

Exhibit 7

[stamp:] Zurich, SW
R: 26 Oct. 2017-
FILE No. NVO/KTB

[stamp:]
Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

[logo]

4A_53/2017

Decision of October 17, 2017
First Civil Court

Composition

The Honorable Ms. Kiss, President, and Judges Klett, Hohl,
Niquille and May Canellas
Court Clerk: Mr. Carruzzo.

Participants to the Proceedings

The Republic of Croatia, c/o the Ministry of Economy
Ulica grada Vukovara 78,
10000 Zagreb, Croatia,
represented by Mr. Bernhard Berger and Mr. Martin Molina,
Attorneys at law, 1, Effingerstrasse 3011 Berne,

Plaintiff,

versus

MOL Hungarian Oil and Gas Company, Plc.
Oktober huszonharmdika u. 18
1117 Budapest, Hungary,
represented by Ms. Nathalie Voser, Ms. Anya George and
Ms. Anne- Carole Cremades, Attorneys at law,
19, Lowenstrasse, 8001 Zurich,

Respondent.

Subject matter

International Arbitration,

Civil law appeal, alternatively a request for review
against the final award rendered on December 23, 2016 by
an Arbitration Tribunal, with its seat in Geneva, constituted
in accordance with the Arbitration Rules
of the United Nations Commission on International Trade
Law.

Facts:

A.

In 1990, the Republic of Croatia (hereinafter: "Croatia") privatized *INA Industrija Nafte d.d.* (hereinafter: "INA"), a State energy company founded in 1964, of which it became the main shareholder.

In 2003, upon the initiative of Croatia, MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc. (hereinafter: "MOL"), the largest oil and gas company of Hungary, acquired 25% of the capital of INA plus one share. On July 17 of the same year, it concluded with Croatia a shareholders agreement (Shareholders Agreement, hereinafter "SHA") which provided the legal framework for the long-term relationship established between the co-contracting parties.

On October 10, 2008, MOL, after having tendered offers for the shares of INA, obtained 47.15% of the shares of that company, making it the largest shareholder of INA.

On January 30, 2009, Croatia and MOL concluded the GAS Master Agreement (hereinafter: "GMA") and the First Amendment to the Shareholders Agreement (hereinafter: "FASHA"). According to Croatia, the conclusion of those two contracts resulted in the transfer to MOL of management control over INA.

B.

On January 17, 2014, Croatia initiated arbitration proceedings against MOL, in accordance with the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). Alleging that the FASHA and GMA were obtained thanks to a 10 million euro bribe offered by the President of MOL to the former Prime Minister of Croatia, Dr. Ivo Sanader, it requested, *inter alia*, that the two contracts be declared null and void *ab initio*. MOL requested that the claim be rejected in its entirety.

An Arbitral Tribunal of three members, including Professor Emeritus Jaksa Barbic, chosen by Croatia, as constituted; its seat was determined to be in Geneva, as was provided for in the arbitration agreement contained in the SHA and in the GMA.

After having established the facts of the case, the Arbitral Tribunal, by final award dated December 23, 2016, dismissed the claim brought by Croatia.

C.

On February 1, 2017, Croatia challenged this award by filing a civil appeal¹, together with a request for suspensive effect [of the appeal], and, in the alternative, a request for revision. In its prayers for relief, it sought the annulment of the contested award and requested that Professor Jaksa Barbic be ordered to recuse himself as arbitrator.

In relation to this last prayer for relief, which was based on art. 190, para. 2 (a) of the Swiss Private International Law Act of December 18, 1987 (PILA, RS 291) and was repeated in its alternative request for revision with reference to art. 123, para. 2 (a) of the law of the Swiss Federal Tribunal of June 17 2005 (SFT; RS 173:110), the plaintiff stated, in particular, that in mid-January 2017, it had learned that Professor Barbic had, around October 3, 2013, been appointed as arbitrator by the management of INA (under the control of MOL), in the OTF vs. INA arbitration proceedings, which circumstance he had failed to disclose even though it was conducive to raising legitimate doubts as to his independence and impartiality. According to [the plaintiff], indeed, Professor Barbic, having accepted his appointment in this other arbitration, was no longer able to render an independent and impartial decision on the issue, which was one of the main points to resolve in the UNCITRAL arbitration proceedings between Croatia and MOL, of whether the appointment of the executive director of INA, to whom he owed his nomination in the arbitration proceedings *OTF vs. INA*, was legal or not.

The plaintiff complained, moreover, of a violation of its right to be heard (art. 190, para. 2(d) PILA) and of the incompatibility of the award with public policy (art. 190, para. 2 (e) PILA), due to the fact that the Arbitral Tribunal allegedly did not take into account evidence that was, in [the plaintiff's] view, decisive. It also reproached the arbitrators for not having fulfilled their minimum duty to examine and decide on the pertinent issues, which derives from the guarantee of the right to be heard, as they had failed to answer questions that would have dissuaded them from denying the reliability of the principal witness whose testimony confirmed the existence of the alleged bribe.

Communicating through a legal counsel of the Permanent Court of Arbitration, the president of the Arbitral Tribunal and the arbitrator appointed by the respondent indicated to the Swiss Federal Tribunal, on February 20, 2017, that they had had no knowledge of the issues raised concerning Professor Barbic and they renounced, moreover, to comment on the appeal. The arbitration file was transferred to the Swiss Federal Tribunal, in the same manner, on March 20, 2017, on three USB keys.

¹ Translator's note: This refers to a request for setting-aside the award, i.e. a challenge to the award.

On April 17, 2017, Professor Barbic spontaneously addressed to the Swiss Federal Tribunal his observations, in which he disputed the allegations formulated against him by the plaintiff. His observations were communicated to the parties and to the President of the Arbitral Tribunal.

In the heading of its response of March 21, 2017, the respondent MOL principally requested that the appeal be declared inadmissible, on the grounds that the parties had validly waived their right to appeal (art. 192 LDIP), and, in the alternative, that the appeal be rejected.

The plaintiff, in its reply of April 10, 2017 and its sur-reply of May 15 2017, and the respondent, in its rejoinder of May 2, 2017 and its sur-rejoinder of May 22, 2017, maintained their respective prayers for relief. As for Professor Barbic, he commented on the reply, of which he contested the merits, in pleading new submission of April 28, 2017, which was communicated, as well, to the parties and the president of the Arbitral Tribunal.

The request for suspensive effect [of the appeal] was rejected by presidential order dated April 12, 2017.

Applicable Law:

1.

Pursuant to article 54, para. 1 SFT, the Swiss Federal Tribunal drafts its decision in an official language, as a general rule in the language of the contested decision. When such decision has been rendered in another language (in this case English), the Swiss Federal Tribunal employs the official language chosen by the parties. Before the Arbitral Tribunal, the latter used English, whereas in the briefs that they submitted to the Swiss Federal Tribunal, they employed French, like the arbitrator Jaksa Barbic, thereby complying with art. 42, para. 1 SFT in connection with art. 70, para 1 Cst. (ATF 142 III 521 consid. 1) In accordance with practice, the Swiss Federal Tribunal shall consequently render its decision in French.

2.

The admissibility of the present appeal presupposes, amongst other conditions, that the parties have not excluded the possibility of filing an appeal within the meaning of art. 190 PILA.

2.1 In its final version (ATF 143 III 55 consid. 3.1), art. 192, para. 1 PILA provides that «[I]f the two parties do not have a domicile, nor a habitual residence, nor are they established in Switzerland, they can, by an express declaration in the arbitration agreement or a subsequent written agreement, exclude any means of recourse against arbitral awards; they can also exclude recourse based on only one or another of the grounds listed in art. 190, para. 2 PILA».

2.1.1 Federal case law has gradually defined the principles stemming from the examined provision. The result is, in essence, that case law only allows waivers in a restrictive manner and it holds an indirect waiver to be insufficient. As for a direct waiver, it need not necessarily include a reference to art. 190 PILA and/or art. 192 PPILA. It is sufficient that the express declaration of the parties clearly and unequivocally reflects their common intent to waive all means of recourse. To determine if such is the case, is a matter of interpretation. It must be recalled that waiving recourse applies to all of the grounds listed in art. 190, para. 2 PILA, including the ground that derives from the irregular composition of the arbitral tribunal (ATF133 111 235 consid. 4.3.2.2, p. 243 *in limine*), unless the parties only excluded recourse for one or another of these grounds (ATF 111 53 consid. 3.1, p. 58 and the cited decisions).

2.1.2 In a leading decision of February 4, 2005 published in ATF 131 III 173, the First Court of Civil Law, named at the time the First Civil Court, proceeded to analyze in depth the term “appeal” in the context of art. 192, para. 1 PILA (consid. 4.2.3.2). Up to that point, [the Court] had limited itself to observing, in *obiter dicta*, that the indication according to which the parties considered that awards rendered were “non appealable” does not constitute a sufficient waiver of any recourse (ATF 116 II 639 consid. 2c, p. 640). As a preliminary point, the Court held that the plaintiff's approach, consisting of transposing the term “appeal” into the Swiss legal system to give it the meaning of “*Berufung*” or “*recours ordinaire*” [ordinary appeal], as opposed to “*Rechtsmittel*” [recourse], was open to criticism when the parties had no connection with Switzerland and had chosen English as the language of the contract as well as the arbitration proceedings. In its opinion, the logical response would be to assign to this term the meaning that such parties, originating from different legal systems and foreign to Swiss law, had attributed to it – assuming that their common intent can be established – or could have reasonably attributed to it in the circumstances and within the context that they had used it. Elaborating on its reasoning, the First Civil Court highlighted the two main meanings of the word “appeal” from a legal point of view: in its broader sense, it is a generic term that covers various legal remedies and corresponds to “*recours*” or to “*Rechtsmittel*” in French and German (cf., in support, in addition to the examples cited in that decision, *Le Grand Robert de la langue Française* [Roberts French Dictionary], 2nd ed., Tome 1, ad «appeal», p. 462 ex., according to which a « non appealable decision » is «without possibility of recourse»); nevertheless, the same word, used in a more restrictive sense, refers to the appeal *stricto sensu*, i.e. a means of ordinary recourse that generally has a suspensive, devolving and reformatory effect. The Court emphasized that, as a rule, such an appeal *stricto sensu*, which allows the State court to carry out a review on the merits of the decision under appeal, is inadmissible in international arbitration. Applying these principles to the litigious clause, according to which the parties had excluded “[source text in English]*all and any rights of appeal from all and any awards inssofar as such exclusion can validly be made*,” the federal judges found that there was a valid waiver of all means of recourse against awards of the arbitral tribunal, taking into account the fact that the arbitration rules chosen by the parties precluded the possibility of a potential internal appeal, as well as the absolutely exceptional nature of an appeal to State courts in international arbitration and, above all, the fact that the use of the plural “*rights of appeal*”, following the repetitive expression “*all and any*”, clearly indicated that the parties had in

mind all means of recourse possible and imaginable that could be raised against awards rendered.

Two years later, the First Court of Civil Law held that an arbitration clause that merely indicated that the award «[was] final and not susceptible (sic) to appeal» did not reflect the common intent of the parties to waive recourse in such an unequivocal manner as the clause examined in the decision cited above, all the more so as the Arabic expression contained in the disputed clause could just as well be translated as « irrevocable » as « not susceptible to appeal », thereby limiting its scope even further. [The Court] nevertheless did not continue further in the analysis of this clause, as the petition was in any case unfounded (decision 4P 206/2006) of March 20, 2007 consid. 3.2).

In 2011, the Swiss Federal Tribunal was led to examine the following arbitral clause: «[source text in English] Neither party shall be entitled to commence or maintain any action in a court of law upon any matter in dispute arising from or concerning this Agreement or a breach thereof except for the enforcement of any award rendered pursuant to arbitration under this Agreement. The decision of the arbitration must be final and binding and neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law ». The First Court of Civil Law considered this to be a valid waiver by the parties of any recourse against any decision of the arbitral tribunal. According to it, indeed, the last sentence of this clause clearly states the common intent of the parties to exclude all recourse against such a decision, their intent being further reinforced and indirectly confirmed by the preceding sentence, which granted the parties the right to seize the State court only for the purpose of obtaining enforcement [*exequatur*] of an award rendered by the arbitral tribunal. Incidentally, still according to the Court, the word « appeal » should in this case, as in the case that led to the above-mentioned decision, published in ATF 131 III 173, manifestly be understood in its generic meaning (decision 4A_486/2010 of March 21, 2011 consid. 2.2).

The Swiss Federal Tribunal was led to examine the same clause again the following year, in arbitration proceedings between the same parties. The First Court of Civil Law dealt with it in an identical way, after having established that, just like Swiss law and unlike English law, none of the legislations referred to by the plaintiff– Tunisian, French and New York civil procedural laws– allowed a challenge to an international arbitration award by means of an ordinary appeal. In passing, it specified, without definitively resolving the issue, that positing a general principle that the English term « appeal » sufficiently (or insufficiently) demonstrates the intent of the parties to waive recourse available in Switzerland against an international arbitral award would certainly have the dual merit of simplicity and foreseeability, but that this would, however, constitute a legal fiction that would not be compatible with the general rules of interpretation of the parties' intent in the area of contracts (decision 4A-238/2011 of January 4, 2012 consid. 2.2.4.2. and the references).

The First Court of Civil Law has, moreover, considered that the sentence « [source text in English] neither party shall seek recourse to a law court nor other authorities to appeal for revision of this decision » cannot in good faith be understood in any other way than as an expression of the intent of the parties to waive any review by a state court of the notified arbitration award (« ... kann nach Treu und Glauben nur so verstanden werden, dass die Parteien jegliche Anrufung einer staatlichen Instanz zu Überprüfung des eröffneten Schiedsentscheids ausschliessen wollten. »). In its opinion, despite the disparate use of various terms relating to legal remedies ([source text in English] « recourse », « appeal », « revision »), such an intent clearly resulted from [that sentence] (decision 4A_577/2013 of April 3, 2014 consid. 3.4).

Finally, in the above-cited decision, published in ATF 143 111 55, the First Court of Civil Law examined an arbitration clause worded as follows : « [source text in English] The decision of the arbitrator in any such proceedings will be final and binding and not subject to judicial review. Appeals to the Swiss Federal Tribunal from the award of the arbitrator will be excluded. ». It determined that the clause in question indisputably satisfied the requirements set forth in art. 192, para. 1 PILA and the related case law for a valid waiver of recourse (consid. 3.2, p. 58).

2.2 The pertinent arbitration agreements, inserted in the SHA of July 17, 2003 and the GMA of January 30, 2009, contain the following text :

« [source text in English] Awards rendered in any arbitration hereunder shall be final and conclusive and judgment thereon may be entered into any court having jurisdiction for enforcement thereof. **There shall be no appeal to any court from awards rendered hereunder.** » (text highlighted by the Swiss Federal Tribunal).

Considered in light of the principles of case law recalled above and, in particular, having regard to the waiver clauses which the Swiss Federal Tribunal considered valid in its decisions, mentioned above, of February 4, 2005 (ATF 131 III 173), of March 21, 2011 (matter 4A_486/2010), of January 4, 2012 (cause 4A_238/2011) and of April 3, 2014 (cause 4A_577/2013), the cited clause definitely constitutes a valid waiver of recourse, as it undoubtedly reflects the common intent of the parties to waive any right of recourse against any decision of the Arbitral Tribunal before any state court whatsoever. That intent, which clearly results from the very sentence set forth in bold characters above, is further reinforced and indirectly confirmed by the phrase that precedes that sentence, which not only insists on the final character of the awards rendered by using two similar adjectives ([source text in English] «final» and «conclusive»), but also provides that such awards may be the subject of an enforcement procedure (“*exequatur*”) before the competent State court.

It goes without saying that the connection established by the last sentence of the arbitration agreement between the terms «appeal» and «awards» allows one to discount, from the outset, that the parties merely intended to exclude court proceedings in favor of arbitration to resolve their future respective claims, as it is true that the waiver expressed in the disputed sentence can only refer to the means of recourse available against awards rendered ([source text in English] «from awards rendered»), and not to the type of court to be seized with the initial claims. As for the word « appeal », it must manifestly be understood, in this case, in its generic meaning. First, there was no question of a potential internal appeal, as art. 32, para. 2 of the UNICTRAL Arbitration Rules (1976 version), chosen by the parties, excludes this possibility (« « [The award] is not susceptible to appeal before an arbitral body. »). Second, an appeal *stricto sensu*, to be submitted to a state court with full powers of review, was not on the cards, as the possibility of challenging an award by such means of recourse is absolutely exceptional in international arbitration. Such a possibility is also foreign to the different laws entering into consideration *in casu*: Swiss law, i.e. the *lex arbitri*, does not provide for such possibility (cf. art. 190, para. 2 PILA *a contrario*); Croatian law, which the parties have chosen as the *lex causae*, does not provide for this possibility either (cf. art. 36 of the Croatian law of Arbitration of October 19, 2001, which has much in common with art. 34 of the UNICTRAL Model Law on international commercial arbitration of June 21, 1985); Hungarian law, as the law of the country where the respondent has its registered seat, is much like Croatian law (art. 54/55 of the Hungarian law on arbitration of November 8, 1994). Considering the principle of effectiveness (*effet utile*), according to which that an objective interpretation aims to give an effective meaning to any contractual clause, one fails to see what interest the parties could have had in specifically excluding, in their arbitration agreement, a means of recourse that does not exist in any of the legislative texts that could be relevant. Therefore, the co-contracting parties, by signing the contracts, after having negotiated them with legal counsel, which included an arbitral clause containing an exclusion clause, could only have waived the sole legal means available to challenge an potential future award, considering that they had already determined that the seat of the arbitral tribunal to be constituted would be in Switzerland (Geneva), namely a civil appeal² within the meaning of art. 77, para. 1 (a) SFT. In this respect, there is no reason not to imagine, by way of simple hypothesis, that the plaintiff, in its capacity as a sovereign State, preferred to submit in advance to an award rendered by an arbitral tribunal of which it could directly appoint one of the members and, indirectly, the president (cf. art. 7 of the UNICTRAL Arbitration Rules, 1976 version) rather than running the risk that a court of another sovereign State (in this case, Switzerland) could annul, upon challenge by its opponent, an award rendered in its favor.

²

Translator's note: see footnote 1.

The arguments advanced by the plaintiff have, in the main, already been refuted, *a contrario* by the findings issued within the framework of the subsumption carried out above. For the remainder, it must be acknowledged that the wording of the litigious waiver clause bears no comparison is disproportionate with the examples of the statements cited by the [plaintiff] (petition, no. 9) – “without appeal” (ATF 116 11 639 consid. 2 (c), p. 640); the awards “are final and binding on the two parties. Requests to State courts are excluded.” (decision 4P.265/1996 of July 2, 1997 consid. 1(a)); the award is “final and not susceptible to appeal” (decision 4P.206/2006, cited above) – as the respondent demonstrates in a convincing manner in nos. 20 to 22 of its reply brief. It would indeed be hazardous to extrapolate from the two words “without appeal”, which the Swiss Federal Tribunal mentioned in a theoretical recital in its above-mentioned published decision without however citing the contents of the relevant arbitration agreement, or from the expression “final and not susceptible to appeal”, which it did not analyze in an exhaustive manner. As for the second phrase cited above, it does not include the term “appeal” and will not be retained herein as a point of comparison. One fails to see, moreover, from the relevance of the absence of the word “right” (in the singular or the plural) with respect to the term “appeal” (cf. ATF 131 III 173 consid. 4.2.3.2., p. 181) in the clause examined here (cf. petition, no. 10 ss). Finally, as this clause provides in a clear and unequivocal manner that the parties intended to exclude all means of recourse against potential future awards, the discussion opened by the plaintiff on the subject of the restrictive practice of the relevant case law need not be pursued, contrary to what would have been the case if the interpretation of the clause in question had revealed the exclusion clause to be ambiguous.

2.3 It follows from the above analysis that the parties validly waived any recourse against awards of the Arbitral Tribunal, in conformity with art. 192, para. 1 PILA. This appeal, which disregards that common intent, manifested by an express declaration, to not submit such awards to review by the competent State courts of the country where the seat of the arbitration proceedings was located, is therefore inadmissible. That common intent of the parties, was not limited to one or another of the grounds listed in art. 190, para. 2 PILA, therefore concerns all of those grounds, including the one derived from the alleged irregular composition of the Arbitral Tribunal (art. 190, para. 2 (a) PILA). Consequently, the petition cannot be examined on the merits.

3. In the alternative, the plaintiff argues that, notwithstanding a potentially valid waiver by the parties of legal recourse within the meaning of art. 190, para. 2 PILA against the final award rendered by the Arbitral Tribunal, it would be entitled to invoke, by means of the procedure for revision provided for in art. 123, para. 2 (a) SFT (ATF 134 III 286 consid. 2.1 and the cited decisions), grounds for a challenge to Professor Barbic. In its opinion, besides the fact that part of the legal doctrine is in favor of the inapplicability of art. 192 PILA to requests for revision, the terms used in the disputed waiver clause prevent it from being extended to its request for revision, which is an extraordinary means of recourse .

3.1 In a recent decision, the First Court of Civil Law, after having carried out an exhaustive review of the issue, evoked the need to admit that the discovery, subsequent to the expiry of the time limit for a challenge against an international arbitration award, of grounds that would have required the recusal of the sole arbitrator or of one of the members of the arbitral tribunal, can form the basis of a request for revision of such award before the Swiss Federal Tribunal, provided that the plaintiff would not have been able to discover the grounds for recusal during the arbitration proceedings by exercising the diligence required by the circumstances. However, it left this question open, not only because the request for revision submitted for review was in any event to be rejected, but also to take into account the fact that a modification, or redrafting, of Chapter 12 of the PILA was pending (ATF 142 III 521 consid. 2.3.5.)

There is no need to decide this issue here either. Indeed, for the reason indicated below, even if one were to answer it in the affirmative, it would not be possible to enter into the merits of the request for revision filed by the plaintiff.

3.2 The challenged final award was notified to the plaintiff on December 23, 2016, i.e. during the end of year court recess which runs from December 18 up to and including January 2 (art. 46, para. 1 let. (c) SFT). In such cases, the time-limit for a challenge, which is 30 days according to art. 100, para. 1 SFT, begins to run on the first day following recess, i.e. on January 3 (decision 5A_109/2016 of February 5, 2016 and references). In this case, the *dies a quo* being January 3, 2017, the time-limit for the challenge expired on February 1, 2017. However, the plaintiff declares that it became aware in mid-January 2017 of the existence of grounds of recusal with respect to Professor Barbic which, in its opinion, rendered the composition of the Arbitral Tribunal irregular. In other words, it discovered, before the end of the time-limit for a challenge, the alleged grounds for recusal which fall within the scope of both art. 190, para 2, let (a) PILA, as grounds for a challenge, and art. 121 (a) SFT or art. 123 para. 2 (a) SFT, as potential grounds (cf. consid. 3.1 above) for revision.

According to case law, as a request for revision is subsidiary in relation to the civil appeal³, it seems difficult to allow a party which has expressly waived the right to challenge, and thereby [waived] the right to rely on the grounds set out in art. 190, para. 2 (a) PILA, to nevertheless initiate proceedings before the Swiss Federal Tribunal by invoking those same grounds, discovered before expiry of the time limit for the challenge, in the context of a request for revision of the arbitral award, failing which art. 192 PILA would be deemed moot (decision 4A_234/2008, cited above, consid. 2.1, before the last para. i.f.). That is exactly the situation in the case at hand. The plaintiff argues that the principle posited in the decision in question was set out as an *obiter dictum*. While that is undoubtedly the case, but this does not diminish its relevance. For a party, having, together with its opposing party, waived the right to raise a challenge on the basis of the irregular composition of the future arbitral tribunal, on any grounds that may render it so, including grounds for recusal, to then circumvent that obstacle by filing a request for revision, is fundamentally contrary to the rules of good faith. The First Court of Civil Law has moreover recalled this principle, in a more affirmative manner, in at least two instances (decisions 4A_570/2011 of July 23 2012 consid. 4.1, last para.; 4A_247/2014 of September 23, 2014 consid. 2.3 last para) and several authors have confirmed this point (Pascal Ruch, Zum Rechtsmittelverzicht in der internationalen schiedsgerichtsbarkeit, 2013, p. 54 last para. ; Andreas Bucher, in *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé* - Convention de Lugano, 2011, no. 5 ad art. 192 LDIP, Marco Stacher, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, no. 414 and footnote 969; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, International Arbitration – Law and Practice in Switzerland, 2015, p. 511, footnote 562; les mêmes, Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2nd ed. 2010, p. 545 s., footnote 681; Matthias Leemann, Challenging international arbitration awards in Switzerland on the ground of lack of independence and impartiality of an arbitrator, in Bulletin ASA 2011 p. 10 ss, 26 i.f.; 29/30 and footnote 76; Nora Krausz, Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6, in Journal of International Arbitration, 2011, p. 137 ss, 152). It is therefore justified to enshrine this principle and to apply it in the present case.

³

Translator's note: see footnote 1.

Accordingly, this Court will not enter into the merits of the request for revision either.

4.

The plaintiff, which has lost, must pay all the fees and costs of this proceeding (art. 66, para. 1 LTF) and pay an indemnity to the respondent (art. 68, para. 1 and 2 LTF).

On these grounds, the Swiss Federal Tribunal finds:

1.

The appeal and the request for revision are inadmissible.

2.

The court costs, fixed at 200,000 Swiss francs, are to be borne by the plaintiff.

3.

The plaintiff shall pay the respondent an indemnity of 250,000 Swiss francs, for legal fees.

4.

This decision is notified to the representatives of the parties and to the President of the Arbitral Tribunal, with an additional copy destined to be transmitted by [the Arbitral Tribunal] to the arbitrator Jaksa Barbic.

Lausanne, October 17, 2017-10-27

On behalf of the Civil Court
Of the Swiss Federal Tribunal

The President

[signature]

Kiss

The Court Clerk

[signature]

Carruzzo

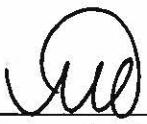
[stamp:] Swiss Federal Tribunal



TRANSPERFECT

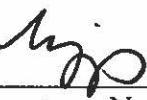
City of New York, State of New York, County of New York

I, Aurora Landman, hereby certify that the document, "**20171026 Supreme Court decision of 17 October 2017 %28SW-05259307%29 (1)**" is, to the best of my knowledge and belief, a true and accurate translation from French into English.



Aurora Landman

Sworn to before me this
October 31, 2017



Signature, Notary Public

A circular notary stamp for Wendy Poon, Notary Public, State of New York. The outer ring contains the text "WENDY POON NOTARY PUBLIC STATE OF NEW YORK". The inner circle contains "NO. 01PO6356754", "QUALIFIED IN QUEENS COUNTY", "COMM. EXP.", and "04-03-2021".

Stamp, Notary Public

LANGUAGE AND TECHNOLOGY SOLUTIONS FOR GLOBAL BUSINESS

THREE PARK AVENUE, 39TH FLOOR, NEW YORK, NY 10016 | T 212.689.5555 | F 212.689.1059 | WWW.TRANSPERFECT.COM
OFFICES IN 90 CITIES WORLDWIDE

Original in French

SW Zürich

R 26. Okt. 2017

DVO/KTB

Bundesgericht

Tribunal fédéral

Tribunale federale

Tribunal federal



4A_53/2017

**Arrêt du 17 octobre 2017
Ire Cour de droit civil**

Composition

Mmes les Juges Kiss, présidente, Klett, Hohl, Niquille et May Canellas.

Greffier: M. Carruzzo.

Participants à la procédure

République de Croatie, c/o Ministère de l'Economie,
Ulica grada Vukovara 78, 10000 Zagreb, Croatie,
représentée par Mes Bernhard Berger et Martin Molina,
avocats, Effingerstrasse 1, 3011 Berne,
recourante,

contre

MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc,
Oktober huszonharmadika u. 18, 1117 Budapest,
Hongrie, représentée par Mes Nathalie Voser,
Anya George et Anne-Carole Cremades, avocates,
Löwenstrasse 19, 8001 Zurich,
intimée.

Objet

arbitrage international,

recours en matière civile, subsidiairement demande de révision, contre la sentence finale rendue le 23 décembre 2016 par un Tribunal arbitral, avec siège à Genève, constitué conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Faits:

A.

En 1990, la République de Croatie (ci-après: la Croatie) a privatisé INA Industrija Nafte d.d. (ci-après: INA), une entreprise énergétique d'État fondée en 1964, dont elle est devenue le principal actionnaire.

En 2003, à l'initiative de la Croatie, MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc (ci-après: MOL), la plus importante compagnie pétrolière et gazière de Hongrie, a acquis 25% du capital d'INA plus une action. Le 17 juillet de la même année, elle a conclu, avec la Croatie, une convention d'actionnaires (*Shareholders Agreement*; ci-après: SHA), laquelle a fourni un cadre juridique à la relation durable nouée par les cocontractantes.

Le 10 octobre 2008, MOL, suite à des offres publiques d'achat lancées par elle sur les actions d'INA, a obtenu 47,15 % des actions de cette société, ce qui a fait d'elle le plus grand actionnaire d'INA.

Le 30 janvier 2009, la Croatie et MOL ont conclu le *GAS Master Agreement* (ci-après: GMA) et le *First Amendment to the Shareholders Agreement* (ci-après: FASHA). Selon la Croatie, la conclusion de ces deux contrats aurait entraîné le transfert à MOL du contrôle de la gestion d'INA.

B.

Le 17 janvier 2014, la Croatie a engagé une procédure d'arbitrage contre MOL, conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). Alléguant que le FASHA et le GMA avaient été obtenus grâce à un pot-de-vin de 10 millions d'euros offert par le PDG de MOL à l'ancien Premier Ministre de Croatie, le Dr Ivo Sanader, elle a requis, entre autres conclusions, la constatation de la nullité *ab initio* de ces deux contrats. MOL a conclu au rejet intégral de la demande.

Un Tribunal arbitral de trois membres, comprenant le Professeur émérite Jakša Barbić, choisi par la Croatie, a été constitué; son siège a été fixé à Genève, ainsi que le prévoyait la convention d'arbitrage figurant dans le SHA et dans le GMA.

Après avoir instruit la cause, le Tribunal arbitral, par sentence finale du 23 décembre 2016, a débouté la Croatie des fins de sa demande.

C.

Le 1^{er} février 2017, la Croatie a formé un recours en matière civile, assorti d'une requête d'effet suspensif, et, subsidiairement, une demande de révision. Elle y a pris des conclusions tendant à l'annulation de la sentence attaquée et à ce qu'ordre soit donné au Professeur Jakša Barbić de se récuser comme arbitre.

Au sujet de cette dernière conclusion, fondée sur l'art. 190 al. 2 let. a de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP; RS 291), qu'elle a reprise dans sa demande de révision subsidiaire en se basant sur l'art. 123 al. 2 let. a de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), la recourante a fait valoir, en particulier, qu'à la mi-janvier 2017, elle avait appris que le Professeur Barbić avait été désigné comme arbitre, aux alentours du 3 octobre 2013, par la direction d'INA (sous le contrôle de MOL), dans l'arbitrage *OTF v. INA*, circonstance qu'il s'était bien gardé de révéler alors qu'elle était propre à éveiller des doutes légitimes quant à son indépendance et à son impartialité. Selon elle, en effet, le Professeur Barbić, pour avoir accepté sa nomination dans cette autre affaire d'arbitrage, n'était plus en mesure de trancher de manière indépendante et impartiale la question, formant l'un des points principaux à traiter dans l'arbitrage CNUDCI opposant la Croatie à MOL, de savoir si le mandat du directeur exécutif de l'INA, auquel il devait sa nomination dans l'arbitrage *OTF v. INA*, était légal ou pas.

La recourante s'est plainte, en outre, d'une violation de son droit d'être entendue (art. 190 al. 2 let. d LDIP) et de l'incompatibilité de la sentence avec l'ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP), du fait que le Tribunal arbitral n'aurait pas pris en compte un élément de preuve décisif à ses yeux. Elle a également reproché aux arbitres d'avoir méconnu leur devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents, tel qu'il découle de la garantie du droit d'être entendu, pour s'être abstenus de répondre à des questions qui les auraient dissuadés de dénier toute fiabilité au témoin principal dont les dires avaient confirmé l'existence du pot-de-vin litigieux.

Par le truchement d'une conseillère juridique de la Cour permanente d'arbitrage, le président du Tribunal arbitral et l'arbitre désigné par l'intimée ont indiqué au Tribunal fédéral, en date du 20 février 2017, qu'ils n'avaient jamais eu connaissance des questions soulevées au

sujet du Professeur Barbić et qu'ils renonçaient, pour le surplus, à se déterminer sur le recours. Le dossier de l'arbitrage a été transmis au Tribunal fédéral, par la même voie, le 20 mars 2017, sous la forme de trois clés USB.

Le 17 avril 2017, le Professeur Barbić a adressé spontanément au Tribunal fédéral des observations dans lesquelles il s'est inscrit en faux contre les reproches formulés à son encontre par la recourante. Ses observations ont été communiquées aux parties et au président du Tribunal arbitral.

En tête de sa réponse du 21 mars 2017, l'intimée MOL a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours, au motif que les parties y auraient valablement renoncé (art. 192 LDIP), et, subsidiairement, au rejet de celui-ci.

La recourante, dans sa réplique du 10 avril 2017 et sa triplique du 15 mai 2017, et l'intimée, dans sa duplique du 2 mai 2017 et sa quadruplique du 22 mai 2017, ont maintenu leurs conclusions respectives. Quant au Professeur Barbić, il a formulé des observations au sujet de la réplique, dont il a contesté le bien-fondé, dans une nouvelle écriture du 28 avril 2017 qui a été communiquée, elle aussi, aux parties et au président du Tribunal arbitral.

La demande d'effet suspensif a été rejetée par ordonnance préidentielle du 12 avril 2017.

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 a été rendue dans une autre langue (ici l'anglais), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le Tribunal arbitral, celles-ci se sont servies de l'anglais, tandis que, dans les mémoires qu'elles ont adressés au Tribunal fédéral, elles ont employé le français, à l'instar de l'arbitre Jakša Barbić, respectant ainsi l'art. 42 al. 1 LTF en liaison avec l'art. 70 al. 1 Cst. (ATF 142 III 521 consid.1). Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral rendra, par conséquent, son arrêt en français.

2.

La recevabilité du présent recours suppose, entre autres conditions, que les parties n'aient pas exclu la possibilité d'interjeter un recours au sens de l'art. 190 LDIP.

2.1 Dans sa version déterminante (ATF 143 III 55 consid. 3.1), l'art. 192 al. 1 LDIP prévoit que, "[s]i les deux parties n'ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n'exclure le recours que pour l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP".

2.1.1 La jurisprudence fédérale a dégagé progressivement les principes découlant de la disposition examinée. Il en ressort, en substance, que la pratique n'admet que de manière restrictive les conventions d'exclusion et qu'elle juge insuffisante une renonciation indirecte. Quant à la renonciation directe, elle ne doit pas forcément comporter la mention de l'art. 190 LDIP et/ou de l'art. 192 LDIP. Il suffit que la déclaration expresse des parties fasse ressortir de manière claire et nette leur volonté commune de renoncer à tout recours. Savoir si tel est bien le cas est affaire d'interprétation. C'est le lieu de rappeler que la renonciation au recours vise tous les motifs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP, y compris celui tiré de la composition irrégulière du tribunal arbitral (ATF 133 III 235 consid. 4.3.2.2 p. 243 *in limine*), à moins que les parties n'aient exclu le recours que pour l'un ou l'autre de ces motifs (ATF 143 III 55 consid. 3.1 p. 58 et les arrêts cités).

2.1.2 Dans un arrêt de principe du 4 février 2005 publié aux ATF 131 III 173, la Ire Cour de droit civil, alors dénommée Ire Cour civile, a procédé à une analyse approfondie du terme "appeal" au regard de l'art. 192 al. 1 LDIP (consid. 4.2.3.2). Jusque-là, elle s'était contentée d'observer incidemment que l'indication d'après laquelle les parties considèrent que la sentence à venir est "sans appel" ne constitue pas une renonciation suffisante à tout recours (ATF 116 II 639 consid. 2c p. 640). A titre liminaire, la Cour a jugé critiquable, dans son principe, la démarche de la recourante consistant à transposer le terme "appeal" dans le système juridique suisse pour lui donner la signification de "Berufung" ou de "recours ordinaire", par opposition au "Rechtsmittel", s'agissant de parties qui n'avaient aucun lien avec la Suisse et qui avaient choisi l'anglais comme langue aussi bien du contrat que de l'arbitrage. A son avis, la logique voulait que l'on donnât à ce terme la signification que de telles parties, provenant

d'horizons juridiques différents et étrangers au droit suisse, lui avaient attribuée – à supposer que leur volonté commune pût être établie – ou avaient pu raisonnablement lui attribuer dans les circonstances et le contexte où elles l'avaient utilisé. Poursuivant son raisonnement, la Ire Cour civile a mis en évidence les deux acceptations principales que le mot "appeal" revêt sous l'angle du droit: au sens large, il s'agit d'un terme générique qui embrasse les moyens de droit les plus divers et qui correspond au "recours" ou au "Rechtsmittel" des langues française et allemande (cf., dans ce sens, en plus des exemples cités dans ledit arrêt, *Le Grand Robert de la langue française*, 2^e éd., Tome I, ad "appel", p. 462 i.f., pour qui une "décision sans appel" est "sans possibilité de recours"); cependant, le même mot, utilisé dans un sens plus restrictif, sert à désigner l'appel proprement dit, à savoir une voie de recours ordinaire qui est généralement suspensive, dévolutive et réformatoire. Et la Cour de souligner que l'irrecevabilité de cet appel *stricto sensu*, qui permet à la juridiction étatique de procéder à une révision au fond de la décision dont est appel, constitue la règle en matière d'arbitrage international. Appliquant ces principes à la clause litigieuse, d'après laquelle les parties excluaient "all and any rights of appeal from all and any awards insofar as such exclusion can validly be made", les juges fédéraux ont conclu à l'existence d'une renonciation valable à tout recours contre les sentences du tribunal arbitral en tenant compte de ce que le règlement d'arbitrage choisi par les parties écartait la possibilité d'un éventuel appel interne, du caractère tout à fait exceptionnel d'un appel proprement dit devant le juge étatique en matière d'arbitrage international et, surtout, du fait que l'utilisation du pluriel "*rights of appeal*" à la suite de l'expression redondante "*all and any*", indiquait clairement que les parties avaient en vue tous les moyens de recours possibles et imaginables dont les sentences à venir pourraient être l'objet.

Deux ans plus tard, la Ire Cour de droit civil a jugé qu'une clause arbitrale se bornant à indiquer que la sentence "[était] définitive et insusceptible (*sic*) d'appel" ne manifestait assurément pas de manière aussi nette la volonté commune des parties de renoncer au recours que ne le faisait la clause dont il était question dans l'arrêt précité, à plus forte raison que l'expression arabe figurant dans la clause litigieuse pouvait être traduite aussi bien par "irrévocable" que par "insusceptible d'appel", ce qui en réduisait encore plus la portée. Elle n'a cependant pas poussé plus avant l'analyse de cette clause dès lors que le recours se révélait de toute façon mal fondé (arrêt 4P.206/2006 du 20 mars 2007 consid. 3.2).

En 2011, la clause arbitrale suivante a été soumise à l'examen du Tribunal fédéral: "Neither party shall be entitled to commence or maintain any action in a court of law upon any matter in dispute arising from or concerning this Agreement or a breach thereof except for the enforcement of any award rendered pursuant to arbitration under this Agreement. The decision of the arbitration shall be final and binding and neither party shall have any right to appeal such decision to any court of law". La Ire Cour de droit civil y a vu une renonciation valable des parties à recourir contre toute décision du tribunal arbitral. Selon elle, en effet, la dernière phrase de ladite clause faisait ressortir clairement la commune volonté des parties d'exclure tout recours contre une telle décision, volonté encore renforcée et confirmée indirectement par la phrase précédente, laquelle ne conférait aux parties le droit de saisir les tribunaux étatiques qu'à la seule fin d'obtenir l'exequatur d'une sentence rendue par le tribunal arbitral. Au demeurant, toujours selon la Cour, le mot "appeal" devait manifestement être compris en cette affaire dans son acception générique comme dans celle ayant donné lieu à l'arrêt susmentionné, publié in ATF 131 III 173 (arrêt 4A_486/2010 du 21 mars 2011 consid. 2.2).

La même clause a été soumise à l'examen du Tribunal fédéral l'année suivante dans un arbitrage opposant les mêmes parties. La Ire Cour de droit civil lui a réservé un sort identique, après avoir constaté que, tout comme le droit suisse et à l'inverse du droit anglais, aucune des législations invoquées par le recourant – les droits de procédure civile tunisien, français et new-yorkais – ne permettait d'attaquer une sentence en matière d'arbitrage international par la voie de l'appel ordinaire. Au passage, elle a tenu à préciser, sans trancher définitivement la question, que poser un principe général voulant que le terme anglais "appeal" manifestât suffisamment (ou insuffisamment) la volonté des parties de renoncer au recours ouvert en Suisse contre une sentence arbitrale internationale aurait certes le double mérite de la simplicité et de la prévisibilité, mais constituerait, toutefois, une fiction juridique guère compatible avec les règles générales touchant l'interprétation des manifestations de volonté en matière contractuelle (arrêt 4A_238/2011 du 4 janvier 2012 consid. 2.2.4.2 et les références).

La Ire Cour de droit civil a, par ailleurs, jugé que la phrase "neither party shall seek recourse to a law court nor other authorities to appeal for revision of this decision" ne pouvait pas être comprise de bonne foi autrement que comme l'expression de la volonté des parties d'exclure toute mise en oeuvre d'une instance étatique pour l'examen de la

sentence arbitrale notifiée ("... kann nach Treu und Glauben nur so verstanden werden, dass die Parteien jegliche Anrufung einer staatlichen Instanz zu Überprüfung des eröffneten Schiedsentscheids ausschliessen wollten."). A son avis, malgré l'utilisation disparate de diverses notions relatives aux voies de droit ("recourse", "appeal", "revision"), pareille volonté en ressortait clairement (arrêt 4A_577/2013 du 3 avril 2014 consid. 3.4).

Enfin, dans l'arrêt précité, publié aux ATF 143 III 55, la Ire Cour de droit civil a examiné une clause compromissoire ainsi libellée: "The decision of the arbitrator in any such proceeding will be final and binding and not subject to judicial review. Appeals to the Swiss Federal Tribunal from the award of the arbitrator shall be excluded...". Elle a considéré que la clause en question satisfaisait incontestablement aux conditions posées par l'art. 192 al. 1 LDIP et la jurisprudence y relative pour une renonciation valable au recours (consid. 3.2 p. 58).

2.2 Les conventions d'arbitrage pertinentes, insérées dans le SHA du 17 juillet 2003 et dans le GMA du 30 janvier 2009, contiennent le passage suivant:

"Awards rendered in any arbitration hereunder shall be final and conclusive and judgment thereon may be entered into any court having jurisdiction for enforcement thereof. **There shall be no appeal to any court from awards rendered hereunder.**" (texte mis en évidence par le Tribunal fédéral)

Considérée à la lumière des principes jurisprudentiels rappelés plus haut et, plus particulièrement, au regard des clauses de renonciation dont le Tribunal fédéral a admis la validité dans ses arrêts, susmentionnés, du 4 février 2005 (ATF 131 III 173), du 21 mars 2011 (cause 4A_486/2010), du 4 janvier 2012 (cause 4A_238/2011) et du 3 avril 2014 (cause 4A_577/2013), la clause citée constitue assurément une renonciation valable au recours, dès lors qu'elle fait indubitablement ressortir la commune volonté des parties de renoncer à tout droit de recourir contre toute décision du Tribunal arbitral devant quelque tribunal étatique que ce soit. Cette volonté-là, qui résulte clairement du texte même du passage reproduit en caractères gras ci-dessus, est encore renforcée et confirmée indirectement par la phrase qui précède ce passage, laquelle, non seulement insiste sur le caractère définitif des sentences à rendre par l'utilisation de deux adjectifs similaires ("final" et "conclusive"), mais encore prévoit que celles-ci pourront faire l'objet d'une procédure d'exequatur devant le tribunal étatique compétent.

Il va de soi que le lien établi par la dernière phrase de la convention d'arbitrage entre les termes "appeal" et "awards" permet d'emblée d'exclure que les parties n'aient entendu y proscrire que la voie étatique par rapport à la voie arbitrale pour le jugement de leurs futures préentions respectives, tant il est vrai que l'exclusion exprimée dans le passage litigieux ne peut concerner qu'une voie de recours ouverte contre les sentences à venir ("from awards rendered"), et non pas le type de juridiction à saisir en première instance. Quant au mot "appeal", il doit manifestement être compris, en l'espèce, dans son acception générique. D'abord, la question d'un éventuel appel interne ne se posait pas puisque l'art. 32 al. 2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version 1976), choisi par les parties, excluait cette possibilité ("[La sentence] n'est pas susceptible d'appel devant une instance arbitrale."). Ensuite, un appel proprement dit, à soumettre à une juridiction étatique jouissant d'une pleine cognition, n'était pas à l'ordre du jour dans la mesure où la faculté d'attaquer une sentence par une telle voie de droit est tout à fait exceptionnelle en matière d'arbitrage international. Semblable faculté est du reste étrangère aux différents droits entrant en ligne de compte *in casu*: le droit suisse, soit la *lex arbitri*, l'ignore (cf. art. 190 al. 2 LDIP a contrario); le droit croate, que les parties ont choisi comme *lex causae*, ne la connaît pas non plus (cf. art. 36 de la loi croate sur l'arbitrage du 19 octobre 2001, qui s'apparente à l'art. 34 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international du 21 juin 1985); le droit hongrois, en tant que loi du pays du siège de l'intimée, est sur la même longueur d'onde que le droit croate (art. 54/55 de la loi hongroise sur l'arbitrage du 8 novembre 1994). Sous l'angle de l'effet utile que l'interprétation objective vise à donner à toute clause contractuelle, on ne voit donc pas quel eût été l'intérêt, pour les parties, d'exclure spécifiquement, dans leur convention d'arbitrage, une voie de recours qui n'existant dans aucune des législations susceptibles d'entrer en considération. Aussi les cocontractantes, en signant, après les avoir négociés avec l'aide d'hommes de loi, les contrats incluant la clause arbitrale où figure la clause d'exclusion, n'ont-elles pu renoncer qu'au seul moyen de droit dont elles disposeraient pour attaquer une éventuelle sentence future, du fait qu'elles fixaient d'ores et déjà en Suisse (Genève) le siège du Tribunal arbitral à constituer, à savoir le recours en matière civile au sens de l'art. 77 al. 1 let. a LTF. A cet égard, il n'est pas interdit d'imaginer, à titre de simple hypothèse d'ailleurs, que la recourante, en sa qualité d'État souverain, ait préféré se soumettre d'avance à une sentence rendue par un tribunal arbitral dont elle pourrait désigner directement l'un des membres et indirectement le président (cf. art. 7 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, version

1976), plutôt que de courir le risque de voir un tribunal d'un autre État souverain (en l'occurrence, la Suisse) venir annuler, sur recours de son adverse partie, une sentence qui lui serait favorable.

Pour l'essentiel, les arguments avancés par la recourante ont déjà été réfutés, a contrario, par les considérations émises dans le cadre de la subsomption à laquelle il vient d'être procédé. Pour le reste, force est de constater que la formulation de la clause d'exclusion litigieuse est sans commune mesure avec les exemples de déclarations cités par l'intéressée (recours, n. 9) – "sans appel" (ATF 116 II 639 consid. 2c p. 640); les sentences "sont finales et s'imposent aux deux parties. Les demandes aux tribunaux d'État sont exclues." (arrêt 4P.265/1996 du 2 juillet 1997 consid. 1a); la sentence est "définitive et insusceptible d'appel" (arrêt 4P.206/2006, précité) –, comme l'intimée le démontre de manière convaincante sous n. 20 à 22 de sa réponse. Il serait effectivement hasardeux d'extrapoler à partir des deux mots "sans appel", que le Tribunal fédéral a mentionnés dans un considérant théorique de l'arrêt publié précité sans indiquer du reste la teneur de la convention d'arbitrage examinée par lui, ou sur le vu de l'expression "définitive et insusceptible d'appel", dont il n'a pas fait une analyse exhaustive. Quant à la deuxième expression sus-indiquée, elle n'inclut pas le terme "appeal" et ne saurait ainsi être retenue comme point de comparaison. On ne voit pas non plus quelle pourrait être l'incidence de l'absence du mot "right" (au singulier ou ou pluriel) en regard du terme "appeal" (cf. ATF 131 III 173 consid. 4.2.3.2 p. 181) dans la clause envisagée (cf. recours, n. 10 ss). Enfin, comme il ressort de manière claire et nette de cette clause que les parties ont entendu exclure tout recours contre d'éventuelles sentences futures, la discussion ouverte par la recourante au sujet de la pratique restrictive de la jurisprudence en la matière n'a pas lieu d'être, contrairement à ce qui eût été le cas si l'interprétation de la clause en question avait révélé le caractère ambigu de la clause d'exclusion.

2.3 Il résulte de cet examen que les parties ont valablement exclu tout recours contre les sentences du Tribunal arbitral, en conformité avec l'art. 192 al. 1 LDIP. Le présent recours s'en trouve frappé d'irrecevabilité, qui méconnaît cette volonté commune, manifestée par une déclaration expresse, de ne point soumettre de telles sentences à l'examen de la juridiction étatique compétente du pays du siège de l'arbitrage. Cette volonté concordante des parties, qui n'a pas été

restreinte à l'un ou l'autre des motifs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP, concerne donc l'ensemble de ceux-ci, y compris le grief tiré de la prétendue composition irrégulière du Tribunal arbitral (art. 190 al. 2 let. a LDIP). Par conséquent, il n'est pas possible d'entrer en matière.

3.

A titre subsidiaire, la recourante soutient que, nonobstant une éventuelle renonciation valable des parties à former un recours au sens de l'art. 190 al. 2 LDIP contre la sentence finale rendue par le Tribunal arbitral, elle serait en droit d'invoquer, par la voie de la révision prévue à l'art. 123 al. 2 let. a LTF (ATF 134 III 286 consid. 2.1 et les arrêts cités), un motif de récusation à l'encontre du Professeur Barbić. A son avis, hormis le fait qu'une partie de la doctrine plaide en faveur de l'inapplicabilité de l'art. 192 LDIP à la révision, les termes utilisés dans la clause de renonciation litigieuse s'opposeraient à ce que l'on étendit celle-ci au recours extraordinaire de la révision exercé subsidiairement par elle.

3.1 Dans un récent arrêt, la Ire Cour de droit civil, après avoir procédé à un examen approfondi de la question, a évoqué la nécessité d'admettre que la découverte, postérieurement à l'expiration du délai de recours contre une sentence arbitrale internationale, d'un motif qui eût commandé la récusation de l'arbitre unique ou de l'un des membres du tribunal arbitral peut donner lieu au dépôt, devant le Tribunal fédéral, d'une demande de révision de ladite sentence, à la condition que la partie requérante n'ait pas pu découvrir le motif de récusation durant la procédure arbitrale en faisant preuve de l'attention commandée par les circonstances. Elle a cependant laissé la question ouverte, non seulement parce que la demande de révision soumise à son examen devait de toute façon être rejetée, mais aussi pour tenir compte de ce qu'un toilettage, sinon une refonte, du chapitre 12 de la LDIP était en cours d'exécution (ATF 142 III 521 consid. 2.3.5).

Point n'est besoin non plus de trancher ici cette question. En effet, pour la raison indiquée ci-après, même si l'on y répondait par l'affirmative, il ne serait de toute façon pas possible d'entrer en matière sur la demande de révision déposée par la recourante.

3.2 La sentence finale attaquée a été notifiée à la recourante le 23 décembre 2016, soit pendant les férias judiciaires de fin d'année qui vont du 18 décembre au 2 janvier inclus (art. 46 al. 1 let. c LTF). En pareille hypothèse, le délai de recours, qui est de 30 jours selon l'art. 100 al. 1 LTF, commence à courir le premier jour suivant les

férias, soit le 3 janvier (arrêt 5A_109/2016 du 5 février 2016 et les références). En l'espèce, le *dies a quo* étant le 3 janvier 2017, le délai de recours a expiré le 1^{er} février 2017. Or, la recourante déclare avoir appris à la mi-janvier 2017 l'existence du motif de récusation concernant le Professeur Barbić et rendant irrégulière, à son avis, la composition du Tribunal arbitral. En d'autres termes, elle a découvert, avant la fin du délai de recours, le présumé cas de récusation entrant à la fois dans les prévisions de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP, comme motif de recours, et de l'art. 121 let. a LTF ou de l'art. 123 al. 2 let. a LTF, comme motif – éventuel (cf. consid. 3.1 ci-dessus) – de révision.

Selon la jurisprudence, comme la révision revêt en principe un caractère subsidiaire par rapport au recours en matière civile, il paraît difficile d'admettre qu'une partie ayant expressément renoncé à recourir, et donc à se prévaloir du motif prévu à l'art. 190 al. 2 let. a LDIP, puisse néanmoins saisir le Tribunal fédéral par la bande en invoquant le même motif, découvert avant l'expiration du délai de recours, dans le cadre d'une demande de révision, faute de quoi l'art. 192 LDIP deviendrait lettre morte (arrêt 4A_234/2008, précité, consid. 2.1, avant-dernier § i.f.). Telle est exactement la situation qui caractérise la cause en litige. La recourante objecte que le principe posé dans l'arrêt en question l'a été à titre d'*obiter dictum*. Sans doute est-ce le cas, mais cela n'enlève rien à sa pertinence. Qu'un plaideur, ayant renoncé d'emblée, conjointement avec son adverse partie, à former un éventuel recours afin d'y dénoncer la composition irrégulière du futur tribunal arbitral à raison de tout motif susceptible de la rendre telle, y compris un cas de récusation, puisse contourner cet obstacle en déposant une demande de révision heurte au plus haut point les règles de la bonne foi. La Ire Cour de droit civil a d'ailleurs rappelé ledit principe, de manière plus affirmative, à deux reprises au moins (arrêts 4A_570/2011 du 23 juillet 2012 consid. 4.1, dernier §; 4A_247/2014 du 23 septembre 2014 consid. 2.3, dernier §) et plusieurs auteurs lui ont emboîté le pas (PASCAL RUCH, Zum Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2013, p. 54, dernier §; ANDREAS BUCHER, in Commentaire romand, Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, 2011, n° 5 ad art. 192 LDIP; MARCO STACHER, Einführung in die internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, 2015, n. 414 et note de pied 969; KAUFMANN-KOHLER/RIGOLZI, International Arbitration – Law and Practice in Switzerland, 2015, p. 511, note de pied 562; les mêmes, Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2^e éd. 2010, p. 545 s., note de pied 681; MATTHIAS LEEMANN, Challenging international arbitration awards in Switzerland on the ground of lack of

independence and impartiality of an arbitrator, in Bulletin ASA 2011 p. 10 ss, 26 i.f., 29/30 et note de pied 76; NORA KRAUSZ, Waiver of Appeal to the Swiss Federal Tribunal: Recent Evolution of the Case Law and Compatibility with ECHR, Article 6, in Journal of International Arbitration, 2011, p. 137 ss, 152). Il se justifie, par conséquent, d'entériner ce principe et d'en faire application en l'espèce.

Dès lors, la Cour de céans n'entrera pas non plus en matière sur la demande de révision.

4.

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

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours et la demande de révision sont irrecevables.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 200'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

La recourante versera à l'intimée une indemnité de 250'000 fr. à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et au président du Tribunal arbitral avec une copie supplémentaire destinée à être transmise par lui à l'arbitre Jakša Barbić.

Lausanne, le 17 octobre 2017

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

La Présidente:



Kiss

Le Greffier:



Carruzzo

