

# **BGer 4A 404/2017 vom 26. Juli 2018**

Bundesgericht, 2018-07-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_404\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_404_2017)

FR: TF 4A 404/2017 du 26 juillet 2018

IT: TF 4A 404/2017 del 26 luglio 2018

## **Regeste**

arbitrage international; droit d'être entendu; ne eat iudex ultra vel extra petiat partium; ordre public matériel | Jurisdiction arbitrale

## **Erwägungen**

### **E. 1**

D'après l' art. 54 al. 1 LTF , le Tribunal fédéral rédige son arrêt dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Lorsque cette décision a été rendue dans une autre langue (ici l'anglais), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le Tribunal arbitral, celles-ci se sont servies de l'anglais, tandis que, dans les mémoires adressés au Tribunal fédéral, elles ont employé le français. Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral rendra, par conséquent, son arrêt en français.

### **E. 2**

Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions fixées par les art. 190 à 192 LDIP ( art. 77 al. 1 let. a LTF ). Qu'il s'agisse de l'objet du recours - une sentence finale -, de la qualité pour recourir, du délai de recours ou encore des motifs de recours invoqués, aucune de ces conditions de recevabilité ne fait problème en l'espèce. Point n'est besoin de s'attarder ici sur les arguments avancés par l'intimée - le fait qu'une annulation partielle de la sentence attaquée ne serait pas possible en l'espèce et le défaut d'une motivation suffisante du recours en tant qu'il vise les chiffres (3), (9) et (10) du dispositif de ladite sentence - à l'appui de sa conclusion tendant à ce que le présent recours soit déclaré irrecevable, dès lors que ce dernier doit de toute façon être rejeté comme on le démontrera ci-après.

### **E. 3**

Dans un premier moyen, qui porte sur le chiffre (3), précité, du dispositif de la sentence attaquée, lequel a trait à la conclusion V de l'intimée (cf. let. B ci-dessus), la recourante fait grief au Tribunal arbitral d'avoir violé son droit d'être entendue ( art. 190 al. 2 let . d LDIP) et d'avoir statué ultra ou extra petita ( art. 190 al. 2 let . c LDIP). Il y a lieu d'examiner successivement les deux branches de ce double moyen.

#### **E. 3.1.1**

Selon l' art. 190 al. 2 let . d LDIP, une sentence arbitrale peut être attaquée lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté. Ce motif de recours sanctionne les seuls principes impératifs de procédure réservés par l' art. 182 al. 3 LDIP , notamment le droit d'être entendu proprement dit, dont le contenu n'est pas différent de celui consacré à l' art. 29 al. 2 Cst. ( ATF 142 III 360 consid. 4.1.1 p. 360).

Cependant, en Suisse, le droit d'être entendu en procédure contradictoire, loin d'être illimité, connaît, au contraire, d'importantes restrictions dans le domaine de l'arbitrage international. Ainsi n'exige-t-il pas qu'une sentence arbitrale internationale soit motivée. Une partie n'a, en outre, pas le droit de se prononcer sur l'appréciation juridique des faits ni, plus généralement, sur l'argumentation juridique à retenir, à moins que le tribunal arbitral n'envisage de fonder sa décision sur une norme ou un motif juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence dans la cause en litige. En tout état de cause, le grief tiré de la violation du droit d'être entendu ne doit pas servir à provoquer par ce biais un examen de l'application du droit de fond ( ATF 142 III 360 consid. 4.1.2). Au demeurant, comme le droit d'être entendu ne constitue pas une fin en soi, la partie soi-disant lésée doit démontrer, outre la violation alléguée, que celle-ci l'a empêchée de faire valoir régulièrement ses droits dans la procédure arbitrale à laquelle la sentence attaquée a mis un terme (arrêt 4A\_505/2017 du 4 juillet 2018 consid. 3.1.1 et les précédents cités, en particulier l' ATF 143 IV 380 consid. 1.4.1).

### **E. 3.1.2**

Par sa conclusion V, l'intimée demandait au Tribunal arbitral de prononcer ce qui suit: " Respondent must indemnify [Y.\_\_\_\_\_ Bank], alternatively Claimant, from any liabilities, costs, losses and/or damages incurred by [Y.\_\_\_\_\_ Bank] in connection with Offshore Cases including without limitation any and all amounts awarded to Offshore Accountholders in connection with Offshore Cases." Le Tribunal arbitral, contrairement à l'avis de l'intimée pour qui il s'agissait d'une conclusion condamnatoire tendant à une exécution en nature, a considéré que ladite conclusion revêtait un caractère déclaratoire, faute de mentionner un quelconque montant (sentence, n. 351). Il a déduit des observations des parties que ces dernières ne contestaient ni sa compétence pour rendre une décision déclaratoire ni le fait qu'une telle décision puisse constituer une solution admissible dans l'arbitrage en cours. De ces mêmes observations, le Tribunal arbitral a conclu que les parties s'entendaient, pour l'essentiel, à faire dépendre le prononcé d'une décision déclaratoire de la réalisation des trois conditions suivantes: 1) la situation juridique d'une des parties à l'arbitrage ou des deux doit être litigieuse; 2) la déclaration requise est propre à résoudre le litige; 3) la sentence déclaratoire permettra d'atteindre un objectif pratique (sentence, n. 353). Procédant à la subsomption, il a jugé que ces trois conditions étaient remplies in casu (sentence, n. 355, 362 et 365). S'agissant plus particulièrement de la deuxième, il a constaté qu'elle satisfaisait à deux des trois conclusions que son interprétation de l'art. 2.9 (b) du STA l'avait amené à tirer (sentence, n. 325), à savoir que cette clause visait aussi les Offshore Cases et que l'engagement de " hold harmless " y figurant impliquait l'obligation pour la recourante de compenser les pertes financières et les dommages que l'intimée ou Y.\_\_\_\_\_ Bank pourrait subir en raison de la non-exécution, par U.\_\_\_\_\_, de ses obligations découlant du STA . En revanche, pour le Tribunal arbitral, la déclaration requise, selon les termes de la conclusion V de l'intimée, n'était pas compatible, telle quelle, avec la troisième conclusion que son interprétation de l'art. 2.9 (b) du SPA lui avait dictée, laquelle conclusion voulait que la mise en oeuvre du susdit engagement supposât l'existence d'une réclamation valable et finale de Y.\_\_\_\_\_ Bank (ou de la recourante) déposée au titre du STA contre U.\_\_\_\_\_ et l'inexécution par cette dernière de ses obligations de ce chef (sentence, n. 360). Aussi le Tribunal arbitral s'est-il demandé s'il devait purement et simplement rejeter la conclusion V ou s'il lui suffisait d'en restreindre la portée en ajoutant à la déclaration requise une réserve ou condition allant dans ce sens. Mettant l'accent sur

l'efficacité et la finalité de l'arbitrage, il a opté pour le second terme de l'alternative (sentence, n. 361), ce qui l'a amené concrètement à ajouter au premier membre de phrase du chiffre (3) du dispositif de sa sentence les mots qui ont été mis en évidence ci-dessus au moyen d'un soulignement (cf. let. B, "Au sujet de la conclusion V:", à partir de " it being ").

### **E. 3.1.3**

Selon la recourante, le Tribunal arbitral se serait écarté, ce faisant, de l'"accord de procédure" que les parties avaient conclu quant aux conditions générales d'admissibilité d'une requête déclaratoire. N'ayant pas interpellé les parties avant de s'y résoudre, il les aurait mises par surprise devant le fait accompli, violant ainsi leur droit d'être entendues (recours, n. 44-58). Le moyen est dénué de tout fondement. D'abord, l'accord de procédure allégué est manifestement le fruit d'une théorie artificielle, échafaudée a posteriori pour les besoins de la démonstration, par le biais de laquelle la recourante tente d'amener la Cour de céans à revoir l'application du droit. Que les points de vue des parties puissent se rejoindre sur la manière de traiter une question juridique, telles les conditions d'admissibilité d'une requête déclaratoire, est une chose; ériger cet avis partagé en un accord de procédure stricto sensu, qui lierait le Tribunal arbitral et l'obligerait à statuer dans les limites de ce cadre contraignant, en est une autre. Ensuite, ce pseudo-accord eût-il existé, encore eût-il fallu établir sa violation. Or, rien de tel n'a été démontré par la recourante. Bien au contraire, il est constant que le Tribunal arbitral a considéré que les trois conditions d'une décision déclaratoire étaient remplies en l'espèce, quand bien même il a jugé nécessaire de limiter la portée de la déclaration sollicitée afin de tenir compte de sa propre interprétation de l'art. 2.9 (b) du SPA. Enfin et surtout, en plaidant l'effet de surprise, la recourante, méconnaît la portée de la jurisprudence précitée, qui interdit au Tribunal arbitral de fonder sa sentence sur une norme ou un motif juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence dans la cause en litige. Il appert, en effet, des passages des écritures des parties auxquels l'intimée se réfère dans sa réponse (p. 24, n. 98 et notes de pied 9 à 11) que la recourante s'est exprimée de manière très étendue sur les conditions de recevabilité des conclusions de l'intimée et qu'elle a, notamment, consacré plusieurs pages à démontrer pourquoi, selon elle, la requête déclaratoire formulée par l'intéressée était irrecevable.

### **E. 3.2.1**

L'art. 190 al. 2 let. c LDIP permet d'attaquer une sentence, notamment, lorsque le tribunal arbitral a statué au-delà des demandes dont il était saisi. Tombent sous le coup de cette disposition les sentences qui allouent plus ou autre chose que ce qui a été demandé ( ultra ou extra petita ). Cependant, selon la jurisprudence, le tribunal arbitral ne statue pas au-delà des demandes s'il n'alloue en définitive pas plus que le montant total réclamé par la partie demanderesse, mais apprécie certains des éléments de la réclamation autrement que ne l'a fait cette partie ou encore lorsque, étant saisi d'une action négatoire de droit qu'il estime infondée, il constate l'existence du rapport juridique litigieux dans le dispositif de sa sentence plutôt que d'y rejeter cette action. Le tribunal arbitral ne viole pas non plus le principe ne eat iudex ultra petita partium s'il donne à une demande une autre qualification juridique que celle qui a été présentée par le demandeur. Le principe jura novit curia, qui est applicable à la procédure arbitrale, impose en effet aux arbitres d'appliquer le droit d'office, sans se limiter aux motifs avancés par les parties. Il leur est donc loisible de retenir des moyens qui n'ont pas été invoqués, car on n'est pas en présence d'une nouvelle demande ou d'une demande différente, mais seulement d'une nouvelle qualification des faits de la

cause. Le tribunal arbitral est toutefois lié par l'objet et le montant des conclusions qui lui sont soumises, en particulier lorsque l'intéressé qualifie ou limite ses prétentions dans les conclusions elles-mêmes (arrêt 4A\_314/2017 du 28 mai 2018 consid. 3.2.1). Eu égard au principe rendu par l'adage *a maiore minus*, il est évident qu'un tribunal - étatique ou arbitral - ne statue ni *ultra* ni *extra petita* en accordant moins à une partie que ce qu'elle demandait (arrêt 4A\_314/2017 du 28 mai 2018 consid. 3.2.2 *in fine*; voir aussi: FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome I, 2e éd. 2016, n° 1198; SUTTER-SOMM/SEILER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [éd.], 3e éd. 2016, n° 12 ad art. 58 CPC ; CHRISTOPH HURNI, in *Commentaire bernois, Schweizerische Zivilprozessordnung*, vol. I, 2012, n° 19 ad art. 58 CPC ). A cet égard, la simple constatation que la prétention élevée est justifiée va moins loin que l'octroi d'un montant de ce chef (arrêt 4P.296/2004 du 5 août 2005 consid. 4; HURNI, *op. cit.*, n° 21 ad art. 58 CPC ). Dans le même ordre d'idées, l'admission conditionnelle d'une demande constitue un *minus* par rapport à une admission sans condition (arrêt 4A\_439/2014 du 16 février 2015 consid. 5.4.3.2 et le précédent cité; SUTTER-SOMM/SEILER, *ibid.*; HURNI, *op. cit.*, n° 23 ad art. 58 CPC ; DANIEL GLASL, in *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Brunner/Gasser/Schwander [éd.], 2e éd. 2016, n° 21 ad art. 58 CPC ). Quant à la constatation selon laquelle il n'existe pas de créances susceptibles de faire l'objet d'une action en justice, elle ne constitue pas un *aliud*, mais un *minus*, en comparaison avec la conclusion visant à faire constater l'inexistence de quelque créance que ce soit (arrêt 4A\_459/2009 du 25 mars 2010 consid. 6.1; HURNI, *op. cit.*, n° 24 ad art. 58 CPC ).

### **E. 3.2.2**

Appliqués au cas particulier, ces principes commandent de rejeter le grief de la recourante fondé sur le motif prévu à l'art. 190 al. 2 let. c LDIP. Contrairement à ce que l'intéressée soutient à l'appui de ce grief, il est manifeste que le Tribunal arbitral n'a statué ni *ultra* ni *extra petita* pour avoir assorti, sous chiffre (3) de son dispositif, la constatation requise dans la conclusion V de l'intimée d'une condition potestative et suspensive qui affecte la créance formant l'objet de cette conclusion en subordonnant l'exigibilité de ladite créance à la preuve de l'inexécution par U. \_\_\_\_\_ de ses obligations dûment et définitivement établies envers Y. \_\_\_\_\_ Bank ou la recourante au titre du STA du 9 août 2001.

### **E. 4**

La recourante s'en prend ensuite aux chiffres (6) et (7) du dispositif de la sentence attaquée. Elle reproche au Tribunal arbitral d'avoir rendu sur ces deux points une sentence incompatible avec l'ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP) et, plus précisément, avec le principe *pacta sunt servanda*.

#### **E. 4.1**

Une sentence est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants; au nombre de ces principes figure la fidélité contractuelle (ATF 132 III 389 consid. 2.2.1). Le principe de la fidélité contractuelle, rendu par l'adage *pacta sunt servanda*, au sens restrictif que lui donne la jurisprudence relative à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, n'est violé que si le tribunal arbitral refuse d'appliquer une clause contractuelle tout en admettant qu'elle lie les parties ou, à l'inverse, s'il leur impose le respect d'une clause dont il considère qu'elle ne les lie pas. En d'autres termes, le tribunal arbitral doit avoir appliqué ou refusé d'appliquer une disposition contractuelle en se mettant

en contradiction avec le résultat de son interprétation à propos de l'existence ou du contenu de l'acte juridique litigieux. En revanche, le processus d'interprétation lui-même et les conséquences juridiques qui en sont logiquement tirées ne sont pas régis par le principe de la fidélité contractuelle, de sorte qu'ils ne sauraient prêter le flanc au grief de violation de l'ordre public. Le Tribunal fédéral a souligné à maintes reprises que la quasi-totalité du contentieux dérivé de la violation du contrat est exclue du champ de protection du principe *pacta sunt servanda* (arrêt 4A\_502/2017 du 25 juin 2018 consid. 4.1).

#### **E. 4.2**

Qu'il s'agisse du chiffre (6) du dispositif de la sentence entreprise, relatif à la conclusion X de l'intimée ou du chiffre (7) de ce même dispositif, à mettre en relation avec la conclusion XI de cette partie (cf. let. B ci-dessus), la recourante formule les mêmes critiques sous l'angle de l'ordre public matériel et, singulièrement, du principe de la fidélité contractuelle. Dans l'un et l'autre cas, elle soutient, en substance, qu'en rejetant " without prejudice " les deux conclusions en paiement prises par l'intimée, le Tribunal arbitral se serait mis en porte-à-faux avec sa propre interprétation de l'art. 2.9 (b) du SPA selon laquelle le droit de l'intimée d'obtenir une compensation de la part de la recourante supposait l'existence d'une créance liquide, mais non exécutée par la débitrice, de Y. \_\_\_\_\_ Bank ou de la recourante contre U. \_\_\_\_\_. Comme cette condition n'était pas réalisée au moment où il statuait, le Tribunal arbitral, aux dires de la recourante, aurait dû rejeter au fond " with prejudice " les conclusions X et XI, autrement dit les écarter purement et simplement, sauf à violer l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Il ressort on ne peut plus clairement de la sentence déferée, plus précisément de ses n. 393 à 399 s'agissant de la conclusion X et de ses n. 402 à 406 en ce qui concerne la conclusion XI, que le Tribunal arbitral a fait application de l'art. 2.9 (b) du SPA, tel qu'il l'avait interprété, pour aboutir à la conclusion que les deux prétentions litigieuses chiffrées étaient prématurées et devaient, par conséquent, être rejetées en l'état, i.e. sans préjudice. Dans ces conditions, venir soutenir, à l'instar de la recourante, qu'il n'y aurait aucune suite logique entre le raisonnement tenu par le Tribunal arbitral relativement aux deux conclusions litigieuses et la formulation des chefs du dispositif de la sentence relatifs à ces conclusions-là n'apparaît guère compatible avec les règles de la bonne foi. De toute évidence infondé, ce double grief, ne saurait, dès lors, prospérer.

#### **E. 5**

En dernier lieu, la recourante attaque les chiffres (9) et (10) du dispositif de la sentence finale - ils ont trait, respectivement, aux frais de la procédure d'arbitrage et aux dépens des parties - sous l'angle de la violation tant du droit d'être entendu que du principe *pacta sunt servanda* (art. 190 al. 2 let. d et e LDIP). Si l'on comprend bien les explications de la recourante, le Tribunal arbitral, n'eût-il pas rendu aux chiffres (3), (6) et (7) du dispositif de sa sentence des décisions incompatibles avec le droit d'être entendu et le principe *ne eat iudex ultra vel petita partium*, eût alors dû constater que la recourante était l'unique partie victorieuse, ce qui l'eût conduit à mettre l'intégralité des frais et dépens de la procédure d'arbitrage à la charge de l'intimée, conformément à la règle générale rappelée par lui. La prémisse de ce raisonnement est erronée, comme on l'a démontré plus haut (cf. consid. 3 et 4), dès lors que les violations alléguées en rapport avec les chiffres (3), (6) et (7) du dispositif de la sentence attaquée n'ont pas été retenues. La conclusion du raisonnement est, par conséquent, affectée du même vice, puisqu'elle présuppose que l'intimée aurait succombé dans chacune de ses quatorze conclusions, condition qui n'est pas remplie. Le

présent recours sera donc rejeté sur ce point également.

**E. 6**

La recourante, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale ( art. 66 al. 1 LTF ) et verser des dépens à l'intimée ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).

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