

Document information	
Publication	ASA Bulletin
Jurisdiction	Switzerland
Organization	Ad - Hoc
Case date	1991
Parties	Claimant, Alpha S.A. Respondent, Beta & Co. (Société d'Etat de droit ruritanien)
Bibliographic reference	'Alpha S.A. v Beta & Co. (Société d'Etat de droit ruritanien), Award, 1991', ASA Bulletin, (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 1992, Volume 10 Issue 2) pp. 202 - 258

Alpha S.A. v Beta & Co. (Société d'Etat de droit ruritanien), Award, 1991

Sentence arbitrale rendue à Genève en 1991 par un Tribunal Arbitral ad hoc dans le litige opposant ALPHA S.A. à BETA & Co., Société d'Etat de droit ruritanien. (*)

I Les Faits

Le litige résulte de transactions qui ont été effectuées pour l'essentiel de 1976 à 1979, entre ALPHA S.A. et BETA & Co.

BETA & Co. est le successeur légal universel de la Société ruritanienne de commercialisation du produit X, en abrégé "ETA Co.". Cette société d'Etat a été dissoute en 1982.

A la fin des années 1960, ETA Co. était la société d'Etat ruritanienne chargée de la commercialisation du produit X, dont elle assurait le 60% des ventes mondiales. En sa qualité de leader de la production du produit X, ETA Co. fixait un prix de vente, appelé "prix producteur", qu'elle entendait maintenir sans fluctuation pour une certaine période, dans un but de stabilisation du marché. Dans ce même dessein, la Ruritanie avait conclu une entente avec d'autres pays producteurs du produit X. Le "prix producteur" était supérieur au prix de revient du produit X encouru par l'entreprise publique ruritanienne

● "l'organisation d'exploitation du produit X" (ETA Co.), chargée de l'extraire. A la suite de l'invasion d'une province de Ruritanie, le produit X subit une hausse significative sur le marché libre. En tant que producteur, ETA Co. ne pouvait cependant vendre au-dessus du "prix producteur" qui était également celui pratiqué officiellement par les autres producteurs du produit X. Pour vendre au prix du marché libre, ETA Co. devait donc avoir recours à un intermédiaire revendant en son propre nom le produit X. C'est dans ce dessein que GAMMA Ltd. (producteur de machines), en discussion avec le Gouvernement de la Ruritanie, prit contact avec ALPHA S.A. Des discussions furent menées en octobre 1976 et un accord conclu.

Il fut convenu que ETA Co. vendrait à ZETA & Co. (société de droit maugréen et filiale à 100% de ETA Co.) du produit X au "prix producteur".

ZETA & Co. vendrait ce même produit à ALPHA S.A. laquelle le revendrait au prix (alors nettement plus élevé) du marché libre. Le prix auquel ZETA & Co. vendrait le produit X à ALPHA S.A. serait égal au produit de la revente de ce produit X par ALPHA S.A., diminué du montant de sa commission.

Avec l'excédent des sommes reçues de ALPHA S.A. sur les sommes payées à ETA Co. pour l'achat du produit X, ZETA & Co. paierait les machines achetées à GAMMA Ltd. Les machines seraient exploitées en Ruritanie par la Société ruritanienne des machines (ci-après SRM), dont les actionnaires étaient l'Etat ruritanien, ETA Co. et GAMMA Ltd.

ZETA & Co. était ainsi une société écran dont les actions étaient détenues intégralement par ETA Co. ALPHA S.A. était par définition parfaitement au courant de ce fait dès l'origine de l'opération. Ainsi, ZETA & Co. et ALPHA S.A. conclurent un accord appelé "contrat de vente" le 23 octobre 1976. Le contrat portait sur 1400 tonnes métriques de produit X, dont 200 tonnes à livrer encore en 1976 et 1200 tonnes en 1977. Les risques de perte ou de détérioration de la marchandise passèrent à l'acheteur ALPHA S.A. dès la mise à quai. Dès lors que la demanderesse achetait le produit X pour le revendre sur le marché libre, les parties convinrent d'un système de calcul du prix de vente en deux temps (article 4).

Même si toutes les personnes et témoins entendus ont reconnu que la raison d'être du contrat était de dégager un bénéfice pour ZETA & Co., par la vente du produit X sur le marché libre, ce bénéfice étant constitué par la différentielle entre le prix du marché libre et celui du "prix producteur", il n'en reste pas moins que le contrat ne contient aucune disposition expresse selon laquelle ALPHA S.A. n'aurait eu l'obligation de revendre le produit X qu'à un prix supérieur au "prix producteur". L'exécution du premier lot permit à ZETA & Co. de financer l'acquisition de 69 machines GAMMA avec pièces de rechange ainsi que les frais de transport en Ruritanie. Par contre, l'exécution du second lot fut défectueuse. Les parties ont donné des avis fort divergents pour en expliquer les causes.

II En Droit

A Droit matériel applicable

Conformément à l'art. 7 du Contrat et à l'art. 6.3 de l'Acte de mission, le Tribunal arbitral statuera, quant au fond, selon le droit suisse.

B Détermination des points litigieux à résoudre (selon l'Acte de mission)

Aux termes de l'art. 5 de l'Acte de mission, le Tribunal arbitral doit “décider toutes les questions posées par les conclusions des parties, notamment les points suivants”:

I Authenticité, validité et portée de la clause arbitrale invoquée par la demanderesse: authenticité et validité du Contrat du 23 octobre 1976

Au cours de l'audience d'enquêtes du 14 avril 1988, la défenderesse a formellement retiré sa contestation de l'authenticité et de la validité du Contrat du 23 octobre 1976 et de la clause compromissoire qui figure à son art. 7. Dès lors, l'art. 5.1 de l'Acte de mission est devenu partiellement sans objet et seule la question de la portée de la clause arbitrale doit encore être résolue. Le Tribunal accomplira cette tâche dans le cadre de l'analyse du deuxième point litigieux, soit celui de sa compétence.

▲
P 205
—
P 206
▼

II Compétence du Tribunal arbitral

BETA CO. conteste être liée par la clause arbitrale contenue à l'art. 7 al. 3 du Contrat. Initialement, la défenderesse avait demandé au Tribunal arbitral de se déclarer incompétent pour trancher le litige qui la divise de la demanderesse. Dans ses dernières conclusions, BETA CO. “s'en rapporte à justice en ce qui concerne la légitimation passive” et donc par conséquence également en ce qui concerne la compétence. Il incombe dès lors au Tribunal arbitral d'examiner sa compétence à l'égard de la défenderesse.

1 Validité quant à la forme de la clause compromissoire

La clause arbitrale figure à l'art. 7 du Contrat qui est dûment signé. Elle est donc passée en la forme écrite et valable quant à la forme, tant en vertu de l'art. 6 al. 1 du Concordat intercantonal suisse sur l'arbitrage (ci-après: “le Concordat”) auquel se réfère la convention initiale d'arbitrage, que de la règle impérative de l'art. 178 al. 1 de la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (ci-après: “LDIP”), loi à laquelle se réfère l'art. 6.2 de l'Acte de mission.

2 Effets de la clause compromissoire à l'égard de la défenderesse

Selon ses termes, la clause compromissoire ne lie que la demanderesse, d'une part, et ZETA CO., de l'autre. La convention d'arbitrage ne saurait dès lors être invoquée par ALPHA S.A. à l'encontre de BETA CO. que si les deux conditions suivantes sont cumulativement réalisées: ●

▲
P 206
—
P 207
▼

(i) ETA CO. est liée par la clause compromissoire souscrite par ZETA CO.;

et

(ii) BETA CO., en tant que successeur légal de ETA CO., est liée par cette clause.

Pour des raisons d'économie de procès, le Tribunal arbitral analysera la seconde question d'abord; si en effet la réponse à y donner était négative, il serait inutile d'analyser la première qui, par ailleurs, est nettement plus complexe que la seconde.

2.1 La défenderesse en tant que successeur légal universel de ETA CO.

A supposer que la convention d'arbitrage lie ETA CO., elle est également opposable à BETA CO.; ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par la défenderesse.

L'ordonnance ruritienne No 82-177 du 2 juin 1982 ordonne la dissolution de ETA CO. (art. 1) et la reprise par BETA CO. de “toutes les obligations et charges incombant à ETA CO.” pour ce qui est notamment des opérations de commercialisation du produit X (art. 2). D'autre part, l'ordonnance ultérieure du 2 septembre 1980 a précisé que “BETA CO.” serait désormais décomposée en trois sociétés distinctes, BETA CO. s'occupant - comme sa raison sociale l'indique - de la commercialisation des produits BETA CO. et assumant ainsi précisément le rôle que ZETA CO. avait joué dans le cadre du Contrat.

▲
P 207
—
P 208
▼

La jurisprudence et la doctrine suisses sont unanimes à considérer qu'une clause compromissoire lie le successeur à titre particulier ou universel de celui qui y a souscrit, cette clause étant considérée comme un droit accessoire du contrat principal (ATF 103 II 50 = JT 1978 I 71; LALIVE/POUDRET/ REYMOND, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Lausanne 1989, ad art. 4 al. 1 Concordat, No 1.2, p. 46-47 avec de nombreuses autres références; ad art. 178 LDIP, No 21, p. 325, et les références citées).

La situation ici présente est fondamentalement différente de celle qui a donné lieu à l'arrêt du Tribunal fédéral dans la cause Société des Grands Travaux de Marseille (“SGTM”) c/ République populaire du Bangladesh et Bangladesh Industrial Development

Corporation (“BIDC”) (ATF 102 Ia 574). Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a jugé qu'une clause compromissoire souscrite par la East Pakistan Industrial Development Corporation (“EPIDC”) ne pouvait être imposée ni à la BIDC, successeur de l'EPIDC, ni à la République populaire du Bangladesh, successeur de la BIDC. La raison essentielle en était que le Gouvernement du Bangladesh avait décrété que toutes dettes, responsabilités ou obligations encourues par l'EPIDC seraient considérées comme n'ayant pas été encourues, assumées ou faites par la BIDC. Or, en l'espèce, la succession de BETA CO. à ETA CO. n'a pas été soumise à une telle mesure discriminatoire, l'ordonnance ruritanienne ayant bien au contraire décrété expressément “que toutes les obligations et charges incombant à la ETA CO. [étaient] transférées à la BETA CO.”. Ce “transfert” implique donc clairement celui des obligations découlant pour ETA CO. de la clause compromissoire du Contrat.

▲
P 208

●
P 209

Dans ces circonstances, le Tribunal arbitral peut se dispenser d'analyser la question de savoir si l'ordre public suisse s'opposerait à la reconnaissance d'une telle mesure discriminatoire dans l'hypothèse - absente ici - où elle aurait été décrétée par le Gouvernement ruritanien.

La réponse à la deuxième question étant affirmative, il convient de décider la première.

2.2 Opposabilité à ETA CO. de la clause compromissoire souscrite par ZETA CO.

En l'espèce, la dualité juridique entre ZETA CO. et ETA CO. doit être ignorée. ETA CO. doit être considérée comme liée par l'intégralité des obligations contractées par ZETA CO. en vertu du Contrat, y compris la clause compromissoire. Ce résultat découle des considérations suivantes:

2.2.1 Applicabilité du droit suisse à cette question

Le fait que ZETA CO. ait été une société maugréenne (comparable à une société anonyme suisse) et que, conformément aux art. 154 et 155 LDIP, sa lex societatis ait été le droit maugréen, n'exclut pas que le problème posé ici soit - contrairement à l'avis de la défenderesse - tranché selon le droit suisse.

Il est d'ailleurs révélateur à cet égard que BETA CO., après avoir allégué l'applicabilité du droit maugréen, raisonne exclusivement sur la base du droit suisse, sans même prétendre que les principes du droit maugréen quant à une éventuelle “levée du voile social” de ZETA CO. seraient différents, voire plus sévères que ceux du droit suisse.

▲
P 209

●
P 210

Quoi qu'il en soit, la question de l'opposabilité de la clause arbitrale à ETA CO. est un problème de portée, donc de validité au fond de la clause arbitrale. En tant que tel, il doit être tranché selon l'art. 178 al. 2 LDIP (loi à laquelle l'art. 6.2 de l'Acte de mission renvoie en dérogation à la clause arbitrale; A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, p. 44; LALIVE/POUDRET/REYMOND, *op.cit.*, p. 322). Cette disposition prévoit un rattachement alternatif au droit choisi par les parties, ou au droit régissant le contrat principal, ou encore au droit suisse. En signant l'Acte de mission, les parties ont accepté que le litige soit résolu en vertu du droit suisse. BETA CO. avait alors déjà contesté être liée par la clause compromissoire. On peut, dès lors, admettre que le choix des parties s'étend à la validité de la clause. Par ailleurs, le droit suisse s'applique également en raison des deux autres rattachements prévus à l'art. 178 al. 2 LDIP. Dès lors, le Tribunal arbitral se doit d'appliquer le droit suisse.

Selon ce droit, la responsabilité d'une société dominante (en l'espèce : ETA CO.) pour une filiale contrôlée à 100% (ZETA CO.) peut, en principe et en schématisant, être appréhendée et admise de trois manières différentes, à savoir:

- sur la base de la notion des sociétés-écran ou fictives;
- sur la base de la notion de groupe de sociétés;
- sur la base de la théorie de la “levée du voile social” (“Durchgriff”; “lifting of the corporate veil”).

▲
P 210

●
P 211

2.2.2 La théorie des sociétés-écran ou fictives

En substance et en résumé, cette théorie considère qu'une société-écran n'existe pas en soi et que, partant, les actionnaires ou les personnes qui se cachent derrière l'écran, sont directement responsables (voir notamment P. ENGEL, *Le principe de l'autonomie patrimoniale de la personne juridique en droit privé suisse*, in : *Mélanges G. FLATTET*, Lausanne, 1985, p. 215-225; P. ENGEL, *L'apparence efficace en droit privé*, SJ 1989, p. 73 ss, 80 - 81; J.F. PERRIN, *Les sociétés fictives en droit civil et en droit international privé*, SJ 1989, p. 553 ss; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit des sociétés et groupes de sociétés*, Genève 1972, p. 80 à 81 et les auteurs cités).

Ce raisonnement peut être mis en oeuvre de deux manières :

- La solution la plus "radicale" est celle défendue par le professeur ENGEL : la mainmise totale d'une société sur une autre (qui va plus loin que la simple domination économique) permet de faire abstraction de la société-écran pour de simples raisons de fait. Sans même passer par le rattachement au lieu de l'incorporation d'une société-écran (ou fictive), la simple constatation que cette dernière n'a pas en fait de patrimoine, permet de rechercher le détenteur véritable du patrimoine (P. ENGEL, in : Mélanges FLATTET, op. cit., not. p. 217-218, 224-225, P. ENGEL, SJ 1989, 80).

ENGEL admet cependant lui-même que cette construction ne serait que difficilement utilisée par les tribunaux, pour des raisons de politique juridique (ibidem). Elle n'est donc pas retenue ici.

▲
P 211
—
P 212
▼

- La jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi que plusieurs auteurs partent de l'admission que la société fictive fraude la loi. L'on rattache donc la validité de la société-écran en question à la loi de son siège statutaire (ou du lieu de son incorporation), pour ensuite déterminer si le siège de la société est réellement en Suisse dont la loi a été ainsi fraudée et où la société fictive est nulle parce qu'illicite. Dans le sillage de cette jurisprudence sur la reconnaissance des sociétés étrangères, le législateur a adopté l'article 159 LDIP, qui permet de "percer le voile social" lorsqu'une société étrangère est en fait administrée depuis la Suisse (voir not. J.F. PERRIN, op. cit., SJ 1989, 533 ss et la jurisprudence citée; cf. également les notes de jurisprudence suivantes : A. HEINI, IPrax 1984, p. 166; J.F. PERRIN, SJ 1987, p. 625; J.A. REYMOND, SJ 1987, p. 375; A. SCHMIDT, SJ 1987, p. 378; F. VISCHER, ASDI 1984, p. 341).

L'hypothèse qui est visée par la jurisprudence du Tribunal fédéral antérieure à l'article 159 LDIP et par cette disposition légale elle-même, est évidemment différente de celle présente en l'espèce, parce que ZETA CO. n'a de toute façon pas été constituée par son actionnaire unique ETA CO. (une société étatique britannique) sous une forme qui violerait le droit suisse ou les intérêts suisses. Pour les besoins de la présente sentence, il est néanmoins intéressant de prendre note de la volonté et du législateur, et de la jurisprudence, et de la doctrine suisses de combattre des situation abusives créées par la mise en place de sociétés-écran.

▲
P 212
—
P 213
▼

2.2.3 La théorie de la responsabilité de la société dominante d'un groupe de sociétés

Selon cette théorie, la responsabilité de la société dominante pour une ou plusieurs filiales avec lesquelles elle forme un groupe de sociétés, pourrait être admise en raison de l'identité économique qui est présente lorsqu'il y a confusion du patrimoine des sociétés en cause et que l'une des sociétés exerce le véritable pouvoir de direction de l'une sur l'autre (voir notamment A. PETITPIERRE-SAUVAIN, op. cit., p. 107 à 148; A. von PLANTA, Die Haftung des Hauptaktionärs, Bâle et Francfort 1981, p. 81 ss et 139 ss).

Ce raisonnement se retrouve notamment dans la pratique arbitrale, mais il est important de préciser que la majorité des sentences examine en premier lieu la notion de groupe en rapport avec l'acceptation globale d'une clause d'arbitrage par les membres du groupe, pour ensuite aborder la responsabilité au fond (voir notamment les sentences arbitrales citées par S. JARVIN, Négociation de la clause compromissoire : Analyse des clauses compromissoires au regard de la pratique de la CCI, in : Séminaire sur l'arbitrage et les groupes de sociétés, Genève, 24 à 25 février 1989 (AIJA); cf. également les sentences citées par le Tribunal arbitral dans l'affaire CCI n° 5281, in : Bulletin ASA 1989 (n° 3), p. 329 à 333; ainsi que la sentence CCI n° 5103, in : Journal du droit international (Clunet) 1988, p. 1 ss).

A noter enfin que la pratique arbitrale met non seulement l'accent sur cette identité économique, mais aussi sur la conscience et volonté du tiers de contracter avec le groupe de sociétés dans son ensemble. Il s'agit donc d'une approche plutôt subjective de la responsabilité des membres d'un groupe; la "jurisprudence" arbitrale s'attache à toutes les circonstances entourant la conclusion, l'exécution et la fin du contrat en question pour déterminer si le tiers avait l'intention ou non de se lier avec l'ensemble du groupe. Un élément très important est dès lors la participation effective à la conclusion et/ou l'exécution du contrat par le membre recherché à l'intérieur du groupe.

▲
P 213
—
P 214
▼

Malgré l'intérêt scientifique et pratique de cette théorie, le Tribunal arbitral ne fait que la mentionner en passant, sans pourtant l'approfondir, ni la retenir en l'espèce, et ce, pour les raisons suivantes :

- ETA CO. et ZETA CO. ne forment pas un vrai groupe de sociétés au sens habituel du terme. Tel est d'autant plus le cas que ZETA CO. avait été créée par ETA CO. pour la réalisation d'une seule opération de relativement courte durée.

- Les décisions arbitrales ne font pas référence à un droit national particulier. Or, en l'espèce, le droit suisse interne est applicable, tant en vertu de la clause compromissoire figurant dans le Contrat qu'en vertu de l'Acte de mission (voir notamment la sentence CCI n° 4131, *Journal du droit international (Clunet)* 1983, p. 899 ss. avec observations d'Yves DERAÏNS (ibidem, p. 907) : "Il est possible cependant que cette démarche se heurte aux droits nationaux qui se montrent particulièrement stricts en ce qui concerne la forme écrite de la convention d'arbitrage").
- La jurisprudence dans l'affaire WESTLAND montre bien l'approche plus conservatrice des tribunaux ordinaires par comparaison à celle des tribunaux arbitraux (voir notamment l'arrêt de la Cour de justice de Genève du 3 novembre 1987, *Revue de l'arbitrage* 1989, p. 514 ss, ainsi que l'article de P. LÉBOULANGER, *Groupe d'Etat(s) et arbitrage*, *Revue de l'arbitrage* 1989, p. 415 ss, notamment p. 428 ss).
- Enfin, le droit positif suisse ne reconnaît pas encore la notion de groupe de sociétés (cf. p. FORSTMOSER, *Schweizerisches Aktienrecht, Band I/Lieferung 1*, Zurich 1981, p. 27, n° 100; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, op. cit., p. 1-5; arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire K. SA, in SJ 1985, p. 105; ainsi que l'arrêt non publié CARTIER cité dans la sentence CCI n° 4504, in : *Journal du droit international (Clunet)* 1986, p. 1124).

En dépit de ces éléments, on retiendra quand même ici une nette tendance de la pratique arbitrale vers l'extension des effets d'une clause arbitrale à des sociétés appartenant au même groupe que le signataire, mais n'ayant pas elles-mêmes signé la clause arbitrale.

2.2.4 La théorie de la "levée du voile social" ("Durchgriff"; "lifting of the corporate veil")

Cette théorie a été développée par une jurisprudence constante du Tribunal fédéral et par la doctrine suisse. Elle a donc l'avantage d'être en harmonie avec le droit positif et sera dès lors analysée en détail et appliquée ici par le Tribunal arbitral.

a Le principe: l'indépendance de la société par rapport à son actionnaire unique ou dominant

Pour établir la règle générale, le Tribunal arbitral ne saurait faire mieux que de citer la jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral qui a été développée essentiellement à propos des "Einmannsgesellschaften", mais qui est également valable lorsqu'une société anonyme a la mainmise totale sur une autre:

En droit civil [suisse], la société anonyme, d'une part, et son actionnaire unique ou dominant, d'autre part, sont considérés en principe comme deux sujets de droit distincts ayant chacun son patrimoine propre, malgré leur identité économique. Une société anonyme à actionnaire unique, ou dominée par un actionnaire qui détient la quasi-totalité des actions, conserve la personnalité juridique; elle peut être titulaire de droits et d'obligations et disposer de ses biens (ATF 92 II 164; 85 II 114, consid. 2; 81 II 459). On ne peut faire abstraction de cette indépendance juridique que lorsque le principe de la bonne foi dans les affaires l'exige (ATF 92 II 160; 85 II 115-116; 81 II 459; 72 II 76 [= SJ 1946, 343]; 71 II 274), soit quand le fait de s'en prévaloir constitue un abus de droit ou a pour effet une violation manifeste d'intérêts légitimes (ATF 72 II 76 [= SJ 1946, 343]; 71 II 274) ...

En revanche, puisque la loi reconnaît la société anonyme comme personne juridique alors que toutes les actions sont réunies dans les mains de la même personne, l'unique fait qu'elle est une société formée de cette seule personne ne suffit pas pour qu'il soit abusif, au sens de l'art. 2 al. 2 CCS, d'invoquer l'indépendance juridique de la société. Le contraire reviendrait à rejeter purement et simplement la société formée économiquement par une seule personne. Or l'art. 2 CCS veut non pas enlever d'une façon générale leur force légale aux dispositions du droit civil pour certains genres de cas, mais seulement permettre au juge de tenir compte de particularités propres à des cas déterminés. Il faut une justification particulière pour appliquer l'art. 2 à la disposition spéciale qui entre en ligne de compte et des circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'application de cette norme serait contraire aux règles de la bonne foi (ATF 85 II 114-115, consid. 3)".

(Arrêt du Tribunal fédéral (Chambre des Poursuites et des Faillites) du 21 février 1973, dans la cause Mardam Bey, SJ 1973, 369, 371-372, consid. 2; le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence constante notamment dans les arrêts ultérieurs suivants: ATF 102 III, 165 = JT 1978 II 56 = SJ 1977, 497; 108 II 213 = JT 1983 I 30 = SJ 1983, 73; voir enfin les arrêts topiques cités in: F. DESSEMONTET, *Droit suisses des sociétés anonymes - répertoire des arrêts fédéraux et cantonaux*, CEDIDAC volume 6, Lausanne 1986, p. 21-30).

Cette théorie de la "levée du voile social" développée dans la jurisprudence constante du Tribunal fédéral est, pour l'essentiel, partagée par la doctrine qui admet le principe de la transposition de cette jurisprudence au cas de la mainmise totale d'une société anonyme sur une autre (cf. notamment Monsieur DENNLER, *Durchgriff im Konzern*, Entlebuch 1984, pp. 122-123; C. EBENROTH, *Zum "Durchgriff" im Gesellschaftsrecht*, SAG/SAS 1985, p. 124-136; P. FORSTMOSER, *Schweizerisches Aktienrecht*, op. cit. pp. 27-48; A. MEIER-HAYOZ / P. FORSTMOSER, *Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts*, Berne 1989, p. 31; P.

P 217
P 218
FORSTMOSER / A. MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Berne 1983, p. 307 ss; E. HOMBURGER, Zum Durchgriff im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ/RSJ 1971, p. 249 ss; H. MERZ, ad Artikel 2 CCS, in: Berner Kommentar, Berne 1962, p. 303 ss; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, op. cit. notamment p. 82-85 et 107; A. VON PLANTA, op. cit. p. 140-141, 153 et 170; R. RUEDIN, Propositions pour un droit suisse des groupes de sociétés, SAG/SAS 1982, p. 111; P. ENGEL, in: Mélanges G. Flattet, op. cit., p. 215-225.

En résumé, il ressort de la jurisprudence et de la doctrine précitées que la condition de base pour la "levée du voile social" est l'existence d'un contrôle total par l'actionnaire dominant, dont les indices sont notamment la capitalisation insuffisante, la confusion de l'administration et de la gestion et la confusion du patrimoine. Il faut en outre et surtout que ces indices dénotent l'existence d'un abus de droit (cf. par exemple C. EBENROTH, op.cit.; P. FORSTMOSER, op.cit.; A. PETITPIERRE-SAUVAIN, op.cit., pp. 62-106, ainsi que les arrêts topiques cités, in: Droit suisse des sociétés: Répertoire des arrêts fédéraux et cantonaux, CEDIDAC vol. 6, pp. 21-30).

b Admissibilité d'un "Durchgriff" en l'espèce

En l'espèce, le principe de la bonne foi dans les affaires exige que l'on fasse abstraction de l'indépendance juridique de ZETA CO., car le fait de s'en prévaloir constitue un abus de droit de la part de la défenderesse qui viole manifestement les intérêts légitimes de la demanderesse.

P 218
P 219

i ZETA CO. en tant que filiale à 100% de ETA CO.

Du début jusqu'à sa fin, ZETA CO. a été une filiale à 100% de ETA CO. qui l'avait créée pour une seule opération précise, soit le financement de l'acquisition des machines GAMMA par la Ruritanie. C'est ainsi que le Département des Finances de la Ruritanie a expressément confirmé "que la totalité du capitalactions de ZETA CO. appartient à ETA CO., que la livraison des machines est dans l'intérêt de la Ruritanie ..., que c'est dans un but commercial que la ETA CO. négocie par l'intermédiaire de ZETA CO."

Ces faits, à eux seuls, ne sauraient cependant suffire pour admettre une "levée du voile social".

ii Capitalisation insuffisante

Le capital de ZETA CO. (500 actions au porteur sans valeur nominale) est inadéquat par rapport à la nature et à la valeur très importante des transactions faites par la société. Cela est démontré par le seul fait que c'est ETA CO., la sociétémère, qui a dû emprunter pour sa filiale auprès de la Banque Maugréo-Ruritanienne les EV 300 millions nécessaires à la poursuite de la réalisation de l'opération conclue avec GAMMA LTD. Mais même ce prêt n'a pas suffi pour couvrir les importants risques encourus par ZETA CO. En effet, celle-ci a non seulement vendu le produit X de ETA CO. à ALPHA S.A., mais encore acheté à GAMMA LTD. des machines qu'elle payait avec les "avances" reçues de ALPHA S.A. Ce faisant ZETA CO. a pris des risques qui sont sans commune mesure avec ses moyens financiers. Tout d'abord, le risque de devoir rembourser les "avances" de ALPHA S.A. au cas où le prix du produit X chuterait sur le marché libre (à ce sujet, voir p. 64 ss ci-dessous). Ensuite, le risque que les machines achetées à GAMMA LTD. et revendus à ETA CO. ne lui soient pas payés par cette dernière, ce qui l'aurait alors mise dans l'impossibilité de rembourser ALPHA S.A.

P 219
P 220

Or, c'est exactement ce qui est arrivé: ZETA CO. n'a conservé aucune garantie financière ou sécurité réelle, car le produit X a été livré directement par ETA CO. à ALPHA S.A. et les machines livrées tout aussi directement par GAMMA LTD. à ETA CO. Enfin, comme l'a déclaré le témoin D., ZETA CO. n'avait rien en caisse et aucune organisation financière ne lui aurait accordé un crédit.

iii Mainmise totale de ETA CO. sur ZETA CO.

ETA CO. a toujours eu la mainmise totale sur ZETA CO.:

α Confusion d'administration et de gestion

Dès l'origine, il y a eu une confusion totale de l'administration et de la gestion de ZETA CO., en ce sens que, dans ces domaines, ETA CO. n'a jamais fait la moindre distinction entre elle-même et sa filiale à 100% ZETA CO., bien que cette dernière eût été juridiquement et formellement indépendante de sa société mère.

Le Tribunal arbitral se contentera à cet égard d'énoncer ci-après les faits essentiels suivants, tous indices de la confusion des sphères de l'actionnaire et de la société, confusion qui découle presque naturellement de la construction juridique choisie par ETA CO. pour la réalisation du projet "financement des machines GAMMA" :

P 220
P 221

- ZETA CO., comme toute autre société écran, n'a jamais eu de locaux, ni de personnel propres. ●

- L'avocat suisse de ETA CO., Me A., n'a pas seulement accompli les formalités en vue de la création de ZETA CO. (ce qui paraît parfaitement normal), mais il s'est en fait occupé de la gestion financière de ZETA CO. Celle-ci avait en effet ouvert en Suisse, pour les besoins de l'opération "machines GAMMA", deux comptes bancaires qui ont fonctionné sous la seule signature de Me A. Celui-ci était lié à ETA CO. par un contrat fiduciaire prévoyant une "indemnité d'administration s'élevant à 30'000 francs suisses par an". L'existence de ce contrat fiduciaire ainsi que celle d'une lettre sur papier à en-tête de ZETA CO. signée par Me A. en qualité d'administrateur, paraissent indiquer que cet avocat suisse a été effectivement nommé administrateur de ZETA CO. Ceci est conforme au témoignage de Monsieur D., un juriste velotolien titulaire du diplôme de docteur en droit, mais contesté par Me A. lui-même. Pour les besoins ici posés, le Tribunal arbitral ne juge pas nécessaire d'apporter une réponse définitive à cette question, car il suffit de constater que Me A. s'est manifestement occupé en fait de l'administration et de la gestion effective de ZETA CO.
- Dans cette tâche, Me A. était assisté par Monsieur D. Celui-ci n'a, au début du moins, pas eu de responsabilités organiques dans ZETA CO., et il n'a jamais eu une telle responsabilité dans ETA CO. Ce qui est important, par contre, c'est que Monsieur D. était lié à ETA CO. par un contrat de louage d'ouvrages de droit velotolien, l'équivalent du mandat en droit suisse. Selon ce contrat, ETA CO. s'attachait les services de Monsieur D. "en qualité de Consultant Juridique et Fiscal ● pour tous les problèmes ayant trait à la commercialisation du produit X ruritanien"; avec effet au 1er septembre 1977, ETA CO. a confié à Monsieur D. "une mission de conseiller juridique, administratif et fiscal auprès de sa représentation commerciale en Europe". C'est donc en tant que mandataire de ETA CO., et non pas de ZETA CO., que Monsieur D. s'est notamment occupé, avec Me A. agissant comme mandataire de ETA CO. lui aussi, des aspects comptables, financiers et administratifs des transactions effectuées formellement par ZETA CO.
- C'est Me A. qui, en tant que mandataire commun de ETA CO. et de GAMMA LTD., a négocié et signé au nom de ZETA CO. le contrat du 3 octobre 1976 entre GAMMA LTD. et ZETA CO.
- C'est encore Me A. qui, en tant que mandataire de ETA CO., a négocié le contrat de vente du 23 octobre 1976 avec ALPHA S.A., contrat qu'il a signé "pour ZETA CO.", après avoir passé sous revue critique et annoté de sa propre main le projet du 3 octobre 1976 préparé par ALPHA S.A.
- ETA CO. a également confirmé qu'elle assumait en fait l'administration et la direction de ZETA CO. C'est ainsi qu'en sa qualité d'"actionnaire unique de la société ZETA CO.", elle a (i) confirmé à ALPHA S.A. que ZETA CO. était autorisée à passer le Contrat avec ALPHA S.A. et que Me A. était habilité à signer ce Contrat au nom de ZETA CO.; et (ii) informé ALPHA S.A. que tous les avis prévus à l'article 7.1 du Contrat devaient être adressés au domicile privé en Velotolie de Monsieur D. Monsieur D. a témoigné à ce sujet que Monsieur B., Président de ETA CO. et - en cette qualité - signataire des deux "side letters" susmentionnés du 23 octobre 1976, ne souhaitait ● pas - pour des raisons de discrétion évidentes - que les avis relatifs à la vente du produit X au marché libre, circulent au siège même de ETA CO. à Ruritaniacity. C'est enfin Monsieur B. qui a signé pour ZETA CO., le 8 avril 1977, le contrat de vente avec CPX. Or, à cette date du moins, Monsieur B. n'avait en aucun cas la qualité d'administrateur de ZETA CO., ni ne possédait aucune autre fonction officielle pour cette filiale à 100% de ETA CO.
- ETA CO. a enfin pris des décisions du ressort de l'assemblée générale des actionnaires de ZETA CO., sans respecter les formalités que devraient revêtir de telles décisions. Ceci est devenu parfaitement évident lorsque ETA CO. a décidé de dissoudre ZETA CO., au motif que cette dissolution résultait (pour ainsi dire: automatiquement) de la dissolution de sa société mère à 100%, ETA CO., dissolution ordonnée par décret du Président ruritanien. Se heurtant à l'opposition des autorités maugréennes qui exigeaient le respect des formalités prévues par la loi du siège de ZETA CO., ETA CO. a même confirmé, sans la moindre ambiguïté, que ETA CO. n'avait jamais tenu d'assemblée générale des actionnaires de ZETA CO. et qu'elle n'avait jamais nommé - après la démission des administrateurs maugréens qui avaient agi lors de la constitution de ZETA CO. - de nouveaux administrateurs. Pour toutes ces raisons, ETA CO. a-t-elle affirmé qu'il serait impossible "dans ces circonstances" ("under these circumstances") d'établir des "Articles of Dissolution" de ZETA CO. conformément au droit maugréen. Ce n'est finalement qu'en date du 15 janvier 1986 que les autorités du Maugréland ont prononcé la dissolution de plein droit de ZETA CO., pour défaut de paiement de la taxe annuelle.

▲
P 221
P 222
▼

▲
P 221
P 222
▼

▲
P 223
P 224
▼

Cette attitude cavalière dont ETA CO. a toujours fait preuve, prouve qu'elle a traité ZETA

CO. comme un “département interne”, sans indépendance formelle et juridique aucune, et qu'elle a manifestement confondu les sphères de l'actionnaire et de la société ZETA CO. elle-même, en prenant informellement des décisions du ressort des organes sociaux de sa filiale à 100%.

β Confusion du patrimoine

Si besoin en était encore, cette conclusion est pleinement confirmée par la confusion totale que ETA CO. a faite entre son patrimoine, d'une part, et celui de ZETA CO., de l'autre. Sur ce plan aussi, ETA CO. n'a jamais traité ZETA CO. comme une entité distincte, mais considéré elle-même et sa filiale comme une unité économique, voire une seule société.

Il est certes vrai que Monsieur D., en tant que mandataire de ETA CO. et assisté par le chef comptable et directeur de la ETA CO. à Velocity (Monsieur H.) a établi un “Grand livre des comptes ZETA CO.”, un “Journal centralisateur ZETA CO.” ainsi qu'un bilan de ZETA CO. au 30 novembre 1977 accompagné de 4 pages de “commentaires” sur papier à en-tête de ZETA CO. et signé par Monsieur H. en date du 28 février 1978. De même, ce bilan avec “commentaires” a été soumis à ETA CO. Ruritaniacity par lettre du 3 mars 1978 de Monsieur H.

P 224
P 225

Malgré ces efforts des comptables, la confusion des patrimoines est manifeste:

- Le bilan de ZETA CO. à fin 1977 fait apparaître un chiffre total des actifs et des passifs de £stg 29'478'095.35. L'actif était notamment composé d'une créance contre le “client ETA CO.” de £stg 20'800'912.61 et d'une autre créance contre le “client CPX” de £stg 8'233'475. Le commentaire 1.1 relatif à ce bilan précise que le poste “clients ETA CO.” de £stg 20'800'912.61 “représente la totalité des ventes de machines et pièces de rechange à ETA CO.”, tandis que le poste “client CPX” de £stg 8'233'477.05 “représente le montant des factures provisoires SOZAREX” relatives à la livraison du produit X.
- Les enquêtes ont établi que ETA CO. n'a jamais payé le solde dû à ZETA CO. La raison en a été indiquée sans la moindre ambiguïté par Monsieur B., à l'époque Président de ETA CO.: “parce qu'ils [ETA CO.] ne devaient pas les payer, ZETA CO. était une filiale à 100% de ETA CO.”.
- Lors de la dissolution de ZETA CO., ETA CO. a confirmé de nouveau qu'elle ne reconnaissait point l'indépendance juridique et comptable de ZETA CO., mais qu'elle a toujours traité sa filiale comme une simple “succursale” formant une unité économique avec elle.

P 225
P 226

Selon le témoin D. en effet, le bilan de dissolution de ZETA CO. faisait apparaître “sur papier” une créance à l'égard de ETA CO. de l'ordre de £stg 11'288'000, tandis qu'au passif il restait ●

le capital de £stg 1'000 qui ne trouvait pas l'équivalent dans les comptes en banque (ils n'avaient plus rien du tout) ainsi que la dette de ZETA CO. envers ALPHA S.A., 5'000'000 et quelques - il y avait donc un bénéfice qui a été attribué, je dirai, sur papier, parce qu'on n'a rien versé à ETA CO.

- Considérant ce témoignage précis du témoin D., le Tribunal arbitral n'est pas en mesure de suivre la défenderesse lorsqu'elle prétend qu'“en réalité, la créance de ZETA CO. à l'encontre de ETA CO. pour la livraison de machines a été compensée par le versement du produit de la liquidation à son actionnaire ETA CO.”. Ce procédé est impossible sur le plan comptable.
- Il est bien plutôt établi que ETA CO. a vidé ZETA CO. de toute sa substance de la façon suivante : sur instruction de sa société mère, ZETA CO. a utilisé la totalité des fonds virés par ALPHA S.A. pour régler les factures que GAMMA LTD. avait adressées à ZETA CO. pour les machines. En revanche, ETA CO. elle-même n'a jamais réglé à sa filiale à 100% les factures que cette dernière lui avait adressées pour la vente et cession de ces mêmes machines. Ceci n'a point empêché ETA CO. de céder les véhicules, en son nom propre, à la SRM, tout en accordant à cette dernière les facilités de paiement précisées à la page 66 de son rapport annuel 1977.

P 226
P 227

En tout état de cause, la défenderesse - en tant que successeur légal universel de ETA CO. - n'a jamais apporté le moindre élément concret qui réfuterait les allégations précises, chiffrées et documentées de la demanderesse et prouverait que ETA CO. a effectivement réglé le solde dû à ZETA CO. Bien au contraire, pour le rappeler de nouveau, Monsieur B., à l'époque Président de ETA CO., a clairement confirmé la version de ALPHA S.A. en témoignant, en toute franchise, que ETA CO. ne devait pas payer les factures de ZETA CO., parce que cette dernière “était une filiale à 100% de ETA CO.”.

L'unité économique de fait existant entre ZETA CO. et ETA CO. ainsi que la confusion totale des patrimoines de ces deux sociétés formellement distinctes sont donc manifestes.

iv Abus de droit de ETA CO. à l'égard de ALPHA B.A.

La dernière condition pour l'admissibilité d'une "levée de voile social" est également réalisée en l'espèce, car en invoquant l'indépendance juridique de ZETA CO., la défenderesse (en tant que successeur légal universel de ETA CO.) commet un abus de droit à l'égard de ALPHA S.A. et viole manifestement les intérêts légitime de cette dernière.

Aux yeux du Tribunal arbitral, ce résultat ne découle pas du fait que ZETA CO. avait été constituée pour permettre d'éluder les obligations de la Ruritanie à l'égard du cartel des pays producteurs de produit X. Car ALPHA S.A. était parfaitement au courant de cette situation; elle s'est même prêtée pour agir comme une sorte de complice de ETA CO., afin d'atteindre le but de l'opération.

▲
P 227

●
P 228
▼

Ce n'est pas non plus le principe même de la dissolution de ZETA CO. qui paraît choquant. Rien ne s'oppose en effet à ce que l'actionnaire dominant ou unique décide de procéder à la liquidation et dissolution de "sa" société, même si celle-ci doit encore de l'argent à ses créanciers (ATF 108 II 213, 214-215, consid. 6a et 6b = SJ 1983, 73, 74-75).

Il n'en reste pas moins que le procédé d'une dissolution, bien que légitime dans son principe, peut constituer un abus de droit, dans certains cas particuliers (ibid., avec référence à ATF 85 II 114 consid. 3). Or, un tel cas particulier est présent ici :

- Comme on l'a déjà vu, ETA CO. a procédé à une confusion totale de son patrimoine propre avec celui de ZETA CO. En le faisant, elle a vidé ZETA CO. de tous les actifs dont cette dernière avait besoin pour couvrir ses propres engagements à l'égard de ses créanciers, et notamment de ALPHA S.A. Pire même, ETA CO. ne jugeait tout simplement pas nécessaire de régler les factures qu'elle avait reçues de sa filiale ZETA CO.
- Les pratiques de ETA CO. sont d'autant plus choquantes et abusives à l'égard de ALPHA S.A. que ce sont précisément l'"acompte" et "les paiements à bien plaisir" effectués par la demanderesse, qui ont permis à ETA CO., via sa filiale à 100% ZETA CO., d'acquérir les machines GAMMA et d'en céder l'usage, avec paiements différés, à une autre entreprise étatique de Ruritanie, soit la SRMonsieur
- Après avoir ainsi vidé ZETA CO. de tous ses actifs, ETA CO. a finalement procédé à une dissolution pour le moins cavalière de cette société-écran, sans respecter les règles du droit maugréen et sans faire le moindre appel à ses créanciers (voir, en droit suisse, l'art. 740 al. 2 CO). ETA CO. n'a même pas contacté son créancier le plus important qui lui était parfaitement connu, soit ALPHA S.A., qui en fait a été son pourvoyeur de fonds.

▲
P 228

●
P 229
▼

Pour toutes ces raisons, ETA CO. commet un abus manifeste de droit et viole de façon évidente les intérêts légitimes de ALPHA S.A. lorsqu'elle invoque l'indépendance juridique de ZETA CO.

Il convient dès lors d'admettre ici la "levée du voile social" de cette société et de permettre le "Durchgriff" sur son actionnaire unique ETA CO.

c Conséquences de la levée du voile social

Sur le plan juridique (tout comme par ailleurs sur le plan économique) ETA CO. prend la place de ZETA CO. en tant qu'"acheteur" aux termes du Contrat de vente du 23 octobre 1976. Toutes les dispositions du Contrat, y compris la clause compromissoire, lient donc ETA CO.

2.2.5 Conclusion quant aux effets de la clause compromissoire à l'égard de la défenderesse

La clause compromissoire du Contrat entre ALPHA S.A. et ZETA CO. est opposable à ETA CO. BETA CO., quant à elle, est successeur universel légal de toutes les obligations liant ETA CO., y compris la convention d'arbitrage (voir ad. 2.1 cidessus). Dès lors, le Tribunal arbitral est compétent pour juger le litige opposant la défenderesse à la demanderesse.

▲
P 229

●
P 230
▼

POINTS III ET IV SELON L'ACTE DE MISSION :

III Interprétation de l'article 4 du Contrat du 23 octobre 1976

IV Obligation(s) créée(s) par cette disposition, débiteur(s) de celle(s)-ci et montant(s) de celle(s)-ci

Ces deux points à trancher par le Tribunal arbitral concernent le même complexe de questions et seront donc traités ensemble ici.

Cet examen présuppose la détermination de la nature juridique du Contrat.

1 Nature juridique du Contrat

ALPHA S.A. avait préparé un premier projet de contrat selon lequel elle aurait agi en qualité d'agent de ZETA CO. ETA CO. a toutefois refusé cette construction et les parties ont finalement conclu l'accord appelé "Contrat de vente". Dans le Contrat, ZETA CO. est dénommée "le vendeur" et ALPHA S.A. "l'acheteur". Ces termes, ainsi que celui de "vente", se retrouvent notamment aux articles 1 et 4 alinéa 2 para. 5 du Contrat.

Nonobstant cette terminologie et contrairement à son titre, le Contrat est en réalité un contrat de commission au sens des articles 425 et ss CO.

▲
P 230
P 231
▼

Selon l'article 18 CO, "il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention".

En l'espèce, toute la construction juridique a été choisie afin de permettre à ETA CO. d'éviter l'entente de la Ruritanie avec d'autres pays producteurs de produit X et de vendre ce produit sur le marché libre, à des prix substantiellement supérieurs au "prix producteur" fixé par les pays producteurs. C'est pour cette raison que ETA CO. a fait créer ZETA CO. et qu'elle a fourni à sa filiale, moyennant un premier "contrat de vente", du produit X pour le marché libre. ZETA CO., quant à elle a "vendu" ce produit à ALPHA S.A., selon les termes d'un deuxième accord, lui aussi appelé "contrat de vente". En réalité cependant, toutes les trois parties impliquées (soit ETA CO., ZETA CO. et ALPHA S.A.) savaient parfaitement que ZETA CO. n'était rien d'autre qu'une simple société-écran, intercalée dans le seul but de masquer (autant que faire se pouvait) la violation par la Ruritanie de l'entente des pays producteurs de produit X. Et c'est pour cette raison également que l'on a apparemment choisi le titre "contrat de vente" pour pouvoir prétendre "officiellement" et en cas de besoin, documents à l'appui, que ETA CO. "n'avait rien à faire" avec les transactions effectuées sur le marché libre par ALPHA S.A., "trader in commodities" internationalement connu, qui avait acquis - toujours selon la théorie "officielle" - en son propre nom, la marchandise de ZETA CO., société maugréenne juridiquement et formellement indépendante de ETA CO.

▲
P 231
P 232
▼

En réalité cependant, ETA CO./ZETA CO. ne voulait rien d'autre que de se servir de ALPHA S.A. comme simple intermédiaire ou commissionnaire. Ce point de vue économique l'emporte également sur le plan juridique: conformément à la définition du contrat de commission à l'article 425 alinéa 1 CO, la demanderesse était commissionnaire en matière de vente parce qu'elle se chargeait "d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant [ZETA CO.], la vente ... de choses mobilières ..., moyennant un droit de commission (provision)". Cette volonté réelle des parties est clairement reflétée dans le Contrat :

- Ce dernier ne contient aucune spécification exacte de la marchandise, mais ne parle que vaguement de "1400 tonnes métriques de produit X" (art. 1). De surcroît, et contrairement à tout réel contrat de vente ayant pour objet du produit X valant des millions de livres sterling, le Contrat ne contient aucune clause réglant la garantie du vendeur pour les défauts de la marchandise vendue.
- L'article 4 du Contrat est, lui aussi, totalement atypique pour un vrai contrat de vente, car il détermine le prix du produit X en fonction du prix de vente obtenu par ALPHA S.A. "sur le marché libre, diminué de sept pour-cent. Ces sept pour-cent constitueront la commission de [ALPHA S.A.]" (art. 4 al. 1). Or, si effectivement ALPHA S.A. avait été un "vrai" acheteur qui était censé supporter tous les risques et aléas afférents à l'achat et à la revente d'importantes quantités de produit X, la demanderesse n'aurait certainement pas accepté ce système de "rémunération" qui ne pouvait fonctionner à son profit que dans la mesure où le prix de vente sur le marché libre était supérieur au prix qu'elle devait régler à ZETA CO. Dans l'hypothèse inverse, en revanche, la totalité des risques aurait été à la charge de ALPHA S.A. ●
- De même, le système de calcul du prix de vente en deux temps (selon l'art. 4 al. 2 du Contrat) est incompatible avec un "réel" contrat de vente : aucun acquéreur (qui supporte, par définition, les risques de l'opération) n'accepterait la solution ici choisie selon laquelle le prix définitif d'achat n'était fixé qu'à la date à laquelle la vente sur le marché libre était intervenue, et - surtout - selon laquelle ce prix était fixé en fonction du prix obtenu lors de cette revente.
- Si effectivement ZETA CO. et ALPHA S.A. avaient voulu conclure une vente (c'est-à-dire un accord au moyen duquel ALPHA S.A. acquerrait la marchandise pour la revendre, en son nom propre et à ses propres risques), leur comportement à l'occasion des opérations liées à la vente du second lot de produit X, aurait été tout simplement incompréhensible. Cette attitude des parties sera analysée ci-après dans le contexte de la question de savoir si ALPHA S.A. pouvait vendre le produit X sur le marché libre

▲
P 232
P 233
▼

à un prix inférieur au prix producteur (voir ad. 2 ci-dessous); qu'il suffise donc de constater ici que le comportement de ZETA CO. / ETA CO. et de ALPHA S.A. à cette occasion prouve que toutes les parties ont toujours été de l'avis que les risques et aléas de l'opération devaient être supportés par ZETA CO., ce que cette dernière a confirmé par écrit, lorsque le décompte final pour le second lot fut arrêté d'un commun accord.

Pour toutes ces raisons, le Tribunal arbitral arrive à la conclusion que le Contrat, contrairement à son appellation, n'a pas pour objet une vente. Il s'agit bien plutôt d'un contrat de commission de vente, au sens des articles 425 ss CO.

P 233

P 234

Ce n'est que par surabondance de motifs que les arbitres tiennent à mentionner encore le fait suivant : en date du 8 avril 1977, ZETA CO. avait conclu un contrat parallèle avec CPX, une succursale de l'important groupe velotolien Coopérative des Produits X. Ce contrat est également appelé "contrat de vente"; il a lui aussi pour objet la "vente" du produit X ruritanien sur le marché libre. La différence majeure entre les contrats CPX et ALPHA S.A. consiste dans le fait que CPX, contrairement à ALPHA S.A., ne devait pas régler un prix provisoire à ZETA CO. Quoi qu'il en soit : lorsque CPX s'est avérée dans l'incapacité d'écouler le produit X sur le marché libre, ETA CO./ZETA CO. ont tout simplement repris la totalité du produit "vendu" à CPX. Or, ETA CO./ZETA CO. n'aurait certainement pas fait preuve d'une attitude aussi conciliante et généreuse à l'égard de CPX si cette dernière avait vraiment été un "acheteur" au sens juridique du terme. Tout en ne méconnaissant pas le principe de la relativité des conventions, le Tribunal arbitral relève que l'épisode CPX démontre qu'en réalité, ETA CO./ZETA CO. ont toujours considéré les intermédiaires ALPHA S.A. et CPX comme de simples commissionnaires, en aucun cas comme des acheteurs au vrai sens du terme.

2 Interprétation de l'article 4 du Contrat

Pour le présent litige, les passages suivants de l'article 4 sont pertinents :

P 234

P 235

2.1 Le texte de l'art. 4

Article 4. - Prix

1. La marchandise sera vendue à un prix égal à celui auquel l'acheteur la revendra sur le marché libre, diminuée de sept pour-cent. Ces sept pour-cent constitueront la commission de l'acheteur.

2. Après l'embarquement de la marchandise, le vendeur enverra à l'acheteur ... une facture provisoire établie sur base du cours de la marchandise sur le marché libre, ...

Dans les cinq jours de la réception de ces documents, l'acheteur paiera au vendeur une fraction de la facture provisoire, ladite fraction représentant une somme égale à la valeur de la marchandise calculée au prix CIF ETA CO.

Aussitôt après avoir revendu la marchandise, l'acheteur informera le vendeur du prix auquel il aura réalisé la revente... .

Une fois informé de la date à laquelle la livraison s'est effectuée, le vendeur enverra à l'acheteur une facture définitive dont le montant sera égal au prix auquel l'acheteur aura réalisé la revente, diminué de sept pour-cent.

Dans les cinq jours de la réception de la facture définitive, l'acheteur paiera au vendeur, à titre de règlement du solde du prix de vente, une somme égale au montant de ladite facture, diminué du montant du paiement provisionnel effectué à la suite de l'émission de la facture provisoire.

P 235

P 236

3. Les paiements prévus ci-dessus seront effectués en livres sterling, par virement au compte du vendeur à la Banque S.A., Suisse.

2.2 Le comportement des parties dans le cadre du premier lot

Le premier lot de 200 tonnes de produit X, livré fin décembre 1976 par ZETA CO. à ALPHA S.A. et vendu aussitôt après par cette dernière, n'a certes pas donné lieu à des différends entre les parties.

Il sied néanmoins de constater que dans le cadre des opérations du premier lot, ALPHA S.A. - sans être tenue par le Contrat - donc "à bien plaisir" et sans même avoir reçu de facture - a versé à ZETA CO., comme avance supplémentaire sur les bénéfices à réaliser, la somme de Estg 3'020'000 à valoir sur le prix définitif de la vente. Cette somme a été incorporée par les deux parties dans le décompte final du premier lot, et ce, exactement de la même façon que le "paiement provisionnel" que ALPHA S.A. avait effectué conformément au Contrat et à la facture provisoire concernant ce premier lot.

P 236

P 237

2.3 Les allégués des parties quant au second lot

Pour ce qui est du second lot, ALPHA S.A. en a vendu la majeure partie à des prix inférieurs au prix producteur de l'époque (Estg 25). Les opérations du second lot ont donc généré pour ZETA CO. une perte (par rapport à ce nouveau prix producteur) de Estg l'526'660.16.

Selon ALPHA S.A., rien dans l'article 4 du Contrat l'empêchait de vendre le produit X à un prix même inférieur au prix producteur lorsque (et dès lors que) les conditions sur le marché libre ne permettaient pas des ventes à des prix pour le moins égaux au prix producteur; de surcroît, consulté par la demanderesse, ETA CO. aurait donné son accord aux ventes à des prix en-dessous du nouveau prix producteur de Estg 25/lb.

BETA CO., quant à elle, allègue que la philosophie de base même du Contrat faisait interdiction à la demanderesse de vendre la marchandise à des prix inférieurs au prix producteur. La défenderesse soutient en outre que ALPHA S.A. aurait bien pu vendre ce second lot également à des prix substantiellement supérieurs au prix producteur, mais que la demanderesse se serait attendue à une hausse de prix et que cette spéculation, totalement étrangère au Contrat, aurait mal tourné.

2.4 L'interprétation de l'art. 4 selon le principe de la confiance

L'interprétation de l'article 4 du Contrat selon le principe de la confiance (art. 18 al. 1er CO; 2 CCS) démontre que la position défendue par ALPHA S.A. est seule correcte.

▲
P 237

●
P 238
▼

2.4.1 L'interprétation littérale

Une interprétation strictement littérale de l'article 4 confirme que lors de la conclusion du Contrat, les parties sont parties de l'idée que l'opération serait nécessairement profitable pendant toute sa durée; elles n'ont dès lors même pas envisagé l'hypothèse dans laquelle les prix sur le marché libre seraient inférieurs au prix producteur. C'est ainsi que l'alinéa 2 para. 5 ainsi que l'alinéa 3 de l'article 4 ne règlent qu'une seule situation, soit celle où l'acheteur ALPHA S.A. devrait payer à ZETA CO. le différentiel entre le prix de vente et le montant de la facture provisoire réglée par ALPHA S.A. En revanche, l'hypothèse inverse (qui s'est réalisée pour le second lot), soit celle où le prix de vente était inférieur au paiement provisionnel, n'est point réglé par l'article 4. Monsieur B a donc, en principe, raison lorsqu'il a témoigné que "s'il n'y avait pas de différentiel, ce Contrat n'avait pas sa raison d'être" et que l'on pouvait "lire entre les lignes" de l'article 4 que les parties n'avaient envisagé qu'une revente au-dessus du prix producteur. Ceci est d'autant plus évident que ETA CO. pouvait écouler le produit X au prix producteur, plus élevé dans l'hypothèse ici donnée.

2.4.2 Le comportement des parties lors de l'exécution des transactions du second lot

L'interprétation littérale de l'article 4 du Contrat démontre que les parties n'ont pas pris en considération la revente du produit X au-dessous du prix producteur. Si elles l'avaient envisagée soit lors de la conclusion du contrat soit même plus tard, les parties l'auraient-elles admise ou, au contraire, ● exclue ? C'est là la question que le Tribunal doit résoudre en s'inspirant des règles de la bonne foi, conformément à l'art. 2 al. 1er CCS, ce qui implique notamment une interprétation selon le principe de la confiance (ATF 95 II 439 = JT 1970 I 534; 97 II 73 = JT 1972 I 351; 99 II 76 = JT 1973 I 506; 107 II 163; 110 II 146; 111 II 293; dans la doctrine voir notamment Ernst A. Kramer, in: Berner Kommentar, Tome VI/1/1/4, Berne 1985, ad. art. 18 CO, No. 16 et ss, notamment 28; P. Jaeggli / P. Gauch, Zürcher Kommentar, Tome V/l/b, Zürich, 1980, ad. art. 18 CO, No. 288 et ss, notamment No. 347 et ss, No. 359-360, No. 419 et ss; A. von Tuhr / H. Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Tome I, Zürich 1979, p. 285 et ss; H. Deschenaux, Le titre préliminaire du Code Civil, Traité de Droit civil suisse, Tome II/l, Fribourg 1969, p. 158 et ss; P. Engel, Traité des obligations en Droit suisse, Neuchâtel 1973, p. 165 et ss).

▲
P 238

●
P 239
▼

L'interprétation d'une clause contractuelle ne doit pas seulement prendre en considération la situation au moment de la conclusion de l'accord et le but du contrat en question, tel qu'il était compris à ce seul moment par les deux parties. Tout contrat règle en effet une situation évolutive, de sorte qu'il convient de prendre en considération l'ensemble des circonstances de la cause et, notamment, le comportement ultérieur des parties au cours de l'exécution de l'accord. Cette attitude des parties révèle en effet la réelle interprétation du contrat qu'ont faite les parties elles-mêmes. Il se peut aussi que les parties se soient rendues compte d'une lacune de leur convention et qu'elles soient tombées d'accord, en cours de route, sur la façon de combler cette lacune, ce qu'elles peuvent faire elles-mêmes soit expressément, soit tacitement, soit encore de façon implicite (voir notamment ATF 96 II 325, ● 333 = JT; ATF 107 II 417, 418 = JT; Jaeggli / Gauch, op. cit. ad. art. 18 CO, No. 359-360; Kramer, op. cit., ad. art. 18 CO, No. 28; ces commentateurs donnent de nombreuses autres références à la jurisprudence et la doctrine pertinentes).

▲
P 239

●
P 240
▼

En l'espèce, il s'agit notamment d'analyser le comportement des parties à la suite de l'évolution des choses qu'elles n'avaient pas prévue au moment de la signature du Contrat, soit la chute des prix sur le marché libre au-dessous du prix producteur. Le Tribunal arbitral n'est donc pas appelé en premier lieu ici à combler une lacune du Contrat (et plus précisément de l'art. 4); la mission des arbitres est plutôt de déterminer si les parties

elles-mêmes ont trouvé une solution contractuelle adaptée aux circonstances changées.

A ce sujet, les observations suivantes s'imposent :

- Par lettre du 23 octobre 1976, ETA CO. avait informé ALPHA S.A. que celle-ci devait expédier les avis prévus à l'article 7.1 du Contrat au domicile privé, en Velotolie, de Monsieur D., conseiller juridique à ETA CO. ALPHA S.A. a apporté la preuve, par documents, qu'elle a toujours promptement adressé à ZETA CO., via Monsieur D., les avis de vente concernant le second lot, et ce non seulement lorsque ces ventes avaient été exécutées à un prix supérieur au prix producteur mais encore lorsque tel n'était plus le cas.

▲
P 240
—
P 241
▼

● D'un intérêt tout particulier est la facture définitive que ZETA CO. a établie en date du 15 novembre 1979 et selon laquelle le prix global de vente pour le second lot s'élève à £stg 9'898'247.64. L'annexe à cette facture indique clairement que ce ne sont que les deux premières ventes (faites les 7 mai et 10 juillet 1977) pour une quantité totale de 36.5 tonnes que ALPHA S.A. a pu effectuer à des prix supérieurs au prix producteur de l'époque (£stg 25/lb.). Toujours selon l'annexe à la facture définitive de ZETA CO., toutes les autres ventes (couvrant le solde de 163.5 tonnes) ont été faites par ALPHA S.A. entre le 4 juin 1978 et le 22 décembre 1978, et ce, à des prix oscillant entre £stg 18.80/lb. et £stg 21.80/lb., donc sensiblement inférieur au nouveau prix producteur de £stg 25, tout en étant relativement proche de l'ancien prix producteur de £stg 20/lb. Sans le moindre commentaire ou reproche, ZETA CO. a finalement adressé à ALPHA S.A., le même jour (soit le 15 novembre 1979) une note de crédit selon laquelle la commission de 7% due à ALPHA S.A. sur le montant total des ventes (£stg 9'898'247.64) s'élevait à £stg 692'877.33.

Compte tenu de ces documents établis par ZETA CO. elle-même, le Tribunal arbitral rejette comme infondées les critiques que la défenderesse a formulées, au cours de cet arbitrage, relatives à la politique de vente suivie par ALPHA S.A. Rien n'était en effet l'allégation de BETA CO. selon laquelle ALPHA S.A. se serait livrée à une spéculation qui aurait mal tourné; cet argument de la défenderesse paraît d'autant moins crédible que ● ALPHA S.A. n'avait qu'un intérêt limité à procéder à une spéculation sur les cours à venir : sa commission n'était en effet que de 7% de la revente, tandis que 93% revenaient à ETA CO. Enfin et bien que Monsieur B. ait nié avoir eu des contacts avec Monsieur C. et l'avoir autorisé à vendre le produit X sur le marché libre à des prix inférieurs au nouveau prix producteur (£stg 25/lb.), le Tribunal arbitral estime fort probable que de tels contacts doivent avoir eu lieu: si la position actuelle de BETA CO. et de Monsieur B., ancien Président de ETA CO., était correcte, il serait tout simplement inconcevable que ZETA CO. ait adressé à ALPHA S.A. les décomptes précités pour le second lot "comme si de rien n'était".

▲
P 241
—
P 242
▼

- Par identité de motifs, la position défendue par la défenderesse au cours de l'arbitrage est parfaitement incompatible avec le fait que Monsieur D. (auquel ETA CO. avait transmis "pour compétence" la lettre de ALPHA S.A. du 5 septembre 1979) a procédé à un examen minutieux du décompte final pour le second lot et qu'il a répondu à ALPHA S.A., le 11 février 1980 et sur papier de ZETA CO., "que le produit de la revente du second lot de 200 tonnes de produit X se monte à 9'898'247.64 livres sterling" et que "le compte se clôture donc par un solde de ... 5'467'729.69 livres sterling en votre faveur". Dans cette même lettre ZETA CO. demandait même à ALPHA S.A. de lui faire savoir si elle était "d'accord sur ce solde".

De l'avis du Tribunal arbitral, ZETA CO. n'aurait jamais fait parvenir à ALPHA S.A. une telle "confirmation" du solde dû en faveur de la demanderesse si effectivement ZETA CO. avait été, à l'époque, de ● l'avis que ALPHA S.A. s'était adonnée à une spéculation inadmissible au vu du Contrat.

▲
P 242
—
P 243
▼

- La conclusion du Tribunal arbitral trouve encore une confirmation dans le fait que ALPHA S.A., à la demande de ZETA CO. puis de BETA CO. a régulièrement confirmé depuis 1979 à AUDIT LTD., Ruritanicity, contrôleurs aux comptes de ZETA CO., de ETA CO. et de la défenderesse, que le compte de ZETA CO. présentait un solde débiteur de £stg 5'467'729.69 en faveur de ALPHA S.A.
- Enfin, les Directions de ETA CO. et de BETA CO. ainsi que leurs conseils ont été d'avis qu'en attendant la résolution définitive du litige avec ALPHA S.A., il était plus prudent de maintenir la dette de quelque £stg 5'400'000 (ou 5'500'000) à l'égard de ALPHA S.A. dans les livres de ces deux sociétés. Or, si effectivement la créance de ALPHA S.A. était aussi discutable que le prétend maintenant la défenderesse, cette créance n'aurait très probablement pas été maintenue pendant de longues années et pour l'intégralité de son montant, dans les livres de ces deux sociétés étatiques de Ruritanie.

2.4.3 Conclusion quant à l'interprétation de l'art. 4

L'article 4 du Contrat n'empêchait pas ALPHA S.A. de vendre le second lot à des prix inférieurs au prix producteur. De même, les critiques que la défenderesse a formulées quant à la politique de vente poursuivie par ALPHA S.A. sont rejetées, parce qu'infondées.

▲ P 243

● P 244

2.5 Solde dû à ALPHA S.A. pour le second lot

Si l'on appliquait littéralement les termes de l'article 4 alinéa 2 para. 4 et 5 du Contrat, le décompte final pour le second lot serait le suivant :

Prix de vente (facture n° 02/81 de ZETA CO.)		+£stg 9'898'247.64
Moins : commission de ALPHA S.A. 7% (note de crédit n° 0/681 de ZETA CO.)	./.	£stg 692'877.33
Moins : montant du paiement provisionnel effectué par ALPHA S.A. selon facture provisoire de ZETA CO.	./.	£stg 11'023'100.--
Solde dû par ZETA CO. à ALPHA S.A.		£stg 1'817'729.69

▲ P 244

● P 245

Toutefois, dans le cadre du second lot, ALPHA S.A. a versé "à bien plaisir" à ZETA CO., en plus de l'acompte provisionnel de £stg 11'023'100, deux avances sur le bénéfice qu'elle escomptait faire sur la revente du second. La somme totale de ces deux avances (faites en mars 1977) est de £stg 3'650'000 et il est évident que cette somme est également due à ALPHA S.A., en sus des £stg 1'817'729.69 selon le récapitulatif ci-dessus.

Bien que (i) l'art. 4 du Contrat ne prévoise pas de telles avances et que (ii) ZETA CO. n'ait jamais adressé des factures à leur sujet à ALPHA S.A., le Tribunal arbitral est d'avis que ces deux avances ont été manifestement payées dans le cadre du Contrat et qu'elles doivent dès lors être incorporées dans le décompte final conformément à l'article 4. Les raisons suivantes militent en faveur de ce résultat :

- L'avance de £stg 3'020'000 que ALPHA S.A. avait faite dans le cadre du premier lot et dans des conditions parfaitement identiques, a été spontanément intégrée par les parties dans le décompte final pour ce premier lot.
- ALPHA S.A. et ZETA CO. ont tout aussi spontanément intégré les deux avances de £stg 3'650'000 dans le décompte final pour le second lot, comme s'il s'agissait d'une sorte de "deuxième et troisième paiements provisionnels" faits par ALPHA S.A. contre des factures provisionnelles complémentaires.

▲ P 245

● P 246

Dans ces conditions, le décompte final est le suivant pour le second lot :

Prix de vente (facture n° 02/81 de ZETA CO.;		+£stg 9'898'247.64
Moins : commission de ALPHA S.A. (7%) (note de crédit n° 0/681 de ZETA CO.)	./.	£stg 692'877.33
Moins : montant du paiement provisionnel effectué par ALPHA S.A. à la suite de l'émission de la facture provisoire de ZETA CO.	./.	£stg 11'023'100.--
Moins : deux avances faites par ALPHA S.A. en mars 1977 (£stg 1'100'000 et £stg 2'550'000)	./.	£stg 3'650'000.--
Solde dû par ZETA CO. à ALPHA S.A.		£stg 5'467'729.69

Conformément à l'art. 431 al. 1er CO, "le commissionnaire a droit au remboursement, avec intérêts, de tous les frais, avances et débours faits dans l'intérêt du commettant". Or, ALPHA S.A. a fait les avances à ZETA CO. dans l'intérêt manifeste de celle-ci et peut donc exiger le remboursement du solde de £stg 5.467.729,69 (art. 431 al. 1er CO).

▲ P 246

● P 247

Le Tribunal arbitral relève par ailleurs que ZETA CO. paraît avoir reconnu qu'elle devait ce montant:

Par lettre du 5 septembre 1979, ALPHA S.A. a adressé à ZETA CO. "les derniers relevés de compte entre ALPHA S.A. et ZETA CO." qui faisaient "ressortir une somme de £stg 5.468.959,78 en faveur de ALPHA S.A.". La réponse de ZETA CO., sur le papier à en-tête de cette société, date du 11 février 1980; elle est signée par Monsieur D. avec le titre d'administrateur et précise que "le compte se clôture ... par un solde de ... 5.467.729,69 livres sterling en votre faveur". Ce solde a été reconnu comme exact par ALPHA S.A. dans sa lettre du 26 février 1980 à ZETA CO. A réception de cette dernière lettre, ZETA CO. est restée silencieuse. De même, ZETA CO./ETA CO./BETA CO. n'ont jamais réagi lorsque, par la suite,

ALPHA S.A. a régulièrement confirmé à leurs commissaires aux comptes que le compte de ZETA CO. présentait un solde débiteur de £stg 5.467.729,69 en faveur de ALPHA S.A. Enfin, les rapports annuels 1981-1982 de ETA CO. et ceux de BETA CO. pour les années 1983 et 1986 font état de cette réclamation de ALPHA S.A.

Reste cependant la question des pouvoirs de Monsieur D. Ce témoin a affirmé avec la plus tranquille assurance qu'il avait été nommé administrateur de ZETA CO. en même temps que Monsieur B. et pour succéder à Me A., mais aucune décision de l'assemblée générale de ZETA CO. à ce sujet n'a été produite. En outre, ni Monsieur B., ni Me A. n'ont confirmé que Monsieur D. a effectivement été nommé administrateur. Et Monsieur D. lui-même lors de son témoignage a souligné, qu'il avait seulement constaté l'existence comptable d'une somme apparemment due à ALPHA S.A. mais n'avait pas le pouvoir d'ordonner le règlement de cette somme.

▲
P 247

●
P 248
▼

S'il n'est donc pas établi de façon certaine que Monsieur D. avait le pouvoir d'engager seul ZETA CO. par la lettre de cette dernière du 11 février 1980, les documents mentionnés ci-dessus bien que ne constituant pas une reconnaissance de dette au sens propre, confirment le Tribunal arbitral dans son appréciation que ZETA CO. devait à ALPHA S.A. le solde de £stg 5.467.729,69.

2.6 Intérêt moratoire

Selon l'article 104 alinéa 1 CO, le débiteur en demeure pour le paiement d'une somme d'argent doit des intérêts moratoires au taux minimal de 5% par an.

Le Tribunal arbitral déterminera d'abord la date à partir de laquelle ZETA CO. a été en demeure et, ensuite, le taux de l'intérêt moratoire.

2.6.1 Date à partir de laquelle ZETA CO. était en demeure

Le débiteur d'une obligation exigible est mis en demeure par l'interpellation du créancier sauf si le jour de l'exécution a été déterminé d'un commun accord; dans cette dernière hypothèse, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce jour (art. 102 CO).

L'article 4 alinéa 2 para. 5 du Contrat prévoit l'obligation de l'acheteur (ALPHA S.A.) de payer le montant de la facture définitive dans les cinq jours de la réception de cette facture. Bien que cette disposition (conformément aux expectatives initiales des parties) ne vise que le cas où ALPHA S.A. aurait vendu le produit X à un prix supérieur au prix producteur et devrait donc un différentiel de prix à ZETA CO., il convient néanmoins d'appliquer le principe même de cette disposition à l'hypothèse inverse, soit celle où le prix obtenu par ALPHA S.A. était inférieur au prix producteur, de sorte que ZETA CO. devait un remboursement partiel à la demanderesse. Au cours de l'exécution des transactions du second lot, les parties ont en effet - du moins implicitement - modifié l'article 4 du Contrat pour l'adapter aux circonstances changées. On a également vu que les parties sont, du moins implicitement, tombées d'accord sur le traitement des deux avances supplémentaires d'une somme totale de £stg 3'650'000 faites par ALPHA S.A. en mars 1977 : ces avances devaient être incorporées dans le décompte final comme s'il s'agissait de paiements provisionnels complémentaires effectués contre factures provisoires complémentaires.

▲
P 248

●
P 249
▼

L'article 4 alinéa 2 para. 5 du Contrat prévoyant l'obligation de paiement "dans les cinq jours de la réception de la facture définitive", il convient de déterminer si, en l'espèce, ALPHA S.A. a émis une facture définitive et, dans l'affirmative, la date de cette facture.

Par sa lettre du 5 septembre 1979, la demanderesse avait informé ETA CO. que les relevés au 31 décembre 1978 faisaient "ressortir une somme de £stg 5'468'959.78 en faveur de ALPHA S.A. pour le règlement de laquelle nous voudrions bien avoir vos propositions". L'on notera les termes diplomatiques choisis par ALPHA S.A. : sachant que ZETA CO. ne disposait (plus) d'aucune assise financière, la demanderesse n'a pas insisté pour que le solde dû lui soit réglé dans le délai de cinq jours prévus à l'article 4.

▲
P 249

●
P 250
▼

Ce n'est qu'en date du 11 février 1980 que ZETA CO. a répondu à ALPHA S.A. que les comptes se clôturaient par un solde de £stg 5'467'729.69 en faveur de ALPHA S.A. D'autre part, ZETA CO. invita la demanderesse à lui faire savoir si elle était d'accord sur ce solde.

Ce solde fut promptement confirmé par ALPHA S.A. qui s'exprima comme suit dans sa lettre du 26 février 1980 à ZETA CO. :

Le solde nous restant dû est donc de £stg 5'467'729.69 pour le règlement duquel nous attendons vos propositions le plus rapidement possible.

Il est manifeste, ici de nouveau, que ALPHA S.A. n'a pas insisté pour que ZETA CO. fasse le paiement dans les cinq jours de sa lettre du 26 février 1980 qui, en principe, devrait être considérée comme la "facture définitive" au sens de l'article 4 alinéa 2 para. 5 du Contrat. La demanderesse a seulement fait savoir, dans des termes très conciliants, qu'elle attendait "le plus rapidement possible" des propositions de règlement de la part de ZETA CO. Or, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce et notamment du fait que les deux parties savaient parfaitement que ZETA CO. elle-même n'était pas en mesure de

payer l'important solde dû à ALPHA S.A., la formule choisie par ALPHA S.A. ne pouvait être comprise par ZETA CO. - selon le principe de la confiance - que comme une invitation à ouvrir rapidement des négociations avec la demanderesse. ZETA CO., destinataire de cette lettre, pouvait donc raisonnablement et de bonne foi la comprendre en ce sens que ALPHA S.A. était d'accord de "mettre entre parenthèses" le délai contractuel de paiement, dans l'espoir que des négociations entre les parties aboutiraient ● à une solution appropriée aux circonstances, satisfaisante pour ZETA CO. / ETA CO. et pour la demanderesse. Peu importe à cet égard que ALPHA S.A. se soit trompée dans cette expectative et que les négociations ultérieures n'aient pas abouti.

▲
P 250
P 251
▼

Dans ces conditions, le Tribunal arbitral retient que ALPHA S.A. n'a interpellé la défenderesse au sens de l'article 102 al. 1 CO qu'à la date de sa requête d'arbitrage, soit le 30 septembre 1986. C'est donc cette date qui sera considérée comme dies a quo pour le calcul de l'intérêt moratoire.

2.6.2 Taux de l'intérêt moratoire

L'article 104 CO fixe les différents taux de l'intérêt moratoire. ALPHA S.A. soutient cependant que ces règles ne sont pas applicables ici, au motif qu'elle aurait subi un dommage supplémentaire au sens de l'article 106 CO.

a Dommage supplémentaire de ALPHA S.A. ?

Selon la demanderesse, si la défenderesse avait dûment payé le solde, ALPHA S.A. aurait pu placer cet argent sur l'Euromarché, comme l'atteste une lettre d'une société d'expertise comptable à Zurich du 19 novembre 1990 produite par ALPHA S.A.

Ce raisonnement n'emporte pas la conviction du Tribunal arbitral. Un dommage supplémentaire au sens de l'article 106 CO ne pourrait être admis que dans la mesure où la demanderesse aurait prouvé qu'elle a effectivement éprouvé un dommage supérieur à l'intérêt moratoire légal (voir P. ENGEL, op. cit. p. 203; VON TUHR / ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Zurich 1974, vol. II p. 147). Or, ● comme l'a souligné la demanderesse elle-même dans son mémoire après enquêtes (p. 61), elle est "une société engagée dans le trading international". ALPHA S.A. n'est donc pas, par exemple, une institution de prévoyance qui place régulièrement ses fonds sur le marché des capitaux; elle les engage bien plutôt dans des opérations de négoce, dont le résultat peut tout aussi bien être positif que négatif. D'autre part, la demanderesse n'a même pas allégué que, depuis la date de sa requête d'arbitrage (30 septembre 1986), elle a dû avoir systématiquement recours à des crédits bancaires pour combler l'absence des fonds que la défenderesse aurait dû lui régler.

▲
P 251
P 252
▼

b Intérêt moratoire selon l'art. 104 al. 3 CO

Selon l'art. 104 al. 1 CO, l'intérêt moratoire est en principe de 5% l'an. Toutefois, l'art. 104 al. 3 CO dispose qu'entre commerçants, tant que l'escompte dans le lieu du paiement est d'un taux supérieur à 5%, l'intérêt moratoire peut être calculé au taux de l'escompte.

Les deux parties à l'arbitrage sont manifestement des "commerçants" (quant à cette notion, voir B. RUEFENACHT, Die Begriffe Kaufmann, Handwerker und kaufmännischer Verkehr, Berne 1926, p. 50 à 54, 67 à 68, 70 à 71).

Il convient ensuite de définir ce que l'art. 104 al. 3 CO entend par "l'escompte". Il s'agit, comme le dit le texte allemand de cet article, de "l'escompte bancaire usuel" ("der übliche Bankdiskonto"). Doctrine et jurisprudence s'accordent pour admettre que la loi ne vise pas le taux d'escompte officiel de la Banque Nationale Suisse (ou en cas de devises étrangères le taux de l'escompte pratiqué par les banques centrales concernées), mais le taux de l'escompte privé (normalement plus élevé), soit celui utilisé par les banques ● lorsqu'elles escomptent à leurs clients des effets de change de premier ordre (v. BECKER, Berner Kommentar, 1943, note 5 ad. art. 104 CO; OSER / SCHOENENBERGER, Zürcher Kommentar, note 7 ad art. 104 CO; P. NOBEL, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankrecht in der Schweiz, Bern, 1979, p. 25; WEBER, Gedanken zur Verzugs-Schadensregelung bei Geldschulden in: Festschrift Keller 1989, pp. 323 et ss et p. 331; SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldverzugs im Schweizerischen OR, th. Fribourg 1987, pp. 1359, ch. 357, et, dans le même sens, un arrêt tout récent du Tribunal fédéral [ATF 116 II 140 - JT 1991 I p. 43 et ss]).

▲
P 252
P 253
▼

Plus problématique est le sens qu'il convient d'accorder au terme "dans le lieu du paiement", tout particulièrement si la monnaie du contrat est libellée en devise étrangère et le lieu du paiement fixé en Suisse. L'art. 104 al. 3 CO vise-t-il le taux de l'escompte du pays de la monnaie contractuelle ou, au contraire, étroitement et textuellement, le taux de l'escompte privé au lieu où la dette doit être acquittée ? L'aspect international de l'art. 104 al. 3 CO a été jusqu'ici largement ignoré par la doctrine et la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a laissé cette question indécise dans l'arrêt ATF 116 II 140.

Elle se pose avec acuité lorsqu'une dette, libellée dans une monnaie dans laquelle le taux d'intérêt est élevé, est payable en un lieu où, comme la Suisse, le taux de l'escompte privé a été pendant des années historiquement bas, même si récemment ce taux s'est relevé de manière substantielle.

La réponse à cette question dans l'opinion du Tribunal arbitral passe par une interrogation

sur la volonté du législateur, sur l'examen d'autres dispositions du CO en matière monétaire et sur la réalité économique.

▲
P 253
P 254
▼

La référence au "lieu du paiement" doit être interprétée à la lumière de la situation qui prévalait à l'époque où cette disposition légale a été adoptée, soit en 1881, c'est-à-dire en un temps où l'unité économique de la Suisse était beaucoup plus limitée. (Il suffit de rappeler par exemple qu'il n'y avait pas de banque centrale en Suisse avant 1905). D'autre part, les relations économiques internationales étaient beaucoup moins développées. Il est par conséquent vraisemblable que la référence au "lieu du paiement" avait pour but dans l'intention du législateur de 1881 de tenir compte des différences locales existant en Suisse entre les taux d'escompte privé pratiqués par les banques suisses. En revanche, le législateur n'avait pas à l'esprit les différences que nous connaissons aujourd'hui entre les diverses monnaies sur le plan de l'inflation et des taux d'intérêts. L'adoption de l'art. 104 CO remonte en effet à une époque où l'unité monétaire de l'Europe était incomparablement plus forte qu'aujourd'hui et où le facteur inflationniste était infiniment moindre.

Le CO dispose, à titre supplétif, que le paiement des dettes d'argent s'opère dans le lieu où le créancier est domicilié (dette portable, art. 74 al. 2 ch. 1 CO) et que le paiement d'une dette d'argent se fait en monnaie du pays (art. 84 al. 1 CO). Autrement dit, à défaut de monnaie convenue, la devise de la dette est celle du domicile du créancier, qui se trouve précisément être le lieu du paiement. Dans la mesure où la monnaie de la dette coïncide avec la monnaie ayant cours au lieu de paiement, on peut en déduire que, dans l'opinion du législateur de 1881, le taux d'escompte dans le lieu de paiement était nécessairement le taux applicable à (et conçu pour) des prétentions libellées dans la monnaie de la dette. En d'autres termes et à titre d'illustration, le législateur n'envisageait pas d'appliquer à une dette en livres sterling un taux d'escompte conçu pour des dettes en francs suisses.

▲
P 254
P 255
▼

Cette conclusion est encore renforcée par l'interprétation fondée sur la réalité économique: il apparaît illogique et d'un point de vue économique totalement absurde, considérant les différences substantielles qui existent aujourd'hui entre les différents pays en matière d'inflation et de taux d'intérêts, d'appliquer le taux de l'escompte du franc suisse à une créance libellée en livres sterling, parce qu'elle serait payable en Suisse.

Il semble au contraire nécessaire et équitable que l'intérêt moratoire, en vertu de l'art. 104 al. 3 CO, soit calculé sur la base du taux de l'escompte privé prévalant pour la monnaie choisie par les parties.

En effet, l'intention du législateur en édictant l'art. 104 al. 3 CO en faveur des commerçants était bien évidemment de leur permettre d'être dédommagés du coût de l'escompte des effets de change qui leur étaient habituellement remis lorsque leurs débiteurs étaient en demeure. L'intention du législateur était donc d'adapter l'intérêt moratoire à la réalité économique.

Il tombe sous le sens qu'un effet de change libellé en livres sterling ne sera pas escompté par la banque suisse du domicile du créancier au taux de l'escompte du franc suisse, mais bien au taux de l'escompte de la livre sterling.

▲
P 255
P 256
▼

Dans l'arrêt rendu le 15 mai 1990, le Tribunal fédéral a laissé indécise la question de savoir si le taux de l'escompte usuel pour une dette en monnaie suisse mais payable à l'étranger, était le taux pratiqué en Suisse ou celui pratiqué au lieu du paiement. Mais il a cependant admis qu'on ne pouvait appliquer à une créance libellée en francs suisses, payable à Paris, le taux pratiqué par la Banque Nationale de Paris pour les crédits en compte courant en francs français (ATF 116 II 140).

Dans un arrêt plus récent, rendu le 21 août 1990, où il n'avait pas à trancher cette question, le Tribunal fédéral n'a pas trouvé indéfendable que l'intérêt moratoire sur des prétentions en dinars yougoslaves, francs français et livres sterling soit fixé en fonction de l'escompte pratiqué par les banques du pays dans lequel avait cours la monnaie de chacune de ces prétentions (ATF 116 II 373).

Il faut donc interpréter l'art. 104 al. 3 CO en ce sens que le taux de l'escompte privé est celui prévalant pour la monnaie du contrat choisie par les parties.

Cette solution a été consacrée, à la connaissance du Tribunal arbitral, par au moins une cour cantonale (arrêt de la Cour de Justice de Genève du 22 janvier 1988 en la cause No 1416/85 B c/ J) et plusieurs sentences arbitrales.

▲
P 256
P 257
▼

Sur la base des considérations qui précèdent, le Tribunal arbitral décide que l'intérêt moratoire réclamé par ALPHA S.A. sera, au sens de l'art. 104 al. 3 CO, calculé sur la base du taux d'escompte privé pratiqué pour les effets de change de 90 jours libellés en livres sterling. Le Tribunal arbitral a dès lors demandé à une grande banque suisse de la place genevoise de lui indiquer le taux de l'escompte privé pour des effets de change libellés en livres sterling, tirés sur des clients de premier ordre (sociétés pouvant bénéficier d'une notation financière AAA) et payables à 90 jours. Selon la confirmation de cette banque, les

taux étaient les suivants:

le 30 septembre 1986	...	%	p.a.
le	%	p.a.
[etc. jusqu'à la date de la sentence]			

Le siège genevois de la filiale suisse d'une grande banque américaine a indiqué des taux pratiquement identiques.

En vertu de leur pouvoir d'appréciation (art. 99 al. 3, 42 al. 2 CO; 1 al. 2, 4 CC), les arbitres condamnent dès lors la défenderesse à payer des intérêts moratoires au taux moyen de x% par an, dès le 30 septembre 1986 et jusqu'à la date du paiement effectif.

▲
P 257
P 258
▼

2.7 Considérations complémentaires du Tribunal arbitral

Pour aborder tous les arguments invoqués de part et d'autre, le Tribunal arbitral procède encore aux considérations complémentaires suivantes:

2.7.1 Quant à l'amortissement de la créance dans les livres de ALPHA S.A.

Le fait que ALPHA S.A. ait jugé approprié d'amortir sa créance dans ses livres, ne peut être considéré comme une renonciation de sa part à son droit de recouvrer cette dette et les intérêts moratoires. L'amortissement comptable n'équivaut en effet à aucun mode d'extinction de dette prévu par le Code des Obligations.

2.7.2 Quant à la prescription

La défenderesse n'ayant pas invoqué la prescription, le Tribunal arbitral, conformément à l'art. 142 CO, n'est pas tenu d'office d'examiner la question de savoir si l'action de ALPHA S.A. est prescrite au sens des art. 127 ss CO.

2.7.3 Quant à la tardiveté ou forclusion de l'action

Bien que le solde dû à ALPHA S.A. ait été arrêté fin février 1980 et que la demanderesse n'ait initié l'arbitrage que le 30 septembre 1986, son action n'est pas tardive et encore moins forclore. Le fait pour un créancier d'attendre avant d'ouvrir une action, dans l'espoir de pouvoir régler les choses à l'amiable, n'est en effet pas contraire à la bonne foi, du moins pas lorsque - comme en l'espèce - il a effectivement négocié avec le débiteur en vue d'une transaction. ●

▲
P 258
▼

References

- *) NDLR : Le présent résumé a été établi sur la base d'une sentence aimablement communiquée par Me Philippe de Coulon, avocat à Genève.

© 2019 Kluwer Law International, a Wolters Kluwer Company. All rights reserved.

Kluwer Arbitration is made available for personal use only. All content is protected by copyright and other intellectual property laws. No part of this service or the information contained herein may be reproduced or transmitted in any form or by any means, or used for advertising or promotional purposes, general distribution, creating new collective works, or for resale, without prior written permission of the publisher.

If you would like to know more about this service, visit www.kluwarbitration.com or contact our Sales staff at sales@kluwerlaw.com or call +31 (0)172 64 1562.