

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/11063/2007

ACJC/398/2008

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

1ère Section

AUDIENCE DU JEUDI 3 AVRIL 2008

Entre

S_____ LDA, sise _____, appelante d'un jugement rendu par la 15ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 4 janvier 2008, comparant par Me Antoine Kohler, avocat, avenue Krieg 44, case postale 45, 1211 Genève 17, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

M_____ SA, sise _____, intimée, comparant par Me Daniel Tunik, avocat, route de Chêne 30, case postale, 1211 Genève 17, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 08.04.2008.

EN FAIT

- A. Le 25 mai 2007, la société portugaise S_____ LDA a requis le Tribunal de première instance de nommer un arbitre, dans le cadre d'un litige qui l'oppose à la société espagnole M_____ SA, laquelle s'y refusait.

Les parties avaient signé un premier accord de coopération, du 6 août 1996, relatif à la "*construction d'un stade de football à _____ 7 novembre 1987 à _____*", qui contenait une clause arbitrale. Ni ce contrat ni cette clause ne sont litigieux.

Ensuite, les parties ont mené des pourparlers en vue de la conclusion d'un second accord de coopération, daté du 7 mars 1997, relatif à l'"*Aménagement de _____ : Lot Hydromécanique et Électricité de la Station de Pompage*". Ce texte comprenait une clause arbitrale, dont la teneur était similaire à celle contenue dans leur précédent accord, et prévoyait que tout différend relatif à ce contrat devait être réglé par un Tribunal arbitral selon le concordat intercantonal suisse en matière d'arbitrage, avec siège à Genève, qui serait composé de trois personnes, à savoir d'un arbitre désigné par chacune des parties et d'un président nommé par les deux arbitres.

L'accord de coopération du 7 mars 1997 n'a pas été signé par M_____ SA.

S_____ LDA, en liquidation, élève une prétention en paiement de 948'460 US\$ plus intérêts à l'encontre de M_____ SA, fondée sur l'inexécution partielle du contrat du 7 mars 1997. Elle soutient que M_____ SA a accepté ce contrat par actes concluants, en l'exécutant partiellement, de sorte qu'elle serait liée par cet accord, et, en particulier, par sa clause arbitrale, au regard des exigences formelles peu contraignantes de l'art. 178 al. 1 LDIP, qui n'exige pas l'apposition de la signature des parties sur le document en cause.

M_____ SA réfute cette argumentation et conteste être liée par cet accord du 7 mars 1997.

S_____ LDA, en liquidation a requis en vain de M_____ SA qu'elle participe à la constitution du Tribunal arbitral.

S_____ LDA, en liquidation a désigné son arbitre en la personne de Me R_____, avocat à Genève, qui a accepté sa mission, le 20 octobre 2006.

- B. Par jugement du 4 janvier 2008, reçu le 8 janvier 2008 par S_____ LDA, en liquidation, le Tribunal a rejeté la requête (ch. 1 du dispositif), l'a condamnée aux dépens, comprenant une indemnité de procédure de 1'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de M_____ SA (ch. 2), ainsi qu'à un émolument complémentaire de 500 fr. (ch. 3).

En substance, le Tribunal, en application de l'art. 179 al. 3 LDIP, est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas lieu de nommer un arbitre, parce que les parties n'étaient pas liées par une convention d'arbitrage.

- C. a. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 18 janvier 2008, S_____ LDA, en liquidation forme un "*appel extraordinaire (292 LPC)*" à l'encontre de cette décision, dont elle sollicite l'annulation.

S_____ LDA, en liquidation conclut à la nomination de l'arbitre par la Cour de céans, dont la désignation incombe à M_____ SA, et à ce qu'il soit dit que l'arbitre nommé par le Tribunal [sic] et Me R_____ auront à désigner un président.

Par ailleurs, S_____ LDA, en liquidation, sollicite la Cour de céans qu'elle dise que le Tribunal arbitral aura à connaître et à juger de six conclusions qu'elle formule à l'encontre de sa partie adverse, relatives à la communication préalable de pièces, la condamnation au paiement de sa prétention, l'amplification éventuelle de ses conclusions, la condamnation aux dépens, le déboutement des conclusions prises par sa partie adverse et une offre de preuve.

M_____ SA conclut à l'irrecevabilité du recours, avec suite de dépens, et, subsidiairement, à son rejet, avec suite de dépens.

M_____ SA se prévaut de la nullité du recours au sens de l'art. 300 let. a LPC, au motif que l'appelante aurait indiqué, dans ledit acte, une adresse où elle serait introuvable depuis trois ans. Elle produit des pièces nouvelles y relatives.

Il convient de préciser que S_____ LDA, en liquidation a indiqué, dans le cadre de la présente procédure, un domicile sis à "*Rua X_____, à _____*" (Portugal). Quelque temps auparavant, le 19 février 2007, M_____ SA avait assigné S_____ LDA, en liquidation par devant le Tribunal de première instance de Madrid (Espagne), afin que cette juridiction constate qu'elle n'était redevable d'aucune somme envers S_____ LDA, en liquidation, en faisant mention de son siège social à "*Rua Y_____, à _____*". Or, la notification de cette demande n'est pas parvenue à S_____ LDA, en liquidation. Selon les pièces nouvelles de la recourante, non traduites, elle a délocalisé son siège, quittant l'adresse Rua Y_____ pour celle sise Rua X_____, à une date qui ne ressort pas explicitement de l'extrait du Registre du commerce produit.

b. Par courrier du 13 février 2008, S_____ LDA, en liquidation, a requis de la Cour de céans un délai d'au moins deux mois pour répondre par écrit sur cette exception d'irrecevabilité, ainsi que la condamnation à l'amende de M_____ SA, qui prétendait faussement que le contrat du 6 août 1996 était le seul que les parties avaient conclu, puisqu'à la même date elles avaient également signé un accord de

coopération relatif à l'"Aménagement des berges du lac nord de _____ 2^{ème} tranche".

c. Par réponse du même jour, la Cour de céans a refusé le deuxième échange d'écritures et a invité S_____ LDA, en liquidation, à se déterminer sur la question de la recevabilité de son recours, en relation avec la jurisprudence publiée dans la SJ 1994 p. 446.

d. A l'audience de plaidoiries du 21 février 2008, la recourante a persisté dans les conclusions de son recours. Elle a conclu à l'irrecevabilité des faits nouveaux allégués par l'intimée, ainsi que des pièces nouvelles y relatives. En sus, la recourante a déposé des notes de plaidoiries et des pièces nouvelles, concluant à leur recevabilité. Elle a requis que la cause soit remise à plaider sur incident d'irrecevabilité ou à ce qu'elle soit autorisée à se déterminer par écrit sur cet incident et à produire toute pièce utile y relative. En tout état de cause, elle sollicite la condamnation de sa partie adverse à l'amende et l'annulation du jugement entrepris, persistant dans ses conclusions du recours pour le surplus.

S'agissant plus particulièrement de la question de la recevabilité de son recours au regard de la jurisprudence SJ 1994 p. 446, la recourante a plaidé qu'il convenait de traiter différemment la décision du juge d'appui qui procède à la nomination d'un arbitre, de celle où il refuse de le désigner. Elle s'est référée à l'opinion de GAILLARD, qui sera exposée ci-dessous, et qui propose une modification de la teneur de l'art. 458 LPC, en ce sens la décision de nomination serait rendue en dernière instance cantonale, tandis que celle de refus le serait en dernier ressort, susceptible d'être remise en cause par un recours extraordinaire. Selon la recourante, la volonté du législateur de 1970 était d'accélérer le processus de constitution du tribunal arbitral, ce qui justifiait l'exclusion du recours contre la décision de nomination. La décision de refus devrait être traitée différemment, puisqu'elle empêche la constitution du tribunal arbitral. D'ailleurs, la Cour de céans avait déjà admis le recours dirigé à l'encontre d'une décision de refus (ACJC du 7 février 1991 in ASA 1991 p. 155). La recourante a ajouté qu'en cas de décision de nomination, le justiciable pouvait encore former à l'encontre de la sentence un recours en nullité de l'art. 36 let. f du concordat, tandis que la décision de refus privait les arbitres de statuer eux-mêmes sur leur propre compétence au sens de l'art. 186 LDIP, ce qui équivalait à un déni de justice. Elle invoquait, en outre, l'opinion de LALIVE/POUDRET/REYMOND, qui sera relatée ci-dessous.

L'intimée a refusé les notes de plaidoiries et les pièces nouvelles déposées par la recourante. Elle persiste dans ses conclusions et soutient qu'elle n'est nullement passible d'une contravention de procédure.

EN DROIT

1. Le recours, interjeté en temps utile, est-il recevable ?

1.1. Préalablement, il convient de préciser que c'est à tort que l'intimée excipe de la nullité du recours sur la base de l'art. 300 let. a LPC. En effet, contrairement à ses affirmations, elle n'a pas assigné la recourante par devant le Tribunal espagnol à l'adresse du siège que la recourante avait mentionnée dans le cadre de ses présentes écritures, mais à son ancienne adresse, sise Rua Y_____, raison pour laquelle la notification de l'assignation a échoué. L'adresse figurant sur l'acte de recours correspond par ailleurs à celle du siège actuel de la recourante.

Ce premier grief d'irrecevabilité n'est dès lors pas fondé.

1.2. Selon l'art. 176 al. 1 LDIP, les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse.

A défaut de convention des parties relative à la nomination des arbitres, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi; il applique par analogie les dispositions du droit cantonal sur la nomination des arbitres (art. 179 al. 2 LDIP).

Genève a adhéré au concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969, entré en vigueur dans ce canton le 9 janvier 1971 (CIA, RSGE E 3 30). L'art. 12 prévoit que si les parties ne peuvent s'entendre sur la désignation de l'arbitre unique, si l'une d'entre elles omet de procéder à la désignation d'arbitres qui lui incombe, ou si les arbitres désignés ne peuvent s'entendre sur le choix du surarbitre, l'autorité judiciaire procède à la nomination, sur requête de l'une des parties, à moins que la convention n'ait prévu un autre organe de désignation.

Selon l'art. 3 let. a CIA, les cantons ont la faculté d'attribuer la compétence pour nommer les arbitres au Tribunal supérieur de la juridiction civile ordinaire. L'art. 45 al. 2 CIA dispose toutefois que les cantons peuvent attribuer cette compétence à une autre autorité judiciaire.

Genève a fait usage de cette faculté, puisqu'à teneur de l'art. 461B al. 1 let. a. LPC, entré en vigueur le 25 janvier 1992, le Tribunal de première instance est compétent pour nommer, révoquer ou remplacer les arbitres, en l'absence de convention des parties (art. 179 al. 2 LDIP). L'al. 2 de cette disposition renvoie notamment à l'art. 458 al. 1 LPC, relatif à la nomination d'arbitres, qui dispose que *"le Tribunal de première instance est saisi et statue suivant les règles de la procédure sommaire, le jugement étant prononcé en dernier ressort, pour nommer les arbitres que les parties n'auraient pas désignés ou qui n'auraient pas été désignés par l'organe de leur choix"*.

1.3. Aucune disposition du concordat ne prévoit de voie de recours à l'encontre de la décision relative à la nomination des arbitres.

Dans un arrêt du 7 février 1991 (ASA 1991 p. 155), la Cour de céans a admis le recours en violation de la loi d'une partie contre le refus du Tribunal de nommer un arbitre, cette juridiction s'étant à tort déclarée incompétente en application de l'art. 179 al. 3 LDIP.

Le 17 décembre 1993, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable un recours de droit public interjeté contre une décision du Président du Tribunal III de Berne, qui n'avait pas été rendue en dernière instance cantonale, puisqu'elle pouvait faire l'objet d'un recours en nullité de droit cantonal. Or, il n'était pas contraire aux dispositions du concordat sur l'arbitrage qu'une réglementation ouvre un recours de droit cantonal, ordinaire ou extraordinaire, contre une décision portant refus de nommer un arbitre selon l'art. 179 LDIP. Approuvant l'opinion dominante en doctrine, le Tribunal fédéral a même précisé qu'il incombait au droit cantonal (art. 179 al. 2 LDIP) de prévoir un recours cantonal contre les décisions portant refus de nommer un arbitre (ATF 119 Ia 421, qui cite la position réticente de POUURET, respectivement opposée de LALIVE/POURET/REYMOND, cf. ci-dessous).

Par arrêt du 3 mars 1994 (SJ 1994 p. 446), la Cour de céans a déclaré irrecevable le recours interjeté contre une décision de nomination d'un arbitre par le Tribunal. Relevant une contradiction entre la teneur de l'art. 458 al. 1 LPC, selon lequel le juge statue "*en dernier ressort*", ce qui autorise un appel extraordinaire contre cette décision aux conditions de l'art. 292 LPC, et l'art. 12 CIA, qui ne prévoit aucun recours contre la décision de nomination, la Cour de céans a statué en ce sens que les termes "*en dernier ressort*" signifiaient "*en dernière instance*".

Le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence, par arrêt du 10 janvier 1995 (ASA 1995 p. 227), considérant que la juridiction cantonale était en droit de faire prévaloir l'interprétation téléologique d'une loi, en s'écartant, au besoin, du texte clair de celle-ci. Or, lors de l'adoption de l'art. 458 LPC, le législateur s'était exprimé en ces termes : "*Cette adhésion [au concordat] nécessite une refonte complète des dispositions de la loi de procédure civile relatives à l'arbitrage, notamment en ce qui concerne la procédure sommaire prévue pour la nomination judiciaire des arbitres et, vu la suppression de l'appel, la mention que le jugement est rendu en dernier ressort (...)*" (Mém. 1970 p. 2704 cité par l'ATF précité).

Dans une autre espèce où le Tribunal avait refusé de nommer un troisième arbitre, considérant que les parties avaient décidé de s'en tenir à un tribunal arbitral composé de deux arbitres, la partie requérante déboutée par jugement avait saisi directement le Tribunal fédéral d'un recours de droit public. Le Tribunal fédéral avait déclaré le recours recevable, relevant qu'à Genève la décision du Tribunal

avait été "rendue en dernière instance, car le législateur genevois a exclu la voie de l'appel contre les décisions de nomination d'un arbitre par le juge d'appui", se référant explicitement à la jurisprudence précitée du 3 mars 1994 (SJ 1994 p. 446; ATF 121 I 81 consid. 1a).

Selon GAILLARD, les décisions précitées (SJ 1994 446, confirmée par le TF), permettent de douter que le juge d'appui apporte une aide efficace à la constitution du tribunal arbitral dans le cas où une partie ne désigne pas son arbitre. Effectuant la synthèse des décisions rendues par la Cour de céans, il a proposé la modification de l'art. 458 LPC en ces termes : "*Le Tribunal de première instance est saisi et statue suivant les règles de la procédure sommaire, le jugement étant prononcé en dernier ressort, pour nommer les arbitres que les parties n'auraient pas désignés ou qui n'auraient pas été désignés par l'organe de leur choix. Le délai d'opposition et l'opposition n'ont pas d'effet suspensif, sauf si le Tribunal en décide autrement. On ne peut appeler du jugement qui a nommé l'arbitre*" (GAILLARD, La nomination de l'arbitre par le juge, in ASA 1995 p. 149).

POUDRET explique que le législateur genevois n'avait pas introduit de disposition spéciale d'application de l'art. 179 LDIP lorsque la Cour de céans avait statué le 7 février 1991 (ASA 1991 p. 155) et qu'il était permis de douter de la recevabilité de ce recours cantonal, non prévu par le droit concordataire, applicable en vertu du renvoi de l'art. 179 al. 2 LDIP (Remarques du Professeur J.-F. POUDRET sur les articles 179 à 181 LDIP, in ASA 1992 p. 38).

LALIVE/POUDRET/REYMOND relèvent que les dispositions du concordat ne prévoient aucun recours contre la décision du juge d'appui. Ils réservent l'hypothèse d'un recours en cas de déni de justice formel, c'est-à-dire un refus de statuer (Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989, n. 14 ad art. 179 LDIP).

1.4. En l'occurrence, s'il existait une incertitude à la suite de la publication de l'arrêt du 3 mars 1994 (SJ 1994 p. 446) lorsque la décision du Tribunal concernait un refus de statuer, celle-ci a été levée à la suite de l'ATF 121 I 81, qui a déclaré recevable le recours de droit public dirigé contre la décision du Tribunal refusant de nommer un arbitre, dès lors qu'il s'agissait d'une décision rendue en dernière instance cantonale selon la jurisprudence genevoise (SJ 1994 p. 446).

Par conséquent, c'est en vain que la recourante persiste dans ses arguments de recevabilité :

- La proposition de GAILLARD, qui n'intègre pas l'ATF 121 I 81, concerne une nouvelle teneur de l'art. 458 LPC, qui n'est pas en vigueur. D'ailleurs, à ce titre, il convient de préciser que le projet de Code de procédure civile suisse (CPC, FF 2006 p. 7019 et ss) prévoit la compétence d'une instance unique

pour la nomination d'un arbitre, dans le cas d'un arbitrage interne (art. 354 al. 2 let. a CPC).

- La constatation de l'inexistence d'une voie de recours, à Genève, contre la décision du Tribunal refusant de nommer un arbitre, ne constitue pas un frein à la constitution du tribunal arbitral : à supposer que la décision du Tribunal soit infondée, elle sera annulée directement par le Tribunal fédéral, ce qui représente un gain de temps appréciable.
- Enfin, le refus de nommer un arbitre, en application de l'art. 179 al. 3 LDIP, ne doit pas être confondu avec le refus de statuer, c'est-à-dire de rendre une décision, hypothèse dans laquelle certains auteurs évoquent un possible recours cantonal (LALIVE/POUDRET/REYMOND, op. cit., n. 14 ad art. 179 LPC).

Le recours étant ainsi irrecevable, la Cour de céans est dès lors dispensée d'examiner les autres arguments développés par les parties.

2. L'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2007, de la Loi sur le Tribunal fédéral (RS 173.110) reste sans incidence dans le cas particulier. L'art. 75 al. 2 LTF prévoit certes que la décision attaquée devant le Tribunal fédéral doit émaner d'un tribunal supérieur qui a statué sur recours, sous réserve d'exception qui ne sont pas réalisées en l'espèce (let. a à c), ce qui oblige à terme les cantons d'instituer deux instances au moins (TAPPY, Le recours en matière civile, CEDIDAC 2007, p. 51 ss, not. 86 n. 52). Ceux-ci disposent cependant d'un délai à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse, et de six ans au plus, pour édicter les dispositions d'exécution relatives à la compétence et à l'organisation des autorités en matière civile (art. 75 al. 2 et 130 al. 2 LTF; TAPPY, op. cit., p. 87 n. 53).

Par ailleurs, le projet de Code, qui sépare délibérément l'instance étatique compétente pour les recours et l'entraide en matière d'exécution (tribunal supérieur) de l'instance qui ne fait que prêter son concours à la procédure (FF 2006 6841, Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006, p. 7001 ad 5.25.2), propose selon cette approche une instance unique pour nommer, récuser, destituer et remplacer un arbitre (art. 354 al. 2 let. a CPC).

3. L'issue du litige justifie de condamner la recourante aux dépens du recours, qui comprennent une indemnité de procédure à titre de participation aux honoraires d'avocat de l'intimée (art. 176 al. 1 et art. 181 LPC).
4. Les prétentions pécuniaires de la requérante de 948'460 US\$ sont supérieures à 30'000 fr. (art. 74 let. b. LTF).

Avant l'introduction de la LTF (aLOJ), le refus de nommer un arbitre était une décision qualifiée d'acte de souveraineté étatique et non d'une décision relative à

une contestation de droit civil. S'agissant d'une décision finale, elle était susceptible de faire l'objet d'un recours de droit public (ATF 118 Ia 20 = JdT 1993 I 544).

S'agissant en l'occurrence d'une décision d'irrecevabilité fondée sur le droit cantonal, la voie de recours est, a priori, celle du recours constitutionnel subsidiaire.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Déclare irrecevable le recours interjeté par S_____ LDA, en liquidation contre le jugement JTPI/340/2008 rendu le 4 janvier 2008 par le Tribunal de première instance dans la cause C/11063/2007-15 SS.

Condamne S_____ LDA, en liquidation en tous les dépens du recours, qui comprendront une indemnité de procédure de 1'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de M_____ SA.

Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

Siégeant :

Monsieur Daniel DEVAUD, président; Monsieur Jean RUFFIEUX et Madame Florence KRAUSKOPF, juges; Madame Fatina SCHAERER, greffier.

Le président :

Daniel DEVAUD

Le greffier :

Fatina SCHAERER

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.