Gloeilampenfabrieken, à Eindhoven, a conclu avec Telefunken Gesellschaft für drahtlose Telegraphie m.b.H., à Berlin, un contrat de cartel dit «Roehrenvertrags, qui, sous sa huitième section, intitulée: «Tribunal arbitral», porte notamment les clauses suivantes:

206. Pour autant que le présent contrat ne dispose rien de contraire, tous les litiges nés de ce contrat seront soumis à un tribunal arbitral qui se prononcera d'une manière définitive et obligatoire, la voie de droit ordinaire étant exclue.

207. Les parties contractantes renoncent expressément et irrévocablement au droit de saisir les tribunaux ordinaires.

208. Le tribunal arbitral se prononce selon le droit suisse et, en ce qui concerne la procédure, selon la procédure civile du canton de Genève. Si, selon ces règles légales, on ne peut renoncer au droit d'attaquer la sentence arbitrale, les tribunaux ordinaires du canton de Genève seront seuls compétents pour connaître du recours ou prononcer l'annulation. Le tribunal arbitral se compose de trois membres. En cas de litige, chacune des parties nomme

Seite: 354

un arbitre et les deux arbitres ainsi nommés désignent le tiers-arbitre. Lorsqu'une des parties ne nomme pas son arbitre dans le délai d'un mois après y avoir été invitée par l'autre ou lorsque les deux arbitres nommés en premier lieu ne peuvent, dans le délai d'un mois, se mettre d'accord sur la personne du tiers-arbitre, dest le président du Tribunal fédéral suisse qui les nomme. (Traduit de l'allemand).

Le 30 juin 1947, Philips écrivit à Telefunken aux fins de mettre sur pied, conformément au Roehrenvertrag, un règlement de comptes entre les parties. Aucune entente n'étant intervenue, Philips désigna son arbitre le 14 octobre 1948. Le 14 décembre suivant, elle pria le Président du Tribunal fédéral de désigner un arbitre pour Telefunken, mais ce magistrat refusa de donner suite à la requête, parce que Telefunken d'admettait pas la voie arbitrale pour le litige dont il s'agissait.

Philips introduisit alors action devant le Tribunal de première instance de Genève. Elle demandait qu'un arbitre fût désigné pour Telefunken et que la mission incombant au tribunal arbitral fût fixée. Jugeant par défaut, le 28 novembre 1949, le tribunal admit les conclusions de Philips, désigna l'arbitre de Telefunken, le chargea de désigner le tiers-arbitre, d'entente avec l'arbitre de Philips, et formula les questions à résoudre par le tribunal arbitral.

Telefunken releva alors le défaut en concluant au déboutement de Philips, mais, sur le vu de la procédure contradictoire, le Tribunal de première instance maintint son premier jugement.

Sur appel de Telefunken, la Cour de justice, par arrêt du 18 avril 1952, confirma le jugement attaqué en ce qui concerne la nomination, mais modifia en revanche certaines des questions posées aux arbitres. Les motifs de cet arrêt se résument comme il suit:

La compétence des tribunaux genevois *ratione loci* découle tout d'abord du Roehrenvertrag lui-même, selon lequel la procédure genevoise fait règle pour l'instance arbitrale et selon lequel, en outre, les tribunaux genevois

Seite: 355

sont compétents dans le cas où la renonciation des parties à toute voie de recours ne serait pas valable. Cela suffit à fonder la compétence des tribunaux genevois pour la procédure antérieure et nécessaire à la constitution du tribunal arbitral, procédure qui, lato sensu, fait partie de l'arbitrage. Mais cette compétence *ratione loci* découle également du Protocole de Genève, du 24 septembre 1923, relatif aux danses d'arbitrage (en bref: le Protocole de Genève), selon lequel «La procédure d'arbitrage, y compris la constitution du tribunal arbitral, est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu» (ch. 2 al. 1). Les parties ont du reste implicitement désigné les tribunaux genevois pour connaître de toute difficulté que le droit genevois, qu'elles ont déclaré applicable, peut renvoyer aux tribunaux. Les tribunaux genevois ne sauraient décliner leur compétence sans violer le Protocole de Genève.

Les mêmes tribunaux sont aussi compétents *ratione materiae*. Selon l'art. 374 CPC gen. «dans le cas de l'arbitrage forcé si les parties ne s'accordent sur le choix, les arbitres seront nommés suivant le mode prévu par la convention et, à défaut de stipulation à cet égard, par le Tribunal». Il faut assimiler au cas où il n'y a pas de convention sur le mode de nomination des arbitres celui où, comme en l'espèce, il y a bien une convention sur ce point, mais où la procédure qu'elle prévoit ne peut être suivie, soit qu'il y ait impossibilité absolue par suite d'un changement dans les circonstances, soit que les parties se soient heurtées au refus d'un tiers au quel elles étaient convenues (le confier le choix d'un ou des arbitres).

Les tribunaux genevois sont donc bien compétents, dans la présente espèce, pour nommer l'arbitre de Telefunken, mais à condition toutefois qu'il y ait effectivement lieu à arbitrage. «Ils doivent examiner la question comme ils le font lorsqu'ils sont saisis d'une demande au fond et que le défendeur excipe d'incompétence à cause d'une clause arbitrale». En principe, par conséquent, s'il y a

Seite: 356

litige sur l'existence ou la validité d'une danse d'arbitrage, il appartient au juge, dans la procédure antérieure et nécessaire à la formation du tribunal arbitral, de se prononcer sur ce point, à moins que les parties n'aient voulu le soumettre à la connaissance des arbitres eux-mêmes. En nommant les arbitres et en désignant les objets soumis à leur décision, le juge observe la volonté des parties et leur impose le respect de la loi qui les lie. En outre, il n'a pas à commettre des arbitres lorsque le droit public s'y oppose. D'une façon générale, on peut dire que tout litige qui concerne la danse arbitrale elle-même doit être tranché par les tribunaux ordinaires saisis, sauf stipulation contraire. Il appartient par contre exclusivement aux arbitres de trancher des questions qui se posent indépendamment de la clause arbitrale et qui seraient celles-là mêmes qu'auraient à trancher les tribunaux ordinaires si cette clause n'existait pas. C'est à eux qu'il incombe de dire s'il y a au fond obligation entre les parties, si les contrats à la base sont valables, toujours en vigueur, exécutoires». Telefunken allègue que le Roehrenvertrag est caduc et que la clause arbitrale ne lie plus les parties.

Selon son ch. 205, le Roehrenvertrag a pris fin le 30 juin 1946. Mais les parties n'en demeurent pas moins liées par la clause arbitrale insérée sous les ch. 206 ss. Peu importe également, de ce point de vue, que le Roehrenvertrag ait pris fin dès l'ouverture des hostilités entre l'Allemagne et les Pays-Bas comme le soutient Telefunken, ou dès le 18 septembre 1944, date de la libération des Pays-Bas, comme Philips l'affirme. De par le ch. 208 du contrat, les arbitres jugent selon le droit suisse. Ce droit, applicable au contrat, l'est aussi à la convention d'arbitrage. Or, selon le droit suisse, les circonstances de guerre invoquées ne sauraient avoir pour effet d'annuler cette convention et l'on ne peut, en l'état, tenir compte de traités de paix, qui n'existent pas encore. Si un droit public nouveau obligeait les arbitres à se dessaisir, il leur appartiendrait de le constater. Telefunken soutient en outre que les lois émises par les

Seite: 357

puissances occupantes en Allemagne lui rendraient impossible l'exécution du contrat et même la participation à une procédure ayant le contrat pour objet. C'est seulement si les lois visées affectaient la convention d'arbitrage elle-même que la Cour aurait à s'occuper de cet argument. Or, elle ne voit rien, dans cette législation, qui permette de le croire. Dans le cas où les lois des puissances occupantes rendraient la danse arbitrale inopérante en interdisant à Telefunken de plaider, alors il s'agirait de dispositions de droit étranger dont les tribunaux suisses, jugeant selon le droit suisse, n'auraient pas à tenir compte. Dans la mesure où Telefunken invoquerait un cas de force majeure (art. 119 CO), l'empêchant de prendre part à la procédure arbitrale (impossibilité matérielle faute de devises ou impossibilité juridique), il appartiendrait aux arbitres d'en connaître, car «il ne s'agit pas non plus ici de questions qui se posent du fait qu'il y a clause arbitrale». «Les moyens de Telefunken valent aussi bien à l'encontre de la procédure devant les tribunaux ordinaires suisses, s'ils étaient compétents, qu'à l'encontre de la procédure arbitrale voulue par Philips».

B. - En temps utile, Telefunken a formé un recours de droit public contre cet arrêt, dont elle demande l'annulation. Elle invoque l'art. 4 est., la violation des art. 369 ss., notamment de l'art. 374 CPC gen., du Protocole de Genève et de la Convention internationale du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères (en bref: la Convention du 26 septembre 1927) et, d'une manière générale, la violation du droit international privé et de ses règles de rattachement.

C. - Dans sa réponse, la Cour de justice déclare s'en référer à son arrêt.

D. - Philips conclut au rejet du recours.

Considérant en droit:

1.- La demande formée par Philips devant les tribunaux genevois tendait uniquement à la nomination de

Seite: 358

l'arbitre de Telefunken en vue de la constitution du tribunal arbitral prévu par le Roehrenvertrag. Telefunken allègue en particulier que l'arrêt rendu par la Cour de justice le 18 avril 1952, violerait des traités internationaux conclus par la Confédération, à savoir le Protocole de Genève et la Convention du 26 septembre 1927. Ces traités ne concernent pas «les relations commerciales et douanières, les patentes, la libre circulation et l'établissement» (art. 125 ch. 1 lit. c OJ). Leurs dispositions qu'invoque la recourante (ch. 2 du Protocole de Genève et art. 1er al. 2 de la Convention du 26 septembre 1927) ne sont pas non plus des dispositions de droit civil ou de droit pénal «(art. 84 ch. 1 lit. c OJ). En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (RO 41 II 534, 71 II 179 etc.), le contrat d'arbitrage relève de la procédure civile; les conventions internationales qui règlent la nomination des arbitres, la procédure et l'exécution des sentences arbitrales en relèvent aussi. Il suit de là que le Tribunal fédéral est compétent pour connaître, par la voie du recours de droit public, des griefs que Telefunken soulève sur l'application des traités internationaux. Il a du reste, dans ce domaine, pouvoir de libre examen et n'est pas limité au point de vue étroit de l'arbitraire (art. 4 Cst. RO 77 I 47 et les arrêts cités).

2.- Selon le ch. 2 al. 1 du Protocole de Genève, «la procédure de l'arbitrage, y compris la constitution du tribunal arbitral, est réglée par la volonté des parties et par la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu». Cette disposition est, en principe, applicable au cas particulier, s'agissant de la constitution du tribunal arbitral.

La recourante allègue il est vrai que, selon la doctrine généralement reçue en droit international, le Protocole de Genève, ratifié à la fois par la Suisse, les Pays-Bas et l'Allemagne, ne serait pas applicable en l'espèce, car, entre ces deux derniers pays, ses effets seraient suspendus depuis l'ouverture des hostilités, le 10 mai 1940. Mais il n'en reste pas moins qu'à l'égard de la Suisse, Etat resté neutre, les

Seite: 359

Pays-Bas d'une part, l'Allemagne d'autre part demeurent liés par cette convention. Du point de vue

du juge suisse, les parties au présent litige sont respectivement soumises à la juridiction d'Etats contractants. La condition posée par le ch. 1er al. 1 du Protocole de Genève est donc remplie et cette convention s'applique. Peu importe que, dans les relations entre les deux Etats à la juridiction desquels sont soumises les parties, on doive considérer les effets de la convention comme suspendus ou non.

Il est donc nécessaire de rechercher, conformément au ch. 2 al. 1 du Protocole de Genève si le juge genevois était fondé à nommer l'arbitre de Telefunken premièrement selon la volonté des parties et secondement, au besoin, selon la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu. Comme il a été dit plus haut, le Tribunal fédéral examinera librement ces deux points (v. consid. 1). Le grief d'arbitraire que la recourante élève contre l'interprétation de la loi de procédure civile genevoise par l'arrêt attaqué n'aura donc pas à être examiné spécialement.

3.- Sur la nomination des arbitres, les parties sont convenues (ch. 208 du Roehrenvertrag) que chacune d'entre elles nommera le sien et que si l'une ne le fait pas dans le délai d'un mois, son arbitre sera désigné par le Président du Tribunal fédéral. En l'espèce, Telefunken s'étant refusée à désigner son arbitre, Philips a demandé au Président du Tribunal fédéral de le nommer. Ce magistrat, cependant, a refusé de faire droit à la requête, parce que l'une des parties contestait que le litige dût être soumis à la juridiction arbitrale. Cette décision est éclairée par la jurisprudence (RO XVIII p. 617 31 I 599) selon laquelle, la nomination d'arbitres ne rentrant pas dans les attributions officielles du Tribunal fédéral, cette autorité se refuse à de telles nominations lorsque l'une des parties allègue l'invalidité du contrat d'arbitrage ou conteste que le litige relève de ce contrat. Dans un tel cas, le Tribunal fédéral exige, pour donner suite à la demande de nomination, que la contestation qui s'oppose à son intervention

Seite: 360

ait été préalablement tranchée par un jugement. Telefunken voudrait que cette procédure fût suivie en l'espèce Philips s'y oppose. Il est nécessaire d'examiner cette question à la lumière de la convention d'arbitrage.

Cette convention ne règle pas l'éventualité où le Président du Tribunal fédéral refuserait de nommer l'arbitre en lieu et place de l'une des parties, défaillante, ou même refuserait de le nommer tout en réservant le cas où la compétence du tribunal arbitral aurait fait l'objet d'un jugement préalable. En effet, les parties n'ont ni désigné la personne ou l'autorité qui nommerait l'arbitre à défaut du Président du Tribunal fédéral, ni stipulé qu'en cas de refus de ce magistrat le litige serait porté devant le juge ordinaire, la voie arbitrale étant désormais fermée. Du reste, les hommes d'affaires et les hommes de loi avertis qui ont sans doute collaboré à la rédaction d'un contrat aussi important que le Roehrenvertrag auraient examiné ou fait examiner l'éventualité d'un refus s'ils l'avaient envisagée. Ils auraient alors vu que, du fait de la jurisprudence qu'on vient de rappeler, la clause prévoyant l'intervention du Tribunal fédéral, telle qu'on la trouve sous le ch. 208, n'avait pour ainsi dire aucune portée pratique et ils l'auraient nécessairement modifiée. On ne saurait en tout cas déduire de cette clause que, pour le cas où le Président du Tribunal fédéral se refuserait à nommer l'arbitre, les parties auraient entendu se soumettre, au besoin et préalablement à tout arbitrage, à une procédure judiciaire pour faire trancher la question de la compétence du tribunal arbitral. On le peut d'autant moins qu'elles sont expressément convenues (ch. 207 du Roehrenvertrag) qu'elles renonçaient irrévocablement au droit de porter leurs différends devant les tribunaux ordinaires.

4.- La volonté exprimée par les parties ne permettant pas de trancher la question qui se pose, il y a lieu de se référer, comme on l'a dit plus haut, à la loi du pays sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu (oh. 2 al. 1 du Protocole de Genève).

Seite: 361

L'arbitrage aura incontestablement lieu en Suisse, de sorte que la loi applicable est la loi suisse. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral précitée (v. consid. 1), le contrat d'arbitrage relève de la procédure civile; les clauses qui règlent la nomination des arbitres en relèvent aussi. Cependant, la loi fédérale de procédure civile n'est pas applicable, car le litige sur le fond ressortirait au juge cantonal (art. 1 PCF). C'est donc l'une des lois cantonales de procédure qui s'appliquera nécessairement. Or, seule la loi genevoise entre en ligne de compte, la convention d'arbitrage (ch. 208 du Roehrenvertrag) localisant le litige à Genève et prévoyant en particulier que le tribunal arbitral appliquera la procédure genevoise.

L'art. 374 LPC gen. prévoit que, «Dans le cas de l'arbitrage forcé, si les parties ne s'accordent sur le choix, les arbitres seront nommés suivant le mode prévu par la convention et, à défaut de stipulation à cet égard, par le Tribunal». Il s'agit incontestablement, dans la présente espèce, d'un arbitrage forcé (art. 370 LPC gen.), puisque les parties ont irrévocablement renoncé à déférer à la juridiction ordinaire les litiges visés par la convention d'arbitrage. Il s'ensuit qu'à défaut de volonté exprimée par les parties, il appartenait au «Tribunal», c'est-à-dire au juge ordinaire, de désigner l'arbitre de

Telefunken. La recourante allègue par conséquent à tort que le juge genevois aurait donné de l'art. 374 LPC gen. une interprétation arbitraire. Cette disposition légale s'applique de plein droit et non pas par analogie comme l'a dit la Cour de justice.

On ne saurait objecter que, les parties ayant précisément voulu éviter toute procédure judiciaire, sauf le cas où la loi applicable ne leur permettrait pas de renoncer au recours contre la sentence arbitrale, il n'est pas possible de leur imposer une telle procédure pour faire nommer un arbitre si l'une d'entre elles se refuse à cette désignation. Il est vrai que l'interprétation de leur volonté, exprimée dans la convention d'arbitrage, ne permet pas de leur imposer une procédure judiciaire. Mais la loi qui s'applique

Seite: 362

pour suppléer le défaut de leur volonté commune le permet en revanche.

5.- Le «Tribunal» que vise l'art. 374 LPC gen. est le Tribunal de première instance de Genève selon la loi genevoise d'Organisation judiciaire elle-même (art. 17). On ne voit pas, du reste, quel autre juge pourrait être compétent *ratione loci*. La recourante serait en tout cas mal venue à contester la compétence du juge genevois. Car l'art. 208 du Roehrenvertrag lui-même prévoit que la loi genevoise de procédure civile sera applicable à l'arbitrage. Il faut y voir une convention des parties mettant dans la compétence du juge genevois les actes par lesquels l'Etat doit intervenir pour régler la procédure arbitrale (RO XXXI, t. I, p. 585; consid. 2; arrêt non publié en la cause Ideal Film S.A., du 27 mars 1947, consid. 5 lit. b).

6. -

7.- La recourante allègue enfin qu'elle n'a pas refusé sans droit de désigner son arbitre, qu'elle n'avait premièrement pas à le faire, le Roehrenvertrag ayant cessé de sortir ses effets dès l'ouverture des hostilités entre l'Allemagne et les Pays-Bas et étant expiré en tout cas le 30 juin 1946, selon son ch. 205. Elle allègue en outre qu'elle a été empêchée de désigner son arbitre par les lois que les autorités d'occupation ont promulguées en Allemagne, lois que le juge suisse doit prendre en considération de par les règles de rattachement du droit suisse et qu'on ne saurait dire incompatibles avec l'ordre public suisse. Elle estime qu'il s'agit là d'un cas de force majeure. Enfin, elle affirme que le règlement de litiges tels que celui qui s'est élevé entre elle et Philips devra être prévu par les traités de paix.

Elle conteste donc que le tribunal arbitral à la constitution duquel tend l'arrêt attaqué soit compétent ou, tout au moins, puisse se saisir de la demande qui doit lui être soumise. La cour cantonale a examiné cette question dans la mesure où les arguments invoqués ne pouvaient l'être qu'à l'encontre de la seule procédure d'arbitrage et auraient été inopérants s'il s'était agi d'une procédure devant le

Seite: 363

juge ordinaire. Mais on ne voit pas, fût-ce dans cette mesure restreinte, que les questions examinées aient été décisives pour l'objet même du litige, c'est-à-dire la nomination de l'arbitre, et que le droit international, en particulier le Protocole de Genève, ait voulu soumettre ces questions au juge éventuellement chargé de la nomination. L'examen qu'en a fait le juge genevois ne peut donc être considéré que comme un examen *prima facie*; les solutions données n'ont pas l'autorité de la chose jugée. Le pouvoir d'examen des tribunaux (oh. 4 al. 2 du Protocole de Genève) sur les points dont il s'agit, demeure réservé, ainsi que celui du juge de l'exequatur, qui sera éventuellement appelé à se prononcer conformément à l'art. 1er al. 1 lit. a de la Convention du 26 septembre 1927.

Les considérants de l'arrêt attaqué relatifs à la compétence du tribunal arbitral n'étant pas nécessaires à la solution du litige, le Tribunal fédéral ne saurait les revoir.

8.- La recourante n'a pas attaqué l'arrêt de la Cour de justice dans la mesure où cet arrêt formule les questions posées aux arbitres. Le Tribunal fédéral n'a donc pas à se prononcer sur ce point (art. 90 ch. 1 lit. b OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

Rejette le recours