

VD_GERICHTE KC14.033886 vom 5. März 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-03-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_KC14.033886

FR: VD_GERICHTE KC14.033886 du 5 mars 2015

IT: VD_GERICHTE KC14.033886 del 5 marzo 2015

Erwägungen

E. 1

the attached document is a true and correct copy of the Appeal Award No. 4329 dated 28 May 2013 on the official form of the Grain and Feed Trade Association (GAFTA) made by D Hacking (Chairman), D Barnett, W Busch, C Creffield and M Kock in a dispute which had arisen between A. _____ SA (Sellers) and U. _____ Ltd (Buyers) under a contract dated 11 August 2011, in respect of 3,000 metric tons of Russian Milling Wheat;

E. 2

the said Award was made in pursuance of an agreement between the said parties for arbitration in accordance with the Arbitration Rules of GAFTA in force at the date of said contract, which Agreement was valid under the law of England by which it was governed;

E. 3

the said Award was made by the Board of Appeal provided for in that Agreement and those Rules;

E. 4

the said Award was made in respect of a matter which may lawfully be referred to Arbitration under the law of England;

E. 4.1

in fine), le cours du dollars américain par rapport au franc suisse était, au 29 avril 2014 (date de la réquisition de la poursuite), de 1 USD pour 0.882395 CHF; par conséquent la somme de USD 77'500.- équivalaient alors à 68'385 fr. 65. Toutefois, avant qu'il soit convertis en francs suisses, ce montant a porté des intérêts, compensatoires, à hauteur de 4,5 % l'an, selon des échéances trimestrielles à compter du 5 septembre 2011. Jusqu'au 29 avril 2014, ces intérêts s'élèvent à USD 9'586, selon le calcul suivant : Taux d'intérêt annuel (TA) / taux journalier (TJ): 4,5 % / 0.01206 % Date de départ / date finale : 5 septembre 2011 / 29 avril 2014 Nombre de jours : 967 Taux d'intérêts composés (TC): 12,3686 % (selon formule ci- dessous) Capital de départ : 77'500 Intérêts : 9'586 Capital final : 87'086 Formule : $EXP = \text{exponentielle}$ $TJ = EXP(LN(1+TA/100)/365)-1$ $LN = \text{logarithme naturel}$ $TJ = EXP(LN(1.045)/365)-1$ * = multiplié par $TC = EXP(LN(1+TA/100)/365*NJ)-1$ / = divisé par $TC = EXP(LN(1.045)/365*NJ)-1$ b) Le recours doit ainsi être partiellement admis et la décision du premier juge réformée en ce sens que la mainlevée définitive de

- 52 - l'opposition est prononcée à concurrence de 76'844 fr. (contre-valeur de USD 87'086.-). Sur cette somme, la poursuivante réclame un intérêt moratoire au taux de 4,5 % l'an, qui peut être alloué dès le lendemain de la notification du commandement de payer, soit dès le 6 mai 2014. L'opposition est maintenue pour le surplus. La réforme portant sur un faible montant d'intérêt et ne résultant pas d'une non-reconnaissance en Suisse de la

sentence invoquée, qui était la principale question litigieuse, le prononcé de première instance doit être confirmé en ce qui concerne la répartition et le montant des frais judiciaires et des dépens (art. 106 al. 1 CPC). Pour le même motif, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 690 fr., dont la recourante a fait l'avance, doivent être mis à la charge de celle-ci (art. 106 al. 1 CPC). L'intimée a droit à des dépens fixés à 3'000 fr. (art. 8 TDC [tarif des dépens en matière civile; RSV 270.11.6]).

E. 5

the said Award has become final and binding;

E. 6

Le contrat contenait, entres autres, les termes pertinents suivants : (...) Conditions générales : Toutes les autres conditions, sauf contradiction avec ce qui précède, sont régies par [le contrat] Gafta 49.

- 42 - Tout désaccord qui pourrait survenir quant à l'exécution ou à l'interprétation du présent contrat sera réglé par la voie de la négociation directe entre les parties ou sera tranché de manière définitive et exclusive selon [les règles] Gafta 125 à Londres." Enfin, dans une écriture du 18 février 2013 qu'elle a adressée en tant qu'appelante au tribunal arbitral d'appel (pièce 16 a, citée dans la sentence rendue en appel), la recourante s'est déterminée comme suit sur l'allégué 14.2 de l'intimée (traduction) : "Comme allégué dans le paragraphe 5 du mémoire d'appel des appelants, le contrat était soumis à l'arbitrage de la Gafta à Londres et spécialement au contrat Gafta n° 49." Sans préjuger de la question de la validité de cette clause – qui, comme on l'a vu, relève des art. II et V par. 1 let. a CNY (cf. supra, cons. IVa) in fine) et sera examinée au considérant suivant -, il faut déduire de ce qui précède que l'intimée a également rempli les exigences de l'art. IV par. 1 let. b CNY. En effet, même si la copie de la convention d'arbitrage qu'elle a produite n'est pas dûment authentifiée, le fait que, dans la procédure d'appel, la recourante ait elle-même, et précisément, allégué être liée par cette même convention d'arbitrage et le fait qu'elle ait admis plus généralement que le contrat qui la liait à l'intimée était soumis à un arbitrage de la Gafta à Londres et aux règles adoptées par cette association sous nos 49 et 125 suffisent à conclure "prima facie" à l'authenticité de la clause compromissoire litigieuse et au fait que celle-ci lie bien les parties. Le fait que, devant le juge de la mainlevée, l'intimée ait produit dans un second temps, le 31 octobre 2014, et non "en même temps que sa demande" du 25 juin 2014, les documents établissant la position de la recourante dans le cadre de la procédure d'appel est sans incidence au vu des principes rappelés plus haut; au demeurant, la recourante n'ayant pas contesté mais au contraire admis la compétence des tribunaux arbitraux de première et de seconde instances, et procédé devant eux, l'intimée pouvait de bonne foi penser qu'elle ne remettait pas

- 43 - en cause l'existence d'une convention d'arbitrage; ainsi, lorsque la recourante a soulevé ce moyen dans son procédé écrit (vraisemblablement déposé lors de l'audience, en dépit de sa date antérieure), l'intimée disposait d'un droit de répliquer, admis selon les règles de procédure suisse réservées à l'art. III CNY (ATF 138 III 484 c. 2.2). Il est vrai que l'intimée n'a pas produit une traduction complète en français de la sentence dont elle requiert la reconnaissance et l'exécution, mais seulement de son dispositif figurant sous chiffre 13 (pièce 13), et qu'elle n'a pas produit de traduction de la clause compromissoire précitée ni du reste du contrat dans lequel cette clause figure. Toutefois, cette omission ne saurait justifier le refus de la reconnaissance en Suisse de cette sentence, dès lors que,

comme on l'a vu (cf. supra, c. IV b)), le Tribunal fédéral considère que l'art. IV par. 2 CNY n'est pas une disposition impérative, en particulier lorsque la langue étrangère d'origine est l'anglais (ATF 138 III 520 c. 5). Au demeurant, l'intimée a produit une traduction de l'extrait de l'appel que la recourante a interjeté le 20 novembre 2012 contre la sentence rendue en première instance, extrait reproduisant la clause compromissoire litigieuse. Pour le motif précité, le fait que cette traduction soit libre et non pas certifiée ne la rend pas irrecevable. c) En conclusion, on doit considérer que l'intimée a bien produit les documents requis par l'art. IV CNY. VI. a) En première et deuxième instances, la recourante a invoqué l'inexistence d'une convention d'arbitrage, voire l'inexistence d'une convention d'arbitrage valable au sens de l'art. II CNY. Même si elle n'a pas prétendu se prévaloir d'un motif de refus de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale litigieuse au sens de l'art. V CNY, mais a invoqué cet argument dans le cadre de l'art. IV CNY, il faut déduire de son argumentation qu'elle soulève bien un tel motif.

- 44 - b)aa) Aux termes de l'art. V par. 1 CNY, la reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve, notamment, que les parties à la convention visée à l'article II étaient, en vertu de la loi à elles applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue (let. a). Doctrine et jurisprudence admettent que cette disposition, quand elle mentionne l'art. II CNY qui décrit la forme d'une convention d'arbitrage, vise l'invalidité formelle de cette convention. Pour le surplus, l'art. V par 1. let. a in fine CNY vise l'invalidité matérielle de celle-ci (Patocchi/Jermini, op. cit., n. 64 ad art. 194 IPRG, p. 2112 et les réf. cit.; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, op. cit., nos 887 ss, spéc. 888 et 890, pp. 558 s.; Girsberger/Heini/Keller/Kren Kostkiewicz/Siehr/ Vischer/ Volken, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2ème éd. 2004, n. 18 ad art. 194 IPRG, p. 2111). L'art. II par. 1 CNY dispose que chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. L'art. II par. 2 CNY règle directement la question de la forme de la convention, en prévoyant qu'on entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes. bb) En l'espèce, il n'est pas contesté que le contrat de vente daté du 11 août 2011 contenant la convention d'arbitrage n'est pas signé par les parties à l'arbitrage, mais seulement par le courtier [...] Apparemment, il est d'usage, dans le commerce des denrées alimentaires pratiqué par les parties et chapeauté par la Gafta, de procéder par

- 45 - l'intermédiaire d'un courtier qui signe, seul, un contrat contenant la convention d'arbitrage (cf. Patocchi/Jermini, op. cit., n. 75 ad art. 194 IPRG, p. 2114, qui citent une décision publiée au Yearbook 1990, p. 509 ss, spéc. 511). Traitant de cette problématique dans son ouvrage de référence sur la CNY, van den Berg, dans un chapitre où il examine la question de la conclusion des conventions d'arbitrage par l'intermédiaire d'un agent, arrive à la conclusion que l'art. II par. 2 CNY n'a pas pour effet que l'autorisation donnée à un agent de conclure une telle convention devrait toujours revêtir la forme écrite; cependant, s'agissant plus particulièrement des courtiers, cet auteur relève ce qui suit, en se référant en

notes de bas de page à des décisions de tribunaux allemands (van den Berg, *The CNY*, pp. 222 à 226, spéc. 226) : "The question of Article II(2) and agency has also come up in respect of the commercial broker, known in countries like F.R. Germany where he is called *Handelsmakler*. He is an independent businessman who in the ordinary course of business negotiates contracts for two parties without being instructed by them with this duty on a permanent basis. He does not conclude the transaction in his own name, but acts as agent for both parties. After he has brought about an agreement between the parties, he sends to each party an identical broker's note (in German *Schlusschein* (sic) or *Schlussnote*), which usually contains an arbitral clause. It is essential for compliance with Article II(2) that the broker's note be returned by each party to the broker; only then is there an exchange of writing. It is generally not required that the broker forward the returned note to the other party; under most laws he is authorized to receive the written declarations of the parties." (traduction) "La question [de l'observation] de l'art. II par. 2 CNY en cas d'intervention d'un agent s'est aussi posée au sujet du courtier commercial, connu notamment en Allemagne sous le nom de "*Handelsmakler*". Il s'agit d'un homme d'affaires indépendant dont l'activité ordinaire consiste à négocier ponctuellement des contrats pour deux parties. Il ne conclut pas la transaction en son nom propre, mais agit comme mandataire des deux parties. Après être parvenu à un accord entre les parties, il envoie à chacune d'elle un document ("*broker's note*", en allemand "*Schlusschein* (sic) ou *Schlussnote*") identique, qui contient habituellement une clause compromissoire. Il est essentiel, au regard de l'art. II par. 2 CNY, que ce document soit renvoyé au courtier par chacune des

- 46 - parties, pour que la condition d'un échange d'écrits soit réalisée. Il n'est en principe pas nécessaire que le courtier transmette à l'autre partie le document renvoyé, la plupart des lois l'autorisant à recevoir la déclaration écrite des parties." En l'espèce, les pièces produites ne permettent pas de savoir dans quelles circonstances le courtier a été mandaté et quel a été son rôle, et si c'est la procédure décrite par van den Berg qui a été suivie. En particulier, on ne sait pas si les parties étaient en relations d'affaires auparavant et si le document du 11 août 2011 signé par le courtier est une "*broker's note*" au sens précité. Il faut donc constater que la convention d'arbitrage n'est pas munie de la signature des parties, ni n'est confirmée par des lettres qu'elles se seraient échangées, ou à tout le moins qu'elles auraient adressées au courtier en guise d'approbation. En outre, aucun autre document ne figure au dossier qui serait signé par les deux parties; ainsi, le contrat Gafta n° 49 produit, qui contient une convention d'arbitrage sous chiffre 24, est un modèle de contrat, dont les champs n'ont pas été complétés. Il s'ensuit que la clause compromissoire litigieuse ne revêt pas la forme prescrite par l'art. II par. 2 CNY. Comme le relève l'intimée, il est vrai que l'art. VII par. 1 CNY réserve, s'agissant notamment de la forme de la convention d'arbitrage, l'application du droit national plus favorable, et que le droit suisse connaît une forme écrite simplifiée à l'art. 178 al. 1 LDIP (Kaufmann Kohler/Rigozzi, op. cit., n° 888a p. 558; Girsberger et alii, op. cit., nn. 33 à 36 ad art. 178 IPRG, p. 1976; ATF 121 III 38 c. 2c). Toutefois, si cette disposition se contente de prescrire un mode de communication permettant d'établir la preuve de la convention d'arbitrage par un texte, il n'en demeure pas moins que les parties doivent avoir manifesté par écrit leur volonté de se soumettre à l'arbitrage (ATF 121 III 38 précité) et que la preuve d'une telle manifestation de volonté doit pouvoir être apportée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce pour les motifs déjà exposés. Le droit national réservé à l'art. VII CNY n'est donc d'aucun secours à l'intimée.

- 47 - cc) L'intimée se prévaut subsidiairement du droit anglais, qui serait le droit applicable à l'arbitrage au sens de l'art. V par. 1 let. a CNY, en soutenant que la clause compromissoire serait valable selon ce droit, plus particulièrement selon la Section 5 de l'"Arbitration Act 1996". Comme déjà dit (cf. supra, c. VI b)aa)), le droit choisi par les parties pour gouverner leur arbitrage, ou le droit du pays où la sentence a été rendue, tous deux réservés par l'art. V par. 1 let. a CNY, ne peuvent concerner que la validité matérielle de la convention d'arbitrage, savoir par exemple la question du consentement à la clause (s'agissant notamment des clauses par référence), de la conclusion de celle-ci, des vices du consentement, de la portée de la clause, de la clausula rebus sic stantibus, etc.

(Patocchi/Jermini, op. cit., n. 68 ad art. 194 IPRG, pp. 2112 s. et les réf. cit.;

Kaufmann-Kohler/Rigozzi, nos 890 et 890a, p. 559 et les réf. cit.). En l'occurrence, les règles sur l'arbitrage n° 125 édictées par la Gafta ("Arbitration Rules no 125"), auxquelles se réfère la convention d'arbitrage, prévoient l'application du droit anglais. En outre, le contrat n° 49, auquel se réfère également la convention, prévoit l'application de ces règles. Quant à la loi du pays où la sentence a été rendue, il s'agit aussi de la loi anglaise. Il s'ensuit qu'en vertu des deux règles de rattachement prévues par l'art. V par. 1 let. a CNY, c'est le droit anglais qui est applicable à la question de la validité (matérielle) de la convention d'arbitrage. A la date de l'arbitrage, c'est l'"Arbitration Act 1996" qui était en vigueur, dont la Section 5 a la teneur suivante : "5 Agreements to be in writing. (1)The provisions of this Part apply only where the arbitration agreement is in writing, and any other agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this Part only if in writing. The expressions "agreement", "agree" and "agreed" shall be construed accordingly.

- 48 - (2)There is an agreement in writing— (a)if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties), (b)if the agreement is made by exchange of communications in writing, or (c)if the agreement is evidenced in writing. (3)Where parties agree otherwise than in writing by reference to terms which are in writing, they make an agreement in writing. (4)An agreement is evidenced in writing if an agreement made otherwise than in writing is recorded by one of the parties, or by a third party, with the authority of the parties to the agreement. (5)An exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of an agreement otherwise than in writing is alleged by one party against another party and not denied by the other party in his response constitutes as between those parties an agreement in writing to the effect alleged.

(6)References in this Part to anything being written or in writing include its being recorded by any means." L'intimée se prévaut du paragraphe 4 et soutient que le courtier (partie tierce), muni du pouvoir des parties à la convention d'arbitrage, conclue autrement que par écrit, aurait enregistré cette convention. Il est possible que, dans les faits, les choses se soient déroulées ainsi. Toutefois, aucun élément du dossier ne permet de le prouver; en particulier, aucune pièce n'établit l'existence d'un mandat donné au courtier de passer le contrat en cause. En réalité, la disposition topique est plutôt le paragraphe 5, aux termes duquel un échange d'actes entre les parties dans des procédures arbitrale ou légale, dans lesquels l'existence d'une convention d'arbitrage passée autrement que par écrit est alléguée par l'une des parties contre l'autre, et non contestée par cette dernière dans sa réponse, constitue entre ces parties une convention d'arbitrage passée par écrit. Ainsi, dans ce cas, ce sont les écritures des parties dans le cadre du procès, notamment de l'arbitrage, qui sont considérées comme constituant la convention d'arbitrage (Pendell/Bridge, Arbitration in England and Wales, n. 4.4.1, p. 303).

- 49 - En l'espèce, il ressort de la première sentence arbitrale n° 14- 483 rendue le 30 août 2012 par le Tribunal arbitral de la Gafta que la recourante, défenderesse à la procédure d'arbitrage, n'a pas contesté l'existence d'une convention d'arbitrage entre les parties. De plus, dans son acte d'appel de cette sentence au Tribunal arbitral d'appel de la Gafta, elle a elle-même allégué que le contrat du 11 août 2011 se référait au contrat n° 49 et aux règles sur l'arbitrage n° 125 de la Gafta; en outre, elle a allégué in extenso le contenu de la convention d'arbitrage figurant dans le contrat du 11 août 2011. Enfin, dans une écriture du 18 février 2013 au tribunal arbitral d'appel, elle a expressément allégué que le contrat du 11 août 2011 liant les parties était soumis à l'arbitrage de la Gafta à Londres, et en particulier au contrat n° 49 de la Gafta. Il ressort de ce qui précède que la recourante ne s'est pas seulement abstenue de contester en première instance l'existence et le contenu de la clause compromissoire contenue dans le contrat signé par le courtier, ainsi que le fait que cette clause la liait, mais les a formellement allégués en seconde instance dans son acte d'appel, précisant même que le contrat n° 49 de la Gafta et les règles de l'arbitrage n° 125 de la Gafta s'appliquaient à cet arbitrage. Dans ces conditions, force est de constater que, selon le droit anglais applicable à l'arbitrage, il existait une convention d'arbitrage passée entre les parties par écrit, au sens de la Section 5, par. 5, de l'"Arbitration Act 1996". C'est du reste certainement le motif pour lequel les arbitres ont considéré qu'ils avaient été valablement saisis. La convention d'arbitrage ayant été valablement conclue selon le droit anglais applicable, le motif de refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence fondé sur l'art. V par. 1 let. a in fine CNY n'est pas établi. Le fait que la convention d'arbitrage soit matériellement valable n'a toutefois pas pour effet de guérir son invalidité formelle au sens de l'art. II par. 2 CNY. Comme déjà dit, il s'agit de deux conditions

- 50 - distinctes qui permettent toutes deux à la partie contre laquelle la sentence est invoquée de s'opposer à l'exequatur. c) Toutefois, on doit constater que la recourante commet un abus de droit en se prévalant des exigences de forme de l'art. II par. 2 CNY. En effet, comme déjà dit, durant la procédure arbitrale, la recourante s'est non seulement abstenue de contester l'existence d'une convention d'arbitrage liant les parties, bien que non signée par celles-ci, mais a elle-même allégué l'existence et le contenu de cette convention d'arbitrage en soutenant qu'elle liait les parties. Dans ces circonstances, l'exercice du droit de contester la reconnaissance de la sentence arbitrale au motif qu'il n'existerait pas de convention d'arbitrage entre les parties, ou pas de convention formellement valable, contredit clairement le comportement qu'elle a adopté précédemment et sur lequel l'intimée pouvait de bonne foi se fier (art. 2 al. 2 CC; cf. par ex. TF 5A-87/2011 du 23 septembre 2011, c. 3 et les réf. cit.). Au surplus, selon la jurisprudence et la doctrine, lorsque les exigences de l'art. II par. 2 CNY ne sont pas remplies, le comportement des parties peut, dans des circonstances particulières et conformément au principe de la bonne foi, remplacer l'absence de forme (Patocchi/Jermini, op. cit., n. 71 ad art. 194 IPRG, pp. 2113 s. et les réf. cit.). En l'espèce, le comportement de la recourante durant la procédure d'arbitrage, tel que décrit ci-dessus (cf. supra, c. V b)), constitue une acceptation expresse, passée en la forme écrite postérieurement à la saisine des arbitres, de la clause compromissoire litigieuse. Un tel comportement devrait donc à tout le moins pallier l'absence initiale de forme écrite de ladite clause. VII. a) Pour les motifs qui précèdent, la sentence arbitrale d'appel rendue le 28 mai 2013 à Londres par le Tribunal arbitral d'appel de la Gafta doit être reconnue et exécutée en Suisse. Cette décision constitue un titre de mainlevée définitive pour la somme de USD 77'500.- allouée en capital par les arbitres, qui doit être

- 51 - convertie en francs suisses (TF 5A_ 589/2012 du 13 décembre 2012 c. 2.2; Staehelin, Basler Kommentar, n. 52 ad art. 80 SchKG [LP]). La conversion d'une créance aux fins de l'exécution forcée doit se faire "au cours de l'offre des devises du jour de la réquisition de poursuite", l'art. 84 al. 2 CO - qui permet d'opter pour le cours du jour de l'échéance - n'étant pas applicable (ATF 137 III 623 c. 3). Le taux de conversion des monnaies est un fait notoire, qui ne doit être ni allégué ni prouvé. Il peut notamment être contrôlé par chacun sur internet, qui permet d'accéder rapidement au taux de conversion en vigueur à une date donnée. Ainsi, selon le site de référence "<http://www.fxtop.com>", qui donne les taux officiels diffusés par la Banque centrale européenne (ATF 137 III 623 c. 3 précité; 135 III 88 c.

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