[AZA 0/2]

4P.124/2001

Ie COUR CIVILE
****

7 août 2001

Composition de la Cour: M. Walter, président, M. Leu,
M. Corboz, Mme Klett et M. Nyffeler, juges. Greffière:
Mme de Montmollin Hermann.

_____

Statuant sur le recours de droit public formé
par
X._____ SpA, représentée par Me Gilles Crettol, avocat à Genève,

contre
la sentence arbitrale rendue le 4 avril 2001 par un tribunal arbitral composé de Roland Defontaine, président, Philippe Merle et Charles Jarrosson, arbitres, dans le litige opposant la recourante à Y._____ & Company, représentée par Me Daniel Tunik, avocat à Genève et Z._____ S.A., représentée par Mes Bernard Cron et Sophie Hornung, avocats à Genève;

(arbitrage international; compétence; ordre public)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Par requête déposée le 23 septembre 1998 auprès du Comité d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève, Y._____ & Company a mis en oeuvre une procédure d'arbitrage contre Z._____ S.A. et B._____ division de X._____ SpA.

Le tribunal arbitral a été composé des arbitres Roland Defontaine, président, Philippe Merle et Charles Jarrosson.

Par sentence du 4 avril 2001, le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour connaître du litige et a statué sur les conclusions des parties, ainsi que sur les frais et dépens de la procédure.

B.- Le tribunal arbitral a retenu en particulier les faits suivants.

La société A._____ S.A. avait concédé à Z._____ S.A. tous les droits d'exploitation de sa marque de produits cosmétiques pour une durée de quinze ans, devant expirer au 30 juin 2007. Par la suite, Z._____ S.A. aurait acquis la marque. Elle a accordé à Y._____ & Company, personne morale de Hong-Kong appartenant à C._____, la distribution exclusive de ses produits par un premier contrat pour les territoires de Hong-Kong ainsi que de Macao et par un second contrat pour la Chine. Ces deux conventions contiennent une clause compromissoire.

Z._____ S.A. a engagé des négociations en vue de céder la marque ... à la société italienne X._____ SpA, qui utilise couramment la désignation B._____, nom d'une société qu'elle a absorbée. A la fin des pourparlers, le 8 juillet 1997, sur les conseils d'un tiers et de sa fiduciaire bâloise, G._____, président de la société X._____ SpA, a décidé que le contrat serait finalement passé avec une société de la Principauté du Liechtenstein, qui ne devait être constituée que le 25 juillet 1997 sous le nom de D._____.

Cette entité du Liechtenstein n'a jamais eu de contact avec le distributeur Y._____ & Company.

Lors des pourparlers, X._____ SpA, par courrier du 22 avril 1997, a demandé à Z._____ S.A. de lui transmettre ses archives de clients et fournisseurs pour la marque ...; il en a été déduit que X._____ SpA connaissait parfaitement, dès juillet 1997, l'existence des contrats de distribution, contenant des clauses compromissoires, passées avec Y._____ & Company.

Par télécopie du 1er septembre 1997, X._____ SpA a demandé à Z._____ S.A. d'envoyer aux distributeurs, dont Y._____ & Company, une lettre les informant qu'elle avait acquis la marque ... Par une lettre du 12 septembre 1997 adressée à Y._____ & Company, Z._____ S.A. a clairement indiqué que X._____ SpA lui succédait.

Dans une lettre de Y._____ & Company adressée à X._____ SpA le 15 septembre 1997, la firme de Hong-Kong a pris acte du changement sans émettre aucune objection.

Par la suite, X._____ SpA a livré à de nombreuses reprises Y._____ & Company en produits ..., comme l'attestent les bulletins de commande, les factures, les lettres de crédit ouvertes par Y._____ & Company en faveur de X._____ SpA en règlement de marchandises livrées.

Le tribunal arbitral a déduit de ces circonstances qu'une reprise des contrats avait été conclue et que X._____ SpA se trouvait ainsi liée par les clauses compromissoires.

Par la suite, X._____ SpA s'est affranchie des obligations découlant pour elle des contrats de distribution, ce qui a donné lieu au litige soumis au tribunal arbitral. Le 4 avril 2000, X._____ SpA a saisi le Tribunal civil de Bologne (Italie); le tribunal arbitral a qualifié cette démarche de manoeuvre de diversion.

C.- X._____ SpA interjette un recours de droit public au Tribunal fédéral. Soutenant que le tribunal arbitral s'est déclaré compétent à tort et que sa sentence viole l'ordre public, elle conclut à l'annulation de la sentence arbitrale, au constat de l'incompétence ou subsidiairement au renvoi de la cause au tribunal arbitral.

Y._____ & Company invite le Tribunal fédéral à rejeter le recours dans la mesure où il est recevable.
Z._____ S.A. conclut au déboutement de la recourante et à la confirmation de la décision attaquée.

Considérant en droit :

1.- a) Dans la règle, le recours de droit public n'a qu'un caractère cassatoire (ATF 127 II 5 consid. 2c; 126 III 534 consid. 1c; 124 I 327 consid. 4; 122 I 120 consid. 2a; 122 I 351 consid. 1f). Lorsque le litige porte sur la compétence d'un tribunal arbitral, il a été admis, par exception, que le Tribunal fédéral pouvait lui-même constater la compétence ou l'incompétence (ATF 117 II 94 consid. 4).

b) Dès lors que les règles de procédure sont celles du recours de droit public (art. 191 al. 1 2ème phrase LDIP), la partie recourante doit invoquer ses griefs conformément aux exigences de l'art. 90 al. 1 let. b OJ (ATF 117 II 604 consid. 3). En application de cette disposition, le Tribunal fédéral n'examine que les moyens admissibles qui ont été invoqués et suffisamment motivés dans l'acte de recours (cf. ATF 127 I 38 consid. 3c; 126 III 526 consid. 1c; 126 III 524 consid. 1b; 125 I 492 consid. 1b; 122 I 70 consid. 1c, 121 IV 317 consid. 3b). La recourante devait donc indiquer quelles hypothèses de l'art. 190 al. 2 LDIP étaient à ses yeux réalisées et, en partant de la sentence attaquée, montrer de façon circonstanciée en quoi consisterait la violation du principe invoqué (cf. ATF 110 Ia 1 consid. 2a); ce n'est qu'à ces conditions qu'il sera possible d'entrer en matière sur le bien-fondé de la décision entreprise.

2.- a) A titre de moyen principal, la recourante soutient que le tribunal arbitral était incompétent pour connaître des conclusions prises contre elle.

Elle invoque ainsi le motif de recours prévu par l'art. 190 al. 2 let. b LDIP.

b) Saisi d'un tel grief, le Tribunal fédéral examine librement les questions de droit, y compris les questions préalables, qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral (ATF 117 II 94 consid. 5a).

Cependant, le Tribunal fédéral ne revoit l'état de fait à la base de la sentence attaquée - même s'il s'agit de la question de la compétence - uniquement lorsque l'un des griefs mentionnés à l'art. 190 al. 2 LDIP est soulevé à l'encontre dudit état de fait ou lorsque des faits ou des moyens de preuve nouveaux (cf. art. 95 OJ) sont exceptionnellement pris en considération dans le cadre de la procédure de recours de droit public (ATF 119 II 380 consid. 3c et les références citées).
En l'espèce, la recourante n'a pas motivé - d'une manière répondant aux exigences de l'art. 90 al. 1 let. b OJ - un grief prévu par l'art. 190 al. 2 LDIP qui s'attache aux constatations de fait du tribunal arbitral. Elle présente certes sa propre version des événements et soumet les preuves à l'examen du Tribunal fédéral, mais cette manière de procéder est parfaitement étrangère au recours de droit public et il n'est pas possible d'en tenir compte. En l'absence d'un grief suffisamment motivé, il faut s'en tenir aux constatations contenues dans la sentence attaquée.

c) Il n'est pas contesté que les contrats de distribution exclusive conclus entre Z._____ S.A. et Y._____ & Company - que les parties ont soumis au droit suisse - contiennent une clause compromissoire régulièrement signée, prévoyant, en cas de litige, un arbitrage selon les règles de la Chambre de commerce et d'industrie de Genève.

La seule question litigieuse est de savoir si la recourante, qui n'a pas signé ces contrats, est également liée par les clauses compromissoires qu'ils contiennent pour le motif qu'elle aurait repris ces conventions.

En matière d'arbitrage international, les conditions de fond d'une convention d'arbitrage sont régies, pour un tribunal arbitral siégeant en Suisse, par la règle de l'art. 178 al. 2 LDIP. Il résulte de l'énumération légale qu'il suffit que la convention d'arbitrage soit valable selon le droit suisse. Or, il est admis en droit suisse qu'en cas de reprise d'une relation contractuelle, la clause compromissoire, en tant que clause accessoire de nature procédurale, est transférée au reprenant sauf convention contraire (arrêt non publié du 06.07.1996 dans la cause 4P.289/1995 consid. 2a; Rüede/Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 2ème éd. p. 82; Wenger, Commentaire bâlois, n°65 ad art. 178). L'auteur invoqué par la recourante se prononce dans le même sens (cf. Philippe Reymond, La cession des contrats, p.

69).

Quant à la forme, l'art. 178 al. 1 LDIP n'exige pas que la convention d'arbitrage soit signée et il suffit que l'accord puisse être déduit de documents écrits, comme cela a été retenu en l'espèce; d'ailleurs, la jurisprudence a même admis qu'un comportement donné, dans des circonstances particulières, peut suppléer en vertu des règles de la bonne foi à l'observation d'une prescription de forme (ATF 121 III 38 consid. 3).

La question litigieuse revient donc à examiner si la recourante a ou non repris les contrats de distribution exclusive contenant les clauses compromissoires. Comme on l'a vu, le Tribunal fédéral peut examiner librement, sous l'angle des principes juridiques, cette question préjudicielle.

d) Les parties à la procédure arbitrale n'ont pas choisi le droit applicable sur ce point; en conséquence, le tribunal arbitral devait appliquer les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits (art. 187 al. 1 LDIP). En l'espèce, les arbitres ont estimé que la cession de contrat devait être soumise, en l'absence d'une élection de droit, à la loi de l'Etat dans lequel le cédant, qui fournit la prestation caractéristique, a son établissement (cf. art. 117 al. 2 et art. 21 al. 3 LDIP). Comme la cédante a son siège en Suisse, le tribunal arbitral en a déduit que la cession de contrat était régie par le droit suisse.
Cette analyse juridique n'est pas critiquable. Même si l'on voulait appliquer à la cession de contrat la loi du contrat repris (dans ce sens: Reymond, op. cit. , p. 93), la solution ne serait pas différente, parce que les contrats

de distribution exclusive étaient soumis au droit suisse. Quant à la forme, il suffit qu'elle respecte les exigences du droit qui régit la cession elle-même (cf. art. 124 al. 1 LDIP et, éventuellement, en suivant la voie de Reymond, art. 145 al. 3 LDIP).

Or, en droit suisse, la cession de contrat n'est pas une combinaison de cessions de créances et de reprises de dettes, mais un contrat sui generis, qui n'est soumis à aucune exigence de forme (ATF 47 II 416 consid. 2 confirmé in arrêt non publié du 24.06.1999 dans la cause 4C.109/1999 consid. 3a; Spirig, Commentaire zurichois, Vorbemerkungen zu Art. 175-183 OR n°228 s.; Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2e éd., p. 592 ss; von Thur/Peter/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Supplément, p. 103; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7e éd., n°3673 s.; Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, n°92.01).

Examinant les pièces produites, le tribunal arbitral est parvenu à la conviction que les trois parties avaient manifesté leur accord sur la cession de contrat et qu'il n'y avait aucune raison de penser que les clauses compromissoires, dont la reprenante avait connaissance, étaient exclues de ce transfert. Dans ces circonstances, conclure que la reprenante était liée par les clauses compromissoires ne viole aucun principe juridique.

Savoir si la volonté des parties a été correctement établie est une pure question d'appréciation des preuves, qui relève de l'établissement des faits et qui, en l'absence d'un grief prévu par l'art. 190 al. 2 LDIP, ne peut être réexaminée ici.

3.- a) La recourante soutient enfin que la sentence arbitrale serait incompatible avec l'ordre public.

Elle invoque ainsi le motif de recours prévu par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP.

b) De façon générale, la réserve de l'ordre public doit permettre de ne pas apporter de protection à des situations qui heurtent de manière choquante les principes les plus essentiels de l'ordre juridique, tel qu'il est conçu en Suisse (ATF 126 III 534 consid. 2c; 125 III 443 consid. 3d).

On distingue un ordre public matériel et un ordre public procédural (ATF 126 III 249 consid. 3a).

Une sentence est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes juridiques fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système des valeurs reconnues; au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle, le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que la protection des personnes civilement incapables (ATF 120 II 155 consid. 6a et les références citées).

L'ordre public procédural garantit aux parties le droit à un jugement indépendant sur les conclusions et l'état de fait soumis au tribunal d'une manière conforme au droit de procédure applicable; il y a violation de l'ordre public procédural lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus ont été violés, ce qui conduit à une contradiction insupportable avec le sentiment de la justice, de telle sorte que la décision apparaît incompatible avec les valeurs reconnues dans un Etat de droit (cf. ATF 126 III 249 consid. 3b et les références citées). Au nombre de ces garanties figure le droit à un procès équitable (ATF 126 III 327 consid. 2b et les arrêts cités).

Pour qu'il y ait contrariété avec l'ordre public, il ne suffit pas que les preuves aient été manifestement mal appréciées (ATF 121 III 331 consid. 3a) ou qu'une règle de droit ait été clairement violée (ATF 116 II 634 consid. 4a; arrêt reproduit in SJ 1991 p. 12 consid. 2a). Seule une violation d'un principe fondamental peut entraîner l'annulation de la sentence attaquée.

c) aa) Lorsqu'elle invoque la liberté contractuelle et le principe "pacta sunt servanda", la recourante reprend ses arguments à l'encontre du raisonnement adopté par le tribunal arbitral pour admettre une cession de contrat avec transfert des clauses compromissoires. Comme la sentence a résisté à un libre examen sur ce point, il est évident, a fortiori, qu'elle ne viole pas l'ordre public.

C'est l'occasion toutefois de répondre à deux arguments de la recourante qui n'ont pas été abordés précédemment.

La recourante reproche au tribunal arbitral de ne pas avoir tenu compte de l'existence indépendante de la société du Liechtenstein.

Il ressort cependant des faits retenus qu'au moment de la conclusion des contrats de distribution, Z._____ S.A. n'était pas titulaire de la marque "qui appartenait à une société A._____ S.A.", mais fabricant et distributeur mondial; il est clair qu'un distributeur mondial (au bénéfice d'une cession du droit d'utiliser la marque) peut concéder à un tiers le droit de distribuer les produits dans une région plus limitée. On distinguait ainsi, à l'origine, le titulaire de la marque (A._____ S.A.), le distributeur mondial (Z._____ S.A.) et le distributeur régional (Y._____ & Company). Comme la recourante, à partir d'un certain moment, a fourni Y._____ & Company à la place de Z._____ S.A., sans que Y._____ & Company n'ait de contact avec la société du Liechtenstein, le tribunal arbitral devait examiner exclusivement si la recourante avait pris la place de Z._____ S.A. en tant que distributeur mondial et cocontractant de Y._____ & Company. Savoir si la recourante était simultanément titulaire de la marque (qui appartenait à l'origine à A._____ S.A.) ou si le titulaire était la société Liechtensteinoise est une question qui concerne les rapports entre la recourante et la société
Liechtensteinoise, dénuée de pertinence pour savoir si la recourante a ou non repris les contrats qui unissaient le distributeur mondial Z._____ S.A. au distributeur régional Y._____ & Company.

La recourante fait valoir aussi que les contrats de distribution conclus entre Z._____ S.A. et Y._____ & Company contenaient chacun une clause prévoyant que toute modification des dispositions contractuelles exigeait la forme écrite. Indubitablement, ces clauses concernaient l'hypothèse d'une modification des contrats conclus entre Z._____ S.A.
et Y._____ & Company. La cession de contrat est une autre convention, faisant intervenir un tiers (la recourante). Il n'y a pas de violation des principes d'interprétation à admettre que les clauses citées ne visaient pas une pareille hypothèse.

bb) Invoquant également l'art. 190 al. 2 let. d LDIP, la recourante reproche au tribunal arbitral d'avoir résumé les faits en une seule page. En réalité, ce résumé, fort utile pour comprendre le contexte, n'a qu'un caractère liminaire.
Pour trancher les questions litigieuses (notamment pour savoir s'il y a eu des manifestations de volonté permettant de conclure à l'existence d'une cession de contrat), le tribunal arbitral a ensuite examiné les faits plus en détail et cité les moyens de preuve qu'il retenait. On ne voit pas en quoi cette manière de procéder correspondrait à l'hypothèse de l'art. 190 al. 2 let. d ou e LDIP. En tout cas, la recourante ne démontre pas qu'un moyen de preuve concluant et décisif ait été perdu de vue ou que le tribunal arbitral se serait fondé sur des éléments manifestement dépourvus de toute crédibilité. L'argumentation de la recourante est insuffisante (art. 90 al. 1 let. b OJ) pour montrer une violation de l'égalité des parties, du droit d'être entendu en contradictoire ou encore pour établir une incompatibilité avec l'ordre public.

cc) Il ressort des constatations du tribunal arbitral que la recourante a elle-même créé une certaine confusion en utilisant la dénomination B._____ division de X._____ SpA. Le tribunal arbitral a rectifié la désignation des parties en dégageant la volonté réelle de la partie demanderesse. Cette manière d'interpréter les manifestations de volonté est conforme aux principes généraux admis en Suisse (art. 18 CO), de sorte qu'il n'y a pas trace d'une violation de l'ordre public.

dd) Le tribunal arbitral a constaté que la procédure arbitrale était antérieure (cf. art. 181 LDIP) à la demande déposée devant le tribunal de Bologne; en conséquence, le tribunal arbitral n'était nullement tenu de surseoir à statuer en application de l'art. 9 LDIP, à supposer que l'on admette qu'il s'agissait de la même demande. En écartant donc l'exception de litispendance, on ne voit pas comment le tribunal arbitral aurait pu violer l'ordre public.

4.- Le recours est ainsi entièrement infondé et doit être rejeté; les dépens seront en conséquence mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ).
Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Rejette le recours;

2. Met un émolument judiciaire de 10 000 fr. à la charge de la recourante;

3. Dit que la recourante versera à chacune des deux intimées une indemnité de 10 000 fr. à titre de dépens;

4. Communique le présent arrêt en copie aux mandataires des parties et au Tribunal arbitral de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Genève, p.a. Roland Defontaine, bd de la République 189, à Saint-Cloud (France).

_____
Lausanne, le 7 août 2001 ECH

Au nom de la Ie Cour civile
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le président, La greffière,