

# **BGer 4A\_40/2018 vom 26. September 2018**

Bundesgericht, 2018-09-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_40\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_40_2018)

FR: TF 4A\_40/2018 du 26 septembre 2018

IT: TF 4A\_40/2018 del 26 settembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours en matière civile est recevable contre les sentences touchant l'arbitrage international aux conditions fixées par les art. 190 à 192 LDIP ( art. 77 al. 1 let. a LTF ). Qu'il s'agisse de l'objet du recours, de la qualité pour recourir ou encore de l'unique grief invoqué dans le mémoire de recours, aucune de ces conditions de recevabilité ne fait problème en l'espèce. Rien ne s'oppose donc à l'entrée en matière sous ces différents angles.

### **E. 2.1**

L'intimée soulève, toutefois, la question du respect du délai de recours. Selon elle, comme la procédure arbitrale était soumise au Règlement d'arbitrage de la CCI dans sa version de 2012, que l'art. 34 dudit Règlement confie au Secrétariat de la CCI le soin de notifier la sentence aux parties et qu'en vertu de l'art. 3 par. 2 et 3 du même Règlement, les notifications du Secrétariat peuvent être valablement effectuées par courriel, la réception, le 29 novembre 2017, par le conseil de la recourante, d'une copie en format PDF de la sentence, que le Secrétariat de la CCI avait envoyée "par courtoisie" aux représentants des parties et à l'arbitre en annexe à un courriel du même jour, valait notification de la sentence. Dès lors, le délai de recours de 30 jours, qui avait commencé à courir le lendemain et qui était resté en suspens du 18 décembre 2017 au 2 janvier 2018, était arrivé à échéance le 15 janvier 2018. Par conséquent, le mémoire de recours, remis à La Poste Suisse le 19 janvier 2018, avait été déposé tardivement, ce qui entraînait l'irrecevabilité du recours.

### **E. 2.2**

Pareille argumentation tombe à faux. Il a échappé à l'intimée que l'art. 34 par. 1 du Règlement d'arbitrage de la CCI (version 2012), prévoit que "[l]a sentence rendue, le Secrétariat en notifie aux parties

le texte signé du tribunal arbitral [

passage souligné par le Tribunal fédéral ], après que les frais d'arbitrage ont été intégralement réglés à la CCI par les parties ou l'une d'entre elles". En d'autres termes, cette disposition prescrit la notification de

l'original de la sentence aux parties et constitue, de par cette exigence, une

lex specialis relativement à la règle générale de l'art. 3 par. 2 du même Règlement, qui indique de quelle manière une notification ou une communication entre le Secrétariat de la CCI et les parties peut être effectuée.

De ce point de vue, la situation n'a pas évolué depuis l'entrée en force, le 1er mars 2017, de la version actuellement en vigueur du Règlement d'arbitrage de la CCI. En effet, l'art. 35 par. 1 de ce Règlement reprend mot pour mot le texte de l'art. 34 par. 1, précité, du

Règlement de 2012. La Cour internationale d'arbitrage de la CCI a d'ailleurs édicté, le 30 octobre 2017, un document intitulé: "Note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI", document relatif à la dernière version du Règlement. Il y est précisé que chaque partie reçoit un original des sentences signé par les arbitres après l'approbation des projets par la Cour (art. 128) et qu'avant cette notification, un PDF de l'original signé, que le tribunal arbitral doit fournir par courriel au Secrétariat, lui sera notifié par ce dernier (art. 129). L'art. 140 de ladite note énonce, en faisant référence à l'art. 35 par. 1 du Règlement, que le Secrétariat notifiera aux parties un original des sentences. Quant à l'art. 141, il précise que la copie PDF de l'original signé des sentences sera envoyée par courtoisie aux parties, mais que cet envoi " ne déclenche aucun délai conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI ". Dans sa duplique, l'intimée affirme que le passage cité entre guillemets de l'art. 141 de ladite note ne concerne que les délais prévus par le Règlement d'arbitrage de la CCI. Elle a sans doute raison, mais cela ne change rien aux données du problème. La question décisive est de savoir quel est l'acte qui, en vertu du Règlement d'arbitrage de la CCI, peut être regardé comme "la notification de l'expédition complète" au sens de l' art. 100 al. 1 LTF .

C'est le lieu de rappeler que, selon une jurisprudence bien établie, la notification par fax d'une sentence arbitrale n'entre pas dans les prévisions de cette disposition et ne fait donc pas courir le délai de recours lorsque le règlement d'arbitrage applicable prévoit la notification d'un original de la sentence (arrêts 4A\_604/2010 du 11 avril 2011 consid. 1.3, 4A\_392/2010 du 12 janvier 2011 consid. 2.3.2, 4A\_582/2009 du 13 avril 2010 consid. 2.1.2, non publié in ATF 136 III 200 ). La même règle peut être posée

mutatis mutandis , par identité de motifs, en ce qui concerne la notification d'une copie de l'original de la sentence par courrier électronique. Demeure réservée l'hypothèse dans laquelle le règlement applicable ne prescrit pas l'envoi de l'original de la sentence aux parties (arrêt 4A\_609/2014 du 20 février 2015 consid. 2.3.1). La doctrine confirme d'ailleurs, en faisant référence à l'art. 34 par. 1 du Règlement d'arbitrage de la CCI (version 2012), que le fait d'imposer la notification de l'original de la sentence implique une communication par voie postale ou par un service de transport du courrier (KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, International Arbitration, Law and Practice in Switzerland, 2015, n. 8.38 p. 434).

En l'espèce, nonobstant l'envoi, par courriel du 29 novembre 2017, à titre de courtoisie, de la copie en format PDF de la sentence, la notification de celle-ci, au sens de l' art. 100 al. 1 LTF , n'est intervenue que le 4 décembre 2017, date à laquelle le conseil tunisien de la recourante a accusé réception de l'original de la sentence que lui avait remis un transporteur privé (DHL). Ainsi, le délai de 30 jours, dont le cours a débuté le 5 décembre 2017 ( art. 44 al. 1 LTF ) avant d'être suspendu du 18 décembre 2017 au 2 janvier 2018 inclusivement, est arrivé à échéance le 19 janvier 2018, date à laquelle le mémoire de recours a été remis à un bureau de poste suisse ( art. 48 al. 1 LTF ). D'où il suit que la recevabilité

ratione temporis du présent recours n'est pas sujette à caution. Rien ne s'oppose, partant, à l'entrée en matière.

### **E. 3**

Dans un unique moyen, la recourante fait grief à l'arbitre d'avoir violé son droit d'être entendue en se fondant, pour rendre sa sentence, sur des pièces que l'intimée ne lui avait jamais communiquées.

### **E. 3.1**

Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par les art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP, n'a en principe pas un contenu différent de celui consacré en droit constitutionnel. Ainsi, il a été admis, dans le domaine de l'arbitrage, que chaque partie avait le droit de s'exprimer sur les faits essentiels pour le jugement, de présenter son argumentation juridique, de proposer ses moyens de preuve sur des faits pertinents et de prendre part aux séances du tribunal arbitral ( ATF 142 III 360 consid. 4.1.1 p. 360 et les précédents cités).

L'égalité des parties, elle aussi garantie par les dispositions citées, implique que la procédure soit réglée et conduite de manière à ce que chaque partie ait les mêmes possibilités de faire valoir ses moyens. Quant au principe de la contradiction, garanti par les mêmes dispositions, il exige que chaque partie ait la faculté de se déterminer sur les moyens de son adversaire, d'examiner et de discuter les preuves apportées par lui et de les réfuter par ses propres preuves ( ATF 142 III 360 consid. 4.1.1 p. 361 et le précédent cité).

### **E. 3.2**

A l'appui de son unique grief, la recourante soutient, à titre liminaire, avoir démontré non seulement qu'elle n'avait jamais reçu les factures et autres pièces justificatives mentionnées dans l'annexe 3 à l'attestation de témoin de Mme O. \_\_\_\_\_, mais encore qu'elle ignorait que l'intimée avait communiqué ces éléments de preuve hors délai et sans l'autorisation de l'arbitre. Concrètement, à réception du mémoire-demande et de ses annexes déposés par courriel du 4 janvier 2017, soit le dernier jour du délai dont l'intimée disposait pour ce faire, elle avait analysé les pièces produites et commencé immédiatement à travailler sur son mémoire-réponse. Ce n'est qu'à l'audience du 9 juin 2017, lorsque le conseil de l'intimée avait déclaré que l'arbitre était en possession d'une copie électronique de l'intégralité des factures en question qu'elle s'était rendu compte que celles-ci ne lui avaient pas été communiquées par l'intimée. Elle avait alors réagi sur-le-champ, puis avait adressé de nombreux courriers à l'arbitre. Pour finir, constatant que l'intimée n'était pas disposée à lui communiquer les factures litigieuses, elle avait requis l'arbitre de constater la rénitence de son adverse partie et de clore les débats.

Cependant, toujours selon la recourante, l'arbitre, qui n'avait pas donné suite à cette requête, avait rendu la sentence attaquée en se basant, pour étayer les chefs du dispositif de celle-ci relatifs aux deux condamnations pécuniaires précitées, sur les pièces justificatives mentionnées dans l'annexe 3 à l'attestation de témoin de Mme O. \_\_\_\_\_, alors qu'il avait été clairement informé de ce que la recourante n'était pas en possession de ces pièces et n'avait donc pas pu les examiner ni se déterminer à leur sujet. Ayant ainsi porté atteinte au principe de la contradiction, l'arbitre avait violé le droit d'être entendu de cette partie.

La recourante s'est encore prononcée, à titre préventif, sur la forclusion que l'intimée pourrait lui opposer. Excluant d'emblée qu'un quelconque reproche puisse lui être fait de ce chef, elle soutient avoir réagi immédiatement après qu'elle avait eu connaissance du fait que l'arbitre était en possession de pièces qui ne lui avaient pas été communiquées. A son avis, ce vice de procédure aurait pu être réparé aisément durant la procédure arbitrale puisqu'il aurait suffi à l'intimée, de son plein gré ou sur l'injonction de l'arbitre, de lui transmettre ces pièces avant la clôture des débats, qui est intervenue plus de trois mois après la découverte de l'existence du vice dénoncé. Or, rien n'avait été entrepris dans ce sens par l'arbitre, bien que le problème eût été soulevé à l'audience déjà et avait fait l'objet, par la suite, d'au moins cinq courriers et courriels de sa part.

### **E. 3.3.1**

La partie qui s'estime victime d'un vice de procédure doit l'invoquer d'emblée dans la procédure arbitrale, sous peine de forclusion. En effet, il est contraire à la bonne foi de n'invoquer un tel vice que dans le cadre du recours dirigé contre une sentence arbitrale, alors que le vice aurait pu être signalé en cours de procédure (arrêts 4A\_450/2017 du 12 mars 2018 consid. 3.1 et 4A\_70/2015 du 29 avril 2015 consid. 3.2.1).

### **E. 3.3.2**

Sans être contredite par la recourante, qui a restreint sa réplique au problème du respect du délai de recours, l'intimée soutient que son adverse partie est déchuë du droit de dénoncer la prétendue violation de son droit d'être entendue pour n'avoir pas saisi l'occasion qui s'était présentée à elle d'adopter un comportement différent à quatre stades au moins de la procédure.

En premier lieu, la recourante aurait pu réagir, le 5 janvier 2017, en recevant la clé USB et la lettre d'accompagnement qui précisait que cette clé contenait les factures et documents justificatifs mentionnés dans l'annexe 3 à l'attestation de Mme O.\_\_\_\_\_. Or, loin de le faire, elle a dû reconnaître, par la suite, qu'elle n'avait même pas ouvert cette clé USB.

En deuxième lieu, alors qu'elle aurait pu et dû réagir à l'issue de l'audience tenue les 8 et 9 juin 2017 à Paris, la recourante s'en était abstenue et avait, au contraire, indiqué qu'elle n'avait aucune réserve à formuler sur la conduite de l'instance à ce stade.

En troisième lieu, la recourante aurait pu chercher à obtenir copie des factures et des pièces justificatives après l'audience. Pourtant, elle ne l'a pas fait et a préféré solliciter la clôture des débats en cherchant, dans un premier temps, à créer un incident procédural lié au prétendu non-respect par l'intimée du délai qui lui avait été fixé pour le dépôt du mémoire-demande et de ses annexes, puis, s'étant avisée de l'inanité de cet incident, pour avancer, dans un second temps, l'argument tiré de l'absence de réception des factures et documents justificatifs.

En quatrième lieu, la recourante n'a pas non plus cherché à obtenir les factures et justificatifs de la mi-juillet au 20 septembre 2017 (date de la clôture de la procédure) malgré le fait que des documents nouveaux concernant un autre sujet ont été versés par elle au dossier de l'arbitrage pendant cette période.

### **E. 3.3.3**

Force est de donner raison à l'intimée qui a démontré de façon convaincante que la recourante n'a de loin pas fait son possible pour tenter d'obtenir,

pendente lite, la réparation du prétendu vice de procédure dont elle se plaint dans son recours en matière civile.

En effet, l'absence de réaction de la recourante à réception de la lettre d'accompagnement du 5 janvier 2017, qui faisait expressément état du contenu de la clé USB, en particulier de l'ensemble des factures et justificatifs mentionnés dans l'annexe 3 à l'attestation de témoin de Mme O.\_\_\_\_\_, est incompréhensible et ne peut s'expliquer, dans l'hypothèse la plus favorable à la recourante, que par une mauvaise lecture de cette lettre par son conseil de l'époque, et ce pour le cas, non établi, où cette clé électronique n'aurait pas été communiquée à ce dernier avec ladite lettre dont il avait reçu copie.

Tout aussi surprenants apparaissent la réaction qu'a eue la recourante, quelque cinq mois plus tard, à l'issue des audiences de procédure des 8 et 9 juin 2017, ainsi que le tir de barrage nourri auquel elle s'est livrée du 11 au 14 juin 2017, sous la forme de cinq courriers tant ordinaires qu'électroniques, pour tenter de justifier son inaction durant ce laps de temps. Dans sa réponse, l'intimée met d'ailleurs en évidence, à juste titre au demeurant, le caractère évolutif des arguments avancés dans chacun de ces courriers.

Pour le surplus, il ressort clairement des faits retenus par l'arbitre que la recourante n'a pas cherché à faire pression sur celui-ci, au terme de l'échange épistolaire susmentionné et jusqu'à l'issue de la procédure probatoire, afin qu'il ordonnât à l'intimée de lui communiquer les factures et pièces justificatives litigieuses, mais qu'elle s'est bien plutôt empressée d'insister auprès de lui pour qu'il clôturât les débats sans délai. Elle ne s'est pas non plus offusquée lorsque cette mesure fut prise quand bien même sa demande relative aux pièces en question n'avait pas été accueillie.

En conclusion, la recourante, bien qu'elle s'en défende, est forclosée à dénoncer la prétendue violation de son droit d'être entendue. Par conséquent, il n'est pas possible d'examiner les mérites de son grief fondé sur l' art. 190 al. 2 let . d LDIP.

#### **E. 4**

La recourante, qui succombe, devra payer les frais judiciaires ( art. 66 al.1 LTF ) et verser des dépens à l'intimée ( art. 68 al. 1 et 2 LTF ).

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