

# **BGer 4A\_231/2014 vom 23. September 2014**

Bundesgericht, 2014-09-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_231\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_231_2014)

FR: TF 4A\_231/2014 du 23 septembre 2014

IT: TF 4A\_231/2014 del 23 settembre 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

D'après l' art. 54 al. 1 LTF , le Tribunal fédéral rédige son arrêt dans une langue officielle, en règle générale dans la langue de la décision attaquée. Lorsque cette décision a été rendue dans une autre langue (ici l'anglais), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le Tribunal arbitral, celles-ci se sont servies de l'anglais, tandis que, dans les mémoires qu'elles ont adressés au Tribunal fédéral, elles ont employé toutes deux le français. Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral rendra, par conséquent, son arrêt en français.

### **E. 2**

Le Tribunal fédéral est saisi d'un recours en matière civile et d'une demande de révision connexes visant la même sentence arbitrale. En application de la règle générale, à laquelle il n'y a pas de raison de déroger en l'espèce, le recours en matière civile sera traité en priorité (cf. ATF 129 III 727 consid. 1).

### **E. 3**

Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions fixées par les art. 190 à 192 LDIP ( art. 77 al. 1 let. a LTF ). Qu'il s'agisse de l'objet du recours, de la qualité pour recourir, du délai de recours, des conclusions prises par la recourante ou encore du motif de recours invoqué, aucune de ces conditions de recevabilité ne fait problème en l'espèce. Ainsi, rien ne s'oppose à l'entrée en matière.

### **E. 4.1**

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 ). Aussi bien, sa mission, lorsqu'il est saisi d'un recours en matière civile visant une sentence arbitrale internationale, ne consiste 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 dans le dossier de l'arbitrage (arrêt 4A\_386/2010 du 3 janvier 2011 consid. 3.2). Cependant, comme c'était déjà le cas sous l'empire de la loi fédérale d'organisation judiciaire (cf. ATF 129 III 727 consid. 5.2.2; 128 III 50 consid. 2a et les arrêts cités), le Tribunal fédéral conserve la faculté de revoir l'état de fait à la base de la sentence attaquée si l'un des griefs mentionnés à l' art. 190 al. 2 LDIP est soulevé à

l'encontre dudit état de fait ou que des faits ou des moyens de preuve nouveaux sont exceptionnellement pris en considération dans le cadre de la procédure du recours en matière civile ( ATF 138 III 29 consid. 2.2.1 et les arrêts cités).

#### **E. 4.2**

Par courrier de ses conseils du 3 mars 2014, la recourante a informé le président du Tribunal arbitral de la mise en accusation, aux Etats-Unis d'Amérique, d'un ressortissant xxx dénommé F.\_\_\_\_\_, soupçonné d'avoir touché des pots-de-vin versés par le truchement de consultants, telle l'intimée, qui agissaient pour le compte d'entreprises étrangères souhaitant obtenir l'adjudication de marchés dans le cadre de la mise au concours de différents projets de construction de centrales électriques. A ce courrier était annexé un acte

Indictment) dressé le 10 février 2014 par le

Grand Jury for the district of Maryland dans la cause

United States of America v. F.\_\_\_\_\_.

Le président du Tribunal arbitral a indiqué à la recourante, par courrier électronique du 4 mars 2014, que la lettre précitée lui est parvenue alors que la sentence avait déjà été signée par tous les membres de la formation arbitrale. Dans sa lettre susmentionnée du 5 mai 2014, dont une copie a été adressée au Tribunal fédéral, il a confirmé la chose en détaillant le processus d'adoption de la sentence attaquée. La recourante, à qui un double de la lettre en question a été transmis, n'a pas contesté le contenu de cette missive. Elle qualifie d'ailleurs elle-même la circonstance alléguée dans sa lettre du 3 mars 2014 de "fait nouveau" et l'invoque à l'appui de sa demande parallèle tendant à la révision de la sentence présentement attaquée.

A suivre la recourante, il se justifierait néanmoins de tenir compte exceptionnellement de ce fait nouveau

in casu , eu égard aux enjeux cruciaux que représentent à ses yeux les questions soulevées dans son recours et aux sanctions pénales découlant d'ordres juridiques étrangers qui la menacent. Tel n'est pas le cas. Le fait mentionné dans la lettre du 3 mars 2014 de la recourante et le moyen de preuve qui l'étaie ont, sans conteste, été portés à la connaissance du tribunal arbitral après la reddition de la sentence entreprise. Il s'agit d'un fait nouveau et d'une preuve nouvelle, ne résultant pas de cette sentence, lesquels ne peuvent ainsi pas être pris en considération par la Cour de céans, vu l' art. 99 al. 1 LTF , disposition non visée par la liste d'exclusion figurant à l' art. 77 al. 2 LTF .

Par conséquent, le mérite du recours sera examiné en faisant abstraction de la circonstance mentionnée dans la lettre de la recourante du 3 mars 2014.

#### **E. 5**

La recourante soutient que le Tribunal arbitral a rendu une sentence incompatible avec l'ordre public, au sens de l' art. 190 al. 2 let . e LDIP, en prononçant, à son encontre, une condamnation pécuniaire susceptible de l'exposer au risque de violer le

FCPA et le

Bribery Act et, par conséquent, aux sanctions pénales prévues par ces deux lois. A l'en croire, les commissions versées par elle à l'intimée pourraient avoir été utilisées pour le

versement de pots-de-vin à F.\_\_\_\_\_.

### **E. 5.1**

Les promesses de versement de pots-de-vin, d'après la conception juridique suisse, sont contraires aux moeurs et, partant, nulles en raison du vice affectant leur contenu. Selon un point de vue confirmé, elles contreviennent également à l'ordre public ( ATF 119 II 380 consid. 4b). Encore faut-il, pour que le grief correspondant soit admis, que la corruption soit établie, mais que le Tribunal arbitral ait refusé d'en tenir compte dans sa sentence (arrêts 4A\_538/2012 du 17 janvier 2013 consid. 6.1, 4P.208/2004 du 14 décembre 2004 consid. 6.1 et 4P.115/1994 du 30 décembre 1994 consid. 2d; Kaufmann-Kohler/Rigozzi, Arbitrage international, 2e éd. 2010, p. 536, note 666).

En l'espèce, le Tribunal arbitral, après avoir analysé les éléments probatoires que la recourante lui avait fournis afin d'étayer son allégation implicite de corruption visant l'intimée, a estimé que cette allégation n'avait pas été prouvée (sentence, n. 124 i.f.). Pareille conclusion, fondée sur une appréciation des preuves que la Cour de céans ne peut pas revoir (cf. consid. 4.1 ci-dessus), exclut d'emblée la possibilité de reprocher au Tribunal arbitral d'avoir méconnu l'ordre public en ordonnant le paiement de commissions relatives à des contrats de courtage frappés de nullité pour cause de corruption.

### **E. 5.2**

En réalité, ce que la recourante déplore, sous l'angle de la violation de l'ordre public, n'est pas tant la corruption censée affecter les contrats qu'elle avait passés avec l'intimée - elle n'a du reste pas plaidé la nullité de ceux-ci, à ce titre, devant le Tribunal arbitral - que le risque, auquel l'exposerait l'exécution de la sentence attaquée, d'être sanctionnée lourdement sur la base de dispositions de droit pénal édictées par les Etats-Unis d'Amérique et l'Angleterre.

#### **E. 5.2.1**

Le Tribunal arbitral a soigneusement examiné, en fait comme en droit, à la lumière notamment des témoignages des experts privés C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_, les questions liées aux enquêtes conduites par le SFO et par le DOJ à l'encontre de plusieurs sociétés appartenant au groupe Y.\_\_\_\_\_ (sentence, n. 126 à 173). S'agissant de la première enquête, il a déduit du témoignage de M. C.\_\_\_\_\_ qu'aucune des défenderesses à l'arbitrage ne risquait de se voir infliger des sanctions pénales en application du

Bribery Act, la seule société susceptible de tomber sous le coup de cette réglementation étant la maison mère du groupe Y.\_\_\_\_\_, sise en xxx, qui n'était pas partie à l'arbitrage. Il a indiqué, en outre, les raisons pour lesquelles il ne se justifiait pas selon lui, contrairement à ce que requérait la recourante, de surseoir au prononcé de la sentence finale jusqu'à droit jugé dans la procédure pénale pendante en Angleterre, rappelant, à ce propos, que le principe rendu par l'adage "le pénal tient le civil en l'état" n'est pas considéré par le Tribunal fédéral comme étant d'une importance telle qu'il ferait partie intégrante de l'ordre public procédural visé par l' art. 190 al. 2 let . e LDIP ( ATF 119 II 386 consid. 1c; arrêt 4A\_604/2010 du 11 avril 2011 consid. 2.2.2). Relativement à la seconde enquête, le Tribunal arbitral a mis en exergue le fait que M. D.\_\_\_\_\_ n'avait pas été en mesure de fournir une indication sérieuse quant à la durée prévisible et l'issue probable de l'enquête pénale menée par le DOJ sur la base du

FCPA. Il en a donc déduit, dans ce cas également, que l'intérêt de l'intimée à voir la procédure arbitrale introduite par elle jugée dans un délai raisonnable l'emportait, étant

donné les circonstances, sur celui de la recourante à différer l'exécution de ses obligations contractuelles, au demeurant non contestées, à l'égard de cette partie jusqu'au moment, impossible à fixer, où une hypothétique décision finale serait rendue par les autorités pénales américaines au sujet de l'enquête en cours.

### **E. 5.2.2**

Pour tout argument, la recourante renvoie, sans autres explications, dans son mémoire, à "l'analyse de M. D. \_\_\_\_\_ et M. C. \_\_\_\_\_", laquelle serait valable sans qu'il importe que le paiement des commissions litigieuses intervienne sur une base volontaire, sur l'injonction d'un Tribunal arbitral ou dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée. Elle ajoute que le risque de commettre une infraction pénale réprimée par les juridictions américaines et/ou anglaises existe quelle que soit l'entité du groupe Y. \_\_\_\_\_ qui effectuerait un tel paiement, étant donné que le

Bribery Act et le

FCPA instituerait une responsabilité de la société mère - en l'occurrence, Y. \_\_\_\_\_ SA - pour le fait de ses filiales (recours, n. 44). En d'autres termes, selon la recourante, le Tribunal arbitral aurait méconnu l'ordre public transnational, "dont ces deux législations font manifestement partie", en lui ordonnant de prendre le risque de violer celles-ci (recours, n. 47 à 49; réplique, p. 1).

La motivation du recours, ainsi exposée, apparaît manifestement insuffisante. Aussi bien, la recourante se contente de renvoyer le Tribunal fédéral à la lecture des déclarations faites par ses deux experts privés, comme si elle plaiderait devant une cour d'appel. Elle ne démontre pas quelles dispositions du

Bribery Act ou du

FCPA seraient applicables en l'espèce, quelle serait la sanction pénale qui pourrait être prononcée en application de ces deux législations ou encore quel serait le risque pour elle de se voir personnellement condamnée sur cette base, alors qu'elle est une société de droit zzz. La recourante n'expose pas non plus pourquoi le simple fait qu'elle puisse prétendument faire courir semblable risque à la société mère du groupe dont elle est membre, laquelle n'était pas partie à la procédure arbitrale close par la sentence entreprise, serait pertinent sous l'angle de la violation de l'ordre public. Enfin, elle ne propose pas une critique digne de ce nom de la pesée d'intérêts minutieuse à laquelle les arbitres ont procédé pour aboutir à la conclusion que, étant donné les circonstances, il ne convenait pas de surseoir au prononcé de la sentence dans l'attente de connaître l'issue des enquêtes pénales ouvertes en Angleterre et aux Etats-Unis d'Amérique.

Dans ces conditions, le présent recours ne peut qu'être rejeté si tant est qu'il soit recevable.

### **E. 6**

La recourante, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale ( art. 66 al. 1 LTF ) et indemniser son adverse partie ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).