

## **BGE 143 III 462**

Bundesgericht (BGE), 2017-07-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_143\\_III\\_462](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_143_III_462)

FR: ATF 143 III 462

IT: DTF 143 III 462

### **Regeste**

Regeste Internationale Schiedsgerichtsbarkeit; Zuständigkeit des Schiedsgerichts (Art. 186 IPRG); mit Beschwerde in Zivilsachen anfechtbare Entscheide wegen Verletzung von Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG. Zusammenstellung der Entscheide, insbesondere der Zwischenentscheide über die Zuständigkeit des Schiedsgerichts, die Anfechtungsobjekt einer Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 77 Abs. 1 lit. a BGG bilden können (E. 2.1 und 2.2) oder sogar umgehend angefochten werden müssen (E. 2.3). Vor Bundesgericht kann einzig der Entscheid - Zwischen- oder Endentscheid - direkt angefochten werden, der die Zuständigkeit des Schiedsgerichts endgültig regelt. Dies ist nicht der Fall bei einem Zwischenentscheid, bei dem das Schiedsgericht vorab einzelne oder mehrere von der beklagten Partei vorgebrachte Gründe zur Stützung der Unzuständigkeitseinrede definitiv verwirft unter Vorbehalt, einen oder mehrere verbleibende Gründe zusammen mit der Hauptsache zu behandeln (E. 3).

Regeste Arbitrage international; compétence du tribunal arbitral (art. 186 LDIP); décisions attaquables par la voie du recours en matière civile pour violation de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. Rappel des diverses décisions, en particulier les décisions incidentes sur la compétence du tribunal arbitral, susceptibles de former l'objet d'un recours en matière civile au sens de l'art. 77 al. 1 let. a LTF (consid. 2.1 et 2.2), voire devant être entreprises immédiatement par cette voie-là (consid. 2.3). Seule peut être attaquée directement devant le Tribunal fédéral la décision - incidente ou finale - qui règle une fois pour toutes la question de la compétence du tribunal arbitral. Tel n'est pas le cas de la décision incidente par laquelle le tribunal arbitral écarte définitivement un ou plusieurs motifs alternatifs avancés par la partie défenderesse à l'appui de son exception d'incompétence, tout en se réservant de traiter le ou les motifs restants avec la cause au fond (consid. 3).

Regesto Arbitrato internazionale; competenza del tribunale arbitrale (art. 186 LDIP); decisioni impugnabili con un ricorso in materia civile per violazione dell'art. 190 cpv. 2 lett. b LDIP. Richiamo di diverse decisioni, in particolare di decisioni incidentali sulla competenza del tribunale arbitrale suscettibili di formare l'oggetto di un ricorso in materia civile nel senso dell'art. 77 cpv. 1 lett. a LTF (consid. 2.1 e 2.2) o che devono essere immediatamente impugunate per tale via (consid. 2.3). Solo la decisione - incidentale o finale - che regola una volta per tutte la questione della competenza del tribunale arbitrale può essere attaccata direttamente davanti al Tribunale federale. Ciò non è il caso per la decisione incidentale con cui il tribunale arbitrale scarta definitivamente uno o più motivi alternativi avanzati dalla parte convenuta a sostegno della sua eccezione di incompetenza, riservandosi di trattare il o i motivi rimanenti con il merito della causa (consid. 3).

### **Erwägungen**

#### **E. 2.1**

Le recours en matière civile visé par l' art. 77 al. 1 let. a LTF en liaison avec les art. 190 à 192 LDIP n'est recevable qu'à l'encontre d'une sentence . L'acte attaqué peut être une sentence finale , qui met un terme à l'instance arbitrale pour un motif de fond ou de procédure, une sentence partielle , qui porte sur une partie quantitativement limitée d'une prétention litigieuse ou sur l'une des diverses prétentions en cause ou encore qui met fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts (arrêt 4A\_222/2015 du 28 janvier 2016 consid. 3.1.1 avec une référence à l' ATF 116 II 80 consid. 2b p. 83), voire une sentence préjudicielle ou incidente , qui règle une ou plusieurs questions préalables de fond ou de procédure (sur ces notions, cf. l' ATF 130 III 755 consid. 1.2.1 p. 757). En revanche, une simple ordonnance de procédure pouvant être modifiée ou rapportée en cours d'instance n'est pas susceptible de recours ( ATF 136 III 200 consid. 2.3.1 p. 203, ATF 136 III 597 consid. 4.2; arrêt 4A\_596/2012 du 15 avril 2013 consid. 3.3). Il en va de même d'une décision sur mesures provisionnelles visée par l' art. 183 LDIP ( ATF 136 III 200 consid. 2.3 et les références). Pour juger de la recevabilité du recours, ce qui est déterminant n'est pas la dénomination du prononcé entrepris, mais le contenu de celui-ci ( ATF 142 III 284 consid. 1.1.1; arrêt 4A\_222/2015, précité, consid. 3.1.1).

## **E. 2.2**

Lorsqu'un tribunal arbitral, par une sentence séparée, écarte une exception d'incompétence, il rend une décision incidente ( art. 186 al. 3 LDIP ), BGE 143 III 462 S. 465 quel que soit le nom qu'il lui donne (arrêt 4A\_414/2012 du 11 décembre 2012 consid. 1.1). En vertu de l' art. 190 al. 3 LDIP , cette décision, que la partie défenderesse doit entreprendre immédiatement ( ATF 130 III 66 consid. 4.3), ne peut être attaquée devant le Tribunal fédéral que pour les motifs tirés de la composition irrégulière ( art. 190 al. 2 let. a LDIP ) ou de l'incompétence ( art. 190 al. 2 let. b LDIP ) du tribunal arbitral. Dans deux arrêts rendus en 2014, la I re Cour de droit civil a indiqué que les griefs visés à l' art. 190 al. 2 let. c à e LDIP peuvent être aussi soulevés contre les décisions incidentes au sens de l' art. 190 al. 3 LDIP , mais uniquement dans la mesure où ils se limitent strictement aux points concernant directement la composition ou la compétence du tribunal arbitral ( ATF 140 III 477 consid. 1, ATF 140 III 520 consid. 2.2.3), condition non réalisée dans le dernier arrêt cité (ibid.). L' art. 186 al. 3 LDIP prévoit qu'en général, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente. Cette disposition exprime certes une règle, mais celle-ci ne présente aucun caractère impératif et absolu, sa violation étant d'ailleurs dépourvue de sanction (arrêt 4A\_222/2015, précité, consid. 3.1.2 et les références). Le tribunal arbitral y dérogera s'il estime que l'exception d'incompétence est trop liée aux faits de la cause pour être jugée séparément du fond ( ATF 121 III 495 consid. 6d p. 503). En effet, comme il est tenu d'examiner sans réserve toutes les questions dont dépend sa compétence, lorsque celle-ci est contestée, il ne saurait faire application de la théorie de la double pertinence, car il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur des droits et obligations litigieux qui ne seraient pas couverts par une convention d'arbitrage valable ( ATF 141 III 294 consid. 5.3 et les arrêts cités).

## **E. 2.3**

Aux termes de l' art. 186 al. 2 LDIP , l'exception d'incompétence doit être soulevée préalablement à toute défense sur le fond. Il s'agit là d'un cas d'application du principe de la bonne foi, ancré à l' art. 2 al. 1 CC , qui régit l'ensemble des domaines du droit, y compris la procédure civile (cf. art. 52 du Code de procédure civile [CPC] du 19 décembre 2008; RS 272). Enoncée différemment, la règle posée à l' art. 186 al. 2 LDIP , à l'instar de celle, plus

générale, de l'art. 6 de la même loi, implique que le tribunal arbitral devant lequel le défendeur procède au fond sans faire de réserve est compétent de ce seul fait. Dès lors, celui qui entre en matière sans réserve sur le fond ( vorbehaltlose Einlassung ) dans une procédure arbitrale BGE 143 III 462 S. 466 contradictoire portant sur une cause arbitrale reconnaît, par cet acte concluant, la compétence du tribunal arbitral et perd définitivement le droit d'exciper de l'incompétence dudit tribunal. Toutefois, le défendeur peut se déterminer à titre éventuel sur le fond, pour le cas où l'exception d'incompétence ne serait pas admise, sans que pareil comportement vaille acceptation tacite de la compétence du tribunal arbitral ( ATF 128 III 50 consid. 2c/aa et les références).

### **E. 3.1**

En vertu de l' art. 190 al. 2 let. b LDIP , une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international peut être attaquée "lorsque le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompetent". Du texte de cette disposition, lu en parallèle avec celui de l' art. 190 al. 3 LDIP et considéré à la lumière des principes jurisprudentiels qui viennent d'être rappelés, il est possible de tirer les déductions indiquées ci-après. Si le tribunal arbitral, examinant la question de la compétence à titre préalable, se déclare incompetent, mettant ainsi un terme à la procédure, il rend une sentence finale (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration, Law and Practice in Switzerland, 2015, n. 8.20; BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3 e éd. 2015, n. 704; pour un cas d'application en matière d'arbitrage d'investissement, cf. arrêt 4A\_616/2015 du 20 septembre 2016). C'est dire que l'expression "statue sur sa compétence", qui figure à l' art. 186 al. 3 LDIP , est trop large en ce qu'elle paraît admettre la possibilité de constater l'incompétence du tribunal arbitral au moyen d'une décision incidente; aussi cette expression ne peut-elle viser que la décision incidente par laquelle le tribunal arbitral se déclare compétent (BERGER/KELLERHALS, ibid.). La sentence partielle proprement dite, mentionnée à l' art. 188 LDIP , peut faire l'objet d'un recours immédiat aux mêmes conditions qu'une sentence finale. L'incompétence du tribunal arbitral qui l'a rendue est ainsi l'un des griefs permettant de l'attaquer ( art. 190 al. 2 let. b LDIP ). En réalité, cette sentence non seulement peut, mais, qui plus est, doit être entreprise dans les trente jours suivant sa communication, sous peine de forclusion (arrêt 4A\_370/2007 du 21 février 2008 consid. 2.3.1 et les références). Le prononcé, rendu en cours de procédure, par lequel le tribunal arbitral se déclare expressément compétent, ce qui signifie que l'arbitrage se poursuivra, est une décision incidente, au sens de l' art. 190 al. 3 LDIP , contre laquelle un recours doit être intenté BGE 143 III 462 S. 467 immédiatement, sous la même sanction (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, ibid.). Il faut lui assimiler la sentence incidente ou préjudicielle dans laquelle le tribunal arbitral, sans se prononcer directement sur sa compétence, admet néanmoins celle-ci de manière implicite et reconnaissable par le fait même de régler une ou plusieurs questions préalables de procédure ou de fond ( ATF 130 III 76 consid. 3.2.1 p. 80, 2 e tiret et le précédent cité; arrêt 4A\_370/2007 du 21 février 2008 consid. 2.3.1 et les références). Quant à la simple ordonnance de procédure pouvant être modifiée ou rapportée en cours d'instance, elle n'est pas susceptible de recours, sauf circonstances exceptionnelles (arrêt 4A\_596/2012, précité, consid. 3.3-3.7). En effet, la ratio legis de la réglementation touchant les décisions incidentes n'est pas d'obliger la partie défenderesse à attaquer n'importe quelle directive de procédure du tribunal arbitral dans le seul but de contester les pouvoirs de celui-ci (cf., au sujet des décisions émanant de la justice étatique, arrêt 4A\_697/2016 du 14 mars 2017 consid. 1.6 et les références).

### **E. 3.2**

Le dénominateur commun de toutes ces décisions, hormis celles entrant dans la dernière catégorie citée, est qu'elles règlent une fois pour toutes la question de la compétence du tribunal arbitral, dans un sens ou dans l'autre. En d'autres termes, dans chacune d'entre elles, qu'il s'agisse d'une sentence finale, d'une sentence partielle ou d'une sentence incidente ou préjudicielle, le tribunal arbitral tranche définitivement cette question, en admettant ou en excluant sa compétence par une décision explicite ou un comportement procédural dont le caractère définitif s'imposera à lui ainsi qu'aux parties. Semblable caractère apparaît ainsi comme l'élément consubstantiel à l'ensemble de ces décisions, quels que soient l'objet et la forme de celles-ci. Dès lors, comme le Tribunal fédéral l'a déjà souligné relativement à l'art. 92 LTF, dans le cadre d'une procédure pénale, en exigeant qu'une décision séparée portant sur la compétence internationale tranche la question de manière définitive pour pouvoir faire l'objet du recours prévu par cette disposition ( ATF 133 IV 288 consid. 2.2), il n'est pas non plus possible de recourir devant lui contre une décision ne réglant que provisoirement le problème de la compétence d'un tribunal arbitral international (arrêt 4A\_222/2015, précité, consid. 3.4).

#### **E. 3.2.1**

Sans doute le devoir, qui est fait à la partie défenderesse, d'attaquer dès que possible la décision par laquelle le tribunal arbitral, BGE 143 III 462 S. 468 statuant sur sa propre compétence conformément à l'art. 186 al. 1 LDIP, écarte l'exception d'incompétence soulevée par elle répond-il à des motifs d'économie de la procédure, s'agissant d'une question qui doit être tranchée, autant que faire se peut, sans attendre l'issue de la cause au fond. Cependant, il faut bien voir, sur un plan plus général, que la réglementation touchant les recours au Tribunal fédéral contre les décisions préjudicielles ou incidentes prises par les autorités cantonales de dernière instance obéit aux mêmes motifs: en tant qu'autorité judiciaire suprême de la Confédération (art. 1<sup>er</sup> al. 1 LTF), le Tribunal fédéral ne devrait en principe connaître qu'une seule fois de la même affaire, à la fin de la procédure, à moins que l'on se trouve dans un cas où la loi autorise exceptionnellement, précisément pour des raisons d'économie de la procédure, un recours immédiat contre de telles décisions ( ATF 133 III 629 consid. 2.1 p. 631). Qu'il puisse y avoir un certain antagonisme, en dépit de cette identité de motifs, entre, d'une part, l'intérêt des parties et/ou du tribunal arbitral à ne pas poursuivre l'instruction d'une cause dont l'autorité de recours pourrait sceller le sort en admettant le recours dirigé contre une décision incidente, même si la décision attaquée ne règle pas définitivement la question de la compétence du tribunal arbitral, et, d'autre part, celui de l'autorité de recours à ne pas devoir connaître d'une affaire à répétées reprises, en fonction des multiples questions relatives à la compétence pouvant être soumises successivement à l'examen du tribunal arbitral, n'est pas contestable. Pour arbitrer ce conflit d'intérêts, on mettra tout d'abord en évidence, d'un point de vue purement factuel, le risque d'abus que comporterait l'entrée en matière sur des décisions incidentes ne réglant pas définitivement la question de la compétence, tant il est vrai que, dans des arbitrages internationaux aux enjeux financiers considérables, comme celui dont il est ici question, la tentation serait grande, pour les parties défenderesses, de recourir systématiquement à la tactique dite du saucissonnage ( Salamtaktik ), afin de bloquer l'avancement normal de la procédure arbitrale par des manoeuvres consistant à invoquer successivement de multiples motifs d'incompétence préalablement à toute défense sur le fond, à tenter d'obtenir des décisions distinctes à leur sujet, puis à attaquer chaque décision devant le Tribunal fédéral.

On fera également observer que les motifs d'économie de la procédure seront souvent largement tempérés par les retards liés à d'éventuels recours immédiats (cf. déjà, mutatis mutandis : ATF 117 Ia 88 consid. 3b p. 90), d'autant plus qu'en ce domaine, la procédure BGE 143 III 462 S. 469 de recours fédérale devra souvent être suspendue en raison du dépôt, par la partie adverse, d'une requête tendant à la fourniture de sûretés en garantie de ses dépens, notamment lorsque la partie recourante n'aura pas de domicile fixe en Suisse et qu'elle ne pourra pas se prévaloir des dispositions d'un traité bilatéral ou multilatéral interdisant à son adversaire de lui réclamer pareille garantie ( art. 62 al. 2 LTF ). C'est sans compter, par ailleurs, que, dans les procédures de recours ayant pour objet des sentences arbitrales internationales, un double échange d'écritures (cf. art. 102 al. 3 LTF ), souvent interrompu du reste par les fêtes judiciaires ( art. 46 LTF ), est de règle en pratique, sinon en droit. Il appert donc de ces remarques que le bénéfice escompté par les parties et/ou le tribunal arbitral d'un assouplissement de la jurisprudence en matière de saisine du Tribunal fédéral relativement à des décisions sur compétence ne réglant pas cette question une fois pour toutes reste à démontrer.

### **E. 3.2.2**

Ces considérations d'opportunité mises à part, des motifs d'ordre juridique s'opposent, quoi qu'il en soit, à l'adoption d'une telle solution, laquelle, faut-il le préciser, n'a apparemment pas fait l'objet de discussions au sein de la doctrine. D'abord et surtout, le texte de la disposition topique, i.e. l' art. 190 al. 2 let. b LDIP , constitue un argument incontournable en tant qu'il subordonne le droit de former un recours en matière civile au Tribunal fédéral à l'existence d'une décision (expresse ou implicite) par laquelle le tribunal arbitral n'a pas seulement réglé une ou plusieurs questions afférentes à sa compétence, mais encore "s'est déclaré (...) compétent ou incompétent". Or, le tribunal arbitral qui prend position sur l'un ou l'autre des différents moyens invoqués par la partie défenderesse pour étayer son exception d'incompétence, en renvoyant l'examen des moyens résiduels à un stade ultérieur de la procédure arbitrale, ne rend aucune décision - positive ou négative - sur sa compétence à juger au fond les prétentions que la partie demanderesse a élevées devant lui. Qu'il écarte l'ensemble des moyens examinés par lui à titre préalable n'y change rien, puisqu'il n'est pas possible de dire, à ce stade de la procédure, s'il entrera finalement en matière sur le fond ou si l'analyse à venir de l'un ou l'autre des moyens non encore traités par lui le convaincra de se déclarer incompétent. Ensuite, si l'on voulait tenter une comparaison, un tel prononcé s'apparenterait davantage à une décision préjudicielle, au sens de l' art. 93 al. 1 let. b LTF , qu'à une décision concernant la compétence, visée BGE 143 III 462 S. 470 à l' art. 92 al. 1 LTF , car, si ce prononcé ne constate pas directement la compétence du tribunal arbitral saisi, l'admission d'un recours dirigé contre lui pourrait conduire immédiatement à une décision finale d'incompétence, pour autant que chacun des moyens alternatifs sous-tendant l'exception d'incompétence qui ont été écartés par le tribunal arbitral mène à ce résultat-là, et permettre d'éviter, le cas échéant, une procédure probatoire longue et coûteuse. Toutefois, la possibilité de recourir contre une sentence incidente ou préjudicielle ne dépend pas des conditions posées à l' art. 93 al. 1 LTF puisqu'aussi bien le texte de l' art. 77 al. 2 LTF , modifié à l'occasion de l'entrée en vigueur du CPC, le 1<sup>er</sup> janvier 2011, exclut, dans le recours en matière d'arbitrage (international ou interne), l'application des art. 90 à 98 LTF (BERNARD CORBOZ, in Commentaire de la LTF, 2<sup>e</sup> éd. 2014, n os 56/57 ad art. 77 LTF ). Au demeurant, sous l'angle de la sécurité du droit et, plus généralement, au regard du rôle dévolu à une cour suprême, la possibilité ne saurait être offerte aux parties et/ou au tribunal arbitral d'imposer au Tribunal fédéral, pour des raisons tactiques notamment, de connaître, à

plusieurs reprises, d'une même affaire par le simple fait de conduire la procédure arbitrale de telle ou telle manière. Enfin, s'agissant du principe de l'économie de la procédure, ce serait aller à l'encontre de l'objectif assigné au pouvoir judiciaire par le pouvoir législatif que de privilégier l'application dudit principe dans la procédure arbitrale par rapport à son application dans la procédure de recours fédérale, quitte à tolérer qu'une méthode privée de règlement des conflits à caractère international, n'intéressant de surcroît qu'un nombre restreint d'initiés en Suisse, puisse interférer avec la mission première du Tribunal fédéral qui consiste à assurer l'application uniforme du droit fédéral et à garantir le respect des droits fondamentaux (ALAIN WURZBURGER, in Commentaire de la LTF, 2 e éd. 2014, n° 13 ad art. 1<sup>er</sup> LTF).

### **E. 3.3**

En l'espèce, le Tribunal arbitral, dans son Interim Award on Jurisdiction du 18 janvier 2017, a certes écarté de manière définitive trois des cinq motifs alternatifs avancés par la recourante à l'appui de son exception d'incompétence. Il ne s'est, toutefois, pas prononcé sur les deux autres, qu'il a décidé de traiter avec la cause au fond (ch. 5 du dispositif de la sentence incidente sur compétence). Force est ainsi de constater qu'il ne s'est pas encore déclaré compétent ou incompétent au sens de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. On ne peut donc BGE 143 III 462 S. 471 pas exclure, en l'état, que, nonobstant la décision incidente favorable à la demanderesse et intimée au recours qu'il a rendue sur les points examinés par lui, le tribunal arbitral en vienne finalement à se déclarer incompétent, après avoir analysé les deux derniers motifs étayant l'exception d'incompétence, et refuse, partant, d'entrer en matière. Dans cette hypothèse, et sous réserve que cette décision finale d'incompétence ne soit pas erronée, la Cour de céans, si elle était entrée en matière sur le présent recours et l'avait rejeté, aurait effectué en vain un important travail consistant à examiner les délicates questions que soulèvent les griefs articulés par la recourante à l'encontre de la mise à l'écart de trois des cinq motifs d'incompétence invoqués par elle. Il suit de là que le présent recours n'est pas recevable. La recourante évoque incidemment la possibilité d'une suspension de la procédure de recours jusqu'au moment où le Tribunal arbitral aura statué définitivement sur sa propre compétence. Cependant, le précédent qu'elle cite à ce propos - une ordonnance présidentielle rendue le 29 novembre 2007 dans la cause 4A\_306/2007 - n'est pas topique et celui qui l'est - une ordonnance de la I<sup>re</sup> Cour de droit civil du 23 juillet 2014 dans la cause 4A\_118/2014 - vise la situation bien différente dans laquelle le point de savoir si le tribunal arbitral était compétent ou non dépendait de la réponse à donner à une question préjudicielle de droit étranger qui se posait dans une affaire pendante devant le tribunal étranger compétent pour l'application de ce droit. Il n'y a donc aucune raison qui justifierait de suspendre la procédure fédérale de recours, semblable mesure ne devant d'ailleurs être prise qu'à titre exceptionnel afin d'éviter qu'un dossier ne reste ouvert devant le Tribunal fédéral durant une période pouvant s'avérer longue. Il va sans dire que, lorsque le Tribunal arbitral aura statué définitivement sur sa compétence, sa décision pourra être attaquée par la recourante, y compris à l'égard des trois motifs d'incompétence ayant été écartés dans la sentence incidente sur compétence du 18 janvier 2017, sans que l'intéressée puisse se voir imputer un comportement contraire aux règles de la bonne foi (cf. consid. 2.3 ci-dessus).