

BGE 151 III 297

Bundesgericht (BGE), 2025-01-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/bge_BGE_151_III_297

FR: ATF 151 III 297

IT: DTF 151 III 297

Regeste

Regeste Internationale Schiedsgerichtsbarkeit; gerichtliche Ernennung eines Schiedsrichters (Art. 179 IPRG und 356 Abs. 2 ZPO); Rechtsmittel; Notzuständigkeit (Art. 3 IPRG); gerichtliche Immunität des Staates. Grundsätzlich steht kein Rechtsmittel offen (weder direkt noch indirekt) gegen den Entscheid, mit dem der "juge d'appui" einen Schiedsrichter ernannt (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 2.2.2). Ein direktes Rechtsmittel gegen eine derartige Entscheidung wurde im zu beurteilenden Fall ausnahmsweise als gegeben erachtet (E. 2.2.3). Steht ein derartiges Rechtsmittel ausnahmsweise offen, muss der Entscheid des "juge d'appui" direkt beim Bundesgericht angefochten werden. Dieser Rechtsmittelweg entspricht demjenigen, den eine Partei einschlagen muss, um den Entscheid anzufechten, mit dem der "juge d'appui" es ablehnt, einen Schiedsrichter zu ernennen (E. 2.3). Prüfung der vom betroffenen Staat beanspruchten gerichtlichen Immunität im vorliegenden Fall (E. 3.4).

Regeste Arbitrage international; nomination judiciaire d'un arbitre (art. 179 LDIP et 356 al. 2 CPC); voie de recours; for de nécessité (art. 3 LDIP); immunité juridictionnelle de l'État. Aucune voie de recours (directe ou indirecte) n'est en principe ouverte contre la décision par laquelle le juge d'appui nomme un arbitre (confirmation de jurisprudence; consid. 2.2.2). Existence d'une voie de recours directe à l'encontre d'une telle décision admise exceptionnellement en l'espèce (consid. 2.2.3). Lorsqu'un tel recours est ouvert à titre exceptionnel, la décision du juge d'appui doit être attaquée directement devant le Tribunal fédéral. Cette voie de droit correspond à celle qu'une partie doit emprunter pour contester la décision par laquelle le juge d'appui refuse de nommer un arbitre (consid. 2.3). Examen de l'immunité de juridiction invoquée par l'État concerné dans la présente cause (consid. 3.4).

Regesto Arbitrato internazionale; nomina giudiziaria di un arbitro (art. 179 LDIP e 356 cpv. 2 CPC); vie di ricorso; foro di necessità (art. 3 LDIP); immunità giurisdizionale di uno Stato. Nessuna via di ricorso (diretta o indiretta) è in principio aperta contro la decisione con cui il giudice di sostegno nomina un arbitro (conferma della giurisprudenza; consid. 2.2.2). Esistenza di una via di ricorso diretta contro tale decisione ammessa eccezionalmente nel caso concreto (consid. 2.2.3). Se un tale ricorso è eccezionalmente dato, la decisione del giudice di sostegno dev'essere attaccata direttamente innanzi al Tribunale federale. Questa via di ricorso corrisponde a quella che una parte deve intraprendere per contestare la decisione con cui il giudice di sostegno si rifiuta di nominare un arbitro (consid. 2.3). Esame dell'immunità giurisdizionale invocata nella presente causa dallo Stato interessato (consid. 3.4).

Erwägungen

E. 2

(...)

E. 2.2

(...)

E. 2.2.2

À l'issue de ce tour d'horizon, il apparaît que la jurisprudence exclut en principe toute possibilité de recours contre la décision de nomination d'un arbitre rendue par le juge d'appui, tant en matière d'arbitrage international que dans le domaine de l'arbitrage interne. C'est le lieu de confirmer ici la règle jurisprudentielle selon laquelle une telle décision ne peut en principe pas être remise en cause directement ou indirectement.

E. 2.2.3

Dans les circonstances tout à fait singulières de la présente cause, il se justifie, toutefois, de déroger exceptionnellement à cette règle et, partant, d'admettre la possibilité de recourir contre la décision rendue le 13 février 2023 par le Tribunal de première instance genevois (ci-après: le Tribunal de première instance). La situation juridique qui caractérise cette affaire est, en effet, sans commune mesure avec celle qui correspond au cas ordinaire du recours au juge d'appui suisse pour la désignation d'un arbitre. Il faut bien voir que la compétence à raison du lieu du juge d'appui helvétique est intrinsèquement liée au siège de l'arbitrage (cf. art. 179 al. 2 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [LDIP; RS 291] et 356 al. 2 let. a du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC; RS 272]). Ainsi, les décisions du Tribunal fédéral excluant toute voie de recours contre les nominations d'arbitre effectuées par le juge d'appui ont toujours été rendues BGE 151 III 297 S. 299 dans le cadre d'affaires où la compétence de celui-ci ne prêtait nullement à discussion, étant donné que le siège de l'arbitrage était en Suisse. En l'espèce, la situation est tout autre, dès lors que le siège de l'arbitrage se trouve à l'étranger et que l'intimée a invoqué le for de nécessité visé par l'art. 3 LDIP pour introduire sa requête devant le juge d'appui genevois. Or, l'applicabilité même du for de nécessité, en Suisse, dans le domaine de l'arbitrage international, ne va pas de soi. Le Tribunal fédéral n'a en effet jamais tranché la question de savoir si le juge d'appui peut admettre sa compétence sur cette base-là pour nommer un arbitre. Quelques auteurs ont certes évoqué cette possibilité (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, *International Arbitration - Law and Practice in Switzerland*, 2015, n. 4.64; Homayoon Arfazadeh, *Juge d'appui et for de nécessité*, *Bulletin ASA* 1996 p. 328; FRANÇOIS KNÖPFLER, *Note à propos de la sentence partielle du 11 octobre 2000 dans l'affaire CCI No. 10439*, *Revue de l'arbitrage* 2004 p. 430; ROGER PHILIPPE BUDIN, *Les clauses arbitrales internationales [...]*, 1993, p. 27; cf. aussi BESSON/RIGOZZI, *La réforme du droit suisse de l'arbitrage international*, *Revue de l'arbitrage* 2021 p. 27 ss, qui examinent l'intervention du juge d'appui suisse, sur la base du nouvel art. 179 al. 2 LDIP, lorsque le siège de l'arbitrage est indéterminé). Statuant par arrêt du 1^{er} février 2005 dans le cadre d'une célèbre cause initiée en août 1995 qui avait été marquée par une série de péripéties procédurales, la Cour de cassation française a pour sa part admis la compétence du juge d'appui français pour désigner un arbitre quand bien même le siège de l'arbitrage n'avait pas été fixé dans cet État, motif pris de ce que la partie ayant introduit sa requête devant les juridictions françaises était exposée à un risque de déni de justice (pour davantage de détails, cf. l'arrêt 4A_146/2012 du 10 janvier 2013). Cette affaire, qui a fait couler beaucoup d'encre et suscité de nombreux commentaires (arrêt 4A_146/2012, précité, consid. 2.4 et les références citées), a conduit les autorités françaises

à adopter, en janvier 2011, le décret n° 2011-48 portant réforme de l'arbitrage. Ledit décret a consacré, à l'art. 1505 ch. 4 du Code de procédure civile français, la jurisprudence de l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} février 2005 en faisant du risque de déni de justice un motif suffisant à justifier la mise en oeuvre du juge d'appui français en matière d'arbitrage international (arrêt 4A_146/2012, précité, consid. 3.3.2). Il est toutefois loin d'être certain que la solution dégagée par la Cour de cassation française puisse être transposée dans le droit suisse, BGE 151 III 297 S. 300 respectivement que l'art. 3 LDIP permette de fonder la compétence du juge d'appui suisse en matière d'arbitrage international. Eu égard à l'incertitude régnant en droit suisse au sujet de l'applicabilité même de cette disposition à l'arbitrage international, une partie ne saurait ainsi être contrainte de participer à une procédure d'arbitrage, sans pouvoir remettre en cause la compétence internationale du juge d'appui helvétique ayant nommé des arbitres en vue de la mise en oeuvre d'un arbitrage dont le siège se trouve à l'étranger. Dans ces conditions, il convient de reconnaître exceptionnellement à une partie le droit de recourir directement contre la décision de nomination d'un arbitre prise par le juge d'appui suisse lorsque celui-ci tire sa compétence de l'art. 3 LDIP. Cette solution s'impose d'autant plus que la possibilité pour une partie de remettre indirectement en cause la décision prise par le juge d'appui dans un tel cas de figure semble a priori exclue. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, lorsque le juge d'appui, saisi d'une demande ad hoc, nomme un arbitre, sa décision ne jouit certes pas de l'autorité de la chose jugée, de sorte que les arbitres ont encore la faculté d'examiner de manière indépendante la compétence et la régularité de la composition du tribunal arbitral (ATF 115 II 294 consid. 2a; ATF 110 Ia 59 consid. 2b; arrêts 4A_407/2017 du 20 novembre 2017 consid. 2.3.1.2; 4A_146/2012, précité, consid. 3.3.2). On imagine toutefois mal, en pratique, qu'un tribunal arbitral s'autorise à revoir si la juridiction du pays ayant désigné l'un de ses membres était compétente pour ce faire au regard de sa propre législation (cf. dans le même sens: arrêt 4A_146/2012, précité, consid. 3.3.2). Force est, par ailleurs, de souligner que la décision par laquelle le juge d'appui nomme un arbitre ne peut pas être attaquée indirectement, c'est-à-dire conjointement avec un recours en matière civile dirigé contre une sentence ultérieure (ATF 142 III 230 consid. 1.4.4). Ainsi, à supposer même qu'un recours en matière civile puisse en l'occurrence être formé au Tribunal fédéral à l'encontre d'une sentence rendue par un tribunal arbitral siégeant à l'étranger, ce qui semble exclu, la partie recourante ne pourrait de toute manière pas attaquer indirectement la décision prise par le juge d'appui genevois. Dans une affaire où le siège du tribunal arbitral avait été fixé en Suisse seulement une fois la procédure d'arbitrage ouverte, la Cour de cassation a du reste considéré qu'une partie n'était pas recevable à remettre en cause indirectement - à l'occasion d'un recours dirigé contre la sentence incidente par laquelle le tribunal arbitral avait admis la BGE 151 III 297 S. 301 régularité de sa constitution - la compétence internationale du juge d'appui français qui avait procédé à la nomination d'un arbitre contre son gré (arrêt 4A_146/2012, précité, consid. 3.3.2). Indépendamment de ce qui précède, un motif supplémentaire commande, en l'occurrence, d'admettre, à titre exceptionnel, l'existence d'une voie de recours directe à l'encontre de la décision prise par le juge d'appui genevois. Dans son jugement du 13 février 2023, le Tribunal de première instance a en effet écarté, dans un premier temps, l'exception d'immunité de juridiction soulevée par le recourant, comme il s'était réservé la faculté de le faire dans son ordonnance du 31 octobre 2022 où il avait rejeté la requête de cet État qui tendait à restreindre la procédure à l'examen de cette exception-là. Si l'on appliquait schématiquement la règle jurisprudentielle excluant toute possibilité de recours contre la décision de nomination d'un arbitre prise par le juge d'appui,

cela reviendrait en l'espèce à priver l'État concerné de tout moyen de droit lui permettant de faire contrôler le respect de son immunité juridictionnelle et à le contraindre à se défendre sur le fond de l'affaire. Une telle solution ne serait guère compatible avec la nature même de l'exception d'immunité de juridiction. Il est en effet incompatible avec le principe même de l'immunité de contraindre un État à procéder sur le fond alors qu'en invoquant sa souveraineté, il entend précisément se soustraire, conformément au droit qui est le sien, à toute juridiction d'un autre État (ATF 124 III 382 consid. 3b). L'intérêt de l'État qui se prévaut de son immunité de juridiction commande ainsi que cette question soit résolue avant toute autre (ATF 124 III 382 consid. 3b). Autrement dit, la limitation de la procédure est le corollaire nécessaire de l'invocation par un État de son immunité de juridiction. En l'espèce, le Tribunal de première instance, refusant de circonscrire la procédure à l'examen de l'exception d'immunité juridictionnelle, nonobstant la requête formulée en ce sens par le recourant, a écarté ladite exception dans le cadre de la décision par laquelle il a nommé, respectivement confirmé deux arbitres. Dans ces circonstances, il convient d'autoriser l'État concerné à former un recours contre cette décision aux fins de contester le rejet de son exception d'immunité juridictionnelle.

E. 2.3

L'existence d'une voie de recours à l'encontre du jugement rendu le 13 février 2023 par le Tribunal de première instance devant être reconnue à titre exceptionnel, il reste encore à déterminer si un appel pouvait être formé auprès de l'autorité cantonale supérieure ou si la décision prise par le juge d'appui devait être attaquée BGE 151 III 297 S. 302 immédiatement devant le Tribunal fédéral. Si la Cour de céans entre en matière sur le recours en matière civile dirigé contre le jugement de première instance, elle devra en effet rejeter le recours formé à l'encontre de l'arrêt cantonal d'irrecevabilité.

E. 2.3.1

Tout recours contre une décision par laquelle le juge d'appui nomme un arbitre est en principe exclu. Lorsqu'un tel recours est néanmoins admis à titre exceptionnel comme en l'espèce, la voie de droit qu'une partie est censée emprunter doit, par souci de clarté et de cohérence, correspondre à celle disponible lorsqu'une partie entend contester la décision par laquelle le juge d'appui refuse de nommer un arbitre.

E. 2.3.2

Selon l'art. 75 al. 1 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le recours en matière civile est recevable contre les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance. Les cantons instituent des tribunaux supérieurs comme autorités cantonales de dernière instance qui statuent sur recours, sauf si une loi fédérale prévoit une instance cantonale unique (art. 75 al. 2 let. a LTF), si un tribunal spécialisé dans les litiges de droit commercial statue en instance cantonale unique (art. 75 al. 2 let. b LTF) ou si une action ayant une valeur litigieuse d'au moins 100'000 francs est déposée directement devant le tribunal supérieur avec l'accord de toutes les parties (art. 75 al. 2 let. c LTF). L'exigence d'un tribunal supérieur, résultant de l' art. 75 al. 2 LTF , si elle est certes appliquée strictement par le Tribunal fédéral, n'est toutefois pas sans exceptions (cf. ATF 141 III 444 consid. 2.2.3.1 et les exemples cités). À cet égard, l'arbitrage, considéré sous l'angle de l' art. 75 LTF , apparaît comme une institution singulière, dans la mesure où le recours visant une sentence interne ou internationale est exorbitant des règles fixées par cette disposition, attendu qu'il est recevable directement contre les sentences rendues par

des tribunaux privés (art. 77 LTF). Ainsi, même au regard de l' art. 75 al. 2 LTF , la Cour de céans a estimé qu'un traitement spécifique des décisions prises par les tribunaux étatiques dans le cadre d'un arbitrage international ou interne ne peut pas être exclu d'emblée (ATF 141 III 444 consid. 2.2.3.2) .

E. 2.3.3

Jusqu'au 1^{er} janvier 2011, l'ancien art. 179 al. 2 LDIP (RO 1988 p. 1818) commandait au juge d'appui, en l'absence de convention des parties, d'appliquer par analogie les dispositions du droit cantonal sur la nomination des arbitres. Sur la base de cette disposition légale, le Tribunal fédéral a considéré, dans un arrêt ancien, que la BGE 151 III 297 S. 303 LDIP n'interdisait pas au droit cantonal d'instituer une voie de recours cantonale à l'encontre des décisions du juge d'appui (ATF 119 Ia 421). Sous l'empire de l'ancienne loi de procédure civile genevoise, il avait notamment constaté que le législateur genevois avait voulu exclure la voie de l'appel contre les décisions de nomination d'un arbitre par le juge d'appui (ATF 121 I 81 consid. 1a; arrêt 4P.113/1994 du 10 janvier 1995 consid. 2b/aa; cf. aussi l'arrêt 4A_215/2008 du 23 septembre 2008 consid. 3.2.2). Lors de l'entrée en vigueur du CPC, l'ancien art. 179 al. 2 LDIP a été modifié (RO 2010 p. 1852). Il prévoyait alors que le juge d'appui devait appliquer par analogie les dispositions du CPC sur la nomination, la révocation ou le remplacement des arbitres. Ce renvoi visait ainsi notamment l' art. 356 al. 2 CPC , en vertu duquel le canton du siège du tribunal arbitral doit désigner une autorité juridictionnelle qui statue en "instance unique" sur les requêtes tendant à la désignation d'un arbitre. Ayant assimilé l' art. 356 al. 2 CPC à une disposition d'une loi fédérale prescrivant une "instance cantonale unique" au sens de l' art. 75 al. 2 let. a LTF , le Tribunal fédéral a considéré que la décision par laquelle le juge d'appui refuse de nommer un arbitre ou déclare irrecevable la requête ad hoc peut être attaquée directement par la voie du recours en matière civile, quand bien même elle n'émane pas d'un tribunal statuant sur recours, y compris lorsque le juge d'appui qui rend cette décision n'est pas un tribunal supérieur au sens de l' art. 75 al. 2 LTF (ATF 141 III 444 consid. 2.3). À cette occasion, il a souligné que, dans sa quasi-totalité, la doctrine considérait que la décision du juge d'appui refusant de faire droit à une requête en nomination d'un arbitre, rendue dans le cadre d'un arbitrage interne ou international, était directement attaquable devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile (ATF 141 III 444 consid. 2.2.5 et les références citées). Depuis lors, la situation a évolué sur le plan législatif. Dans sa nouvelle teneur entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021 (RO 2020 4180), l' art. 179 LDIP ne renvoie plus à l' art. 356 al. 2 CPC .

E. 2.3.4

Vu la suppression du renvoi aux règles du CPC, et singulièrement à l' art. 356 al. 2 CPC , se pose ainsi la question de savoir si le juge d'appui appelé à nommer un arbitre sur la base de l' art. 179 LDIP statue toujours en tant qu'instance cantonale unique ou si les cantons peuvent, respectivement doivent prévoir un régime distinct de celui applicable en matière d'arbitrage interne et, partant, BGE 151 III 297 S. 304 aménager une voie de recours au niveau cantonal à l'encontre d'une telle décision. Selon le Message du 24 octobre 2018 concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé, le projet de révision visait à améliorer la sécurité et la clarté du droit, notamment en inscrivant dans la loi les précisions apportées par la jurisprudence du Tribunal fédéral et en levant certaines ambiguïtés de sorte à rendre l'application de la loi encore plus aisée (FF 2018 7153, 7161). Afin d'améliorer la lisibilité de la réglementation applicable dans le domaine de l'arbitrage international, l'idée était de codifier entièrement cette matière dans une unique loi, à savoir

la LDIP, et, partant, de supprimer les renvois aux dispositions du CPC sur l'arbitrage interne (FF 2018 7153, 7163). Les considérations formulées dans ledit Message ne permettent ainsi pas d'accréditer la thèse selon laquelle la suppression du renvoi à l' art. 356 al. 2 CPC , prévu autrefois par l'ancien art. 179 al. 2 LDIP , avait pour but de renoncer à l'exigence que le juge d'appui statue en instance cantonale unique lorsqu'il est appelé à nommer un arbitre et, par voie de conséquence, de laisser aux cantons le soin d'aménager une voie de recours permettant de contester une telle décision, alors même qu'une telle possibilité est exclue en matière d'arbitrage interne. Comme le soulignent plusieurs auteurs, il y a lieu d'admettre que le nouvel art. 179 al. 2 LDIP contient, sur ce point, une lacune, étant donné que le législateur n'a pas réglé cette question alors qu'il aurait pu et dû le faire (DIANA AKIKOL, in Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht [IPRG]- Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Commentaire bernois, 2023, n° 128 ad art. 179 LDIP ; BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 4 e éd. 2021, n. 843; LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, in ZPO, Kommentar Schweizerischen Zivilprozessordnung, Gehri et al. [éd.], 3 e éd. 2023, n° 5 ad art. 251a CPC). Il convient de combler cette lacune, en vertu de l' art. 1 al. 2 CC , parce qu'il est indispensable, pour des motifs liés à la prévisibilité du droit, qu'une partie sache auprès de quelle autorité elle doit recourir si elle entend remettre en cause la décision prise par le juge d'appui sur la base de l' art. 179 LDIP . Pour ce faire, il sied de rappeler une nouvelle fois que le législateur a souhaité limiter dans la mesure du possible les voies de droit disponibles en matière d'arbitrage afin de garantir notamment la célérité de la procédure d'arbitrage (ATF 142 III 230 consid. 1.4.2). Or cet objectif serait mis à mal, au préjudice de l'attractivité de la place d'arbitrage suisse, si l'on BGE 151 III 297 S. 305 admettait que les cantons puissent, respectivement doivent aménager une voie de recours à l'encontre de la décision rendue par le juge d'appui, en tant que préalable obligatoire à la saisine du Tribunal fédéral. Cela pourrait en effet retarder sensiblement la mise en oeuvre de la procédure d'arbitrage, voire favoriser les manoeuvres dilatoires. Une telle solution serait d'autant moins souhaitable qu'elle reviendrait, paradoxalement, à soumettre le contrôle des décisions prises par le juge d'appui sur la base de l' art. 179 LDIP à un contrôle étatique accru (deux voies de recours successives) par rapport au régime applicable en matière d'arbitrage interne, alors que la réglementation du chapitre 12 de la LDIP se veut plus libérale (FF 2018 7153, 7165). La jurisprudence récente illustre aussi la tendance du Tribunal fédéral à préconiser un régime harmonisé s'agissant des voies de droit disponibles à l'encontre des décisions du juge d'appui, indépendamment du point de savoir si celles-ci ont été rendues dans le cadre d'un arbitrage international ou interne. Ainsi, pour admettre l'existence d'un recours direct au Tribunal fédéral contre la décision par laquelle le juge d'appui refuse de nommer un arbitre ou déclare irrecevable la requête ad hoc en matière d'arbitrage interne, la Cour de céans s'est notamment référée à la solution proposée par une doctrine abondante dans le domaine de l'arbitrage international (ATF 141 III 444 consid. 2.2.5). Pour exclure tout recours contre la décision de nomination d'un arbitre effectuée sur la base de l' art. 362 al. 2 CPC , le Tribunal fédéral n'a pas hésité à transposer dans l'arbitrage interne sa jurisprudence développée en matière d'arbitrage international, allant même jusqu'à qualifier l'ancien art. 179 al. 2 LDIP de norme parallèle à l' art. 362 CPC ("Parallelnorm"; ATF 142 III 230 consid. 1.4.2). Au vu de ce qui précède, il convient de combler la lacune constatée à l' art. 179 al. 2 LDIP , en ce sens que la solution prévue par l' art. 356 al. 2 CPC et la jurisprudence y relative est applicable mutatis mutandis lorsque le juge d'appui est appelé à nommer un arbitre dans le cadre d'un arbitrage international (cf. dans le même sens: AKIKOL, op. cit., n° 128 ad art.

179 LDIP ; BERGER/KELLERHALS, op. cit., n. 843; LAZOPOULOS/LEIMGRUBER, op. cit., n° 5 ad art. 251a CPC ; cf. toutefois ANDREAS BUCHER, L'attractivité du toilettage du chapitre 12 de la LDIP, SRIEL 2021 p. 261 s., qui estime que l' art. 356 al. 2 CPC ne peut pas s'appliquer par analogie. À son avis, la compétence matérielle et fonctionnelle du juge d'appui relève exclusivement de BGE 151 III 297 S. 306 (l'organisation judiciaire cantonale conformément à la règle générale de l' art. 4 CPC). Par conséquent, la décision par laquelle le juge d'appui refuse de nommer un arbitre en matière d'arbitrage international n'est susceptible d'aucun recours au niveau cantonal. Une telle décision est, en revanche, directement attaquable devant le Tribunal fédéral, quand bien même elle n'émane pas d'un tribunal statuant sur recours, y compris lorsque le juge d'appui qui rend cette décision n'est pas un tribunal supérieur au sens de l' art. 75 al. 2 LTF .

E. 2.3.5

En l'occurrence, le jugement rendu le 13 février 2023 par le Tribunal de première instance devait être attaqué immédiatement auprès du Tribunal fédéral, étant donné que le recours exceptionnellement ouvert en l'espèce doit être calqué sur la voie de droit qu'aurait dû emprunter une partie désirant contester la décision du juge d'appui rejetant une demande de nomination d'un arbitre. Dans ses écritures, le recourant conteste l'applicabilité même de l' art. 179 al. 2 LDIP dans la présente affaire sous prétexte qu'il ne s'agirait pas d'un arbitrage international régi par le chapitre 12 de la LDIP, motif pris de ce que le siège de l'arbitrage se trouve à l'étranger. Cela étant, s'il fallait faire abstraction de cette dernière disposition, la base légale fondant en l'espèce la compétence du Tribunal de première instance ne pourrait être que l' art. 3 LDIP (for de nécessité). Or, cette norme se borne à ouvrir la porte du juge suisse, à certaines conditions, mais elle ne modifie pas l'aménagement des voies de droit prévu par la LTF. De par sa nature tout à fait spéciale, telle que la jurisprudence l'a mise en lumière relativement au droit suisse de l'arbitrage (ATF 144 III 444 consid. 2.2.3.2), la décision du juge d'appui de nommer un arbitre, même prise en application de l' art. 3 LDIP - que cette disposition soit applicable ou non en matière d'arbitrage (question pouvant demeurer indécidée) - constitue, comme celle fondée directement sur l' art. 179 al. 2 LDIP , une décision, assimilable à une décision émanant d'une instance cantonale unique (art. 75 al. 2 let. a LTF), contre laquelle le recours en matière civile est ouvert quand bien même elle n'a pas été rendue par un tribunal supérieur selon l' art. 75 al. 2 LTF . Partant, c'est à bon droit que la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a déclaré irrecevables le recours et l'appel formés respectivement contre l'ordonnance du 31 octobre 2022 et le jugement du 13 février 2023 du Tribunal de première instance. L'indication erronée, dans ladite ordonnance, que celle-ci pouvait faire BGE 151 III 297 S. 307 l'objet d'un recours au niveau cantonal n'y change rien, étant donné qu'une fausse indication des moyens de droit ne saurait créer une voie de recours inexistante (ATF 129 III 88 consid. 2.1).

E. 3

(...)

E. 3.4.1

Eu égard à l'ensemble des circonstances procédurales de la cause en litige, la Cour de céans ne considère pas que le recourant aurait tardé indûment à se prévaloir de son immunité de juridiction, respectivement qu'il aurait manifesté son intention d'y renoncer lors de la procédure conduite devant le juge d'appui. C'est le lieu de souligner que, selon l'art. 8 par. 2 let. a de la Convention des Nations Unies du 2 décembre 2004 sur les immunités

juridictionnelles des États et de leurs biens (FF 2009 1481 ss; ci-après: la CNUJIE), un État n'est pas réputé avoir consenti à l'exercice de la juridiction d'un tribunal d'un autre État s'il intervient dans une procédure ou y participe à seule fin d'invoquer l'immunité. En l'occurrence, il apparaît que le recourant a effectivement pris part à la procédure afin de se prévaloir de son immunité de juridiction au cours de la procédure menée devant le juge d'appui. Dans le délai prolongé à sa demande qui lui a été imparti pour se déterminer sur la requête de son adversaire, le recourant a ainsi sollicité, le 28 octobre 2022, la limitation de la procédure à l'examen de son immunité, requête qui a été rejetée à tort par le Tribunal de première instance. Que l'État recourant ait requis l'octroi d'un délai "pour se déterminer sur la requête en nomination d'arbitre", dans le cadre de sa demande de prolongation de délai présentée le 15 août 2022, ne signifie pas qu'il aurait, de ce fait, renoncé à son immunité juridictionnelle, comme le prétend l'intimée. Cette conclusion s'impose d'autant plus que, dans une note diplomatique établie le 6 septembre 2021, à laquelle se réfère l'intimée dans sa réponse, le recourant avait expressément réservé son droit de se prévaloir de son immunité de juridiction, une fois que les actes de la procédure lui auraient été valablement notifiés. L'affirmation de l'intimée selon laquelle son adversaire aurait renoncé à son immunité au motif qu'il avait reconnu, dans ses déterminations du 13 décembre 2022, la compétence du Tribunal arbitral et, partant, renoncé "aussi clairement que définitivement à son immunité", est elle aussi infondée. Il apparaît, en effet, que le recourant s'est borné à indiquer ce qui suit: "(...) La question de savoir si [le recourant] est partie au contrat litigieux, ce que ce dernier conteste fermement et que, d'ailleurs, [l'intimée] n'avait BGE 151 III 297 S. 308 jamais prétendu jusqu'ici, ne relève en toute hypothèse pas de la compétence des juridictions suisses, mais de celle du Tribunal arbitral qui sera saisi de cette question". Ce faisant, le recourant n'a fait que rappeler le principe de la compétence-compétence applicable en matière d'arbitrage. Une telle déclaration ne saurait ainsi être interprétée comme une renonciation de l'État concerné à se prévaloir de son immunité de juridiction devant le juge d'appui suisse saisi dans le cadre d'un arbitrage dont le siège se trouve à l'étranger.

E. 3.4.2

Après avoir examiné attentivement les positions respectives des parties, la Cour de céans considère que la solution retenue dans le jugement attaqué ne résiste pas aux critiques dont elle est la cible de la part du recourant. Aux termes de l'art. 17 CNUJIE, l'État doit avoir conclu par écrit un accord d'arbitrage pour que l'on puisse admettre une renonciation de sa part à se prévaloir de son immunité. Autrement dit, il doit avoir manifesté, par écrit, son consentement à l'arbitrage. Il sied de relever que pareille exigence se retrouve aussi à l'art. 12 de la Convention européenne du 16 mai 1972 sur l'immunité des États (RS 0.273.1), dont la teneur est la suivante: "Si un État Contractant a accepté par écrit [passage mis en évidence par le Tribunal fédéral] de soumettre à l'arbitrage des différends déjà nés ou qui pourraient naître en matière civile ou commerciale, il ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre État Contractant sur le territoire ou selon la loi duquel l'arbitrage doit avoir ou a eu lieu en ce qui concerne toute action relative: (a) à la validité ou à l'interprétation de la convention d'arbitrage; (b) à la procédure d'arbitrage; (c) à l'annulation de la sentence, à moins que la convention d'arbitrage n'en dispose autrement". L'exigence d'un accord matérialisé sous la forme écrite tend visiblement à protéger les intérêts de l'État. Il faut en effet bien voir que la renonciation à l'immunité de juridiction d'un État est conçue comme une exception à la règle énoncée à l'art. 5 CNUJIE, laquelle prévoit que l'État jouit en principe de l'immunité de juridiction devant les tribunaux d'un

autre État. La thèse de l'intimée, selon laquelle l'art. 17 CNUJIE aurait également vocation à s'appliquer lorsque l'État n'a pas conclu par écrit un accord en vue de se soumettre à l'arbitrage, se heurte non seulement au texte clair de cette disposition mais contredit aussi le but poursuivi par celle-ci. C'est ainsi en vain que BGE 151 III 297 S. 309 l'intimée fait un parallèle entre l'art. 17 CNUJIE et l'art. II de la Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (RS 0.277.12), étant précisé que ces deux normes ne sont pas libellées de la même manière et traitent de problématiques distinctes. Sur la base des explications avancées par les parties et leurs experts respectifs, il n'est pas davantage possible de retenir qu'il existerait une coutume, en droit international, selon laquelle la règle ancrée à l'art. 17 CNUJIE s'appliquerait aussi vis-à-vis d'un État qui n'a pas conclu par écrit un accord en vue de se soumettre à l'arbitrage. Force est, par ailleurs, de relever le danger que comporte la thèse de l'intimée au regard de la protection de l'immunité juridictionnelle des États souverains. Si l'on suivait le raisonnement de l'intimée jusqu'au bout, une partie pourrait en effet se contenter de rendre vraisemblable, dans le cadre d'une procédure étatique tendant à la désignation d'un arbitre, qu'un État étranger est lié par une clause arbitrale contenue dans un contrat auquel il n'a pas adhéré par écrit, sans que cet État puisse se prévaloir de son immunité de juridiction. Ceci reviendrait à vider l'immunité juridictionnelle de sa substance et à contraindre l'État à se défendre, d'abord devant le juge d'appui, puis, le cas échéant, dans le cadre de la procédure d'arbitrage, aux fins de démontrer qu'il n'est pas lié par la clause d'arbitrage figurant dans un contrat qu'il n'a pas signé. Contrairement à ce que prétend le Tribunal de première instance, admettre qu'un État puisse se prévaloir de son immunité juridictionnelle dans le cadre d'une procédure étatique tendant à la nomination d'un arbitre ne rendrait pas inefficace toute clause compromissoire opposable à cet État en lien avec des domaines relevant de sa souveraineté (iure imperii). En vertu de l'art. 17 CNUJIE, l'État qui accepte par écrit de se soumettre à un arbitrage ne peut en effet plus se prévaloir de son immunité en relation avec les prétentions couvertes par la clause arbitrale, que ce soit devant le juge d'appui du siège de l'arbitrage convenu par les parties ou dans le cadre de la procédure d'arbitrage. En l'occurrence, il n'est pas contesté, ni contestable du reste, que le recourant n'a pas conclu par écrit un accord avec l'intimée en vue de soumettre à l'arbitrage des contestations relatives à une transaction commerciale. Il appert, en effet, que le recourant n'a pas signé le contrat contenant la clause d'arbitrage. Dans ces circonstances, l'art. 17 CNUJIE ne saurait trouver application, étant donné que le recourant BGE 151 III 297 S. 310 n'a pas accepté par écrit de soumettre à l'arbitrage les différends éventuels en lien avec ledit contrat. Contrairement à ce que soutient enfin l'intimée, la nomination d'un arbitre par un tribunal étatique ne saurait être assimilée à un acte accompli iure gestionis . Il s'agit, au contraire, d'une activité juridictionnelle relevant de l'exercice de puissance publique de l'État concerné. Il s'ensuit que le moyen pris d'une violation de l'immunité de juridiction du recourant se révèle fondé.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.