Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A 676/2014

Arrêt du 3 juin 2015

Ire Cour de droit civil

Composition
Mmes les Juges Kiss, présidente, Klett et Hohl.
Greffier: M. Carruzzo.

Participants à la procédure
A._____, représentée par Me Pierre Schifferli,
recourante,

contre

1. B._____,
2. C._____,
intimées.

Objet
arbitrage international,

recours en matière civile contre la sentence rendue le 28 octobre 2014 par le Tribunal arbitral siégeant sous l'égide de la Swiss Chambers' Arbitration Institution.

Faits :

A.
En juillet 2001, A._____, une fondation de droit néerlandais, B._____, une société de droit américain, ainsi qu'une troisième société dénommée D._____ Ltd (ci-après: D._____) ont conclu un accord d'investissement en exécution duquel A._____ a mis à la disposition de B._____ la somme de 10 millions de dollars étasuniens (USD) contre la promesse de D._____ de lui rembourser cette somme et de lui verser un bénéfice de 100 millions USD.
N'ayant pas récupéré son investissement ni touché le bénéfice promis, A._____ a saisi un tribunal étatique de Californie d'une demande en paiement visant les deux sociétés précitées et plusieurs personnes physiques, dont C._____, CEO de B._____, domiciliée aux Etats-Unis d'Amérique. Les défendeurs n'ont pas comparu devant ce tribunal, lequel a rendu, en date du 16 mars 2007, un jugement par défaut les condamnant solidairement à payer à A._____ un total de 43'954'524,22 USD comprenant la somme investie (10 millions USD), des dommages punitifs (30 millions USD), ainsi que des intérêts pour la période comprise entre le 19 juillet 2001 et le 12 mars 2007 (3'954'524,22 USD).
Le 26 août 2009, A._____, B._____ et C._____ ont conclu un accord intitulé Settlement Agreement and Release (ci-après: l'accord). Constatant que le jugement par défaut n'avait pas été exécuté, les trois parties ont souhaité liquider de la sorte tous les différends issus de l'accord d'investissement initial et de conventions ultérieures. A cette fin, B._____ et C._____ se sont engagées à verser à A._____, par l'intermédiaire d'un trustee, la somme de 65 millions USD. En contrepartie, A._____ les libérerait, avec d'autres personnes

actionnées par elle, de toute obligation à son égard et leur céderait ses prétentions contre D._____ et son CEO issues du jugement par défaut susmentionné.
Sous le titre Miscellaneous, la clause 6 (4) de l'accord énonce ce qui suit:

"This agreement shall be interpreted in accordance with and governed in all respects by the provisions and statutes of the International Chamber of Commerce in Zürich, Switzerland and subsidiary by the laws of Germany. "
(traduction française fournie par la recourante: "Cet accord doit être interprété selon et gouverné dans tous ses aspects par les provisions et les statuts de la Chambre internationale de Commerce de Zürich, Suisse et subsidiairement par les lois d'Allemagne. ")

B.

B.a. Le 14 décembre 2012, A._____, se fondant sur la clause 6 (4) de l'accord, a soumis une notification d'arbitrage au secrétariat de la Cour d'arbitrage de la Swiss Chambers' Arbitration Institution. Un Tribunal arbitral de trois membres a été constitué par la Cour d'arbitrage et son siège fixé à Zurich. Il a décidé de conduire la procédure en anglais.
Dans sa requête d'arbitrage du 14 février 2014, A._____ a conclu à ce que B._____ et C._____ soient condamnées solidairement à lui payer un total de 65 millions USD, intérêts en sus.
Les défenderesses, qui ne se sont déterminées ni sur la notice d'arbitrage ni sur la requête d'arbitrage, ont été considérées comme défaillantes au sens de l'art. 28 (1) du Règlement suisse d'arbitrage international (ci-après: le Règlement).

B.b. Par sentence finale du 28 octobre 2014, le Tribunal arbitral s'est déclaré incompétent pour statuer sur la demande de A._____. Les motifs qui l'ont conduit à exclure sa compétence peuvent être résumés comme il suit.
Conformément à l'art. 186 al. 1 LDIP (RS 291) et à l'art. 21 (2) du Règlement, le Tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. Il doit le faire d'office, contrairement à la règle générale de l'art. 186 al. 2 LDIP (exception d'incompétence), lorsque la partie défenderesse est défaillante. Il s'agira donc, pour lui, d'examiner si la clause 6 (4) de l'accord constitue une convention d'arbitrage valable, propre à fonder sa compétence. En cas de réponse affirmative, il rendra une décision incidente (art. 186 al. 3 LDIP); dans le cas contraire, il prononcera une sentence finale.
La clause 6 (4) de l'accord satisfait aux exigences de forme posées à l'art. 178 al. 1 LDIP. Faute d'une élection de droit y relative effectuée par les parties, sa validité matérielle doit être examinée, en vertu de l'art. 178 al. 2 LDIP, soit d'après le droit allemand, censé régir l'objet du litige, soit d'après le droit suisse. Le Tribunal arbitral envisagera, en premier lieu, la question litigieuse au regard de la loi qui lui est la plus familière, à savoir le droit suisse, avant de la trancher, si nécessaire, à la lumière du droit allemand.
Pour être valable selon le droit suisse, la clause arbitrale doit inclure, à tout le moins, les éléments essentiels que constituent la volonté concordante des parties de soumettre leur (s) différend (s) à un tribunal arbitral, à l'exclusion d'une juridiction étatique, et la désignation du ou des litige (s) couvert (s) par la convention. Il faut, en outre, qu'il soit possible de déterminer le tribunal arbitral sur le choix duquel les parties se sont entendues. A cet effet, il y a lieu d'appliquer les règles générales touchant l'interprétation des contrats, telles qu'elles ont été amendées par la jurisprudence pour tenir compte des spécificités de l'arbitrage. Cette démarche conduit, tout d'abord, à constater qu'une réelle et commune intention des parties de recourir à l'arbitrage n'a pas été établie, faute de tout élément probant allant dans ce sens. Quant à l'interprétation objective de l'accord, elle ne révèle pas davantage une volonté concordante des parties de soustraire le règlement de leurs éventuels différends à la justice étatique. Ainsi en va-t-il du texte de la clause 6 (4) de l'accord. On n'y trouve aucun des termes généralement utilisés dans les conventions d'arbitrage pour manifester l'intention des parties de se
soumettre à une juridiction privée. Du reste, les mots figurant dans la clause litigieuse devraient, selon toute vraisemblance, amener un lecteur raisonnable et de bonne foi à considérer que cette clause a pour objet une élection de droit. Tel est aussi le cas de l'expression ambiguë International Chamber of Commerce in Zürich, Switzerland, la seule qui pourrait théoriquement indiquer une éventuelle intention des parties de recourir à l'arbitrage. Au demeurant, il n'existe pas d'autres circonstances propres à infirmer cette conclusion.

L'interprétation de la clause litigieuse au regard du droit allemand conduit, de même, à exclure la compétence du Tribunal arbitral par identité de motifs.

C.
Le 27 novembre 2014, A._____ (ci-après: la recourante) a formé un recours en matière civile pour violation de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. Elle conclut à ce que le Tribunal fédéral annule la sentence du 28 octobre 2014 et constate la compétence du Tribunal arbitral ou, sinon, renvoie la cause à celui-ci pour nouvelle décision sur sa compétence au sens des considérants de l'arrêt fédéral.
B._____ et C._____ (ci-après: les intimées) n'ont pas pu être atteintes.
Le Tribunal arbitral, qui a produit son dossier, n'a pas été invité à déposer une réponse.

Considérant en droit :

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 est rédigée dans une autre langue (ici l'anglais), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le Tribunal arbitral, la recourante a utilisé l'anglais, tandis que les intimées ont fait défaut. Le mémoire de recours adressé au Tribunal fédéral a été rédigé en français. Par conséquent, c'est cette langue qui sera utilisée pour la rédaction du présent arrêt.

2.
Le recours en matière civile est recevable contre les sentences touchant l'arbitrage international 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, de la qualité pour recourir, du délai de recours, des conclusions prises par la recourante - y compris celle tendant à ce que le Tribunal fédéral constate lui-même la compétence du Tribunal arbitral (ATF 136 III 605 consid. 3.3.4 p. 616) - ou encore du grief soulevé dans le mémoire de recours, aucune de ces conditions de recevabilité ne fait problème en l'espèce. Rien ne s'oppose donc à l'entrée en matière.

3.
Dans un unique moyen, fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP, la recourante soutient que le Tribunal arbitral s'est déclaré à tort incompétent pour connaître de la demande qui lui était soumise.

3.1. Saisi du grief d'incompétence, le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral. Il n'en devient pas pour autant une cour d'appel. Aussi ne lui incombe-t-il pas de rechercher lui-même, dans la sentence attaquée, les arguments juridiques qui pourraient justifier l'admission du grief fondé sur l'art. 190 al. 2 let. b LDIP. C'est bien plutôt à la partie recourante qu'il appartient d'attirer son attention sur eux, pour se conformer aux exigences de l'art. 77 al. 3 LTF (ATF 134 III 565 consid. 3.1 et les arrêts cités).
En revanche, le Tribunal fédéral ne revoit les constatations de fait que dans les limites usuelles, même lorsqu'il statue sur le moyen pris de l'incompétence du Tribunal arbitral (arrêt 4A 90/2014 du 9 juillet 2014 consid. 3.1).

3.2.

3.2.1. La convention d'arbitrage doit satisfaire aux exigences posées à l'art. 178 LDIP.
Il n'est pas contesté, ni contestable d'ailleurs, que la clause 6 (4) de l'accord satisfait aux exigences de forme posées à l'art. 178 al. 1 LDIP.
En vertu de l'art. 178 al. 2 LDIP, la convention d'arbitrage est valable, s'agissant du fond, si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse. La disposition citée consacre trois rattachements alternatifs in favorem validitatis, sans aucune hiérarchie entre eux, à savoir le droit choisi par les parties, le droit régissant l'objet du litige (lex causae) et le droit suisse en tant que droit du siège de l'arbitrage (ATF 129 III 727 consid. 5.3.2 p. 736). Faute d'une élection de droit touchant la clause 6 (4) de l'accord, le Tribunal arbitral a examiné la validité matérielle de celle-ci au regard tant du droit suisse que du droit allemand. La recourante

ne critique pas l'interprétation que les arbitres ont faite de ce dernier droit et la manière dont ils l'ont appliqué aux circonstances du cas concret. La Cour de céans restreindra donc son examen à la question de savoir si le Tribunal arbitral a méconnu le droit suisse en excluant sa compétence (cf. art. 77 al. 3 LTF).

3.2.2. La convention d'arbitrage est un accord par lequel deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'entendent pour confier à un tribunal arbitral ou à un arbitre unique, en lieu et place du tribunal étatique qui serait compétent, la mission de rendre une sentence à caractère contraignant sur un ou des litige (s) existant (s) (compromis arbitral) ou futur (s) (clause compromissoire) résultant d'un rapport de droit déterminé (arrêt 4A 515/2012 du 17 avril 2013 consid. 5.2 et les références). Il importe que la volonté des parties d'exclure la juridiction étatique normalement compétente au profit de la juridiction privée que constitue un tribunal arbitral y apparaisse. Quant au tribunal arbitral appelé à connaître du litige, il doit être déterminé ou, à tout le moins, déterminable (ATF 138 III 29 consid. 2.2.3 p. 35).
Les dispositions des conventions d'arbitrage qui sont incomplètes, peu claires ou contradictoires sont considérées comme des clauses pathologiques (sur les différentes espèces de clauses pathologiques, cf., parmi d'autres: Lukas Wyss, Aktuelle Zuständigkeitsfragen im Zusammenhang mit internationalen kommerziellen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, in Jusletter du 25 juin 2012, n. 96 à 107). Pour autant qu'elles n'aient pas pour objet des éléments devant impérativement figurer dans une convention d'arbitrage, en particulier l'obligation de déférer le litige à un tribunal arbitral privé, de telles clauses n'entraînent pas nécessairement la nullité des conventions d'arbitrage dans lesquelles elles figurent. Il faut, bien plutôt, rechercher par la voie de l'interprétation et, le cas échéant, par celle du complètement du contrat conformément aux règles générales du droit des contrats, une solution qui respecte la volonté fondamentale des parties de se soumettre à une juridiction arbitrale (dernier arrêt cité, ibid.).
En droit suisse, l'interprétation d'une convention d'arbitrage se fait selon les règles générales d'interprétation des contrats. Le juge s'attachera, tout d'abord, à mettre au jour la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir. S'il n'y parvient pas, il recherchera alors, en appliquant le principe de la confiance, le sens que les parties pouvaient et devaient donner, selon les règles de la bonne foi, à leurs manifestations de volonté réciproques en fonction de l'ensemble des circonstances (ATF 140 III 134 consid. 3.2; 135 III 295 consid. 5.2 p. 302 et les arrêts cités). Supposé que l'application de ce principe n'aboutisse pas à un résultat concluant, des moyens d'interprétation subsidiaires pourront être mis en oeuvre, telle la règle dite des clauses ambiguës en vertu de laquelle le contrat s'interprète, en cas de doute, en défaveur de son rédacteur (Unklarheitsrege l, in dubio contra stipulatorem ou proferentem; ATF 124 III 155 consid. 1b p. 158 et les arrêts cités). Au demeurant, si l'interprétation aboutit à la conclusion que les parties ont voulu soustraire à la juridiction étatique le
litige qui les divise pour le faire trancher par un tribunal arbitral, mais que des divergences subsistent au sujet du déroulement de la procédure d'arbitrage, force est alors de faire intervenir le principe d'utilité (Utilitätsgedanke), c'est-à-dire de donner à la clause pathologique un sens qui permette de maintenir la convention d'arbitrage (ATF 138 III 29 consid. 2.3.3 [condition réalisée]; arrêts 4A 388/2012 du 18 mars 2013 consid. 3.4.3 et 4A 244/2012 du 17 janvier 2013 consid. 4.4 [condition non réalisée]). Partant, une désignation imprécise ou erronée du tribunal arbitral n'entraîne pas nécessairement l'invalidité de la convention d'arbitrage (ATF 138 III 29 consid. 2.2.3 p. 36 et les arrêts cités).

3.2.3.

3.2.3.1. En l'espèce, le Tribunal arbitral, analysant les éléments de preuve figurant dans son dossier, constate que la recourante n'a pas réussi à établir l'existence d'une volonté réelle et commune des parties de soustraire leurs éventuels différends à la connaissance de la juridiction étatique compétente au profit d'un tribunal arbitral (sentence, n. 69 à 75).
Cette constatation relève du domaine des faits et lie, partant, le Tribunal fédéral lorsqu'il est saisi d'un recours en matière civile dirigé contre une sentence arbitrale internationale. Aussi la recourante tente-t-elle en pure perte de la remettre en question en proposant une appréciation différente des indices ressortant du dossier de l'arbitrage ou en réclamant un allègement du fardeau de la preuve sur la base des art. 2 al. 1 et 8 CC, ainsi que de l'art. 153 al. 2 CPC. Elle oublie, en argumentant de la sorte, que, si Tribunal fédéral conserve la faculté de revoir l'état de fait à la base de la sentence attaquée, ce n'est qu'à la condition que l'un des griefs mentionnés

à l'art. 190 al. 2 LDIP soit soulevé à l'encontre dudit état de fait ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux soient exceptionnellement pris en considération dans le cadre de la procédure du recours en matière civile (arrêt 4A 682/2012 du 20 juin 2013 consid. 3.1). Or, on cherche en vain, dans l'acte de recours, un grief de ce genre, qui aurait été dûment invoqué et motivé. La simple référence à la violation de son droit d'être entendue, faite par la recourante sous n. 39 de cette écriture, sans autres explications, de même que la mention d'un témoin
dont l'audition aurait été offerte (recours, n. 68) apparaissent manifestement insuffisantes à cet égard.
Au demeurant, alléger le fardeau de la preuve pour tenir compte du fait que les intimées n'ont pas participé à la procédure, d'une part, et, plus généralement, de ce que l'arbitrage serait devenu la justice de droit commun du commerce international, d'autre part, ainsi que le préconise la recourante, irait à l'encontre d'une jurisprudence solidement établie qui commande au tribunal arbitral d'examiner sa compétence d'office, à la lumière des informations dont il dispose, lorsque le défendeur fait défaut (arrêt 4A 682/2012 du 20 juin 2013 consid. 4.4.2.1) et qui lui demande de se montrer strict lorsqu'il est amené à vérifier si les parties ont voulu soustraire à la juridiction étatique les litiges qui pourraient les diviser (cf. arrêt 4A 90/2014, précité, consid. 3.2.2, 2ème §).

3.2.3.2. Quoi qu'en dise la recourante, l'interprétation objective de la clause 6 (4) de l'accord, que le Tribunal arbitral a faite aux n. 76 à 93 de sa sentence pour aboutir à la conclusion qu'il ne s'agissait pas d'une convention d'arbitrage, ne prête pas le flanc à la critique.
On voit mal, en effet, à la lecture du texte de ladite clause, que les parties auraient pu et dû en inférer l'existence d'une telle convention, selon les règles de la bonne foi. Sans doute le défaut d'utilisation des termes "arbitrage", "tribunal arbitral", "arbitre", "clause arbitrale" ou d'autres tournures similaires n'est-il pas décisif pour déterminer le sens objectif de la volonté exprimée par les cocontractants (ATF 138 III 29 consid. 2.3.1 p. 36). En revanche, l'absence de toute référence, même indirecte, à une contestation à régler, un différend à résoudre ou un litige à trancher est déjà bien plus significative, tant il est vrai que ces diverses expressions font ressortir la nature juridictionnelle de l'arbitrage, dont le but consiste à vider un litige au moyen d'une sentence à caractère contraignant. Or, dans la clause incriminée, il n'est question que de l'interprétation de l'accord et des règles applicables pour ce faire, sans la moindre allusion au règlement d'un différend. Et comme le souligne le Tribunal arbitral, il ne va pas de soi que la seule mention International Chamber of Commerce in Zürich, Switzerland plaiderait en faveur de l'existence d'une clause arbitrale, dès lors qu'il n'est pas établi que les
intéressées savaient que la mise en oeuvre des procédures d'arbitrage fait partie des nombreux services offerts par cette institution privée. Cela est d'autant moins crédible que la clause litigieuse, par l'utilisation de l'adverbe subsidiary, établit un lien entre ladite institution et les lois allemandes (laws of Germany). Il est donc tout à fait possible d'y voir une clause d'élection de droit en vue de l'interprétation de l'accord, étant précisé que, dans cette hypothèse, les cocontractants, tous étrangers à la Suisse, seraient partis de l'idée - erronée - que les provisions et statuts de l'institution zurichoise constituent des règles de droit matériel. En tout cas, rien ne vient étayer la thèse de la recourante selon laquelle les parties auraient voulu indiquer, par la référence subsidiaire au droit allemand, que la Chambre de commerce de Zurich était compétente pour arbitrer tout litige selon ses propres règles de procédure, et qu'elle le ferait en appliquant le droit matériel suisse et subsidiairement le droit matériel allemand pour les questions de fond. Apparaît également sujet à caution l'argument par lequel la recourante fait valoir que, dans la mesure où, pour des parties domiciliées aux Etats-Unis d'Amérique, la
clause d'élection du droit matériel d'un Etat entraîne en général la compétence des tribunaux de cet Etat et vice versa, le fait de se référer à la Chambre de commerce de Zurich en tant que cadre légal de droit matériel impliquerait nécessairement la volonté de ces mêmes parties de se soumettre à la procédure d'arbitrage prévue par cette institution. Cette thèse-là et cet argument-ci revêtent, en effet, un caractère artificiel si on les rapproche du texte même de la clause qui en constitue le point de départ.
Pour le surplus, la recourante se heurte aux constatations souveraines du Tribunal arbitral lorsqu'elle soutient que la clause litigieuse ne fait qu'exprimer la volonté concordante des parties de régler les éventuels différends se rapportant à l'accord en dehors des tribunaux étatiques. Enfin les autres circonstances avancées par elle pour démontrer le bien-fondé de son raisonnement - à savoir, notamment, la nationalité allemande du conseil l'ayant assisté devant le Tribunal arbitral, le fait que l'intimée C._____ parle couramment l'allemand et voyage fréquemment en Allemagne, la signature de l'accord à Salzbourg ou encore la réputation de la Suisse et de Zurich en particulier comme centre d'arbitrage - ne sont à l'évidence pas de nature à infirmer les conclusions tirées à juste titre par le Tribunal arbitral de son interprétation objective de la clause 6 (4) de l'accord.

Cette clause, faut-il le souligner, n'est pas seulement pathologique, en ce qu'elle ne désigne pas avec une précision suffisante l'institution appelée à désigner le tribunal arbitral prétendument choisi par les parties (i.e. la Chambre de commerce de Zurich ou la Chambre de commerce internationale [ICC/CCI]avec Zurich comme siège de l'arbitrage). Qui plus est, elle ne constitue pas une convention d'arbitrage valable parce qu'il n'en ressort pas de manière suffisamment claire la volonté objective des parties de renoncer à soumettre leurs éventuels différends à une juridiction étatique. Que le véritable sens de la clause en question demeure relativement obscur in fine n'y change rien. La recourante doit se laisser opposer cet état de choses, car il est exclu de renvoyer les parties devant une juridiction arbitrale lorsque, comme c'est ici le cas, il n'est pas avéré qu'un élément devant impérativement figurer dans une convention d'arbitrage - en l'occurrence, l'obligation de déférer le litige à un tribunal arbitral privé - y a été inclus.
Le grief tiré de la violation de l'art. 190 al. 2 let. b LDIP tombe ainsi à faux.

4.
La recourante, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF). Quant aux intimées, n'ayant pas été invitées à déposer une réponse, elles n'ont pas droit à des dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 30'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.
Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la présidente du Tribunal arbitral.

Lausanne, le 3 juin 2015

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: Kiss

Le Greffier: Carruzzo