

# **BGer 4A\_669/2012 vom 17. April 2013**

Bundesgericht, 2013-04-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_669\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_669_2012)

FR: TF 4A\_669/2012 du 17 avril 2013

IT: TF 4A\_669/2012 del 17 aprile 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

### **E. 2**

Dans le domaine de l'arbitrage international, le recours en matière civile est recevable contre les décisions de tribunaux arbitraux aux conditions prévues par les art. 190 à 192 LDIP ( art. 77 al. 1 LTF ).

#### **E. 2.1**

Le siège de l'arbitrage a été fixé à Zurich. L'une des parties au moins (en l'occurrence, la recourante) n'avait pas son domicile en Suisse au moment déterminant. Les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont donc applicables ( art. 176 al. 1 LDIP ).

#### **E. 2.2**

La recourante est directement touchée par la sentence attaquée, étant donné que l'arbitre unique l'a condamnée à payer à l'intimé une somme d'argent beaucoup trop élevée à ses yeux. Aussi a-t-elle un intérêt digne de protection à l'annulation de cette sentence, ce qui lui confère la qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

Déposé dans les 30 jours suivant la notification de la sentence finale ( art. 100 al. 1 LTF en liaison avec l' art. 45 al. 1 LTF ), le recours, qui satisfait aux exigences formelles posées par l' art. 42 al. 1 LTF , est recevable.

#### **E. 2.3**

La conclusion de la recourante tendant à l'anonymisation des noms des parties dans le présent arrêt n'a pas de portée propre, dès lors que, conformément à l' art. 27 al. 2 LTF et à la pratique en la matière, cet arrêt sera publié sous une forme anonyme.

### **E. 3**

Invoquant l' art. 190 al. 2 let . d LDIP, la recourante fait grief à l'arbitre unique d'avoir violé son droit d'être entendue.

#### **E. 3.1**

Le droit d'être entendu en procédure contradictoire, au sens de l' art. 190 al. 2 let . d LDIP, n'exige certes pas qu'une sentence arbitrale internationale soit motivée ( ATF 134 III 186 consid. 6.1 et les références). Il impose, toutefois, aux arbitres un devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents ( ATF 133 III 235 consid. 5.2 p. 248 et les arrêts cités). Ce devoir est violé lorsque, par inadvertance ou malentendu, le tribunal arbitral ne prend pas en considération des allégués, arguments, preuves et offres de preuve présentés par l'une des parties et importants pour la décision à rendre. Si la sentence passe totalement sous silence des éléments apparemment importants pour la solution du litige, c'est aux arbitres ou à la partie intimée qu'il appartient de justifier cette omission dans leurs observations sur le recours. Il leur incombe de démontrer que, contrairement aux affirmations du recourant, les éléments omis n'étaient pas pertinents pour résoudre le cas concret ou, s'ils l'étaient, qu'ils ont été réfutés implicitement par le tribunal arbitral. Cependant, les arbitres n'ont pas l'obligation de discuter tous les arguments invoqués par les parties, de sorte qu'il ne peut leur être reproché, au titre de la violation du droit d'être entendu en procédure contradictoire, de n'avoir pas réfuté, même implicitement, un moyen objectivement dénué de toute pertinence ( ATF 133 III 235 consid. 5.2 et les arrêts cités).

Au demeurant, le Tribunal fédéral a jugé qu'il ne lui appartient pas de décider si les arbitres auraient dû admettre ou non le moyen qui leur a échappé, à supposer qu'ils l'eussent traité. Cela reviendrait, en effet, à méconnaître la nature formelle du droit d'être entendu et la nécessité, en cas de violation de ce droit, d'annuler la décision attaquée indépendamment des chances de la partie recourante d'obtenir un résultat différent (arrêt 4A\_360/2011 du 31 janvier 2012 consid. 5.1 dernier par. et le précédent cité).

### **E. 3.2**

La recourante ne remet plus en cause le caractère obligatoire de l'accord-cadre du 27 octobre 2010. Elle s'en prend, en revanche, à la manière dont l'arbitre unique a calculé le dommage que l'intimée avait fait valoir devant lui du chef de l'inexécution dudit accord par sa cocontractante. Selon elle, l'arbitre unique n'aurait pas traité quatre arguments qu'elle lui avait soumis à ce sujet dans ses écritures, en particulier dans son

Skeleton Argument du 15 juin 2012. Il convient d'examiner chacun de ces arguments à la lumière de la jurisprudence susmentionnée et des remarques formulées par l'intimée, étant rappelé que l'arbitre unique n'a pas déposé de réponse au recours. Encore faut-il préciser, préalablement, qu'en dépit du silence de la sentence sur ce point, il n'est pas contesté que l'intimée, qui réclame à la recourante des dommages-intérêts positifs et, plus précisément, l'indemnisation de son

lucrum cessans , ne saurait obtenir, à ce titre, qu'une somme correspondant à son gain manqué

net , c'est-à-dire à la différence entre le prix auquel elle aurait pu revendre les produits de nickel formant l'objet de l'accord-cadre et l'ensemble des frais qu'elle aurait dû payer pour l'acquisition de ces produits (sur le principe général concernant cette manière de calculer le dommage, cf. par ex. l'arrêt 4A\_288/2008 du 4 septembre 2008 consid. 2.1 et les arrêts cités). Il n'est du reste pas démontré, ni même allégué, que le droit anglais, qui régit ce contrat, aurait une autre approche de la notion de gain manqué.

#### **E. 3.2.1**

Le premier et principal argument concerne le prix que l'intimée aurait dû payer à la recourante pour l'acquisition des produits de nickel (recours, n. 59 à 64 et n. 98 à 105).

La recourante expose, avec références à l'appui, avoir détaillé, sur la base du rapport d'expertise du dénommé E. \_\_\_\_\_, l'ensemble des éléments constitutifs du prix que l'intimée aurait dû lui payer pour l'acquisition des produits en question. Selon elle, il appert du texte clair de la lettre V. \_\_\_\_\_ que le prix unitaire de 30 USD (

premium ) par tonne métrique concernait des cathodes de nickel non coupées livrables à Rotterdam (Pays-Bas), alors que l'intimée entendait obtenir la livraison de cathodes de nickel coupées sur le site de consignation prévu à Hull. Les frais de découpe (4 x 4) des cathodes ainsi que les frais de transport (assurance incluse) entre ces deux villes, qui s'élevaient respectivement à 150 USD et à 91 USD par tonne métrique au dire de l'expert, étaient dus en sus du prix unitaire, en vertu de la lettre V. \_\_\_\_\_. Devaient être imputés, de surcroît, les frais financiers, estimés à 83 USD par tonne métrique. Il en résultait une déduction totale de 354 USD (30 + 150 + 91 + 83) par tonne métrique à effectuer sur le prix de revente unitaire des cathodes (525 USD d'après la recourante; cf. recours, n. 62 p. 22); d'où un gain manqué net de 171 USD par tonne métrique. Toujours selon la recourante, l'arbitre unique aurait totalement ignoré cette argumentation, se bornant à prendre en considération le prix de base de 30 USD par tonne métrique.

Force est de donner raison à la recourante. De fait, il ressort de la sentence attaquée que, si l'arbitre unique y mentionne expressément les déductions proposées par l'expert E. \_\_\_\_\_ (n. 101) et, à sa suite, par la recourante, il en fait totalement abstraction par la suite, sans fournir la moindre explication à ce propos.

L'intimée objecte que cet état de choses découle de ce que l'arbitre a raisonné en fonction de prix nets, tandis qu'elle-même avait argumenté en termes de prix bruts. A son avis, en prenant pour base de calcul le prix unitaire brut de 1'050 USD auquel elle escomptait revendre les cathodes (cf. let. B ci-dessus) et en déduisant de ce montant le prix d'achat (30 USD), les frais de découpe (150 USD) et les frais de livraison des cathodes (91 USD depuis Rotterdam et 23 USD depuis Hull), soit un total de 294 USD, on obtient un gain manqué net de 756 USD par tonne métrique, lequel équivaut à quelques dollars près à celui que l'arbitre unique a retenu (750 USD; réponse, ch. V). Semblable argumentation ne convainc pas. Du point de vue mathématique, elle ne repose pas sur les mêmes chiffres que ceux de la recourante, puisque celle-ci entend porter en compte 354 USD par tonne métrique (au lieu de 294 USD) au titre des frais d'acquisition des cathodes, ce qui ramènerait le gain manqué net à 696 USD (1'050 - 354) au lieu des 756 USD calculés par l'intimée. Ensuite et surtout, il n'apparaît pas, à la lecture de la sentence, que l'auteur de celle-ci aurait raisonné en fonction de prix nets. L'intimée ne le démontre en tout cas pas et sa seule référence au terme

margin utilisé par l'arbitre unique sous n. 104 et 107 de sa sentence est tout à fait insuffisante à cet égard. En réalité, comme il s'en explique dans le passage topique de sa sentence (n. 108), l'arbitre unique a retenu le chiffre de 750 USD par tonne métrique parce qu'il constituait une hypothèse prudente (

a conservative assumption ) émise par le directeur exécutif de l'intimée, B. \_\_\_\_\_. Il a renvoyé, à ce propos, aux paragraphes 14 et 15 de la déposition d'un des fondateurs de la recourante, R. \_\_\_\_\_ (ibid.). Or, ce dernier, dans le passage cité, ne fait que rapporter des indications que B. \_\_\_\_\_ et A. \_\_\_\_\_ lui avaient fournies quant au prix que des tiers étaient prêts à payer pour l'acquisition des produits de nickel de la recourante (sentence, n.

104), c'est-à-dire relativement au prix que l'intimée pouvait espérer obtenir lors de la revente de ces produits. Partant, rien, dans le texte de la sentence attaquée, ne vient au soutien de la thèse défendue par l'intimée. Il en ressort, au contraire, que l'arbitre unique, sur la base de sa libre appréciation des témoignages recueillis, a jugé surfaits les 1'050 USD que l'intimée avait portés en compte au titre du prix de revente possible des cathodes de nickel, raison pour laquelle il les a ramenés à 750 USD. En revanche, la problématique de l'imputation des frais d'acquisition de ces produits ne paraît pas avoir retenu son attention. Du moins n'a-t-il pas fourni une quelconque explication dont on puisse inférer le motif qui l'a conduit à passer cette problématique sous silence.

En définitive, la recourante se plaint à juste titre d'une violation de son droit d'être entendue sur ce point.

### **E. 3.2.2**

Le deuxième volet du grief considéré a trait au volume des ventes que l'intimée aurait pu réaliser pendant la durée de vie de l'accord-cadre (octobre 2010 à septembre 2011; recours, n. 50 à 58 et n. 106 à 109).

Selon la recourante, la lettre V.\_\_\_\_\_, dont les termes ont été incorporés dans l'accord-cadre, prévoyait que "l'accord sur le flux des livraisons devait «accommoder l'approvisionnement et la demande fondamentales (sic) »". Or, du fait de problèmes de production en Finlande, elle-même se serait trouvée dans l'incapacité de fournir le moindre produit en provenance de ce pays à ses clients. Dans cette mesure, elle aurait dû être libérée de ses obligations envers l'intimée, ce qui eût réduit sensiblement le montant du gain manqué de cette dernière. Dès lors, l'arbitre unique, auquel un argument de ce chef avait été soumis, ne pouvait pas l'ignorer, comme il l'a fait, sauf à violer le droit d'être entendu de cette partie.

Le moyen n'est pas fondé. D'abord, la recourante cite, entre guillemets, un passage en français qui n'existe pas dans le texte de la lettre V.\_\_\_\_\_, puisque celle-ci a été rédigée en anglais. Elle ne précise pas quelle clause de cet accord formule la condition évoquée par elle. Aussi la prémisse de son raisonnement, d'après laquelle les parties à cet accord étaient convenues de faire dépendre le volume des livraisons de nickel à l'acheteur du volume de production de ce minerai en Finlande, n'est-elle déjà pas avérée. Ensuite, la recourante n'indique pas avec une précision suffisante où et comment elle a soumis l'argument en question à l'arbitre unique. Elle est, enfin, par trop évasive sur les conséquences concrètes que celui-ci aurait dû tirer de la circonstance alléguée.

### **E. 3.2.3**

Dans une troisième branche du même grief, la recourante dit avoir soutenu qu'il était établi que l'intimée n'aurait pas réussi à obtenir un financement bancaire avant la mi-janvier 2011, soit trois mois après l'entrée en vigueur de l'accord-cadre, si bien que le montant de ses ventes et, partant, celui de son bénéfice manqué auraient dû être réduits d'un quart au moins, le calcul de sa perte de gain devant dès lors être effectué sur la base d'une quantité totale de 2'000 tonnes métriques au lieu des 2'400 mentionnées dans ledit accord. A l'en croire, l'arbitre unique, dûment nanti d'un argument correspondant, n'aurait pas du tout examiné cette question (recours, n. 63, 65 à 69 et 110 à 115).

Il n'en est rien. L'arbitre unique a traité la question du financement bancaire aux n. 26 à 28 de sa sentence. Il y a notamment exposé que, aux dires de l'intimée, l'absence temporaire

d'un tel financement n'aurait pas empêché la mise en oeuvre de l'accord-cadre, car d'autres alternatives de financement s'offraient à elle (n. 28). Puis, sous n. 71 de sa sentence, il a indiqué que le problème du financement bancaire n'était pas la cause de l'échec de l'opération à ses yeux. Ce n'est pas le lieu d'examiner la pertinence de cette conclusion. Il suffit de constater, pour les besoins de la cause, que l'arbitre a pris en considération l'argument que la recourante lui reproche d'avoir omis d'examiner.

Par conséquent, l'intéressée dénonce à tort une violation de son droit d'être entendue sur ce point.

#### **E. 3.2.4**

En dernier lieu, la recourante allègue que l'intimée devait verser à A. \_\_\_\_\_ une commission de 38% du bénéfice brut tiré de la revente des produits de nickel, en vertu de l'accord de participation qui les liait (recours, n. 70 à 73 et n. 116 à 121). A l'en croire, elle aurait correctement fait valoir, dans la procédure arbitrale, que cette commission devait être déduite du prix de revente hypothétique des cathodes de nickel puisqu'elle constituait un élément des frais d'acquisition de ces produits. Malgré cela, l'arbitre unique n'aurait pas abordé la question.

Force est, toutefois, de constater que l'intéressée n'indique pas quand ni où elle aurait soumis cet argument à l'arbitre unique. Que des références à la quote-part du bénéfice réservée au prénommé figurent dans la sentence attaquée (n. 24 et 103 où il est question de 37% et non de 38%) ne signifie pas encore qu'elle l'ait fait. Pour le surplus, la recourante ne précise pas quelle était la nature juridique de l'accord de partenariat sur la base duquel A. \_\_\_\_\_ s'était vu conférer le droit au paiement de ces 37 ou 38% du bénéfice brut. Elle ne prétend pas non plus avoir invité l'arbitre unique à clarifier ce point. Or, comme l'intimée le relève avec raison, il n'est pas indifférent de savoir si ces 37 ou 38% représentaient une commission de courtage à déduire du prix de revente des marchandises, ainsi que le soutient apparemment la recourante, ou une participation au bénéfice réalisé par l'intimée dans le cadre de la mise en oeuvre de l'accord-cadre, une fois déduits les frais d'acquisition (réponse, ch. IV let. d).

Cela étant, la recourante se plaint à tort de ne pas avoir été entendue sur cette problématique.

#### **E. 3.2.5**

Dans le calcul qu'elle propose au n. 62, p. 22, de son mémoire, la recourante porte en compte le montant de 525 USD par tonne métrique qui est censé représenter le montant brut auquel l'intimée aurait pu revendre les cathodes de nickel à ses clients. Cependant, l'arbitre unique a retenu, à ce titre, un montant de 750 USD. Comme la recourante ne se plaint pas d'une violation de son droit d'être entendue sur ce point, elle cherche en pure perte à remplacer ce dernier montant par le montant précité.

#### **E. 3.3**

Il suit de là que le recours doit être admis partiellement, sous l'angle de la violation de l'art. 190 al. 2 let. d LDIP, en tant qu'il a trait au calcul du prix que l'intimée aurait dû payer à la recourante pour l'acquisition des produits de nickel (consid. 3.2.1) et rejeté pour le surplus (consid. 3.2.2 à 3.2.5).

Jurisprudence et doctrine admettent la possibilité d'une annulation partielle, nonobstant le caractère cassatoire du recours dirigé contre une sentence arbitrale internationale (cf. l'art.

77 al. 2 LTF qui exclut l'application de l'art. 107 al. 2 LTF), si l'objet attaqué est indépendant des autres (arrêt 4A\_360/2011, précité, consid. 6.1 et les références). Cette condition n'est pas réalisée en l'espèce, dès lors que l'on a affaire à une seule prétention litigieuse. Par conséquent, la sentence attaquée sera annulée dans son entier. Il va néanmoins de soi que, dans la nouvelle sentence à rendre, seule devra être réexaminée la question à l'égard de laquelle la recourante a dénoncé avec succès une violation de son droit d'être entendue.

#### **E. 4**

Bien qu'elle ajoute formellement un paragraphe - le n. 115 - à la sentence attaquée, la sentence que l'arbitre unique a rendue le 14 novembre 2012, à la demande de l'intimée (cf. let. B, dernier par., ci-dessus), ne constitue pas une véritable sentence additionnelle, mais une sentence rectificative, visant à réparer une omission de pure forme, attendu que le sort des frais et dépens des parties, qu'elle règle expressément, avait déjà fait l'objet d'une décision de l'arbitre unique dans la sentence initiale (n. 110 à 112). Celui-ci s'est d'ailleurs fondé, pour rendre cette seconde sentence, sur l'art. 36 du règlement suisse d'arbitrage international, qui traite de la "rectification de la sentence", alors que la "sentence additionnelle" est visée par l'art. 37 du même règlement.

Dans ces conditions, la sentence rectificative devient ipso facto caduque en raison de l'annulation de la sentence originale (ATF 131 III 164 consid. 1.1). Cependant, par souci de simplification et pour éviter que des problèmes ne surgissent, le cas échéant, au stade de l'exécution, du fait de la coexistence de la sentence rectificative et de la nouvelle sentence qui devra être rendue en raison de l'annulation de la sentence initiale, il se justifie d'annuler aussi la sentence rectificative (cf. le ch. 2 du dispositif de l'arrêt 4A\_433/2009 du 26 mai 2010).

#### **E. 5**

Il reste à statuer sur le sort des frais et dépens de la procédure fédérale. Leur répartition s'impose, puisqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause (art. 66 al. 1 LTF, art. 68 al. 1 et 2 LTF). Le Tribunal fédéral y procédera en reprenant le calcul effectué sous n. 62 du recours, en le rectifiant en fonction des griefs admis ou rejetés, puis en le comparant avec le résultat escompté par la recourante (212'000 USD [recours, n. 63] au lieu des 1'800'000 USD alloués par l'arbitre unique [sentence n. 108]). En remplaçant le prix de revente unitaire de 525 USD par 750 USD (cf. consid. 3.2.5 ci-dessus), en faisant abstraction des 65 USD imputés au titre de la créance de 38% de A. \_\_\_\_\_ (cf. consid. 3.2.4 ci-dessus) et en multipliant le résultat intermédiaire par 2'400 au lieu de 2'000 (cf. consid. 3.2.3 ci-dessus), on obtient un total de 950'400 USD ( $750 - [30 + 91 + 150 + 83] \times 2'400$ ) à payer par la recourante. Ainsi, dans le meilleur des cas, cette dernière pourrait obtenir

in fine une réduction de 849'600 USD (1'800'000 USD - 950'400 USD), légèrement inférieure à la moitié du montant retenu par l'arbitre unique et sensiblement moindre (53%) que celle qu'elle réclamait (1'800'000 USD - 212'000 USD = 1'588'000 USD). Il y a lieu, toutefois, de tenir compte du fait qu'elle a dû agir pour faire valoir une garantie procédurale - son droit d'être entendue - dont l'importance ne se mesure pas au seul impact financier de la sentence entreprise (arrêt 4A\_360/2011, précité, consid. 7). Dès lors, il paraît équitable de répartir les frais par moitié et de compenser les dépens.

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