

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

4A 346/2020

Arrêt du 6 janvier 2021

Ire Cour de droit civil

Composition

Mmes les Juges fédérales
Hohl, présidente, Kiss et May Canellas.
Greffier: M. O. Carruzzo.

Participants à la procédure

A. _____ SA,
représentée par Me Marc Gilliéron, ainsi que par
Me Nathalie Fluri,
recourante,

contre

B. _____ SA,
représentée par Mes Daniel L. Bühr, Dominik Elmiger et Philippe Hovaguimian,
intimée.

Objet

arbitrage international,

recours en matière civile contre la sentence rendue le 25 mai 2020 par un arbitre unique siégeant à Genève (n° 24138/GR).

Faits :

A.

Au début des années 2000, C. _____ SA (devenue B. _____ SA depuis le 28 septembre 2020 à la suite d'un changement de raison sociale) a conclu trois contrats d'agence avec D. _____.

En 2011, D. _____ a fondé A. _____ SA, société sise au Panama.

Le 30 avril 2011, C. _____ SA a conclu trois contrats d'agence avec A. _____ SA. Selon ces contrats d'une durée initiale de douze mois, mais renouvelés jusqu'en avril 2015, A. _____ SA s'engageait à fournir divers services à sa cocontractante dans trois États différents, moyennant le paiement de commissions.

Entre juin 2010 et novembre 2013, E. _____, collaborateur de C. _____ SA, a reçu, à l'insu de son employeuse, divers montants de la part de D. _____ pour un total supérieur à 600'000 fr. Ces versements visaient à récompenser ou rémunérer l'intéressé pour la conclusion et/ou le renouvellement des contrats d'agence ("kickbacks").

Le 28 août 2016, A. _____ SA a transmis à sa cocontractante un relevé de commissions pour ses services déployés jusqu'au 30 avril 2015 et lui a réclamé le paiement des sommes suivantes: 1'067'663 euros, 152 fr. 80, 121'159.70 dollars américains (USD) et 28'728 fr.

Faute de paiement des montants précités, A. _____ SA, en date du 12 octobre 2017 a fait notifier à C. _____ SA un commandement de payer. L'opposition formée par la poursuivie à ce commandement de payer a été levée provisoirement par le juge compétent en date du 27 novembre 2017.

Le 8 septembre 2017, le Ministère public de la Confédération a autorisé C. _____ SA à accéder au dossier de la procédure pénale ouverte à l'encontre de E. _____. A cette occasion, C. _____ SA a découvert l'existence de certains versements effectués par D. _____ en faveur de E. _____.

B.

Le 17 décembre 2018, la poursuivie, se fondant sur la clause d'arbitrage insérée dans chacun des

trois contrats d'agence, a introduit une action en libération de dette en adressant à la Chambre de Commerce Internationale (CCI) une requête d'arbitrage dirigée contre A. _____ SA.

Le 27 février 2019, C. _____ SA a déclaré invalider les contrats d'agence pour cause de dol et d'erreur essentielle.

La poursuivante a conclu au rejet des conclusions prises par la demanderesse et a pris plusieurs conclusions reconventionnelles.

Par sentence finale du 25 mai 2020, un arbitre unique, siégeant à Genève, appliquant le droit suisse, et statuant sous l'égide de la CCI, a considéré que C. _____ SA n'était pas tenue de payer les montants que lui réclamait A. _____ SA par voie de poursuite.

C.

Le 25 juin 2020, A. _____ SA a formé un recours en matière civile au Tribunal fédéral aux fins d'obtenir l'annulation de la sentence attaquée.

Par ordonnance présidentielle du 20 août 2020, la recourante a été invitée, sur demande de C. _____ SA (ci-après: l'intimée), à verser, jusqu'au 10 septembre 2020, le montant de 30'000 fr. à la Caisse du Tribunal fédéral en garantie des dépens de cette partie. Elle s'est exécutée en temps utile.

Dans sa réponse du 9 octobre 2020, l'intimée a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

Le 12 octobre 2020, l'arbitre a déposé des observations sur le recours.

Dans leurs écritures spontanées du 28 octobre et du 13 novembre 2020, la recourante et l'intimée ont persisté dans leurs conclusions.

Considérant en droit :

1.

Le rubrum du présent arrêt tient compte du changement de raison sociale de l'intimée C. _____ SA, devenue B. _____ SA.

2.

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 l'arbitre, celles-ci se sont servies de l'anglais, tandis que, dans le mémoire qu'elle a adressé au Tribunal fédéral, la recourante a employé le français, 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.

3.

Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions prévues par les art. 190 à 192 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP; RS 291), conformément à l'art. 77 al. 1 let. a LTF.

Le siège de l'arbitrage se trouve à Genève. La recourante n'avait pas son siège en Suisse au moment déterminant. Les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont dès lors applicables (art. 176 al. 1 LDIP).

4.

Qu'il s'agisse de l'objet du recours, du délai de recours, des conclusions prises par la recourante ou encore du grief invoqué par celle-ci, aucune de ces conditions de recevabilité ne fait problème en l'espèce. Demeure réservé l'examen de la recevabilité du moyen soulevé par la recourante.

5.

5.1. Le recours en matière d'arbitrage international ne peut être formé que pour l'un des motifs énumérés de manière exhaustive à l'art. 190 al. 2 LDIP (art. 77 al. 1 let. a LTF). L'examen matériel d'une sentence arbitrale internationale, par le Tribunal fédéral, est limité à la question de la compatibilité de la sentence avec l'ordre public (ATF 121 III 331 consid. 3a).

Un mémoire de recours visant une sentence arbitrale doit satisfaire à l'exigence de motivation telle qu'elle découle de l'art. 77 al. 3 LTF en liaison avec l'art. 42 al. 2 LTF et la jurisprudence relative à cette dernière disposition (ATF 140 III 86 consid. 2 et les références). Cela suppose que le recourant discute les motifs de la sentence entreprise et indique précisément en quoi il estime que l'auteur de

celle-ci a méconnu le droit (arrêt 4A 522/2016 du 2 décembre 2016 consid. 3.1). Il ne pourra le faire, cela va sans dire, que dans les limites des moyens admissibles contre ladite sentence, à savoir au regard des seuls griefs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP lorsque l'arbitrage revêt un caractère international. Au demeurant, comme cette motivation doit être contenue dans l'acte de recours, le recourant ne saurait user du procédé consistant à prier le Tribunal fédéral de bien vouloir se référer aux allégués, preuves et offres de preuve contenus dans les écritures versées au dossier de l'arbitrage. De même se servirait-il en vain de la réplique pour invoquer des moyens, de fait ou de droit, qu'il n'avait pas présentés en temps utile, c'est-à-dire avant l'expiration du délai de recours non prolongeable (art. 100 al. 1 LTF en liaison avec l'art. 47 al. 1 LTF), ou pour compléter, hors délai, une motivation insuffisante (arrêt 4A 34/2016 du 25 avril 2017 consid. 2.2).

5.2. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits constatés dans la sentence attaquée (cf. art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations des arbitres, même si les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ou en violation du droit (cf. l'art. 77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 105 al. 2 LTF). Les constatations de l'arbitre quant au déroulement de la procédure lient aussi le Tribunal fédéral, qu'elles aient trait aux conclusions des parties, aux faits allégués ou aux explications juridiques données par ces dernières, aux déclarations faites en cours de procès, aux réquisitions de preuves, voire au contenu d'un témoignage ou d'une expertise ou encore aux informations recueillies lors d'une inspection oculaire (arrêt 4A 322/2015 du 27 juin 2016 consid. 3 et les précédents cités).

Aussi bien, la mission du Tribunal fédéral, lorsqu'il est saisi d'un recours en matière civile visant une sentence arbitrale internationale, ne consiste-t-elle pas à statuer avec une pleine cognition, à l'instar d'une juridiction d'appel, mais uniquement à examiner si les griefs recevables formulés à l'encontre de ladite sentence sont fondés ou non. Permettre aux parties d'alléguer d'autres faits que ceux qui ont été constatés par le tribunal arbitral, en dehors des cas exceptionnels réservés par la jurisprudence, ne serait plus compatible avec une telle mission, ces faits fussent-ils établis par les éléments de preuve figurant au dossier de l'arbitrage (arrêt 4A 386/2010 du 3 janvier 2011 consid. 3.2).

5.3. Dans une section du mémoire qu'elle a adressé au Tribunal fédéral (p. 3 à 6), intitulée " Bref rappel des faits " (p. 3 à 5), la recourante présente sa propre version des circonstances de la cause en litige, en se référant notamment à certaines pièces figurant au dossier. Elle y formule des assertions dont certaines s'écartent des constatations faites par l'arbitre. Cette manière de procéder est incompatible avec la nature du recours en matière civile visant une sentence arbitrale internationale et avec le pouvoir d'examen restreint dont jouit le Tribunal fédéral en ce domaine. Il y a lieu, partant, de faire abstraction de ce pseudo-rappel des faits déterminants.

6.

Dans un unique moyen, divisé en deux branches, la recourante soutient que la décision attaquée est contraire à l'ordre public matériel (art. 190 al. 2 let. e LDIP).

6.1. Une sentence est incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique (ATF 144 III 120 consid. 5.1; 132 III 389 consid. 2.2.3). Tel est le cas lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants (ATF 144 III 120 consid. 5.1). Pour qu'il y ait incompatibilité avec l'ordre public, il ne suffit pas que les preuves aient été mal appréciées, qu'une constatation de fait soit manifestement fautive ou encore qu'une règle de droit ait été clairement violée (arrêts 4A 116/2016 du 13 décembre 2016 consid. 4.1; 4A 304/2013 du 3 mars 2014 consid. 5.1.1; 4A 458/2009 du 10 juin 2010 consid. 4.1).

Pour juger si la sentence est compatible avec l'ordre public, le Tribunal fédéral ne revoit pas à sa guise l'appréciation juridique à laquelle l'arbitre s'est livré sur la base des faits constatés dans sa sentence. Seul importe, en effet, pour la décision à rendre sous l'angle de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, le point de savoir si le résultat de cette appréciation juridique faite souverainement par les arbitres est compatible ou non avec la définition jurisprudentielle de l'ordre public matériel (arrêt 4A 157/2017 du 14 décembre 2017 consid. 3.3.3).

6.2. Dans la première branche du moyen considéré, la recourante reproche à l'arbitre d'avoir violé le principe de la fidélité contractuelle et d'avoir ainsi rendu une sentence incompatible avec l'ordre public matériel au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP.

6.2.1. Le principe en question, rendu par l'adage *pacta sunt servanda*, au sens restrictif que lui donne

la jurisprudence relative à l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, n'est violé que si l'arbitre refuse d'appliquer une clause contractuelle tout en admettant qu'elle lie les parties ou, à l'inverse, s'il leur impose le respect d'une clause dont il considère qu'elle ne les lie pas. En d'autres termes, l'arbitre doit avoir appliqué ou refusé d'appliquer une disposition contractuelle en se mettant en contradiction avec le résultat de son interprétation à propos de l'existence ou du contenu de l'acte juridique litigieux. En revanche, le processus d'interprétation lui-même et les conséquences juridiques qui en sont logiquement tirées ne sont pas régis par le principe de la fidélité contractuelle, de sorte qu'ils ne sauraient prêter le flanc au grief de violation de l'ordre public. Le Tribunal fédéral a souligné à maintes reprises que la quasi-totalité du contentieux dérivé de la violation du contrat est exclue du champ de protection du principe *pacta sunt servanda* (arrêts 4A 70/2020 du 18 juin 2020 consid. 7.3.1; 4A 318/2017 du 28 août 2017 consid. 4.2).

6.2.2. En l'espèce, l'arbitre a considéré que la recourante avait commis un dol (art. 28 CO) vis-à-vis de l'intimée, en ne lui révélant pas le fait que E. _____ avait touché diverses sommes d'argent ("kickbacks") lors de la conclusion et/ou du renouvellement des contrats d'agence. Selon lui, l'intimée n'aurait pas conclu lesdits contrats si elle avait eu connaissance de cet élément. Examinant ensuite si l'intimée avait invalidé le contrat dans le délai d'une année à partir de la découverte du dol conformément à l'art. 31 CO, l'arbitre a estimé que tel n'avait pas été le cas. En effet, la victime du dol avait agi tardivement en déclarant invalider les contrats le 28 février 2019, dans la mesure où elle avait suffisamment connaissance de la tromperie lorsqu'elle avait eu accès, le 8 septembre 2017, au dossier de la procédure pénale ouverte à l'encontre de E. _____. Faute d'invalidation dans le délai péremptoire d'un an après la découverte du dol, les contrats d'agence étaient ainsi tenus pour ratifiés. La recourante n'avait en revanche pas allégué que la ratification était intervenue expressément ou par actes concluants avant l'écoulement dudit délai. L'arbitre a ensuite estimé que l'intimée pouvait opposer l'exception prévue par l'art. 60 al. 3 CO pour faire échec aux prétentions de la recourante fondées sur les contrats entachés de dol, même une fois le délai de l'art. 31 CO expiré, puisque le dol constituait un acte illicite.

6.2.3. Dans son mémoire de recours, l'intéressée relève tout d'abord que l'arbitre a reconnu l'existence des contrats d'agence mais a refusé d'en assurer le respect en se fondant sur des considérations non pertinentes. Selon elle, l'art. 60 al. 3 CO ne serait ni applicable, ni déterminant en l'espèce, et, ce pour les trois raisons suivantes:

- cette disposition ne s'appliquerait pas aux contrats de durée dont les prestations effectuées ne peuvent pas être restituées;
- l'intimée n'aurait jamais allégué, et encore moins prouvé l'existence d'un dommage, condition nécessaire à l'application de l'art. 60 al. 3 CO;
- l'intimée aurait ratifié les contrats d'agence par actes concluants en se plaignant d'une violation contractuelle commise par la recourante, la privant ainsi de son droit de soulever l'exception prévue à l'art. 60 al. 3 CO.

6.2.4. L'argumentation de la recourante, ainsi résumée, revêtant un caractère appellatoire marqué et reposant en partie sur des allégations qui s'écartent des faits constatés souverainement par l'arbitre, nécessite une remarque préalable de la Cour de céans. Force est, en effet, de rappeler ici que le moyen pris de l'incompatibilité avec l'ordre public matériel, au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP et de la jurisprudence y afférente, n'est pas recevable dans la mesure où il tend uniquement à établir la contrariété entre la sentence attaquée et une norme du droit suisse, et ce quel que puisse être le degré de cette contrariété, à la supposer établie (arrêts 4A 248/2019 du 25 août 2020 consid. 9.8.1 non destiné à la publication; 4A 32/2016 du 20 décembre 2016 consid. 4.3). Il ne faut pas oublier, à cet égard, que le Tribunal fédéral, quand bien même il est appelé à statuer sur un recours dirigé contre une sentence rendue par un arbitre siégeant en Suisse et autorisé à appliquer le droit suisse, est tenu d'observer, quant à la manière dont ce droit a été mis en oeuvre, la même distance que celle qu'il s'imposerait vis-à-vis de l'application faite de tout autre droit et qu'il ne doit pas céder à la tentation d'examiner avec une

pleine cognition si les règles topiques du droit suisse ont été interprétées et/ou appliquées correctement, ainsi qu'il le ferait s'il était saisi d'un recours en matière civile dirigé contre un arrêt cantonal et comme la recourante tente de l'inciter à le faire (arrêts 4A 318/2018 du 4 mars 2019 consid. 4.5.1; 4A 312/2017 du 27 novembre 2017 consid. 3.3.4.2; 4A 32/2016, précité, consid. 4.3). Dès lors, toutes les considérations relatives aux conditions d'application de l'art. 60 al. 3 CO émises dans les écritures des parties seront ignorées à dessein ci-après pour laisser la place à la seule question à résoudre, laquelle consiste à se demander si le résultat auquel a abouti l'arbitre rend ou

non la sentence déferée incompatible avec l'ordre public matériel.

On relèvera, en passant, que lorsque la recourante fait valoir que l'arbitre n'aurait pas suffisamment examiné si l'art. 60 al. 3 CO était applicable en l'espèce, en ne consacrant que quelques lignes à cette question, l'intéressée semble, en réalité, se plaindre d'une violation de son droit d'être entendue (art. 190 al. 2 let. d LDIP), grief qu'elle n'invoque pourtant pas ni ne motive. Il n'y a dès lors pas lieu de s'attarder sur ce point.

En l'occurrence, la recourante, se fondant sur une jurisprudence qui n'est plus d'actualité, méconnaît totalement la notion jurisprudentielle restrictive de la fidélité contractuelle en matière d'arbitrage, lorsqu'elle affirme que la violation de l'art. 60 al. 3 CO fonde celle du principe pacta sunt servanda. En effet, l'arbitre n'a pas refusé d'appliquer une disposition contractuelle en se mettant en contradiction avec le résultat de son interprétation. Il a considéré que les contrats entachés de dol étaient juridiquement valables, puisque l'intimée ne les avait pas invalidés dans le délai péremptoire d'une année prévu à cet effet. L'intimée pouvait toutefois faire échec aux prétentions élevées par la recourante, en soulevant une exception fondée sur l'art. 60 al. 3 CO. Aussi la démonstration de la recourante ne vise-t-elle pas à établir une violation du principe de la fidélité contractuelle, mais uniquement à remettre en cause, de manière inadmissible, l'application d'une règle de droit jugée pertinente par l'arbitre.

En tout état de cause, l'éventuelle violation par l'arbitre de l'art. 60 al. 3 CO, ne saurait être tenue pour incompatible per se avec l'ordre public. Dans la sentence attaquée, l'arbitre a estimé que l'intimée, victime d'une tromperie intentionnelle lors de la conclusion et/ou du renouvellement des contrats d'agence, pouvait valablement refuser de payer les montants qui lui étaient réclamés en excipant du dol conformément à l'art. 60 al. 3 CO. Un tel résultat n'apparaît, sur la base des constatations de l'arbitre, nullement contraire à l'ordre public matériel.

A le supposer recevable, le moyen pris d'une violation du principe pacta sunt servanda se révèle, dès lors, infondé.

6.3. Dans la seconde branche du moyen considéré, la recourante prétend que la sentence entreprise consacrerait un abus de droit. A cet égard, elle fait référence à l'exception de position mal acquise et souligne que la fonction corrective prévue à l'art. 2 al. 2 CC ne peut être exercée, dans ce domaine, que dans les cas où le droit a été acquis de façon contraire à la loi, à des engagements contractuels ou d'une manière contraire aux moeurs. Selon elle, l'intimée n'a pu invoquer l'exception fondée sur l'art. 60 al. 3 CO qu'en raison d'une position mal acquise, puisqu'elle ne respectait pas ses propres obligations contractuelles depuis plusieurs années. Si l'intimée avait payé les commissions dues comme elle était tenue de le faire, elle n'aurait pas pu soulever pareille exception. La solution retenue par l'arbitre reviendrait dès lors à cautionner un abus de droit de l'intimée en plaçant celle-ci " dans une situation plus favorable à celle qui aurait été la sienne si elle avait respecté ses engagements contractuels ".

A la lecture de l'argumentation censée étayer le moyen examiné, il saute aux yeux que la recourante confond le Tribunal fédéral avec une cour d'appel. L'intéressée se contente en effet de présenter son appréciation juridique du comportement de l'intimée et d'exposer sa propre interprétation de l'art. 60 al. 3 CO et du but poursuivi par ladite disposition. Quoi qu'il en soit, sa démonstration, au demeurant difficilement intelligible, n'est pas convaincante et ne permet nullement de retenir l'existence d'un abus de droit. A suivre le raisonnement de la recourante, on devrait en effet considérer, comme le souligne avec raison l'intimée, que l'interdiction de l'abus de droit ferait pareillement obstacle à toute exception de prescription, dès lors que celle-ci, si elle était admise par le tribunal, aurait pour effet de placer la partie débitrice dans une situation juridique plus favorable à celle qui aurait été la sienne si elle avait honoré ses engagements contractuels. Aussi l'intimée n'a-t-elle pas adopté un comportement constitutif d'un abus de droit en ne s'acquittant pas de ses obligations financières envers la recourante avant de lui opposer, dans un second temps, l'exception prévue par l'art. 60 al. 3 CO. Contrairement à ce

qu'affirme la recourante, la solution retenue par l'arbitre ne revient pas à cautionner, voire à encourager le non-respect par une partie de ses obligations contractuelles. Elle consiste simplement à admettre que l'intimée, victime d'un dol, pouvait en l'espèce valablement refuser d'exécuter sa prestation en vertu de l'art. 60 al. 3 CO, et ce même si elle n'avait pas invalidé les contrats d'agence dans le délai prévu à cet effet. Au regard de l'ensemble des circonstances, et singulièrement du dol commis par la recourante, le résultat auquel a abouti l'arbitre n'est manifestement pas contraire à l'ordre public matériel, ce qui suffit à sceller le sort du moyen considéré.

7.

Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

La recourante, qui succombe, prendra à sa charge les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF) et versera en outre à l'intimée une indemnité à titre de dépens (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

L'indemnité allouée à cette partie sera prélevée sur les sûretés fournies par la recourante.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 25'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

La recourante versera à l'intimée une indemnité de 30'000 fr. à titre de dépens. Cette indemnité sera prélevée sur les sûretés déposées à la Caisse du Tribunal fédéral.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à l'arbitre sis à Genève.

Lausanne, le 6 janvier 2021

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

La Présidente : Hohl

Le Greffier : O. Carruzzo