

# **BGer 4P.28/2002 vom 10. April 2002**

Bundesgericht, 2002-04-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4P.28\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4P.28_2002)

FR: TF 4P.28/2002 du 10 avril 2002

IT: TF 4P.28/2002 del 10 aprile 2002

## **Regeste**

Jurisdiction arbitrale

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Selon la jurisprudence, lorsqu'il est saisi d'un recours de droit public pour violation du Concordat intercantonal sur l'arbitrage (RS 279; CA), le Tribunal fédéral examine librement - sans limitation - si l'autorité cantonale a admis ou nié à tort l'arbitraire au sens de l' art. 36 let . f CA ( ATF 119 II 380 consid. 3b p. 382; 112 Ia 350 consid. 1). A teneur de cette disposition, une sentence n'est arbitraire que si elle repose sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ou constitue une violation évidente du droit - matériel ( ATF 112 Ia 350 consid. 2) - ou de l'équité. Ce moyen se confond avec la protection contre l'arbitraire ancrée à l' art. 9 Cst. , la notion concordataire de l'arbitraire ayant été empruntée à celle qui est fondée sur cette disposition constitutionnelle ( ATF 115 II 102 consid. 2; Lalive/Poudret/Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, p. 212, let. f). Il suit de là que l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (sur la notion d'arbitraire en général, cf. ATF 127 I 54 consid. 2b; 126 I 168 consid. 3a). Pour que les constatations posées par le tribunal arbitral soient considérées comme arbitraires, il faut qu'elles soient contraires au dossier; ce sera le cas si ledit tribunal a omis certaines pièces du dossier ou leur a prêté un contenu qu'elles n'avaient pas ou s'il est parti faussement de l'idée qu'un fait était établi, alors que le fait retenu ne trouve aucune assise dans le dossier (Rüede/Hadenfeldt; *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2e éd., p. 346; Jolidon, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, n. 94 ad art. 36 CA ). L'adoption de constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ne conduit toutefois à l'annulation de la sentence attaquée que si elles font apparaître celle-ci arbitraire dans son résultat (Lalive/Poudret/Reymond, *op. cit.* , loc. cit.). Les critiques de nature purement appellatoire dirigées contre la sentence arbitrale sont irrecevables ( ATF 119 II 380 consid. 3b p. 382).

### **E. 2**

a) Devant la cour cantonale, les recourants, qui se référaient à l' art. 36 let . f CA, avaient prétendu que c'est par une violation évidente du droit et de l'équité que le Tribunal arbitral avait assimilé la convention du 24 novembre 1997 à un contrat de mandat, en écartant la qualification de société simple qu'ils avaient soutenue dans l'instance arbitrale. Ils avaient

fait valoir que la convention avait été conclue pour six ans, ce qui ne s'accordait pas à l'idée d'un contrat de mandat, que l'intimée avait appuyé sa résiliation par l'invocation de justes motifs et que la rémunération des tiers-gérants était directement en rapport avec la masse des avoirs en gestion en sorte que "les bénéfices étaient partagés par moitié entre les parties". Contrairement à l'opinion des arbitres, les contractants avaient un but commun au sens de l' art. 530 CO , à savoir celui de maintenir dans un premier temps, malgré les aléas de la procédure pénale française, les avoirs déposés auprès de l'intimée et gérés par les défendeurs, puis d'augmenter progressivement lesdits avoirs; dans cette société simple, les gérants avaient apporté initialement 40'000'000 fr. d'avoirs sous gestion et la demanderesse son infrastructure, ses bureaux et un véhicule de service. Les recourants avaient encore soutenu qu'ils n'avaient aucune instruction à recevoir de la demanderesse dont ils étaient totalement indépendants et qu'ils ne disposaient pas d'un pouvoir de représentation de l'intimée, alors que tout mandataire devait disposer d'un tel pouvoir. Enfin, à suivre les recourants, le Tribunal arbitral avait méconnu que A. \_\_\_\_\_ s'était déclaré disposer à céder ses actions Y. \_\_\_\_\_ à B. \_\_\_\_\_ à la condition de pouvoir conserver durant plusieurs années les revenus qui étaient les siens en tant qu'employé de la demanderesse, si bien qu'il n'aurait pas accepté la conclusion d'un contrat de mandat, lequel, par sa nature, ne lui offrait aucune garantie de rémunération. La Cour de justice a écarté d'emblée le moyen pris de la violation évidente de l'équité, dès l'instant où les arbitres n'avaient pas été autorisés à statuer selon l'équité en application de l' art. 31 al. 3 CA . Puis elle a jugé que le tribunal arbitral n'avait pas versé dans l'arbitraire en rattachant la convention litigieuse de manière prépondérante aux normes légales régissant le mandat. Si ladite convention avait un caractère complexe, la fourniture de services par les défendeurs en constituait l'élément prépondérant, de sorte que la qualification juridique effectuée par les arbitres ne tombait pas sous le coup de l' art. 36 let . f CA. Que la durée de l'accord ait été fixée à six ans ne s'opposait pas à son rattachement aux art. 394 ss CO , puisque le droit de libre révocation du mandat ne pouvait être ni exclu ni limité contractuellement. La cour cantonale a relevé que les recourants n'avaient d'ailleurs cité aucun auteur de doctrine exprimant un avis différent de ceux cités par le tribunal arbitral, qui qualifiaient le contrat entre le gérant externe et la banque de mandat simple. La Cour de justice a encore admis que le fait que la rémunération des défendeurs devait varier en fonction de la masse des avoirs sous gestion ne permettait pas de conclure à l'existence d'un véritable animus societatis, dès lors que la rémunération du mandataire en fonction du résultat de son activité est fréquente dans les contrats de mandat. Enfin, l'autorité cantonale a considéré que la position inégale des parties, concrétisée, d'une part, par l'obligation des défendeurs de suivre les instructions de la demanderesse à propos de l'ouverture des comptes et de leur gestion, et, d'autre part, par l'interdiction de A. \_\_\_\_\_ d'accéder aux locaux de l'intimée dès le 1er janvier 1998, s'opposait à l'admission d'un but commun que les plaideurs auraient cherché à atteindre en unissant leurs ressources. b) Les recourants soutiennent que la manière de voir de l'autorité cantonale est arbitraire. A les en croire, du moment que les parties à la convention du 24 novembre 1997 auraient exclu une résiliation ordinaire anticipée de l'accord et strictement limité les justes motifs pouvant être invoqués pour y mettre fin, ce ne serait pas uniquement la durée du contrat prévue au ch. VI qui plaiderait pour une qualification juridique autre que celle du mandat, mais bien la claire et commune volonté des parties exprimée au ch. II de ladite convention. En outre, la Cour de justice n'aurait pas pris en compte que la convention en question est un contrat mixte comprenant les éléments de divers contrats. Le mode de rémunération des défendeurs adopté contractuellement, qui prévoyait une répartition

paritaire des bénéfices si les avoirs en dépôt auprès de Y. \_\_\_\_\_ devaient augmenter, serait un facteur essentiel de la convention, qui ferait des parties contractantes des membres d'une société simple. Les gérants externes, contrairement à des mandataires, ne jouissaient d'ailleurs d'aucun pouvoir de représentation de l'intimée. Les recourants font enfin valoir qu'il était impératif pour A. \_\_\_\_\_, qui avait vendu le 24 novembre 1997 les actions Y. \_\_\_\_\_ qu'il détenait et avait accepté de quitter son poste de dirigeant auprès de cette société, d'obtenir, en contrepartie, les garanties financières que le maintien de la convention pour la durée initiale convenue était à même de lui offrir.

### E. 3

Il y a lieu de vérifier si l'autorité cantonale a retenu à bon droit que les arbitres n'avaient pas statué arbitrairement en qualifiant la convention du 24 novembre 1997 de contrat de mandat au sens des art. 394 ss CO, et non de société simple comme le soutenaient les recourants. a) Un des éléments caractéristiques pour qu'il y ait société simple est l'existence d'un but commun. En vertu de l'autonomie privée (art. 19 al. 1 CO), les parties sont libres de fixer comme elles l'entendent le but qu'elles souhaitent atteindre, dans les limites toutefois des art. 19 al. 2 et 20 CO et 27 CC (Pierre Engel, *Contrats de droit suisse*, 2e éd., p. 700, ch. 2; Pierre Tercier, *Les contrats spéciaux*, 2e éd., n. 5547 p. 676 et n. 5552 p. 677). Il y a toutefois une controverse en doctrine à propos de la société simple dite "commerciale". Pour certains auteurs, une société simple ne saurait viser une activité commerciale, en raison du caractère subsidiaire de cette société et du fait qu'elle ne peut être inscrite comme telle au registre du commerce (cf. Tercier, *op. cit.*, n. 5553 p. 677; Arthur Meier-Hayoz/PeterForstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 8e éd., § 4, n. 61 ss, p. 112-114); pour d'autres, dès l'instant où, comme en l'espèce, un groupement composé de personnes physiques et morales se donne un but économique, la forme de la société simple lui est ouverte (Engel, *op. cit.*, p. 700, ch. 3; Lukas Handschin, *Commentaire bâlois*, n. 4 ad art. 530 CO). Dans le cas présent, les recourants soutiennent eux-mêmes (cf. recours de droit public, p. 16) que, par l'accord litigieux, ils sont convenus avec l'intimée d'unir leurs efforts en vue d'atteindre un but commun, qui est celui de gérer ensemble les avoirs de plus en plus importants qui seraient confiés aux associés par l'intermédiaire des défendeurs. Il est donc indubitable que le but de la société simple qui aurait ainsi été prétendument constituée avait trait à une activité commerciale, laquelle consistait à gérer de manière professionnelle les fonds apportés par des tiers. A considérer le but économique commun entrant en ligne de compte, il ne semble pas qu'il était arbitraire d'écarter la thèse de la conclusion d'un contrat de société simple, puisque cette opinion est professée par une partie de la doctrine. Cette question souffre de rester indécise, du moment que le recours doit de toute manière être rejeté pour les motifs qui seront exposés ci-dessous. b) L'*animus societatis*, qui caractérise la société simple, doit résulter de la volonté des parties (art. 18 CO). Il est admis par la jurisprudence et la doctrine que lorsque la position des parties n'est pas égale, ainsi si l'un des partenaires peut donner unilatéralement des instructions à l'autre, on est généralement en présence d'un contrat bilatéral, et non d'une société (ATF 104 II 108 consid. 2; Engel, *op. cit.*, p. 702; Josef Hofstetter, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, in *Schweizerisches Privatrecht*, vol. VII/6, 2e éd., p. 25). Selon le chiffre III. D de la convention litigieuse, les recourants s'engageaient à suivre "scrupuleusement" les instructions que leur donnerait l'intimée concernant l'ouverture des comptes de leurs clients et la gestion des mêmes comptes. De plus, A. \_\_\_\_\_, à compter du 1er janvier 1998, n'était plus autorisé à pénétrer dans les locaux de la demanderesse et devait éviter tout contact avec les employés de celle-ci sauf approbation préalable de la direction générale de

Y.\_\_\_\_\_ (ch. III. I). Il y avait ainsi une disparité manifeste dans le statut juridique des parties contractantes, puisque seule l'intimée pouvait donner, dans le cadre de la gestion des avoirs déposés chez elle, des instructions aux recourants, qui devaient les respecter fidèlement. De surcroît, si les défendeurs ne pouvaient plus se rendre dans les locaux occupés par la demanderesse, aucune interdiction similaire n'était stipulée pour celle-ci en rapport avec les bureaux mis à disposition des recourants. Dans ces conditions, étant donné que les défendeurs étaient encore tenus, à moins d'obtenir une autorisation, de ne pas entrer en relation avec le personnel de la demanderesse, il n'était pas insoutenable d'admettre qu'ils n'étaient pas du tout sur un pied d'égalité avec l'intimée, ce qui excluait la passation d'un contrat de société simple et plaidait pour la conclusion d'un accord synallagmatique. c) L'autorité cantonale a considéré que les arbitres n'avaient pas commis arbitraire en assimilant le contrat bilatéral conclu par les parties à celui passé entre un gérant externe et une banque, lequel est soumis aux règles du mandat ( art. 394 ss CO ). La Cour de justice s'est référée à ce propos au même avis de doctrine (Martin Hess, Zur Stellung des externen Vermögensverwalters im Schweizer Finanzmarktrecht, AJP 11/1999, p. 1433 ch. 3) que les arbitres dans leur sentence du 15 novembre 2000. Les recourants, qui ne discutent même pas l'opinion de cet auteur, n'invoquent aucun précédent ou opinion doctrinale susceptibles de faire admettre que la cour cantonale a approuvé sans droit le raisonnement des arbitres, lequel était encore étayé par une seconde citation d'auteur. Les différentes critiques que font valoir les défendeurs dans leur recours ne démontrent aucune violation du droit concordataire. aa) Les recourants allèguent qu'il résulte du chiffre II de la convention que les parties contractantes ont entendu exclure toute résiliation ordinaire anticipée et limiter les justes motifs de résiliation pouvant être invoqués. Tout d'abord, quoi qu'en pensent les défendeurs, le chiffre II de l'accord n'a pas trait à une cause ordinaire de résiliation, mais à la cause de résiliation extraordinaire pour justes motifs, comme l'atteste clairement son en-tête dont le contenu est "Caractère personnel de la présente convention - limitation des justes motifs éventuels pouvant être invoqués pour une résiliation immédiate". Selon le chiffre II précité, Y.\_\_\_\_\_ prenait notamment l'engagement de ne pas invoquer à l'encontre de A.\_\_\_\_\_ un juste motif de résiliation qui serait lié à l'activité passée de l'intéressé au sein de la demanderesse. On ne voit pas en quoi cet élément serait incompatible avec les règles du mandat. Dès lors que les parties à un tel contrat peuvent parfaitement le résilier si elles disposent d'un juste motif (cf. Tercier, op. cit. , n. 4161 p. 508), il leur est également loisible, en vertu de l'autonomie privée, de prévoir que des motifs justifiés précisément désignés ne pourront pas être invoqués pour se libérer du contrat. bb) Les recourants font grand cas de la circonstance que la convention a été conclue pour six ans. Une telle durée contractuelle, qui serait inconciliable avec le caractère du mandat, aurait eu pour fin d'assurer à A.\_\_\_\_\_ une contrepartie financière pour l'abandon de son poste de dirigeant auprès de l'intimée et la vente de ses actions Y.\_\_\_\_\_. Le fait qu'un contrat soit conclu pour plusieurs années ne s'oppose nullement à sa qualification de mandat. Dans l' ATF 104 II 108 , le Tribunal fédéral a ainsi soumis aux règles du mandat un "contrat de management" prévu pour durer cinq ans. A propos de la renonciation de A.\_\_\_\_\_ à son poste de cadre chez la demanderesse, le tribunal arbitral a retenu, sans que l'arbitraire ait été invoqué sur ce point, qu'elle a été dictée par les suites de l'affaire "Z.\_\_\_\_\_" et le souhait de l'intimée de se conformer aux exigences des autorités de surveillance bancaires et boursières. A cela s'ajoute que la vente des actions Y.\_\_\_\_\_ a procuré à A.\_\_\_\_\_ la somme substantielle de 4'215'064 fr. en novembre 1997, de sorte que l'on cherche vainement à quelle contrepartie financière les recourants font allusion. cc)

Les recourants font grief à la cour cantonale de n'avoir pas pris en compte que la convention du 24 novembre 1997 est un contrat mixte. L'autorité cantonale n'a pas ignoré la nature de la convention, qu'elle a qualifiée de "complexe", dès lors qu'elle comportait, outre la fourniture par les défendeurs d'une clientèle à la demanderesse, la mise à disposition de ces derniers notamment de locaux et d'un secrétariat. La Cour de justice n'a pas prêté le flanc à la critique en considérant qu'il n'était pas arbitraire de soumettre ce contrat mixte aux règles du mandat, car la fourniture de services par les défendeurs en constituait l'élément prépondérant. Il apparaît en effet que la convention a été conclue intuitu personae, en raison notamment des qualités réelles ou supposées de gestionnaire de A. \_\_\_\_\_, et qu'elle était dominée par un rapport de confiance, dont la rupture autorisait la révocation unilatérale des relations contractuelles en application de l'art. 404 al. 1 CO (cf. ATF 110 II 375 consid. 1b; sur la théorie de l'absorption: Hofstetter, op. cit. , p. 30; Engel, op. cit. , p. 740). dd) A suivre les recourants, le mode de rémunération adopté dans la convention litigieuse serait un partage des bénéfices, lequel serait caractéristique de la société simple. Selon la jurisprudence, si les parties contractantes ont stipulé une participation aux bénéfices, le contrat conclu n'en devient pas pour autant une société simple ( ATF 104 II 108 consid. 2 p. 112 et la référence doctrinale). Les services rendus par le mandataire en vue d'atteindre le résultat escompté peuvent en effet l'être à la fois dans l'intérêt du mandant et dans celui du mandataire (mandatum mea et tua gratia; Hofstetter, op. cit. , p. 25; Tercier, op. cit. , n. 3935, p. 481). Du reste, il est possible de convenir que la rémunération du mandataire dépendra du résultat atteint, afin que ce dernier soit intéressé à l'affaire (Tercier, op. cit. , n. 4121, p. 503; Rolf H. Weber, Commentaire bâlois, n. 37 ad art. 394 CO ). La cour cantonale a ainsi considéré à bon droit que les arbitres avaient admis sans arbitraire que la "rétribution globale" annuelle flexible des défendeurs, en ce sens qu'elle était susceptible de varier notamment à la hausse si la masse des avoirs de la clientèle déposés chez la demanderesse devait dépasser 42'000'000 fr. (ch. V/D de la convention), ne permettait pas de retenir l'existence du but commun nécessaire pour qu'il y ait une société simple. ee) Les recourants prétendent enfin qu'ils ne disposaient d'aucun pouvoir de représentation de l'intimée, alors que tout mandataire a la faculté de représenter son mandant. Il ressort du chiffre III/A de la convention que les défendeurs s'engageaient à négocier pour le compte de Y. \_\_\_\_\_ (c'est le Tribunal fédéral qui souligne) avec leurs clients afin que ceux-ci déposent leurs avoirs auprès de la demanderesse. Partant, les recourants étaient bel et bien dotés d'un pouvoir de représenter la demanderesse, à tout le moins indirectement. Or, le régime juridique applicable au contrat de mandat n'exige pas que le mandataire ait le pouvoir de représenter directement le mandant ( ATF 118 II 313 consid. 2a p. 316).

#### **E. 4**

En définitive, le recours doit être rejeté. Les frais et dépens seront mis solidairement à la charge des recourants qui succombent (art. 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ).

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