

7.1.2 Diesen Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass auf Grund der Ausführungen im angefochtenen Entscheid fest steht, dass bereits der Erlös aus dem unmittelbar bevorstehenden Verkauf eines Teils des Grundstücks an der Strasse S. zusammen mit einer zusätzlichen anerkannten Forderung ausreichen, sämtliche Betreuungsschulden zu begleichen. Der Beschwerdeführer musste sodann wissen, dass er für eine Befreiung von der Pflicht zur Leistung der Einschreibgebühr nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen hatte, über keine naheliegenden Geldbeschaffungsmöglichkeiten zu verfügen. Es hätte deshalb an ihm gelegen, bereits vor der kantonalen Instanz das Ergebnis einschlägiger Anfragen an Banken oder ähnliche Institutionen vorzuweisen, woraus sich die heute geltend gemachte Unmöglichkeit der Kreditaufnahme ergeben hätte. Dass er solches getan hätte, legt er nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Seine Befürchtungen, keine Bank würde ihm unter den gegebenen Umständen Kredit gewähren, beruhen vielmehr auf blossen Spekulationen.

Note FB

Sur cette question voir aussi TF 5P.368/2006 du 30 octobre 2006.

XII. Rechtsmittel – Recours – Impugnazioni

Berufung – Recours en réforme – Ricorso per riforma

(370) Extraits des arrêts de la I^{re} Cour civile du Tribunal fédéral dans la cause A. BV et B. AS contre C. SA (recours en réforme et recours de droit public) 4C.202/2005 et 4P.110/2006 du 17 juillet 2006

Art. 9 et 29 al. 2 Cst.; 57 al. 4 OJ; Renonciation à recourir contre une décision prise par un tribunal étatique ordinaire (oui en cas de clause par laquelle les parties déclarent que la décision sera finale et les liera); second échange d'écritures

Art. 9 und 29 Abs. 2 BV; 57 Abs. 4 OG; Verzicht auf Rechtsmittel gegen den Entscheid eines ordentlichen staatlichen Gerichts (ja bei Vorliegen einer Klausel, in der die Parteien erklären, dass der Entscheid endgültig für sie verbindlich sein wird); zweiter Schriftenwechsel

Art. 9 e 29 cpv. 2 Cost.; 57 cpv. 4 OG; Rinuncia a ricorrere contro la decisione adottata da un tribunale statale ordinario (si in caso di clausola dove le parti dichiarano che la decisione sarà finale e per loro vincolante); secondo scambio di scritture

Rechtsmittel – Recours – Impugnazioni

Recours en réforme

1. Les défenderesses requièrent le Tribunal fédéral d'ordonner un second échange d'écritures. A leur avis, il se justifierait de faire droit à cette requête en appliquant par analogie l'art. 57 al. 4 OJ, étant donné que l'arrêt rendu le 5 octobre 2005 par la Chambre des recours contiendrait deux éléments nouveaux: d'une part, la question – finalement laissée ouverte – de la renonciation à recourir; d'autre part, une motivation en partie différente au sujet de l'existence d'un contrat de vente.

1.1 Il n'est pas possible de se rallier à cet avis. L'arrêt de la Chambre des recours du 5 octobre 2005 forme l'objet du recours de droit public susmentionné. Il ne pourrait donner lieu à un second échange d'écritures que si la Chambre des recours avait modifié ou complété l'état de fait du jugement de la Cour civile du 1^{er} décembre 2004, tout en rejetant le recours en nullité (ATF 84 II 134). Il n'est pas démontré que ce soit le cas. La Chambre des recours a, bien plutôt, fondé son arrêt sur les faits constatés par la Cour civile.

1.2 En revanche, on peut se demander s'il conviendrait de donner aux défenderesses l'occasion de se déterminer sur l'objection de la demanderesse voulant que le recours en réforme soit irrecevable en l'espèce puisque le chiffre XII du contrat prévoit une renonciation à recourir.

Le fait que le Tribunal fédéral examine d'office la recevabilité d'un recours qui lui est soumis commanderait plutôt le rejet de la requête ad hoc des défenderesses, d'autant plus que celles-ci auraient eu la possibilité de formuler des observations au sujet du chiffre XII du contrat, c'est-à-dire sur la question de la renonciation au recours, dans leur acte de recours déjà. D'un autre côté, il sied de relever que la demanderesse ne s'est pas prévalu d'une telle renonciation dans la procédure cantonale du recours en nullité, puisqu'elle n'a traité ce problème que dans son écriture du 6 avril 2006 adressée au Tribunal fédéral. Aussi faut-il donner raison aux défenderesses lorsqu'elles soutiennent qu'elles ne devaient pas compter nécessairement avec semblable objection. Il y aurait donc lieu, normalement, de les laisser encore s'exprimer sur le point controversé. Toutefois, l'économie de la procédure permet, en l'occurrence, à la Cour de céans de ne pas ordonner un second échange d'écritures. En effet, dans leur écriture du 13 avril 2006, les défenderesses ne se sont pas bornées à formuler une requête ad hoc, mais ont pris position de manière circonstanciée sur la question de la renonciation au recours. Comme l'on tiendra compte, pour l'examen de cette question, des arguments qu'elles ont avancés dans ce mémoire, leur droit d'être entendues est respecté. Pour le surplus, il n'y a pas de raison de faire droit à leur requête tendant à ce que soit ordonné un second échange d'écritures.

2. Il y a lieu d'examiner si la demanderesse fait valoir à juste titre que le chiffre XII du contrat du 25 octobre 1995 contient une renonciation à recourir impliquant l'irrecevabilité du présent recours en réforme.

Rechtsprechung – Jurisprudence – Giurisprudenza

2.1 Force est de constater, au préalable, que la décision attaquée n'est pas une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international. Il ne s'agit donc pas, en l'occurrence, de la renonciation au recours prévue à l'art. 192 LDIP, mais d'une renonciation à entreprendre une décision prise par un tribunal étatique ordinaire.

A cet égard, la jurisprudence a admis la validité d'une renonciation anticipée à recourir en réforme au Tribunal fédéral, lorsque le litige porte sur des droits dont les parties peuvent librement disposer. En revanche, il n'est pas possible de renoncer d'avance à recourir lorsque sont en cause des droits subjectifs strictement personnels, qui échappent à la disposition des parties, ou encore des droits fondamentaux inaliénables et imprescriptibles (ATF 113 Ia 26 consid.3b p. 30 s.). On n'a pas affaire, en l'espèce, à de tels droits, de sorte qu'une renonciation à recourir était, en principe, admissible.

2.2 Encore faut-il rechercher si les parties sont convenues d'une telle renonciation en prévoyant, dans la clause topique de leur contrat, que «la décision sera finale et liera les deux parties», resp. «the decision shall be final and binding for both parties». Avec la demanderesse, il faut admettre que tel est le cas. Même s'il n'y est pas indiqué expressément que les parties renoncent à former des recours, ladite clause ne peut pas être comprise autrement que comme une exclusion des possibilités éventuelles d'attaquer la décision rendue par le tribunal compétent. On ne voit pas, il est vrai, ce que les parties auraient bien pu vouloir signifier d'autre, en adoptant la clause en question, que la reconnaissance, par elles, du caractère définitif de la décision à rendre par le tribunal compétent de Lausanne et l'impossibilité d'attaquer cette décision. L'argument des défenderesses voulant que les parties, en stipulant cette clause, aient entendu consentir par avance à l'exécution de la décision du tribunal lausannois dans leurs pays respectifs ne convainc pas. En effet, la possibilité d'exécuter une décision étrangère ne dépend pas d'une convention des parties, mais de la mise en oeuvre des prescriptions juridiques applicables. Se référant à la jurisprudence relative à l'art. 192 LDIP, les défenderesses soutiennent que le recours auquel il est renoncé devrait être mentionné et exclu expressément. Contrairement à leur opinion, cette jurisprudence ne peut pas être transposée telle quelle au cas d'une décision prise par un tribunal étatique. A l'inverse de la procédure conduite devant celui-ci, qui se déroule strictement selon les règles établies à cette fin, la procédure arbitrale est laissée, pour l'essentiel, à la disposition des parties. Il en résulte un besoin d'autant plus impérieux d'une voie de recours destinée à sauvegarder les droits fondamentaux des parties, telle qu'elle a été instituée à l'art. 190 al. 2 LDIP. Comme le règlement d'un différend dans le cadre d'une procédure arbitrale n'offre pas les mêmes garanties que si cette tâche est confiée à un tribunal étatique, sans compter que les possibilités d'attaquer des sentences arbitrales internationales sont de toute façon limitées, il se justifie que la renonciation à faire usage de ces possibilités soit soumise à des conditions plus strictes que celles dont dépend la vali-

Rechtsmittel – Recours – Impugnazioni

dité de la renonciation à attaquer le jugement rendu par un tribunal étatique. Au reste, le Tribunal fédéral a récemment précisé sa jurisprudence touchant l'art. 192 LDIP en ce sens que les parties n'ont pas besoin de mentionner expressément l'art. 190 al. 2 LDIP pour exclure valablement le recours prévu par cette disposition (ATF 131 III 173 consid. 4.2.3.1 p. 178; arrêt 4P.198/2005 du 31 octobre 2005, consid. 1.1). Que les parties n'aient pas expressément exclu le recours en réforme au Tribunal fédéral, dans la présente espèce, ne change, dès lors, rien au fait qu'elles ont valablement renoncé à ce moyen de droit. On ne peut d'ailleurs pas s'attendre à ce que des parties étrangères connaissent en détail le système de recours de la Suisse ni, partant, à ce qu'elles désignent concrètement par leurs noms les voies de recours entrant en ligne de compte et les excluent (cf., au sujet de l'art. 192 LDIP, l'ATF 131 III 173 consid. 4.2.3.1 p. 178). Les défenderesses font valoir, enfin, que le Tribunal fédéral, dont le siège est à Lausanne, est visé, lui aussi, par le chiffre XII du contrat en tant que «tribunal compétent à Lausanne». Cet argument tombe à faux pour la raison déjà qu'il n'est question, dans ce membre de phrase, que du tribunal au singulier, par quoi il faut entendre le tribunal appelé à statuer au fond.

Recours de droit public

1. Il y a lieu d'examiner si l'intimée fait valoir à juste titre que le chiffre XII du contrat du 25 octobre 1995 contient une renonciation à recourir impliquant l'irrecevabilité du présent recours de droit public.

1.1 (...) Les recourantes sont d'avis qu'il n'est pas possible de renoncer de manière anticipée à exercer un recours extraordinaire, tel le recours de droit public. Elles fondent cet avis sur deux opinions doctrinales, selon lesquelles les parties ne peuvent renoncer à former un recours extraordinaire qu'après avoir pris connaissance des motifs de nullité ou de révision susceptibles d'entrer en ligne de compte dans le cas concret. Une renonciation anticipée à un tel recours serait, en effet, contraire aux moeurs ou limiterait dans une mesure excessive les droits de la personnalité (OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER/MYRIAM A. GEHRI, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8^e éd., p. 374, n. 69; FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome II, p. 252, n. 2903). Les auteurs cités ne mentionnant pas expressément le recours de droit public, il n'est pas certain que l'opinion qu'ils professent s'applique aussi à cette voie de droit. Sans doute se réfèrent-ils de manière générale aux recours extraordinaires; cependant, leurs explications complémentaires paraissent viser, au premier chef, les moyens extraordinaires de droit cantonal et la révision. Quant au Tribunal fédéral, il a posé, dans un arrêt de 1945, que l'on ne pouvait renoncer valablement par avance au recours de droit public pour violation de l'art. 4 aCst (ATF 71 I 33 p. 36; arrêt cité, sans autre explication, par GEORG MESSMER/HERMANN IMBODEN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, n. 142, p. 199). Cette jurisprudence apparaît toutefois dépassée à l'heure actuelle, eu

égard, notamment, à l'art. 192 LDIP, adopté par le législateur en 1987, qui offre aux parties la possibilité de renoncer d'avance à former un recours de droit public, même s'il en va de la violation de l'ordre public. Au demeurant, dans le premier arrêt susmentionné, postérieur à celui de 1945 précité, le Tribunal fédéral a admis le principe d'une renonciation anticipée au dépôt d'un recours de droit public en se référant à l'arrêt publié aux ATF 66 I 175 s. dans lequel il avait déjà été jugé qu'un recours de droit public pour arbitraire ne peut plus être exercé lorsque les parties sont convenues de faire trancher leur différend par une juridiction cantonale statuant en instance unique (ATF 113 Ia 26 consid. 3a p. 30). En d'autres termes, le choix conventionnel d'une instance cantonale unique implique une renonciation immédiate et anticipée au recours de droit public, ce que le Tribunal fédéral a jugé admissible dans l'arrêt précité. Semblable renonciation ne va pas non plus à l'encontre de la volonté du législateur, puisque celui-ci en a expressément prévu la possibilité, à l'art. 192 LDIP, en matière d'arbitrage international (. . .).

Note Philippe Schweizer et François Bohnet (Cas du trimestre)

La renonciation à agir et à recourir ↩

Les références anciennes (de 1945 et de 1940) portées au soutien – mitigé – de l'arrêt rendu sur recours de droit public en témoignent: l'admissibilité d'une renonciation à recourir anticipée divise les esprits de longue date.

La renonciation à agir

Avant d'y venir, on relèvera qu'il y va plus généralement du droit d'accès à la justice. Dans de nombreuses activités du quotidien, le justiciable peut librement s'engager sans la sanction d'une autorité. Si j'ai le droit d'acheter, ou de ne pas acheter, un piano à queue ou une boîte à outils, je peux aussi ne pas me plaindre en justice de ce qu'il manque, au piano ou dans la boîte, les marteaux dont je frapperais pourtant volontiers mon vendeur une fois ma déconvenue révélée. Mais puis-je renoncer d'entrée de cause à toute possibilité d'action en justice?

Notre système juridique connaît certes des prétentions dénuées d'action, en particulier celles découlant du jeu et du pari (art. 513 CO; sur cette disposition passionnante, injustement délaissée par la critique et pourtant si grosse d'enseignements didactiques, voir PH. SCHWEIZER, *Delendum est DXIII.I!*, in *De Lege Ferenda, Etudes pour le professeur Alain Hirsch*, Genève 2004, p. 369 ss), pour des motifs de politique sociale (battus en brèche par les exceptions des articles 515 et surtout 515a CO). Si le législateur a décidé que les tribunaux et les autorités d'exécution ne prêteraient pas leur concours à l'exécution de certaines promesses, peut-on admettre à l'inverse que certaines prétentions, pour lesquelles il n'a pas entendu exclure une sanction judiciaire, puissent faire l'objet d'une renonciation conventionnelle? On doit l'admettre à notre sens, sous certaines réserves. Il tombe sous le sens que semblable renonciation ne saurait s'attacher à des droits soustraits à la libre disposition des parties et pour lesquelles

Rechtsmittel – Recours – Impugnazioni

tout changement nécessite l'assentiment d'une autorité étatique. Si l'on ne peut renoncer à recourir lorsque l'ordre public est en jeu, comme le retient le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence constante (voir, en plus des deux arrêts rapportés, ATF 48 II 129, JT 1922 I 186 et ATF 79 II 234, JT 1954 I 212, qui donnent le procès en divorce comme exemple), on peut d'autant moins renoncer à agir. Ce principe découle également de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de garanties générales de procès équitable (art. 6 CEDH; «*A waiver of a right guaranteed by the Convention – in so far as it is permissible – must not run counter to any important public interest, must be established in an unequivocal manner and requires minimum guarantees commensurate to the waiver's importance*» [*Håkansson and Sturesson v. Sweden* judgment of 21 February 1990, Series A No. 171, § 66 and *Pfeifer and Plankl v. Austria* judgment of 25 February 1992, Series A No. 227, § 37] Arrêt *Thompson c. le Royaume-Uni* du 15 juin 2004, § 43)

L'analyse doit être plus nuancée lorsque les prétentions en jeu sont à la libre disposition des parties. A notre avis, ni l'art. 6 CEDH¹, ni les art. 29a et 30 al. 1 Cst.² n'imposent au juge d'ignorer une clause de renonciation à la voie judiciaire: le droit d'accès à la justice civile peut faire l'objet d'une renonciation valable lorsqu'elle porte sur des droits disponibles³. La partie renonçante pourra, le cas échéant, faire appel aux articles 20 CO et 27 al. 2 CC qui frappent de la nullité un contrat qui touche le noyau de la sphère strictement personnelle d'une personne, dans lequel tout engagement contractuel est contraire aux mœurs (ATF 129 III 209). A elle seule, une clause de renonciation à toute voie judiciaire n'atteint probablement pas le noyau de la sphère strictement personnelle d'une personne; en revanche, combinée avec d'autres, elle peut le toucher (voir ATF 113 Ia 26, c. 3b, JT 1987 I 379, qui retient l'impossibilité de renoncer au recours dans le secteur économique pour les droits protégés par l'art. 27 CC). Relevons que cette question est essentiellement théorique puisque la partie dont l'engagement serait nul parce que contraire aux mœurs refusera de s'exécuter vu la nullité de son engagement, sans qu'il lui soit généralement nécessaire d'avoir recours à la justice pour faire constater cette nullité. On peut réserver le cas d'un paiement exécuté sur la base d'un tel contrat, qui pourrait faire l'objet d'une prétention tirée de l'enrichissement illégitime.

1 Voir les réf. au paragraphe qui précède. *Contra*: PHILIPPE FRUMER, La renonciation aux droits et libertés, Bruxelles 2001, p. 102, N 139, qui cite un jugement du Tribunal de 1^{re} instance de Bruxelles (12^e ch. civ) du 13 novembre 1968, A.R. n° 42 613, 579/1268. Plus nuancés: PETITI/DECAUX/TEITIGEN, La convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article, Paris 1999, p. 243 ss; SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK, La Convention européenne des droits de l'homme 2002–2004, Bruxelles 2006, N 160, p. 103.

2 Dans ce sens, AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, 2^e éd., Berne 2006, N 1203, p. 564.

3 Voir également sur cette question les réflexions de HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Traité de procédure civile, Zurich 1995, Vol. I, p. 204 ss.

Ces cas exceptionnels exceptés, on peut se demander s'il existe des relations contractuelles pour lesquelles, malgré le caractère disponible des droits sur lesquels elles portent, une renonciation anticipée à toute voie judiciaire serait invalide. En matière interne, la loi sur les fors exclut une renonciation à l'avance ou par acceptation tacite aux fors légaux par le consommateur, divers locataires, et entre autres, le travailleur⁴ (art. 21 al. 1 LFors). Ainsi, le législateur a souhaité assurer à la partie dite faible un accès à la justice en un lieu donné. Si le lieu est garanti, on verrait mal que l'activité – le procès, donc l'action – ne le soit pas. Aussi, à notre avis, une renonciation à la voie judiciaire devrait être exclue dans ces domaines, à tout le moins si elle intervient avant la survenance du litige. Il s'agit, sur ce dernier point, d'une nuance déjà ancienne, qui a marqué l'histoire de l'arbitrage notamment, où l'on avait coutume d'être plus restrictif sur la conclusion de clauses d'arbitrage, visant un litige virtuel, que sur les compromis concernant des litiges concrètement déclarés, où les parties compromettantes étaient censées savoir précisément sur quoi elles seraient appelées à en découdre. Une illustration de plus de cette tendance accrue à la mise sous tutelle de facto des parties censées être faibles en justice ordinaire, et de la responsabilisation en arbitrage, quand celui-ci est toléré par le pouvoir politique. Quoi qu'il en soit on peut se demander si, dans de telles situations, la clause de renonciation sera sans effet pour les deux parties ou exclusivement pour la partie prétendument faible, comme on l'admet dans le régime de la LFors (voir TF 4C.29/2006 du 21 mars 2006 in RSPC 2006, p. 240). Sans doute la même limitation devrait s'appliquer.

Hors ces hypothèses, reste le principe de la confiance, également applicable aux contrats procéduraux, comme l'a souligné le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence relative à la renonciation au for du domicile du défendeur (ATF 118 Ia 294; voir également TF 4C.282/2003 du 15 décembre 2003 en matière de clause compromissoire, et RSPC 2005, p. 117, note *FB*). Il faut rechercher si le partenaire contractuel du renonçant pouvait admettre, de bonne foi, qu'en acceptant de passer le contrat, son cocontractant a également donné son accord à la clause de renonciation qui y était contenue. Un examen au cas par cas est nécessaire, vu la variété de situations envisageables. Si la clause est inscrite dans des conditions générales jointes à un contrat ou à une offre adressée à une personne expérimentée en affaires et connaissant le droit, on pourra, en vertu de ce principe, raisonnablement exiger de celle-ci qu'elle les examine avec soin et que, le cas échéant, elle décline la clause qui ne lui conviendrait pas, sans quoi elle sera liée.

Si, au terme de cette analyse, le cocontractant du renonçant pouvait, de bonne foi, considérer que la clause avait été librement consentie et comprise, sa validité devrait être admise. A notre sens, une telle clause aurait été valide dans l'affaire

4 A relever que certains des droits du travailleur peuvent être considérés comme non disponibles en vertu de l'art. 341 al. 1 CO (voir la liste des art. 361 et 362 CO). A ce propos, FRANÇOIS BOHNET, L'arbitrage des conflits individuels de travail selon le projet de code de procédure civile suisse, Jusletter 4 décembre 2006, IIB.

Rechtsmittel – Recours – Impugnazioni

rapportée ici, au vu de son caractère commercial et de sa composante internationale, qui fait supposer une certaine maîtrise du droit, et présumer une perception plus ou moins affûtée de la portée des engagements pris.

Relevons encore que la nature du grief invoqué contre la clause de renonciation à agir ne saurait constituer un critère lors de l'examen de sa validité. En particulier, le fait que le plaideur entende invoquer la violation d'un droit fondamental inaliénable et imprescriptible⁵ est sans incidence directe: les droits fondamentaux concernent les relations du justiciable avec l'Etat, et ce n'est donc que lorsqu'une instance judiciaire a été saisie que la violation d'un tel droit peut éventuellement être envisagée en matière civile. En cas de renonciation à toute voie judiciaire civile, c'est donc bien la nullité du contrat pour contrariété aux articles 20 CO et 27 al. 2 CC qui constituent la protection appropriée. Du reste, les droits de la personnalité protégés par l'article 27 CC, applicable exclusivement aux rapports de droits privés, font partie du droit fondamental à la liberté personnelle (ATF 102 Ia 516, 521).

La renonciation à recourir

Venons-en à la renonciation non plus à agir, mais à recourir: il est admis de longue date qu'on peut plus facilement renoncer à se plaindre du mal-jugé que du mal-procédé. On ne compte plus, pour ne prendre qu'un exemple simple, les conventions internationales sur l'exequatur notamment – comme la Convention de Lugano – qui prohibent la révision au fond mais permettent ou ordonnent un refus d'exécution motif pris d'un vice de procédure (notification déficiente etc.). Ce n'est pas le résultat qui compte, mais la façon d'y parvenir, qu'il soit juste ou faux. Pourtant c'est bien sur cette dernière question que le justiciable (perdant) se sent concerné au premier chef.

Les deux arrêts rapportés marquent un tournant important. Ils le font dans une affaire internationale, et par un détour sur les brisées de l'arbitrage, deux éléments qui concourent à ce que la solution retenue – l'admissibilité d'une renonciation à tout recours fédéral – ne soit qu'une demi-surprise.

Des quintaux de doctrine ont été consacrés à la doctrine de l'effet atténué de l'ordre public (voir entre autres S. OTHENIN-GIRARD, La réserve d'ordre public en droit international privé suisse [...] thèse, Neuchâtel, Zurich 1999, p. 195–

5 Sur cette notion, voir AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, 2^e éd., Berne 2006, N 318, p. 145. S'il on ne peut établir de catalogue (TF 1P.313/2003 du 6 octobre 2003), on admet généralement que constituent de tels droits la liberté individuelle, la liberté d'établissement, la liberté de conscience et de croyance, la liberté de culte, la liberté du mariage et l'interdiction de la prison pour dettes et des peines corporelles (ATF 104 Ia 172 in JdT 1980 I 330). Pour le Tribunal fédéral, il convient de définir au cas par cas si le droit protège l'aspect fondamental de la dignité humaine de sorte qu'une simple immixtion apparaît déjà comme particulièrement grave (ATF 118 Ia 209).

252 et les abondantes références), selon laquelle, pour dire simple, l'ordre juridique suisse est moins concerné – et ses tribunaux moins sourcilieux – quand le litige n'a que des rapports distendus avec la Suisse, par exemple quand il met aux prises des entités étrangères et non pas des sujets de droit suisse (absence de «Binnenbeziehung»). Il est vrai qu'ici le droit suisse était applicable, ce qui aurait dû suffire à ne pas appliquer cette théorie, mais on sent bien que le caractère international – non suisse – de l'affaire a pesé d'un certain poids, comme on le verra dans les lignes qui suivent.

Plus important, le parallèle avec l'arbitrage, dont on rappellera qu'il est le mode de résolution naturel des litiges commerciaux internationaux, du type de celui qui était en cause ici. Et curieusement (car il n'est pas courant que notre cour suprême tienne à préciser qu'il lui appartient de trancher une affaire de poireaux et non pas d'endives), le Tribunal fédéral relève dans chacun de ses arrêts que: *«force est de constater, au préalable, que la décision attaquée n'est pas une sentence rendue dans le cadre d'un arbitrage international. Il ne s'agit donc pas, en l'occurrence, de la renonciation au recours prévue à l'art. 192 LDIP, mais d'une renonciation à entreprendre une décision prise par un tribunal étatique ordinaire»* (consid. 1.1 – recours de droit public, respectivement 2.1 – recours en réforme – des deux arrêts rapportés). Le passage cité montre en tout cas à quel point le droit de l'arbitrage international a marqué la pensée de la première Cour civile, la suite des arrêts s'organisant d'ailleurs presque exclusivement sur cet article 192 LDIP, qui permet aux parties dont aucune n'a de rattachement organique avec notre pays de renoncer à tout recours contre une sentence internationale suisse. On retrouve ici l'absence de *Binnenbeziehung* qui sous-tend la théorie de l'effet atténué de l'ordre public.

Mais il s'en est fallu de peu, chronologiquement du moins: ce n'est que dans un arrêt du 5 février 2005, 131 III 173 (dont l'articulation logique a été justement critiquée par F. PERRET, in Bulletin ASA 2005. p. 520) que la référence des parties à l'article 192 LDIP a été sanctionnée par une fin de non-recevoir, après que de nombreux essais dans ce sens s'étaient révélés infructueux. Une fois la brèche ouverte, d'autres arrêts ont suivi (exemple Tribunal fédéral, 10 novembre 2005, 4P.98/2005, et note *PhS* in RSDIE 2006, p. 153).

Il semblerait donc que soit tombée désormais une nuance assez floue à vrai dire, mais qui se rattachait au mal-jugé et au mal-procédé dont il a été question plus haut, entre renonciation anticipée, avant le prononcé du jugement, et renonciation a posteriori mais avant l'échéance du délai de recours, qui différenciait les recours ordinaires et les recours extraordinaires (voir sur ce point PH. SCHWEIZER, *Le recours en révision* [..], thèse Neuchâtel, Berne 1985, p. 212 ss, et les références).

Dans ces distinguos la révision tient une place à part. Elle contrarie particulièrement la sécurité juridique parce qu'elle est permise longtemps, par définition, puisque la possibilité de la demander part d'un point flottant (une découverte, portant sur un fait ou une preuve), et elle peut infecter tant la forme que le fond.

Rechtsmittel – Recours – Impugnazioni

Une pièce nouvellement découverte fiable infirme catégoriquement le résultat d'une expertise, c'est le fond. La preuve que le juge a été soudoyé, c'est la forme, dont on présume qu'elle a un impact sur le fond. Mais ce juge pourrait fort bien avoir tranché dans le même sens sans cet investissement corruptif inutile. On ne sait pas à l'avance si le résultat est faux, d'où la découpe entre le rescindant et le rescisoire. Le rescindant est acquis s'il aurait été *possible* que le résultat fût différent (pour un rappel de cette nuance, voir notamment TF, 2 juillet 1997, in RSDIE 1998, p. 582, consid. 1c).

La révision est donc à cheval. Or du fait qu'elle est de nature à faire durable obstacle à l'irrévocabilité on aurait de bonnes raisons de l'intégrer aux clauses de renonciation valables. Pourtant, le Tribunal fédéral, ne reculant pas devant les formules fortes, a déclaré dans un arrêt de principe 118 II 199: «(s) *une sentence repose sur un état de fait faussé par un comportement délictueux ou constaté inexactement et en méconnaissance non fautive de la situation réelle, l'absence de tout réexamen consacrerait alors une violation claire des principes fondamentaux de procédure*». Cela se discute (notes *PhS.* in RSDIE 1993, p. 213; 1998, p. 586–587), spécialement à la lumière des deux arrêts rapportés, qui paraissent durcir le ton.

Qui renonce à une prérogative fondamentale doit (est censé) savoir à quoi il renonce et s'expose. Le Tribunal fédéral a souvent consacré de longs considérants à l'analyse des textes de renonciation (pour ne prendre que deux exemples: TF, 2 juillet 1997, in RSDIE 1998, p. 580 ss, «*The application to the State Courts are (sic) excluded*», jugée insuffisamment précise, à l'inverse de ATF 131 III 173: «*All and any awards or other decisions of the Arbitral Tribunal shall be (...) final and binding on the parties who exclude all and any rights of appeal from all and any awards insofar as such an exclusion can validly be made*», considérée comme valable). Dans les arrêts ici rapportés, la clause (jugée valide, on le rappelle) était la suivante: «*The decision shall be final and binding for both parties*». Personnellement nous approuvons qu'on laisse aux partenaires contractuels la responsabilité de leurs écrits, qui était particulièrement claire. Ce qui, en général, n'avait pas été considéré comme étant le cas jusqu'ici quand bien les libellés étaient globalement comparables.

On ne quittera pas ce cas du trimestre sans relever que la renonciation à recourir permise en arbitrage par l'art. 192 LDIP a récemment donné au Tribunal fédéral un argument, parmi d'autres, pour rejeter une requête en «discretion» formée conjointement par des parties impliquées dans une procédure de recours arbitrale, auxquelles le tribunal arbitral lui-même semble s'être rallié (cette revue, supra, arrêt n° 363, consid. 8.3 in fine). Trivialement exprimé: si des parties à un arbitrage international remplissant les conditions de l'art. 192 LDIP (absence de rattachement avec la Suisse) veulent faire secret de leurs démêlés, elles peuvent tout aussi bien, plutôt que de demander au Tribunal, manger de ce pain, renoncer à tout recours et cela supprimera le problème qui leur tient à cœur.