

JUDGEMENT OF THE SWISS SUPREME COURT RENDERED IN 2003 IN CASE 4P.137/2002

SUBJECT MATTERS:

- (1) Swiss courts' powers to review foreign law.
- (2) French law on representation of companies.
- (3) Security for costs before Swiss courts.

FINDINGS:

- (1) The Swiss courts should apply foreign law in accordance with judgements rendered by the highest foreign courts.
- (2) A French *Sàrl* is not bound by a contract signed by a non-officer having apparent authority (*mandat apparent*).
- (3) Swiss courts may order a claimant challenging an arbitral award to put up security for costs where the claimant comes from a country with which Switzerland has not concluded a convention. This is the case with tax haven countries, in the present matter Turks and Caicos.

PARTIES:

Claimant: KK Ltd (Turks and Caicos Islands)
Respondent: FF (Paris, France)

PLACE OF COURT PROCEEDINGS:

Switzerland

APPLICABLE LAWS:

Swiss Federal Statute on Private International Law of 1987
French company law, article L 223-18 C.com.

SUMMARY

The dispute arose out of a consultancy agreement and the issue was whether the Arbitral Tribunal had jurisdiction.

The consultancy agreement was entered into between KK, an offshore affiliate from a Kuwait company, and FF, a French *Sàrl* (*Société à responsabilité limitée*). FF was bidding to sell armaments in Kuwait and KK was to assist FF towards getting the contract, against a substantial commission in the

event the sale would proceed¹. The consultancy agreement was governed by Swiss law and contained a standard arbitration clause, providing for ICC arbitration in Geneva.

Following a claim by KK for its commission (about EUR 6 million), an Arbitral Tribunal was constituted of three well-known Swiss professors: Professor Jacques-Michel Grossen was the chairman whereas Professor François Knopfler and Professor Pierre Lalive were co-arbitrators.

FF objected that it was not bound by the consultancy agreement, as such agreement had been signed only by an indirect shareholder of FF who had no powers at all and had not been signed by the *gérant* (the administrator of a French *Sàrl*), who was the sole person entitled to act for FF.

By an award dated April 23, 2002, the Arbitral Tribunal accepted FF's objection, considered that the arbitration clause was not binding on FF, and decided that it had no jurisdiction.

The Arbitral Tribunal found that it was undisputed that the signatory for FF had no general or specific powers from FF to sign the arbitration clause and examined whether there were other grounds for holding FF bound by such arbitration clause. It was admitted that this issue was governed by French law. The Arbitral Tribunal examined several possibilities, which it all ruled out:

- whether the conclusion of an arbitration clause was a standard administrative action (*acte de gestion courante*) could be left open, as the consultancy agreement itself was no such standard administrative action²;
- the signatory had not been tacitly empowered (*mandat tacite*) by the *gérant* to sign the agreement;
- the signatory was not a *de facto* officer (*dirigeant de fait*) of FF;
- a *Sàrl* could not, under French law, be bound by the apparent authority of a non officer (*mandat apparent*);
- the *gérant* of FF had not ratified the consultancy agreement.

¹ Whether the consultancy agreement was meant for payment of bribes is a possibility that everybody would obviously think of, but which is not explicitly addressed, neither by the Arbitral Tribunal, nor by the Swiss Supreme Court, although it might have been relevant in the decision-making process.

² The explanation is not fully clear: if the arbitration clause was standard, FF would be bound by it, the Arbitral Tribunal would have jurisdiction and could have found that FF was not bound by the consultancy agreement. See comment 3 below.

KK brought an action for annulment of the award before the Swiss Federal Supreme Court. By decision of July 4, 2003³, the Swiss Supreme Court rejected that action.

The sole issue before the Swiss Supreme Court was whether FF could be bound by the consultancy agreement on the basis of the apparent authority of the signatory⁴ (*mandat apparent*), which issue was governed by French law.

EXTRACTS FROM THE JUDGEMENT OF THE SWISS SUPREME COURT (German original)

...

“D.

“Mit staatsrechtlicher Beschwerde gemäss Art. 190 ff. IPRG [Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Swiss Federal Statute on Private International Law] beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht, den Schiedsentscheid vom 23. April 2002 aufzuheben, die Zuständigkeit des Schiedsgerichts festzustellen und die Streitsache zur materiellen Beurteilung an dieses zurückzuweisen.

“Die Beschwerdegegnerin beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen. Das Schiedsgericht verweist auf seinen Entscheid und hat zusätzliche Bemerkungen zur Beschwerde angebracht.

“Ein Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Präsidialverfügung vom 3. Juni 2002 abgewiesen. Abgewiesen wurde ebenfalls ein Gesuch der Beschwerdegegnerin um Übersetzung der in deutscher Sprache eingereichten Beschwerdeschrift in die französische (Präsidialverfügung vom 15. Juli 2002). Gutgeheissen wurde dagegen ein Gesuch der Beschwerdegegnerin um Sicherstellung ihrer allfälligen Parteientschädigung, und die Beschwerdeführerin wurde verpflichtet, dafür einen Betrag von Fr. 35'000.— zu leisten (Präsidialverfügung vom 25. Oktober 2002), welcher dem Bundesgericht fristgemäss überwiesen wurde.

³ Case 4P.137/2002, published in part in ASA Bulletin 2003 p. 842, full text available on the internet site of the Swiss Supreme Court: www.bger.ch.

⁴ The issue was whether such conclusion could be reached from a legal point of view. Even if legally possible, it is not clear that the facts of the case would have justified apparent authority (see paragraph 7.2.4 of the Supreme Court decision).

“Auf Gesuch der Beschwerdeführerin gestattete der Instruktionsrichter einen zweiten Schriftenwechsel. In Replik und Duplik hielten die Parteien an ihren Anträgen und Prozessstandpunkten fest.”

...

“3.

“Das Verfahren ist beschränkt auf die in Art. 190 Abs. 2 IPRG abschliessend aufgezählten Rügen.

“3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Schiedsgericht habe sich zu Unrecht für unzuständig erklärt. Die Rüge ist zulässig (Art. 190 Abs. 2 lit. b IPRG). Das Bundesgericht prüft sie in rechtlicher Hinsicht frei, auch bezüglich allfällig entscheidrelevanter materiellrechtlicher Vorfragen. In tatsächlicher Hinsicht stellt es demgegenüber auf die Feststellungen des Schiedsgerichts ab, es sei denn, diese würden erfolgreich mit einer Rüge gemäss Art. 190 Abs. 2 lit. d oder e IPRG angefochten, es seien ausnahmsweise neue Vorbringen zuzulassen oder das Gericht ordne im Beschwerdeverfahren zusätzliche Abklärungen zum Sachverhalt an (Art. 95 OG; zum Gesamten BGE 128 III 50 E. 2a).

“3.2 Die Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts umfasst auch diejenige nach der subjektiven Tragweite der Schiedsvereinbarung. Ob alle Prozessparteien daran gebunden sind, ist eine Frage deren Parteifähigkeit im Schiedsgerichtsverfahren und damit eine Sachurteils- oder Eintretensvoraussetzung. Verneint das Schiedsgericht die Bindung einer Prozesspartei an die Schiedsvereinbarung, tritt es auf die Klage nicht ein, fällt damit ein Prozess- und kein Sachurteil. So verhält es sich auch im vorliegenden Fall. Zwar hat das Schiedsgericht eine Bindung der Beschwerdegegnerin sowohl an das Consultancy Agreement wie an die darin integrierte Schiedsklausel verneint, doch erschöpft sich die Bindungswirkung seines Entscheids in der Verneinung der subjektiven Tragweite der Schiedsvereinbarung, weil das deswegen unzuständige Schiedsgericht keine Kompetenz hatte, ebenfalls die Sachlegitimation an Ansprüchen aus dem Consultancy Agreement zu beurteilen (BGE 128 III 50 E. 2b).”

...

“6.

“Nach Auffassung des Schiedsgerichts fehlte X._____ die Vertretungsmacht, um die Beschwerdegegnerin auf die streitige Schiedsvereinbarung zu verpflichten. Unstreitig ist dabei, dass die Textform gemäss Art. 178 IPRG gewahrt wurde. Unstreitig ist auch, dass die

Vertretungsfrage sich nach französischem Recht beurteilt, und dass X._____ weder Verwalter (gérant) der SARL noch deren Spezialbevollmächtigter war. Streitig ist allein, ob er aus einem anderen Titel befugt war, die Schiedsvereinbarung für die Beschwerdegegnerin verbindlich abzuschliessen.

“Dazu erwog das Schiedsgericht im Wesentlichen,

- dass die Frage letztlich offen bleiben könne, ob der Abschluss einer Schiedsvereinbarung für die SARL eine übliche Verwaltungshandlung (acte de gestion courante) darstelle, weil jedenfalls das hier streitige Consultancy Agreement als solches für die Beschwerdegegnerin kein blosses ‘Tagesgeschäft’ war, mithin die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten daraus abzuleiten vermöchte,
- dass allenfalls die Schiedsvereinbarung, nicht aber das Grundgeschäft rechtsgültig abgeschlossen wurde
- dass X._____ nicht durch konkludente Vollmacht des Verwalters (gérant) der Beschwerdegegnerin zum Vertragsabschluss bevollmächtigt worden war (mandat tacite);
- dass X._____ die Beschwerdegegnerin nicht als faktisches Organ (dirigeant de fait) verpflichten konnte;
- dass im Recht der SARL eine Vertretung der Gesellschaft durch blosser Anscheinsvollmacht (mandat apparent) nicht möglich sei;
- dass der Verwalter (gérant) der SARL das Consultancy Agreement - und damit die Schiedsklausel - nicht genehmigt habe.

“Die Beschwerdeführerin begründet die Zuständigkeit des Schiedsgerichts ausschliesslich mit der Rechtsverbindlichkeit der von ihr für X._____ beanspruchten Anscheinsvollmacht der Beschwerdegegnerin (mandat apparent).

“7.

“7.1 Entsprechend der zur Zeit seiner Entstehung herrschenden Rechtsauffassung hält der französische Code civil Auftrag und Vollmacht nicht auseinander, sondern setzt sie einander in Art. 1984 Abs. 1 gleich und erhebt die Vertretungsmacht zu einem Wesensmerkmal des Auftrags: ‘Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom’ (dazu Jacques Ghestin/Jérôme Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, Paris 1996, S. 953 ff. Ziff. 31109 ff.; René de Quenaudon, *Juris - Classeur Civil, Mandat*, fascicule 10, Ziff. I/1). Der Auftrag kann ausdrücklich oder konkludent (mandat tacite) erteilt werden,

wobei in beiden Fällen Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber den Willen zur Mandatierung hatte und ihn dem Beauftragten gegenüber ausdrücklich oder vertrauensrechtlich erklärte. Darüber hinaus kennt auch das französische Recht die so genannte Anscheinsvollmacht (*mandat apparent*), d.h. die Bindung aus begründet aufscheinender Vertretungsmacht. Danach kann jemand auch dann als Auftraggeber verpflichtet werden, wenn ein Anderer ohne seinen Willen in seinem Namen Verpflichtungen eingeht, d.h. ohne dazu bevollmächtigt zu sein, sofern der Dritte in guten Treuen auf den Bestand einer Vollmacht vertrauen durfte. Insoweit löst sich auch nach französischem Recht die Vertretungsmacht vom Auftrag: Das *mandat apparent* berechtigt und verpflichtet zwar den 'Auftraggeber' gegenüber dem Dritten, begründet aber kein Auftragsverhältnis zwischen ihm und dem 'Beauftragten', sondern gibt ihm einen quasivertraglichen Schadenersatzanspruch für die ungewollten Verbindlichkeiten, denen er sich ausgesetzt sieht (Planiol/ Ripert/Savatier, *Traité pratique de droit civil français*, tome XI, *Contrats civils*, deuxième partie, 2e éd., Paris 1954, S. 951 Ziff. 1500). Die Theorie des *mandat apparent* hat ihren Ursprung in der Bindung des Auftraggebers aus Überschreitungen der Vertretungsmacht des Beauftragten gegenüber gutgläubigen Dritten. Entsprechend hatte dieser von jeher für Verbindlichkeiten einzustehen, welche der Beauftragte für den Dritten nicht erkennbar in sachlicher oder zeitlicher Überschreitung der Vollmacht zu seinen Lasten eingegangen war (Planiol/Ripert/Savatier, a.a.O., S. 949 ff. Ziff. 1500 f.). Einen ihrer Hauptanwendungsbereiche fand sie im Gesellschaftsrecht, in der Bindung der Gesellschaften auch an Rechtshandlungen ihrer organschaftlichen Vertreter, die in Überschreitung ihrer Kompetenzen erfolgten (Ghestin/Huet, a.a.O., S. 1033 Ziff. 31218). Sie wurde für die Handelsgesellschaften im Jahre 1966 im Wesentlichen kodifiziert (Loi no 66-537 du 24 juillet 1966) und findet sich für die SARL nunmehr in Art. L. 223-18 Abs. 5 C.com.:

'Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.'

“Bereits im Jahre 1962 hatte die Rechtsprechung die Theorie des *mandat apparent* über den Missbrauch oder die Überschreitung der Vollmacht hinaus verallgemeinert: 'Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un *mandat apparent*, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir.' (Cour de cassation, Ass.

Plén., 13. 12. 1962, in: Recueil Dalloz Sirey 1963, S. 277; Ghestin/Huet, a.a.O., S. 1032 Ziff. 31218; de Quenaudon, a.a.O., fascicule 50, Ziff. 64). Damit wurde der Gedanke des Vertrauensschutzes auch rechtsbegründend in den Vordergrund gestellt. Entscheidend ist das berechnete Vertrauen (croyance légitime) des Dritten in die Vertretungsmacht des Beauftragten, wobei nach der jüngeren Rechtsprechung nicht erforderlich ist, dass der in Anspruch genommene Auftraggeber selbst dieses Vertrauen erweckte, d.h. für den Anschein der Vollmacht verantwortlich ist; seine Mitverantwortung für die irrtümliche Auffassung des Dritten ist nicht Voraussetzung der Vertrauenshaftung, höchstens ein im Rahmen der Gesamtumstände zu wertender Umstand (de Quenaudon, a.a.O., fascicule 50, Ziff. 77; vgl. zum insoweit strengeren schweizerischen Recht BGE 120 II 197 E. 2b/bb).

“Von diesem Begriff der Anscheinsvollmacht geht zutreffend auch das Schiedsgericht aus.

“7.2 Das Schiedsgericht hält indessen dafür, das Recht der SARL schliesse eine Bindung der Gesellschaft aus blosser Anscheinsvollmacht aus; die Gesellschaft könne allein durch den gérant, allenfalls durch einen von diesem bestellten Spezialbevollmächtigten verpflichtet werden. Die Beschwerdeführerin widerspricht dieser Auffassung unter Berufung auf ein von ihr eingeholtes Rechtsgutachten.

“7.2.1 Unstreitig beurteilt sich die Vertretungsmacht von X. _____ für die Beschwerdegegnerin nach französischem Recht. Auch dessen Anwendung überprüft das Bundesgericht im Rahmen einer Zuständigkeitsbeschwerde frei und mit voller Kognition. Nun entspricht aber dem Wesen des Rechts, dass darin kontroverse Meinungen vertreten werden und in Rechtsprechung und Lehre zu einer Vielzahl von Fragen unterschiedliche Meinungen bestehen. Dabei kann jedoch nicht Aufgabe eines schweizerischen Gerichts sein, materielles Fremdrecht in jeder Hinsicht autonom und nach selbst bestimmten Auslegungsgrundsätzen anzuwenden. Es hat sich vielmehr auf den Meinungsstand im Drittstaat zu den streitigen Rechtsfragen auszurichten. Das Bundesgericht folgt dem entsprechend einer klar herrschenden Auffassung und bei Kontroversen zwischen Rechtsprechung und Lehre der höchstrichterlichen Judikatur, um den Geboten der Rechtssicherheit und der Kohärenz der Rechtsprechung Rechnung zu tragen. So ist auch im vorliegenden Fall vorzugehen.

“7.2.2 Art. L. 223-18 C.com bestimmt zur Vertretung der SARL:

“La société à responsabilité limitée est gérée par une ou plusieurs personnes physiques.

Les gérants peuvent être choisis en dehors des associés. Ils sont nommés par les associés, dans les statuts ou par un acte postérieur, dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 223-29.

En l'absence de dispositions statutaires, ils sont nommés pour la durée de la société.

Dans les rapports entre associés, les pouvoirs des gérants sont déterminés par les statuts, et dans le silence de ceux-ci, par l'article L.221-4. Dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société, sous réserve des pouvoirs que la loi attribue expressément aux associés. La société est engagée même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers.

En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus au présent article. L'opposition formée par un gérant aux actes d'un autre gérant est sans effet à l'égard des tiers, à moins qu'il ne soit établi qu'ils en ont eu connaissance.'

“Die Bestimmung wurde - wie ausgeführt - durch Gesetz vom 24. Juli 1966 in den Code eingeführt, ihre Absätze 4 - 7 durch gesetzesergänzende Verordnung vom 20. Dezember 1969. Diese Ergänzung war europarechtlich geboten und zwar durch die ‘Erste Richtlinie des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschaften sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten’ (RL 68/151 EWG). Diese Richtlinie schreibt u.a. vor, dass bei ordnungsgemäss offen gelegten Vertretungsbefugnissen der Organe die Gesellschaft sich auf Mängel bei deren Ernennung nur berufen kann, wenn die betroffenen Dritten die Mängel kannten (Art. 8), und dass die Überschreitung von Vertretungsbefugnissen durch Gesellschaftsorgane oder die Missachtung deren statutarischen oder beschlossenen Vollmachtsbeschränkungen Dritten nicht entgegengehalten werden können (Art. 9).

“Der gérant ist Organ der SARL und verfügt allein oder zusammen mit anderen gérants (Art. L. 223-18 Abs. 1 und 7 C.com.) über die ausschliessliche organschaftliche Vertretungsmacht der Gesellschaft. Er ist im Handelsregister einzutragen (Art. 14-A-10 du décret no 84-406 vom 30. Mai 1984 in der Fassung des décret no 95-374 vom 2. Juli 1995). Nicht zu gérants ernannte Personen sodann sind von einer Eintragung im

Handelsregister als dirigeants der SARL ausgeschlossen (Cour d'appel de Paris vom 26. März 2002 in: Droit des sociétés N° 3 - mars 2003, Kommentar Nr. 54, SARL Représentant légal, mit note Joël Monnet). Die Funktion der Geschäftsleitung ist dabei untrennbar mit der Person des gérant verknüpft und kann demzufolge nicht umfassend auf Dritte übertragen werden. Dagegen lässt die Rechtsprechung zu, dass der gérant einzelne seiner Befugnisse oder die Vertretung der Gesellschaft im Einzelfall durch Spezialvollmacht delegieren kann (Michel Storck, Sociétés à responsabilité limitée, Juris-Classeur Traité des Sociétés, TS-4, fascicule 74-10, Ziff. 102 ff. und Ergänzungsblatt 5 2003, Ziff. 102; Hamel/Lagarde/Jauffret, Droit commercial I/2, 2e éd., Paris 1980, S. 613 Ziff. 803).

“7.2.3 Art. L. 210-9 Abs. 1 C.com. (Art. 8 des Gesetzes vom 24. Juli 1966) bestimmt:

‘Ni la société ni les tiers ne peuvent, pour se soustraire à leurs engagements, se prévaloir d'une irrégularité dans la nomination des personnes chargées de gérer, d'administrer ou de diriger la société, lorsque cette nomination a été régulièrement publiée.’

“Die Cour de cassation, chambre commerciale et financière, hat wegen Verletzung dieser Bestimmung mit Entscheid vom 4. Mai 1993 ein Urteil der Cour d'appel d'Aix en Provence aufgehoben, welche einen von einem früheren und im Handelsregister gelöschten gérant einer SARL abgeschlossenen Mietvertrag als rechtsbeständig erachtet hatte. Sie hielt dafür, nach publizierter Beendigung seiner Funktion könne der gérant die Gesellschaft ohne Spezialvollmacht nicht mehr verpflichten, und die kontrahierenden Dritten vermöchten sich der Publizitätswirkung des Handelsregisters wegen nicht auf einen rechtsbegründenden guten Glauben zu berufen (Recueil Dalloz Sirey 1993, I.R. [Informations rapides], S. 148).

“Am 26. November 1996 kassierte dieselbe Kammer der Cour de cassation wegen Verletzung von Art. L. 223-18 C.com. (Art. 49 des Gesetzes vom 24. Juli 1966) ein Urteil der Cour d'appel de Limoges, welches eine SARL auf einen Vertrag verpflichtet hatte, der von einer nicht als gérant im Handelsregister eingetragenen Person abgeschlossen worden war (Recueil Dalloz Sirey 1997, somm. [sommaries commentés], S. 227 mit note Jean- Claude Hallouin):

‘Cassation pour violation de l'art. 49 de la loi no 66-537 du 24 juill. 1966 de l'arrêt qui, pour décider qu'une convention est opposable à une société, retient qu'elle revêt le caractère d'une opération commerciale courante et que l'engagement souscrit est d'une 'modicité relative', pour en déduire que le cocontractant n'avait pas à vérifier la qualité du cosignataire de l'acte ni la validité de ses pouvoirs, alors que l'acte revêtu d'une signature

différente de celle de son gérant est inopposable à la société, sauf délégation de pouvoir au profit du signataire.’

“Das Schiedsgericht schliesst aus diesen beiden höchstrichterlichen Entscheiden, zu denen eine spätere Praxisänderung weder nachgewiesen noch auszumachen ist, dass im hier interessierenden Recht der SARL das Institut des mandat apparent keinen Anwendungsbereich hat. Diese Auffassung wird auch in der Doktrin geteilt. So hält insbesondere Jean-Claude Hallouin in seiner note zum letztgenannten Entscheid fest, dass, ‘la théorie du mandat apparent n’a pas de place en matière de sociétés pour les actes accomplis au nom de la société’, und dass ‘lorsqu’une personne fait un acte sans pouvoir au nom d’une société la théorie de l’apparence ne peut pas être invoquée pour permettre au tiers de faire reconnaître que la société est engagée.’

“Eine Rechtsverletzung ist in dieser Auffassung nicht auszumachen, auch wenn sich ebenfalls die gegenteilige Meinung vertreten lässt. Sie gründet auf der für den Entscheid des Bundesgerichts primär zu beachtenden höchstrichterlichen Rechtsprechung in Frankreich und bleibt trotz allenfalls kontroverser Äusserungen in der Doktrin beachtlich. Sie ist aber auch sachlich begründet, zumal mit der RL 68/151 EWG gemäss deren Titel die darin enthaltenen Schutzbestimmungen ausdrücklich nicht nur im Interesse Dritter, sondern auch der Gesellschaften normiert wurden.

“Die Eintragungen im Handelsregister dienen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Der Dritte soll sich darauf verlassen dürfen, ist umgekehrt aber auch gehalten, sich im Register nach den massgebenden Rechtsverhältnissen zu erkundigen und darf nicht unbesehen aus registerfremden Umständen einen guten Glauben für den Bestand nicht eingetragener Verhältnisse beanspruchen. Dies folgt unmittelbar aus den Publizitätswirkungen des Registers, die negativ darin bestehen, dass der Dritte um ein nicht eingetragenes rechtliches Verhältnis nicht zu wissen braucht und ihm ein solches Verhältnis nur entgegengehalten werden kann, wenn er tatsächliche Kenntnis davon hatte, und positiv darin, dass der Dritte die eingetragenen Verhältnisse fingiert zu kennen und sich entgegenhalten zu lassen hat (Hans-Ueli Vogt, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Diss. Zürich 2003, S. 285 ff. und 355 ff.). In diesem Sinne begründet und verhindert das Register Vertrauen zugleich. Vertrauensbegründend ist der Registereintrag nach französischem Recht etwa darin, dass der Dritte auf eine umfassende, selbst den Gesellschaftszweck übersteigende Vertretungsmacht des eingetragenen gérant schliessen darf und sich statutarische Vollmachtsbeschränkungen nicht entgegenhalten lassen muss (Art. L. 223-18 Abs. 5 und 6 C.com). Das Korrelat zu diesem weitgehenden Schutz aber kann ohne weiteres darin erblickt werden, dass im umgekehrten Fall eine nicht eingetragene Vertretungsmacht nicht durch

blossen Anschein begründet werden kann, der Dritte mithin im Vertrauen auf registerfremde Umstände grundsätzlich nicht zu schützen ist, wenn er daraus Rechtsfolgen ableiten will, die sich nach der gesetzlichen Ordnung nur aus konstitutiven Registereinträgen ableiten lassen.

“Ihren Ursprung hat die von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Theorie des mandat apparent - wie ausgeführt - in sachlichen oder zeitlichen Überschreitungen einer effektiv vorhandenen Vollmacht (Planiol/Ripert/Savatier, a.a.O., S. 949 ff. Ziff. 1500 f.), erlangte dabei namentlich auch im gesellschaftsrechtlichen Kontext Bedeutung (Jean-Claude Hallouin, a.a.O.) und wurde schliesslich verallgemeinernd auf eine mögliche Rechtsverbindlichkeit vollmachtloser Vertretungsgeschäfte ausgedehnt (Ghestin/Huet, a.a.O., S. 1032 ff. Ziff. 31218 ff.). Im Bereiche der gesellschaftsrechtlichen Vollmächtsüberschreitungen hat die Theorie mit Erlass der Bestimmungen von Art. L. 223-18 C.com. für die SARL ihre Durchgangsfunktion erfüllt und gesetzlichen Niederschlag gefunden. Damit aber wurden, wie sich aus den zitierten Entscheidungen der Cour de cassation ergibt, ebenfalls ihre Grenzen abgesteckt und insbesondere die Rechtsverbindlichkeit einer allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Anscheinsvollmacht negiert. Dafür lassen sich gute Gründe anführen. Die allgemeine Anscheinsvollmacht als Erscheinungsform des mandat apparent rechtfertigt sich aus den häufigen Unklarheiten tatsächlicher Vollmachtverhältnisse und dem begründeten Vertrauen Dritter in erweckten Anschein (croyance légitime; Ghestin/Huet, a.a.O., S. 1033 f. Ziff. 31219).

“Diese croyance légitime aber ist als rechtsbegründender Umstand dort entbehrlich, wo die Vertretungsverhältnisse offen gelegt und jedermann zugänglich gemacht werden, wie dies für das Handelsregister zutrifft. Das Vertrauen des Dritten bricht sich hier an dessen Sorgfaltspflicht, das Register zu konsultieren, und an der Fiktion der Kenntnis der eingetragenen Rechtsverhältnisse. Der Dritte darf sich in gutem Glauben auf die Registereinträge verlassen, nicht aber auch auf fehlende Einträge. Das Vertrauen wird in diesem Zusammenhang begründet durch den Rechtsschein der Eintragung, nicht auch durch den Anschein, das Register könnte unvollständig sein.

“7.2.4 X. _____, welcher für die Beschwerdegegnerin das Consultancy Agreement und die darin integrierte Schiedsklausel abgeschlossen hatte, war weder gérant noch Spezialbevollmächtigter der SARL. Damit konnte er nach dem Gesagten die Gesellschaft nicht gültig verpflichten, selbst wenn er den Anschein einer Bevollmächtigung erweckte. Die Beschwerdegegnerin ist daher an Agreement und Schiedsklausel nicht gebunden, womit das Schiedsgericht seine Zuständigkeit zu Recht verneint hat. Damit kann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin überhaupt

hinreichenden Anlass (croyance légitime) hatte, auf die Vertretungsmacht von X. _____ zu vertrauen.”

...

OBSERVATIONS BY LAURENT HIRSCH

1. SWISS COURTS' POWERS TO REVIEW FOREIGN LAW

1.1. Standard of review by the Swiss Supreme Court

The grounds for annulment of an award are strictly limited under Swiss law.¹ With regard to the merits, the award may only be annulled “if the award is incompatible with public policy”². Therefore, the Swiss Supreme Court would not review the legal discussion of an arbitral tribunal, even if the arbitral tribunal would apply Swiss law contrary to the case law of the Swiss Supreme Court. The Swiss Supreme Court would intervene only in very extreme cases.³

There is, however, no such limitation in connection with jurisdiction issues and the award may be annulled “if the Arbitral Tribunal wrongly accepted or declined jurisdiction”⁴. The Swiss Supreme Court is therefore

¹ Article 190, 2 PIL (Swiss Federal Statute on Private International Law, RS 291) sets out 5 possible grounds for annulment of an award. For a recent review of the case law, see Bernard Corboz, *Le recours au Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international*, SJ 2002 II page 1 et seq.

² Art. 190, 2 lit. e PIL.

³ Some commentators actually raise concern that the Swiss Supreme Court would be too reluctant to review whether an award and its reasoning are compatible with public policy (see e.g. Poudret / Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich 2002, N 827, p. 816: “*C'est dire que le contrôle du fond est à ce point restreint qu'il apparaît en réalité largement illusoire.*”) The federal judge Bernard Corboz, President of the Division of the Swiss Supreme Court competent for international arbitration cases concluded his recent review of the case law as follows: “... *Le recours au Tribunal fédéral est largement ouvert... lorsqu'il s'agit d'examiner si les parties sont liées par une convention d'arbitrage valable ou lorsqu'il s'agit de s'assurer que la procédure a respecté les standards minimaux d'un procès équitable. En revanche, lorsque ces conditions sont remplies, le Tribunal fédéral ne doit en principe pas pouvoir remettre en cause la sentence qui a mis fin au litige. Lorsque le recourant veut critiquer le raisonnement du tribunal arbitral, que ce soit pour établir les faits ou trancher les questions juridiques, les concepts à sa disposition (dénier de justice formel, incompatibilité avec l'ordre public) sont à un tel point restrictifs que le plaideur doit être conscient que ses chances de succès sont extrêmement minces.*” (*Le recours au Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international*, SJ 2002 II p. 30).

⁴ Art. 190, 2 lit. b PIL: national laws generally provide for a large scope of review of arbitral decisions accepting jurisdiction, but not necessarily of arbitral decisions declining

free to review all legal issues in connection with jurisdiction, whether under Swiss law or under any other law.⁵ The Swiss Supreme Court would, however, not review factual issues.⁶

1.2. Standard of review of French law in that case

Although the Swiss Supreme Court could therefore review the issue freely and make its own opinion on the scope of the French legal theory of *mandat apparent*, the Swiss Supreme Court appeared reluctant to enter into a discussion of potentially controversial issues of French law. It therefore did not discuss (at least not expressly) the arguments contained in the legal opinion which was submitted by the claimant. It was content to state that the case law of the French *Cour de Cassation* was clear⁷ and that it was therefore appropriate to follow this case law, holding that third parties could not rely on the apparent authority of a non officer towards a *Sàrl*.

The Swiss Supreme Court expressed concern about security and coherence.⁸ It is important that the parties should be able to predict the outcome of a legal issue with reference to the case law from the highest courts of the concerned country, without having to guess what a court in another country might say about that issue. Comity is also a rationale (although not expressly mentioned in the Swiss Supreme Court decision): it could be embarrassing if the supreme court of country A would contradict the supreme court of country B with regard to the law of country B. The Swiss Supreme Court views its basic task as overseeing the application of Swiss law. This means, on the one hand, that it does not fall within its task to review the application of foreign law, and, on the other hand, that it should not be up to foreign courts to oversee the application of Swiss law.

jurisdiction (Poudret / Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich 2002, N 481): Swiss law treats both cases the same way.

⁵ Paragraphs 3.1 and 7.2.1 of the Supreme Court decision.

⁶ Paragraph 3.1 of the Supreme Court decision; Bernard Corboz, *Le recours au Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international*, SJ 2002 II p. 18.

⁷ The decisions of the French *Cour de cassation* may not be fully clear by themselves for a foreign lawyer or a foreign court, but they appear clear in the light of comments written by French authors. In particular, the Swiss Supreme Court cited comments by Jean-Claude Hallouin to confirm the scope of the 1996 *Cour de cassation* judgement (paragraph 7.2.3 of the Supreme Court decision). The French professor author of the legal opinion considered, however, that this 1996 judgement overruled only a wrong application of the *mandat apparent*, without excluding the theory of *mandat apparent* for the *Sàrl* altogether.

⁸ Paragraph 7.2.1 of the Supreme Court decision.

Practical concerns were probably also taken into account by the Swiss Supreme Court. The Swiss Supreme Court is always keen to take a practical approach of the cases submitted to it. In this case, the Swiss Supreme Court wanted to avoid the burden of a full and detailed analysis of an issue of French law for which the Swiss Supreme Court judges have not been trained and are not equipped. This task should rather be left to the French courts, and possibly the arbitrators.

The Swiss Supreme Court certainly had also respect for the decision of the Arbitral Tribunal (although it is not expressly mentioned in the decision). If the decision of the Arbitral Tribunal and the case law of the French *Cour de Cassation* had gone into different directions, the Swiss Supreme Court could have been more inclined to go further into the merits. As the decision of the Arbitral Tribunal was consistent with the case law of the French *Cour de Cassation*⁹, the Swiss Supreme Court was clearly reluctant to address the issue on the basis of a legal opinion filed by one of the parties¹⁰ and preferred to rely on the concurrent analysis of the Arbitral Tribunal and of the French *Cour de Cassation*.

2. FRENCH LAW ON REPRESENTATION

2.1. Other forms of representation

The Arbitral Tribunal had ruled out the application of various theories by which FF could have been held bound by the consultancy agreement.¹¹

- *Mandat tacite*: a company is bound by the acts of a person tacitly authorised by competent officers of the company. French law does recognise that a power of attorney does not have to be entered into in express terms, but can be concluded by conduct. This theory does not depend upon what a third party knows or believes, but upon what is tacitly agreed between the company and its representative. This question depends upon the facts and there were no facts in the present case supporting such *mandat tacite*.¹²

⁹ and the Arbitral Tribunal had reviewed several judgements from other French courts, therefore founding its decision on solid ground.

¹⁰ As the French professor author of the legal opinion had issued an earlier opinion which was filed in the arbitration proceedings, the Swiss Supreme Court could assume that the arguments contained in the opinion had already been considered by the Arbitral Tribunal.

¹¹ Paragraph 6 of the Supreme Court decision.

¹² Although the signatory had been authorised to sign a letter of intent for a joint venture with the Kuwait company shareholder of KK, the Arbitral Tribunal found that the *gérant* only heard of the consultancy agreement when proceedings were initiated by KK.

- *Dirigeant de fait*: under French law, a company would be bound by acts of a *de facto* officer, i.e. an officer which is effectively accepted by the company as an officer although not formally registered as such. This theory again does not depend upon the appearance outside of the company and what a third party knows or believes, but upon what effectively happens within the company. In the present case, there were some arguments that the signatory of the consultancy agreement was a *de facto* officer of FF (as he was, together with its mother and brother, holding indirect shareholdings of 1/3 of FF, the same proportion as the *gérant*, and had had contacts with KK and its Kuwait parent company for the negotiations of the consultancy agreement).¹³ However, the Arbitral Tribunal found that he was not a *de facto* officer.¹⁴
- *Ratification*: the *gérant* of FF could have been found to have ratified the consultancy agreement (whether by having accepted performance by KK, or having begun performance for FF, or having acknowledged its validity in correspondence), but the Arbitral Tribunal found that that was not the case.¹⁵

2.2. *Mandat apparent in general*

The apparent authority theory would hold a party bound by acts of a non representative appearing however reasonably to be a representative.

The theory of the apparent authority rests on a balance of conflicting interests: if A reasonably believes X has powers for B whereas X has no such powers, then is B bound towards A or not? The problem is difficult as it arises between two innocent parties who have both legitimate

¹³ It was admitted that the signatory of the consultancy agreement had considerable influence on the decisions to be taken by FF, but it was not shown that he effectively acted for FF in other matters.

¹⁴ KK raised the argument again before the Swiss Supreme Court, but only in the subsequent brief and that argument was accordingly not considered, as it had not been raised in the initial annulment brief. The argument would appeal to Swiss lawyers, but its success would greatly depend upon the facts as found by the Arbitral Tribunal, and it appears very unlikely that the Swiss Supreme Court would have accepted that argument against the decision of the Arbitral Tribunal.

¹⁵ FF did not truly perform as it clearly refused to pay from the beginning. KK did not establish in the arbitration proceedings how it performed the consultancy agreement and how FF requested performance or assisted in performance. Certainly an important practical difficulty for the Arbitral Tribunal was that both parties were keen not to disclose their business dealings in the arbitration proceedings.

contradictory interests.¹⁶ Why should B be bound by the acts of X if X was not empowered by B in the first place? Initially, the theory only applied if B had in fact empowered X and X had exceeded its powers.¹⁷ It was considered that B should bear the risks of acts of the representative appointed by itself, rather than to expect the third party to check the scope of powers of X. Thereafter, the theory was applied also to cases where X had no powers, if there were circumstances where A had legitimate reasons to believe that X had powers, even if such legitimate belief was not awakened by B itself.¹⁸

Under French law, the theory of *mandat apparent* is based on a concern to protect the third party even if the party held bound did not commit any fault in connection with the wrong belief of the third party. In general, this theory is applied rather widely under French law.

2.3. Apparent authority of States

In international arbitration involving contracts with states, states sometimes raise a jurisdictional objection based on the lack of authority of the signatory of the contract. Generally, the theory of apparent authority would apply and the arbitral tribunal would dismiss the jurisdictional objection and hold that the state cannot in good faith argue that the signatory lacked powers to sign the contract.

There are specific rules in international arbitration limiting jurisdictional objections by states. Under Swiss law, states and state-owned organizations cannot invoke their own laws in order to contest their capacity to arbitrate or the arbitrability of a dispute covered by the arbitration agreement.¹⁹

This regime for states was irrelevant, as FF was a private company.

¹⁶ Jacques Ghestin / Jérôme Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, Paris 1996, n° 31217:

“... *on est en présence de deux intérêts opposés, et tout aussi respectables : celui du tiers innocent, auquel peut profiter la théorie de l'apparence, et celui du prétendu mandant, qui risque d'être obligé sans l'avoir voulu. D'autant que n'interfère aucune idée de faute : la théorie de l'apparence joue alors même que le représenté n'est coupable d'aucune négligence (choix du mandataire, situation créée par lui...)*”

¹⁷ The leading French case on *mandat apparent* cited by the Swiss Supreme Court, the 1962 judgement from the *Cour de cassation*, applied the theory to hold a bank liable under a guarantee signed by its CEO alone (lacking the necessary second signature).

¹⁸ Jacques Ghestin / Jérôme Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, Paris 1996, n° 31219.

¹⁹ Article 117, 2 PIL; this provision does not express the theory of apparent authority, but it limits the scope for challenging jurisdiction, in the same direction as (and probably further than) the theory of apparent theory.

2.4. Mandat apparent in the French *Sàrl*

Under French law, the scope of the apparent authority theory is different for a *Sàrl* than it is for individuals and states (and possibly different than for other types of companies). If an officer exceeds its powers, the theory applies and the *Sàrl* is bound. But if a non officer acts without powers, the theory does not apply and the *Sàrl* is not bound.

The authority of the *gérant* (the senior officer of a French *Sàrl*) derives directly from the law (and not solely under the internal rules of the *Sàrl*). Under the specific statute, internal limitations to the powers of the *gérant* cannot be invoked by the *Sàrl* against third parties.²⁰ The protection of the third party is ensured by this statutory regime and by the publication of the officers in the public register.²¹ It is considered that third parties do not need to be protected against actions from persons whom the third party ought to know were not officers of the *Sàrl*. The statutory regime is considered to codify exhaustively the apparent authority theory for the *Sàrl*, so that there is no more room to apply the theory beyond the statute.

The scope of French law is not unchallenged. Not all authors clearly exclude the theory of *mandat apparent* for the *Sàrl*.²² Cases on other types of companies, in particular *Société Anonyme*, do not exclude the theory of *mandat apparent*.²³ It appears doubtful whether a distinction would make sense.²⁴

²⁰ Art. L. 223-18 § 6 C. com.

²¹ Jean-Claude Hallouin, comment on the 1996 judgement by the *Cour de cassation* (Recueil Dalloz Sirey 1997, somm., p. 227); Jacques Ghestin / Jérôme Huet, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, Paris 1996, n°31218.

²² One of the French authors cited by the Swiss Supreme Court appears to state otherwise:

“En l’absence de délégation expresse et réelle de pouvoirs consentie par le gérant, la société peut aussi être engagée par les actes accomplis par un mandataire apparent, dès lors que le tiers co-contractant peut établir qu’il a eu la croyance légitime d’une délégation de pouvoirs valablement conférée à l’intervenant.” (Michel Storck, *Sociétés à responsabilité limitée*, Juris-Classeur, *Traité des sociétés*, TS-4, fascicule 74-10, N 103).

²³ The Arbitral Tribunal reviewed several judgements, some of which confirmed apparent authority for other types of companies and were considered irrelevant as they did not relate to a *Sàrl*. At least one author, however, seems to consider that the rule excluding *mandat apparent* should apply to all types of companies (Jean-Claude Hallouin, comment on the 1996 judgement by the *Cour de cassation*, Recueil Dalloz Sirey 1997, somm., p. 16).

²⁴ The commentator is not fully convinced that apparent authority could never, in any circumstances, bind a French *Sàrl*, in particular if apparent authority could bind a French *Société Anonyme*. However, since it is not up to the Swiss Supreme Court to make

In any event, under French law, at least for the Arbitral Tribunal and the Swiss Supreme Court, the theory of *mandat apparent* cannot be applied to bind a *Sàrl* through a contract signed by a person not appearing in the public register.

2.5. Discussion by the Swiss Supreme Court

The Swiss Supreme Court does not simply state the scope of the French law rule, but also explains why it considers it appropriate. The Swiss Supreme Court does not rely so much upon French authors or case law in this analysis, but makes an analysis of its own, based on its understanding of the European law, with the aim to support the French case law.

Companies necessarily have officers acting in their names. The identity of such officers are disclosed to the public, generally in public registers. The positive effect of such public registers is that the company is not allowed to claim that a person being disclosed as an officer is in fact not an officer or not anymore an officer. This principle is expressly set out in Art. 8 of the first European Directive.²⁵ Conversely, the negative effect of public registers is that third parties are not allowed to claim that they believed someone to be an officer if that person is not so registered in the public register.²⁶ This principle is not expressly set out in the first European Directive, but may be considered a logical consequence of the system of public disclosure.

Reliance (*confiance, Vertrauen*) is a concept frequently used in the case law of the Swiss Supreme Court. In connection with this concept, the Swiss Supreme Court examines in this case whether third parties may legitimately rely on apparent authority when in fact they could have checked the public register. The Swiss Supreme Court notes that the title of the first European Directive suggests that the Directive aims not only at the interest of third

decisions on French law except to apply French case law, likewise it is not up to a Swiss attorney to make comments on the appropriate scope of *mandat apparent* in French law.

²⁵ First Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968 on co-ordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 58 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent throughout the Community.

²⁶ If a former officer has been removed, the publication of such removal is deemed known by third parties and the situation is very close to the positive effect of the public register. This was the case in one of the French cases cited by the Swiss Supreme Court: Com. 4 mai 1993, recueil Dalloz Sirey 1993, IR, p. 148. For the French professor author of the legal opinion, the scope of this case should therefore be limited to the effects of the publication of a removal and would not exclude the theory of *mandat apparent* to persons who never appeared on the public register.

parties, but also at the interest of the companies. The Swiss Supreme Court refers to a Swiss author²⁷ to explain that if the third party should be allowed to rely on the public register, the third party should not be allowed to rely on unrelated circumstances to believe a fact which does not appear in the public register.²⁸ The public register both allows and limits reliance. Reliance is only legitimate if based on the public register.²⁹

The Swiss Supreme Court does not discuss whether the French law rule could apply differently depending upon the importance of the contract and the commercial experience of the third party. The concept that third parties should check the public register and are not allowed to rely on apparent authority may not be convincing with regard to consumer contracts and it may accordingly well be that the context is relevant for the application of the French law rule. In this case in any event no such distinction was necessary. In connection with international contracts, which terms are negotiated and drafted for the specific deal, parties are deemed sophisticated and are expected to perform their due diligence, including public register check, rather than relying on apparent authority.³⁰

2.6. Scope of the Swiss Supreme Court decision

The discussion by the Swiss Supreme Court only applies to a French *Sàrl*.

The discussion by the Swiss Supreme Court and the reference to the European Directive suggest that it would be logical, from the point of view of the Swiss Supreme Court, to apply that rule for other companies³¹ and in other countries, but the core of the decision is that the Swiss Supreme

²⁷ Recent thesis of Hans-Ueli Vogt.

²⁸ Paragraph 7.2.3 of the Supreme Court decision.

²⁹ However the theory of apparent authority still applies to Swiss companies. For example, if a company regularly performed undertakings assumed by an employee not appearing in the public register, the company may be bound by undertakings assumed by such employee after dismissal, as far as the third party could not have known the dismissal.

³⁰ The Arbitral Tribunal was not convinced about the explanations given by the representatives of KK as to why they did not request any information about the structure and officers of FF. The Arbitral Tribunal furthermore noted that such representatives did provide a specific power of attorney from KK when signing the consultancy agreement.

³¹ As explained by the French professor author of the legal opinion, the European Directive applies to other types of companies, so that if this Directive is the basis of the decision, one fails to see how separate legal provisions based on this Directive and having similar wording could be applied differently, holding that apparent authority may bind a *Sàrl* but not a *SA*. Neither the arbitral tribunal nor the Swiss Supreme Court addresses the argument squarely.

Court simply applies the case law of the French *Cour de cassation*. Whether the rule, that apparent authority cannot be invoked to bind companies on a contract signed by a person not appearing in the public register, should apply to other types of French companies is to be decided by French courts. Whether the rule should apply to companies from other countries should be decided by the courts of those other countries.³²

3. JURISDICTION OF AN ARBITRAL TRIBUNAL WHEN THE CONTRACT IS NOT BINDING

The fact that the arbitrators themselves can decide on their jurisdiction, even when declining their jurisdiction, was not discussed, as it is the standard application of the *Competence - Competence* principle.³³

An interesting question relates to the consequences of the defect in the consultancy agreement: does that necessarily imply that the arbitration clause is also invalid and that the Arbitral Tribunal had no jurisdiction? The classical theory is that the arbitration clause is autonomous, therefore not affected by the defects of the contract. This principle is reflected under Swiss law³⁴ by Art. 178, 3 PIL (Swiss Federal Statute on Private International Law), which reads:

“The arbitration agreement cannot be contested on the ground that the main contract is not valid...”

If that classical theory had been applied, the Arbitral Tribunal would have accepted jurisdiction to examine the validity of the consultancy agreement, would have ruled that the agreement itself was invalid and would have dismissed the claim from KK on the merits. Although it may

³² A hard rule that apparent authority could not be invoked against companies would bring clarity and security. If fairness should rather be achieved, the rule should be relaxed and could be that apparent authority could be invoked against companies only in extraordinary circumstances: requirements could be that the other party should demonstrate why it could not be expected to check the public register and why it should not be unfair to the company to keep it bound by a contract which it did not accept.

³³ Fouchard / Gaillard / Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer 1999, paras. 650 *et seq.*; Poudret / Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich 2002, N 459 *et seq.*

³⁴ The ICC Rules also confirm this principle and article 6(4) provides: “*Unless otherwise agreed, the Arbitral Tribunal shall not cease to have jurisdiction by reason of any claim that the contract is null and void or allegation that it is non-existent provided that the Arbitral Tribunal upholds the validity of the arbitration agreement. The Arbitral Tribunal shall continue to have jurisdiction to determine the respective rights of the parties and to adjudicate their claims and pleas even though the contract itself may be non-existent or null and void.*”

not make much difference in practice, there is a fundamental (theoretical) difference: if KK's claim had been dismissed on the merits, KK could not claim against FF in any other forum, whereas, following the case actually decided, in which the Arbitral Tribunal declined jurisdiction, KK could still bring a claim against FF, e.g. before French Courts, and contend that the consultancy agreement would bind FF, as this issue is not *res judicata*.³⁵

The award made by the Arbitral Tribunal could be the result of the position taken by the parties in the arbitration proceedings.³⁶ FF might have found it safer to raise the issue of the validity of the agreement within the framework of jurisdiction rather than on the merits (as it allowed the issue to be resolved in a preliminary award, without FF having to address other possible defences on the merits). It is however not clear from the arbitral award whether that was FF's contention and how the Arbitral Tribunal considered the issue.³⁷

The boundaries of the classical legal theory on the autonomy of the arbitration clause are not fully clear.³⁸ Some seem to consider that it fully applies when the invalidity would be caused by a legal provision, but not when there is actually no contract (because the contract was not materially and formally entered into)³⁹, in which case there is no valid arbitration agreement either. The majority view is that the arbitration clause is valid even if there is no contract, except only in the case in which the cause of

³⁵ If the Arbitral Tribunal had no jurisdiction, any finding by the Arbitral Tribunal about the validity of the contract would not bind the parties, paragraph 3.2 of the Supreme Court decision. However, in this case, the Arbitral Tribunal included in its decision a specific declaration that FF was not bound by the consultancy agreement. The Swiss Supreme Court seems to indicate that this declaration is not enforceable, but other courts might have different views.

³⁶ The issue put by FF in the Terms of Reference was that the consultancy agreement was not binding on it, as it had not been signed by an officer or authorised representative and had not been ratified. This wording referred only to the consultancy agreement and not to the arbitration clause.

³⁷ The Arbitral Tribunal devoted only one sentence to conclude that since FF was not bound by the consultancy agreement therefore the Arbitral Tribunal had no jurisdiction with regard to the merits of the claims, without providing any further explanation on the relationship between both conclusions.

³⁸ Fouchard / Gaillard / Goldman on International Commercial Arbitration, paras. 389 *et seq.*; Poudret / Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich 2002, Section 3.2.1, N 163 *et seq.* It is only normal that different laws provide somehow different solutions, even if based apparently on the same basic theory.

³⁹ See as an example the Cassia case, in which French courts have set aside an award by which the arbitral tribunal accepted its jurisdiction under an unsigned contract, Rev. Arb. 1990 p. 851.

the defect also directly affects the arbitration clause.⁴⁰ This issue was not discussed at all, neither by the Arbitral Tribunal nor before the Swiss Supreme Court.

4. SOME POINTS FOR PRACTITIONERS

Negotiators of international contracts, even important ones, do not always check the powers of the signatories. It appears that it would be prudent not to avoid this basic task. It should not be necessary to check the scope of powers of officers of a company⁴¹, but one should make sure that the signatories are officers of the company party to the contract. If it is subsequently found out that the signatory for the other party had no powers, one could try to have the other party ratify the contract.

When the dispute arises, if the respondent is likely to argue about the invalidity of the contract, it should be considered whether to sue in front of state courts rather than initiate arbitration proceedings. Since the jurisdiction of the state courts cannot be challenged (or if it would be on the basis of the arbitration clause, that would imply ratification of the contract), the judicial proceedings can extend to the merits of the case rather than be limited to a preliminary issue. Also, there may be more legal grounds, outside strict performance of the contract, allowing to hold the respondent liable, which could be used before a state court and not before the arbitral tribunal.

If an arbitration award is eventually rendered in Switzerland, a party considering annulment proceedings should react promptly, as the deadline

⁴⁰ Fouchard / Gaillard / Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer 1999, paras. 395 and 411; if the parties did not intend to enter into a contract (as in a case like this, in which one signatory was not a representative of the party and did not bind that party), there could still be some arguments about whether that defect, the absence of intent, directly affects the arbitration clause. For Fouchard / Gaillard / Goldman, it seems that the absence of a valid signature would not be considered to affect also the arbitration clause:

“The arbitrators must examine the allegation, and if they indeed decide that the main contract never existed - as in the case of a total absence of consent, for example - then they must apply the consequences of that finding to the merits of the dispute.” (para 411).

For Poudret / Besson, it may be that it would also affect the arbitration clause:

“Certes, ..., il peut y avoir des vices communs au contrat et à la clause, entraînant la nullité de l'un et de l'autre. Tel pourrait être le cas, pour reprendre des exemples de Pierre Mayer, du défaut de pouvoir de représentation ou des vices de la volonté, encore qu'ils puissent exister pour l'un et non pour l'autre.” (N 164).

⁴¹ Pursuant to Article 9 of the first Council Directive, limits on the powers of organs of the company could not be relied on as against third parties.

is 30 days (non-extendable) from receipt of the award and the annulment brief should include all arguments. It is a difficult exercise, and it is therefore preferable to include even remote arguments rather than to omit a possible argument. On the other hand, one should think twice before initiating annulment proceedings before the Swiss Supreme Court: chances are low and costs may be high.

5. SECURITY FOR COSTS BEFORE THE SWISS SUPREME COURT

Applicable federal procedural law allows to impose security for legal costs of the other party only upon parties outside Switzerland⁴², in practice only upon parties outside countries parties to conventions with Switzerland. In this case, FF had requested security for costs (which is a rather uncommon step in arbitration cases before the Swiss Supreme Court) and this request was granted by the Swiss Supreme Court, so that KK had to deposit an amount of CHF 35'000.- before the case was decided.⁴³ The Swiss Supreme Court could impose such a security for costs upon KK as it was domiciled in a country (Turks and Caicos) neither party to the Lugano Convention⁴⁴ nor bound by a civil procedure treaty with Switzerland.⁴⁵

Laurent Hirsch

Hirsch Kobel, Geneva, Switzerland

⁴² Article 150, 2 OG/OJF, RS 173.110.

⁴³ Paragraph D of the Supreme Court decision; the same amount was eventually allotted to cover FF's legal costs.

⁴⁴ Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgements, of September 16, 1988.

⁴⁵ One disadvantage of incorporation in such offshore jurisdiction is that few international treaties are available in case of litigation in other jurisdictions.