

## **BGer 4A\_536/2016 vom 26. Oktober 2016**

Bundesgericht, 2016-10-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_536\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_536_2016)

FR: TF 4A\_536/2016 du 26 octobre 2016

IT: TF 4A\_536/2016 del 26 ottobre 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Les deux recours, bien qu'ils visent deux sentences distinctes rendues par le même tribunal arbitral, n'en sont pas moins étroitement liés. Chacun d'eux a été formé par le même club sportif. La partie intimée est le même club sportif dans les deux cas. Les réponses à apporter à la question soulevée par le recourant ne varient pas d'un recours à l'autre. Aussi l'économie de la procédure commande-t-elle d'admettre la requête de jonction présentée par le recourant. Par conséquent, les causes 4A\_536/2016 et 4A\_540/2016 seront jointes, conformément à l'art. 24 PCF applicable par analogie en vertu du renvoi de l'art. 71 LTF, pour être traitées dans un seul et même arrêt.

#### **E. 2**

D'après l'art. 54 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110) entrée en vigueur le 1er janvier 2007, 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 son mémoire de recours adressé au Tribunal fédéral, le recourant a employé le français, respectant ainsi l'art. 42 al. 1 LTF en liaison avec l'art. 70 al. 1 Cst. (arrêt 4A\_386/2015 du 7 septembre 2016, destiné à la publication, consid. 1). Quant à l'intimé, il n'a pas été invité à déposer une réponse. Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral rendra, par conséquent, son arrêt en français.

#### **E. 3**

Le recours en matière civile est recevable contre les sentences touchant l'arbitrage international 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 le recourant ou encore du grief soulevé dans les mémoires de recours, aucune de ces conditions de recevabilité ne fait problème en l'espèce. Rien ne s'oppose, partant, à l'entrée en matière.

#### **E. 4.1**

Dans un unique moyen, le recourant dénonce une violation de l'ordre public matériel au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Selon lui, l'application combinée de l'intérêt moratoire conventionnel de 12% l'an, de la peine conventionnelle de 10% du capital dû et de l'intérêt moratoire de 5% l'an sur le montant de cette peine ne refléterait aucunement le véritable dommage subi par l'intimé et aboutirait à un résultat s'apparentant à l'allocation de dommages-intérêts punitifs. Or, selon la majorité de la doctrine, de tels dommages-intérêts tomberaient sous le coup de la disposition précitée.

Quant au taux d'intérêt moratoire, respectivement aux peines conventionnelles sanctionnant un paiement tardif, le recourant soutient que le droit suisse comporte une limite découlant des art. 20, 21 et 163 CO, voire de l'art. 157 CP. Il souligne, par ailleurs, qu'il est usuellement admis qu'un intérêt moratoire dépassant le taux de 18% l'an est excessif et fait en outre remarquer, en se référant aux dispositions topiques des codes civils belge et allemand de même qu'à un arrêt du

Bundesgerichtshof, que la faculté donnée au juge de réduire les taux d'intérêt exagérés ou les peines conventionnelles excessives existe dans la plupart des pays qui entourent la Suisse. Aussi l'interdiction de tels taux et de semblables peines relèverait-elle, selon lui, de l'ordre public international sanctionné par l'art. 190 al. 2 let. e LDIP et pas uniquement de l'ordre public suisse.

Au demeurant, toujours selon le recourant, la mesure confirmée par le TAS revêtirait un caractère spoliateur, si bien que la sentence qui l'entérine serait incompatible avec l'ordre public.

#### **E. 4.2**

Il est douteux que les mémoires soumis à l'examen du Tribunal fédéral satisfassent 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). En effet, pour satisfaire à son obligation de motiver, le recourant doit discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'auteur de cette décision a méconnu le droit. Or, en l'espèce, le recourant ne fait nullement état des motifs sur lesquels le TAS s'est fondé pour aboutir à la solution retenue par lui (sentences n. 98 à 110, resp. n. 94 à 106). Il se borne, en réalité, à avancer des arguments d'ordre théorique, en mélangeant diverses notions (intérêt conventionnel, intérêt moratoire, peine conventionnelle et dommages-intérêts punitifs), sans se soucier de l'application concrète qui en a été faite dans les sentences attaquées et en invoquant à l'appui de sa thèse des dispositions ainsi qu'une jurisprudence tirées du droit étranger, alors même que la cause a été jugée par le TAS sur la base de la réglementation ad hoc de la FIFA et, subsidiairement, au regard du droit suisse.

Quoi qu'il en soit, les deux recours, fussent-ils recevables, ne pourraient qu'être rejetés pour les motifs indiqués ci-après.

#### **E. 4.3.1**

Une sentence est contraire à l'ordre public matériel 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; 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 132 III 389 consid. 2.2.1).

#### **E. 4.3.2**

Il ressort des constatations de fait souveraines du TAS que le recourant s'est soumis librement à l'obligation prévue à l'art. 4.2 du contrat de transfert sans formuler aucune réserve quant au caractère prétendument excessif de la peine conventionnelle et de l'intérêt stipulés dans cette clause (sentences, n. 96, resp. 100). Du reste, il n'a contesté ni la validité ni la proportionnalité de cette obligation lorsque le juge unique de la CSJ lui en a imposé

l'exécution pour la première fois. De même n'a-t-il pas interjeté un recours au Tribunal fédéral contre la sentence du TAS entérinant la deuxième décision du même juge touchant l'obligation en question. On peine à comprendre, dès lors, pourquoi il s'en prend aujourd'hui aux deux sentences rendues ultérieurement par le TAS au sujet de cette obligation-là.

Il a déjà été jugé qu'une peine conventionnelle atteignant le 10% du prix de vente convenu n'était pas excessive selon le droit suisse ( ATF 133 III 201 consid. 5.5). D'autre part, un intérêt moratoire de 12% l'an n'est certainement pas contraire, en soi, à la possibilité que l'art. 104 al. 2 CO, appliqué par le TAS, offre aux parties de fixer conventionnellement un intérêt supérieur à 5% l'an. Que le défaut de paiement de la peine conventionnelle dans le délai prévu à cet effet entraîne la mise en compte d'un intérêt moratoire de 5% l'an n'apparaît pas non plus contestable, puisqu'il s'agit là d'une conséquence prévue par la loi en cas de demeure du débiteur ( art. 104 al. 1 CO ). On ne voit pas non plus en quoi la combinaison de ces trois obligations aboutirait en l'espèce à une restriction excessive de la liberté du recourant au regard de l' art. 27 al. 2 CC en ce sens qu'elle le livrerait à l'arbitraire de son cocontractant, supprimerait sa liberté économique ou la limiterait dans une mesure telle que les bases de son existence économique seraient mises en danger (cf. ATF 123 III 337 consid. 5). Se contenter d'affirmer, à l'instar du recourant, que tel serait le cas de la mesure incriminée, vu son caractère démesuré et spoliateur, ne suffit manifestement pas à démontrer la chose.

Pour le surplus, il sied de rappeler que, selon une jurisprudence bien établie, le fait qu'une disposition, tel l' art. 163 al. 3 CO, est une norme d'ordre public ne veut pas dire encore que sa violation contreviendrait à l'ordre public de l' art. 190 al. 2 let. e LDIP (arrêts 4A\_510/2015 du 8 mars 2016 consid. 6.2.2 et 4A\_634/2014 du 21 mai 2015 consid. 5.2.2). La remarque toute générale que le recourant formule dans ce contexte quant au caractère très restrictif de la notion d'ordre public, telle qu'interprétée par le Tribunal fédéral, et aux critiques que cette interprétation a pu susciter, notamment en la personne d'un auteur reconnu (PIERRE LALIVE, L'article 190 al. 2 LDIP a-t-il une utilité?, in Bulletin de l'Association Suisse de l'Arbitrage [ASA], 2010 p. 726 ss, 733/734), ne suffit pas à justifier un réexamen de cette jurisprudence.

Enfin, le parallèle fait par le recourant entre les montants qu'il a été condamné à payer à l'intimé du chef de la clause pénale et des intérêts moratoires conventionnels, d'une part, et les dommages-intérêts punitifs (

punitive damages ), d'autre part, n'est pas de mise. En effet, à la différence de cette dernière institution, la peine conventionnelle ne vaut que parce qu'elle a été acceptée par le débiteur; les dommages-intérêts punitifs, en revanche, ne s'appuient pas sur l'accord du débiteur, mais s'imposent à lui (GASPARD COUCHEPIN, La clause pénale, 2008, n. 149; ANDREAS HAUENSTEIN, Punitive Damages im internationalen Zivilprozessrecht und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 2007, p. 16 s.). Au demeurant, quoi qu'en dise le recourant, qui ne cite qu'un seul auteur pour étayer sa thèse (ANTON HEINI, in Zürcher Kommentar zum IPRG, 2e éd. 2004, n° 46 ad art. 190 LDIP ), la doctrine majoritaire tendrait plutôt à nier qu'une sentence soit contraire à l'ordre public matériel du simple fait qu'elle condamne une partie au paiement de dommages-intérêts punitifs (BERGER/KELLERHALS, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3e éd. 2015, n. 1770; TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, 2014, n. 2135; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration, 2015, n. 8.201;

les mêmes , Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP, 2e éd. 2010, n. 902; STEFANIE PFISTERER, in Commentaire bâlois, Internationales Privatrecht, 3e éd. 2013, n° 76 ad art. 190 LDIP ; STEPHAN LÜKE, Punitive Damages in der Schiedsgerichtsbarkeit, 2003, p. 250 s.; HAUENSTEIN, op. cit., p. 44 s.). Cependant, point n'est besoin de pousser plus avant l'examen de cette question, qui a été laissée ouverte précédemment (arrêt 4A\_16/2012 du 2 mai 2012 consid. 4.3), dès lors que la réponse à y donner ne changerait rien au sort du recours, les indemnités que le recourant a été condamné à verser à l'intimé ne revêtant pas le caractère de dommages-intérêts punitifs.

#### **E. 5**

Le recourant, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale ( art. 66 al. 1 LTF ). L'intimé, quant à lui, n'a pas droit à l'allocation de dépens puisqu'il n'a pas été invité à déposer une réponse.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.