Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4P.202/2003 /ech

Arrêt du 24 novembre 2003
Ire Cour civile

Composition
MM. les Juges Corboz, Président, Walter et Favre.
Greffier: M. Carruzzo.

Parties
A._____,
recourante, représentée par Me Pierre-Yves Tschanz, avocat, rue Toepffer 11bis, 1206 Genève,

contre

B._____ Ltd,
intimée, représentée par Me Markus dit Marc Fellmann, avocat, Fellmann Christ Partner, Elisabethenanlage 11, Case postale, 4002 Bâle,
Tribunal arbitral,

Objet
arbitrage international; ordre public; droit d'être entendu,

recours de droit public contre la sentence du Tribunal arbitral du 31 juillet 2003.

Faits:
A.
Le 30 juin 1998, A._____ (anciennement: U._____), société de droit néerlandais, a conclu, avec la société de droit suisse B._____ Ltd (ci-après: B._____), un contrat intitulé M̈aster Agreementäyant pour objet le développement d'un logiciel dans les domaines de la logistique et du transport. A._____ devait fournir un logiciel existant. Quant à B._____, elle apporterait son savoir-faire en matière de logistique et payerait une partie des coûts de développement. Ledit contrat prévoyait, à son art. 17.2, que A._____ pourrait s'en départir, entre autres hypothèses, en cas de décision stratégique prise par son conseil d'administration et celui de sa société soeur (B._____ NV) de s̈e retirer de la ligne virtuelle du business des prestations de service de logistique(̈traduction de l'anglais faite par la recourante). Soumis au droit suisse, le Master Agreement comprenait une clause d'arbitrage prévoyant l'application des dispositions topiques de la loi suisse sur le droit international privé et, subsidiairement, des règles d'arbitrage de la CNUDCI. Le siège de l'arbitrage était fixé en Suisse et l'anglais choisi comme langue de l'arbitrage.

Au dernier trimestre de l'année 1998, B._____ NV a subi d'importantes pertes qui ont entraîné la chute du cours de ses actions et une restructuration générale du groupe B._____. Dans ce contexte, A._____ a engagé des discussions avec B._____ en vue d'une modification du Master Agreement. La société suisse était invitée, notamment, à investir de nouveaux fonds dans le projet de développement du logiciel et à s'accommoder du report des délais d'exécution. Elle n'a pas accepté la modification proposée du Master Agreement.

Le 24 mars 1999, A._____ a informé B._____ qu'elle cesserait de travailler sur ce projet le 30 avril 1999, ce qu'elle a fait.

Par lettre du 5 mai 1999, B._____ a indiqué à A._____ qu'elle considérait que cette dernière avait

mis fin à leur relation contractuelle en application de l'art. 17.2 du Master Agreement. Elle a fait valoir, en conséquence, un certain nombre de prétentions de ce chef.
B.
Le 18 janvier 2000, A._____ a notifié à B._____ une requête d'arbitrage. Elle a proposé comme arbitre le professeur X._____. B._____ a choisi Me Y._____ pour occuper la même fonction et le professeur Z._____ s'est vu confier le soin de présider le Tribunal arbitral.

Dans un premier temps, B._____, soutenant que A._____ avait mis un terme à leurs rapports contractuels avec effet au 30 avril 1999, en conformité avec l'art. 17.2 du Master Agreement, a réclamé le paiement de 7'114'952,35 fr., montant correspondant aux sommes qu'elle avait versées à la défenderesse ainsi qu'à la peine conventionnelle stipulée dans ladite clause. Par la suite, A._____ ayant nié s'être départie du Master Agreement sur la base de l'art. 17.2 précité, la demanderesse a fait valoir que la défenderesse avait volontairement mis fin au contrat de manière unilatérale, raison pour laquelle elle a conclu à l'allocation de dommages-intérêts à hauteur de 36'218'790 fr. en se fondant sur l'art. 107 CO. Contestant s'être trouvée en demeure, au 30 avril 1999, Vanenbourg a conclu au rejet de la demande.
Par sentence du 31 juillet 2003, le Tribunal arbitral a constaté que A._____ avait mis fin unilatéralement au Master Agreement et il l'a condamnée à verser à B._____ un montant total de 15'065'557 fr., accessoires en sus, à titre de dommages-intérêts. Les arbitres ont considéré, en substance, que A._____ avait rompu unilatéralement et indûment le Master Agreement à la date du 30 avril 1999, après que B._____ eut refusé d'accepter les modifications dudit contrat, défavorables pour elle, que la société néerlandaise lui avait proposées. Le Tribunal arbitral a donc retenu que A._____ était en demeure de s'exécuter à fin avril 1999; il en a déduit que, par la lettre subséquente qu'elle avait adressée le 5 mai 1999 à la défenderesse, B._____ n'avait pas pris l'initiative de se retirer du Master Agreement. Les arbitres ont estimé que B._____ pouvait se prévaloir de l'art. 108 ch. 1 et 3 CO, de sorte qu'elle n'était pas tenue de fixer un délai supplémentaire à A._____ pour qu'elle s'exécute. Ils ont également admis que la société suisse était en droit de confier l'exécution des travaux à un tiers, aux frais et risques de la défenderesse, en vertu de l'art. 366 al. 2 CO. Ces principes posés, le Tribunal arbitral a
examiné les différents postes du dommage invoqué par la demanderesse et il en a écarté un certain nombre pour aboutir au montant qu'il a alloué à l'intéressée.
C.
A._____ a formé un recours de droit public au Tribunal fédéral aux fins d'obtenir l'annulation de la sentence attaquée. Les griefs qu'elle y articule seront exposés plus loin dans la mesure utile.

B._____ conclut au rejet du recours en tant qu'il est recevable. Le Tribunal arbitral a renoncé à se déterminer sur le recours.

Par ordonnance du 23 octobre 2003, le président de la Cour de céans a rejeté la requête d'effet suspensif présentée par la recourante.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
1.1 Selon l'art. 85 let. c OJ, le recours de droit public au Tribunal fédéral est ouvert contre une sentence arbitrale aux conditions des art. 190 ss LDIP.

La clause compromissoire liant les parties fixe le siège du Tribunal arbitral en Suisse et l'une des parties au moins (en l'occurrence, la recourante) n'avait, au moment de la conclusion de cette convention d'arbitrage, ni son domicile ni sa résidence habituelle en Suisse; les art. 190 ss LDIP sont donc applicables (art. 176 al. 1 LDIP).

La voie du recours au Tribunal fédéral, prévue à l'art. 191 al. 1 LDIP, est ouverte, puisque les parties n'ont pas choisi, en lieu et place, le recours à l'autorité cantonale (art. 191 al. 2 LDIP).

Le recours ne peut être formé que pour l'un des motifs énumérés de manière exhaustive à l'art. 190 al. 2

LDIP (ATF 128 III 50 consid. 1a p 53; 127 III 279 consid. 1a p. 282; 119 II 380 consid. 3c p. 383).
1.2 La voie du recours de droit public étant ouverte en l'espèce, il faut encore examiner si les règles de procédure ont été respectées. Pour le recours en matière d'arbitrage international, la procédure devant le Tribunal fédéral est régie par les dispositions de la loi fédérale d'organisation judiciaire relatives au recours de droit public (art. 191 al. 1, 2e phrase, LDIP).

La recourante est directement touchée par la sentence attaquée, qui la condamne à verser une somme d'argent à l'intimée. Elle a ainsi un intérêt personnel, actuel et juridiquement protégé à ce que cette sentence n'ait pas été rendue en violation des garanties découlant de l'art. 190 al. 2 LDIP, ce qui lui confère la qualité pour recourir (art. 88 OJ).
Déposé en temps utile (art. 89 al. 1 OJ en liaison avec l'art. 34 al. 1 let. b OJ), dans la forme prévue par la loi (art. 90 al. 1 OJ), le recours est en principe recevable.
1.3 Dès lors que les règles de procédure sont celles du recours de droit public, la partie recourante doit invoquer ses griefs conformément aux exigences de l'art. 90 al. 1 let. b OJ (ATF 128 III 50 consid. 1c; 127 III 279 consid. 1c; 117 II 604 consid. 3 p. 606). Saisi d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral n'examine que les griefs admissibles qui ont été invoqués et suffisamment motivés dans l'acte de recours (cf. ATF 127 I 38 consid. 3c; 127 III 279 consid. 1c; 126 III 524 consid. 1c, 534 consid. 1b). La recourante devait donc indiquer quelles hypothèses de l'art. 190 al. 2 LDIP sont à ses yeux réalisées en l'espèce et, en partant de la sentence attaquée, montrer de façon circonstanciée en quoi consiste, à son avis, la violation du principe invoqué (ATF 127 III 279 consid. 1c). Il conviendra de vérifier la réalisation de cette condition lors de l'examen des différents griefs formulés dans le recours de droit public.
2.
2.1 Dans un premier moyen, la recourante invoque la violation de son droit d'être entendue (art. 190 al. 2 let. d LDIP). A l'appui de ce grief, elle reproche au Tribunal arbitral d'avoir appliqué de manière totalement erronée les art. 107 et 108 CO, d'avoir procédé à des constatations manifestement fausses sur le point de savoir par qui le Master Agreement avait été résilié et de s'être contredit dans le traitement de cette question.
2.2 En matière d'arbitrage international, la jurisprudence considère qu'il y a violation du droit d'être entendu si le contenu de la sentence équivaut à un déni de justice formel qui vide de sa substance le droit d'être entendu; cette hypothèse est réalisée si, par inadvertance ou malentendu, le Tribunal ne prend pas en compte des allégués, arguments, preuves et offres de preuve présentés par l'une des parties et importants pour la décision à rendre (ATF 127 III 576 consid. 2e; 121 III 331 consid. 3b); toute inadvertance manifeste ne constitue cependant pas nécessairement une violation du droit d'être entendu; encore faut-il, pour qu'elle puisse être sanctionnée à ce titre, qu'elle ait empêché la partie qui l'invoque de faire valoir son point de vue sur une question pertinente et d'apporter la preuve des circonstances qui l'étayent (cf. ATF 127 III 576 consid. 2).

En l'espèce, la recourante n'indique pas en quoi le Tribunal arbitral l'aurait privée de la possibilité de faire valoir son point de vue. Bien qu'elle s'en défende, ce qu'elle reproche en réalité aux arbitres, c'est d'avoir procédé à des constatations de fait insoutenables, respectivement d'en avoir tiré des conclusions juridiques inadmissibles, en ce qui concerne l'extinction des rapports contractuels et plus précisément la détermination de la partie qui avait pris l'initiative de mettre un terme à ceux-ci. En argumentant ainsi, la recourante ne tient pas compte de la jurisprudence du Tribunal fédéral voulant que le grief tiré de la violation du droit d'être entendu ne doive pas servir, pour la partie qui se plaint de vices affectant la motivation de la sentence, à provoquer par ce biais un examen de l'application du droit de fond (ATF 116 II 373 consid. 7b; Bernard Corboz, Le recours au Tribunal fédéral en matière d'arbitrage international, in SJ 2002 II 1 ss, 24). Au demeurant, il n'apparaît pas, à la lecture de la sentence attaquée, que les arbitres aient tranché le litige en se basant sur un autre état de fait que celui qui leur avait été soumis par les parties. De surcroît, l'intimée, dans ses observations faites sous chiffres 8 à 20 de sa réponse au recours, démontre de façon convaincante que la motivation de la sentence ne revêt nullement un caractère contradictoire.

Ce premier grief apparaît ainsi infondé, si tant est qu'il soit recevable.
3.
La recourante fait valoir ensuite que le Tribunal arbitral aurait violé le principe d'ordre public de sécurité juridique, qu'elle range sous l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Selon elle, ce principe, d'application générale, exige que

le débiteur, même défaillant, soit fixé sur l'option du créancier de maintenir ou non le contrat. En droit suisse, l'application dudit principe postule que le créancier qui entend se départir du contrat en se basant sur l'art. 107 CO en informe le débiteur, même dans les hypothèses réservées à l'art. 108 CO.

On ne voit pas ce qui permet à la recourante d'affirmer que la nécessité pour le créancier d'informer le débiteur en demeure de son intention de renoncer à l'exécution du contrat constituerait un principe juridique fondamental, au sens de la jurisprudence fédérale relative à l'ordre public matériel (cf. ATF 128 III 191 consid. 6b). On le discerne d'autant moins qu'il ressort de la citation doctrinale faite sous chiffre 46 du mémoire de recours que la règle formulée par la recourante n'est déjà pas incontestée en Suisse (pour une référence complète aux tenants des deux opinions antagonistes émises sur ce point, cf. Rolf H. Weber, Commentaire bernois, n. 52 ad art. 108 CO).
Il ressort d'ailleurs de la sentence attaquée que l'intimée avait indiqué à la recourante, lors de réunions tenues en février et mars 1999, qu'elle confierait la continuation des travaux à un tiers, aux frais et risques de la société néerlandaise, si cette dernière cessait de travailler sur le projet le 30 avril 1999, ainsi qu'elle en avait manifesté l'intention. L'intéressée est, dès lors, malvenue de se plaindre d'une absence d'information. Quoi qu'il en soit, quand bien même elle serait justifiée, cette doléance porterait sur la violation d'un principe n'entrant manifestement pas dans la notion d'ordre public.

Sur ce point, le recours est, partant, dénué de tout fondement.
4.
4.1
Dans un troisième grief, la recourante déplore la violation du principe des règles d'ordre public de la bonne foi (art. 190 al. 2 let. e LDIP). A l'en croire, le Tribunal arbitral aurait permis à l'intimée de changer, pendente lite, la position qu'elle avait prise dans sa lettre du 5 mai 1999 - l'intéressée y soutenait (à tort) que la recourante avait mis fin à leur relation contractuelle en application de l'art. 17.2, précité, du Master Agreement - et de réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution (art. 107 al. 2 CO) sans commune mesure avec le montant qu'elle aurait pu exiger si le contrat avait été résilié en conformité avec cet art. 17.2. En d'autres termes, le Tribunal arbitral aurait entériné la violation, par l'intimée, de l'interdiction du venire contra factum proprium.
4.2 Savoir dans quelle mesure l'intimée était en droit d'augmenter ses conclusions pécuniaires en cours de procédure est une question qui relève des règles d'arbitrage applicables à la présente procédure, en l'occurrence celles de la CNUDCI. La recourante n'indique pas laquelle de ces règles aurait pu être méconnue par l'intimée, et il n'appartient pas au Tribunal fédéral d'éclaircir d'office ce point.

Pour le surplus, force est de constater que la recourante avait elle-même soutenu, devant les arbitres, qu'elle n'avait pas fait usage de l'art. 17.2 du Master Agreement. Aussi ne peut-elle pas venir se plaindre aujourd'hui, sans violer le principe de la bonne foi (attitude contradictoire), que le Tribunal arbitral ait admis que le cas ne devait pas être analysé à la lumière de cette clause contractuelle. Elle ne saurait non plus reprocher à la partie adverse de l'avoir prise au mot, d'avoir calqué sa position sur le point de vue soutenu par son adversaire et d'avoir modifié ses conclusions en conséquence.
Sur le fond, le Tribunal arbitral a constaté que la recourante avait cessé d'exécuter le contrat dans des circonstances telles qu'une mise en demeure eût été vaine (sentence attaquée, n°87). Il a admis que l'intimée avait valablement opté pour l'exécution par substitution. Déteminer si, ce faisant, les arbitres ont appliqué correctement les art. 107 ss CO, voire l'art. 366 CO, est un problème qui échappe à la connaissance du Tribunal fédéral, appelé à examiner le grief de violation de l'ordre public.

Le grief correspondant s'en trouve privé de fondement.
5.
Dans un quatrième et dernier moyen, la recourante invoque la violation du principe pacta sunt servanda, qui ressortit à l'ordre public matériel (art. 190 al. 2 let. e LDIP; ATF 128 III 191 consid. 6b).

Selon la jurisprudence, il ne peut y avoir violation du principe pacta sunt servanda que si l'arbitre admet que les parties sont juridiquement liées par une clause contractuelle, mais refuse néanmoins de l'appliquer ou, à

l'inverse, s'il admet que les parties ne sont pas juridiquement tenues par une clause contractuelle, mais leur en impose néanmoins le respect; il faut donc que le tribunal accorde ou refuse une protection contractuelle en se mettant en contradiction avec le résultat de son interprétation à propos de l'existence ou du contenu d'un acte juridique dont une partie se prévaut (arrêt 4P.143/2001 du 18 septembre 2001, consid. 3a/bb; arrêt 4P.12/2000 du 14 juin 2000, consid. 4a/cc; arrêt 4P.62/1999 du 26 mai 1999, consid. 1a/bb; cf. également: ATF 120 II 155 consid. 6c/cc p. 171; 116 II 634 consid. 4b p. 638).

En l'occurrence, le Tribunal arbitral ne saurait se voir imputer semblable violation. Il n'a pas retenu que l'art. 17.2 du Master Agreement était applicable pour refuser néanmoins d'appliquer cette clause contractuelle, ni, à l'inverse, n'a appliqué ledit article après avoir admis qu'il était inapplicable. Quant à savoir si les conditions d'application de la clause litigieuse étaient réunies ou non et à déterminer le rapport existant entre cette clause et les art. 107 ss CO, ce sont là des questions qui n'ont pas leur place dans un recours de droit public pour violation du principe pacta sunt servanda.

Cet ultime grief apparaît dès lors inconsistant, à l'instar des précédents.
6.
La recourante, qui succombe, devra payer l'émolument judiciaire (art. 156 al. 1 OJ) et verser des dépens à l'intimée (art. 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.
2.
Un émolument judiciaire de 30'000 fr. est mis à la charge de la recourante.
3.
La recourante versera à l'intimée une indemnité de 40'000 fr. à titre de dépens.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et au Président du Tribunal arbitral.
Lausanne, le 24 novembre 2003
Au nom de la Ire Cour civile
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: