

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

4A 277/2017

Arrêt du 28 août 2017

Ire Cour de droit civil

Composition  
Mmes les Juges Kiss, présidente, Niquille et  
May Canellas.  
Greffier: M. Carruzzo.

Participants à la procédure  
Société X.\_\_\_\_\_, représentée par  
Me Christophe Imhoos,  
recourante,

contre

Z.\_\_\_\_\_,  
représentée par Me Elias Haddad, et par Me Aboud Al-Sarraj,  
intimée.

Objet  
arbitrage international; droit d'être entendu; expertise,

recours en matière civile contre la sentence finale rendue le 16 avril 2017 par le Tribunal arbitral CCI.

Faits:

A.

Le 6 juin 2008, Société X.\_\_\_\_\_ (ci-après: la demanderesse), dont le siège est à..., se fonde sur la clause compromissoire insérée à l'art. 10 du contrat, soumis au droit..., qu'elle avait conclu le 21 mai 1977 avec Z.\_\_\_\_\_ (ci-après: la défenderesse) en vue de la réalisation de quatre projets touristiques en..., a introduit une requête d'arbitrage contre cet État auprès de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Un tribunal arbitral de trois membres a été constitué, son siège fixé à Genève et l'arabe désigné comme langue de l'arbitrage.

En date du 12 novembre 2011, le Tribunal arbitral a rendu une sentence incidente par laquelle il a écarté différentes exceptions soulevées par la défenderesse, notamment quant à sa compétence de jugement.

Le Tribunal arbitral a, tout d'abord, restreint son examen de la cause au fond à la question de la responsabilité des parties dans l'échec de la mise en oeuvre des projets mentionnés dans le contrat du 21 mai 1977, renvoyant à plus tard la discussion éventuelle sur les prétentions élevées à ce propos de part et d'autre. Le 12 février 2013, il a rendu une sentence préjudicielle dont le dispositif constate, notamment, que la défenderesse a violé ledit contrat et doit assumer, partant, la responsabilité de la non-exécution de deux des quatre projets prévus.

L'instruction de la cause a ensuite porté sur le quantum des réclamations respectives des parties. Des audiences ont été tenues à... du 23 au 25 mai 2016. Le président du Tribunal arbitral a prononcé la clôture des débats en date du 19 juin 2016.

Le Tribunal arbitral a rendu sa sentence finale le 16 avril 2017. Conformément à l'art. 25 par. 1 du Règlement d'arbitrage de la CCI (édition 1998), le président du Tribunal arbitral a statué seul, à défaut d'une majorité, et chacun de ses deux coarbitres a formulé une opinion dissidente. Pour l'essentiel, il a rejeté les demandes des deux parties. Les références faites ci-après à la sentence se rapportent, il va sans dire, à la traduction française, fournie par la recourante, du texte original arabe de cette décision.

B.

Le 22 mai 2017, la demanderesse (ci-après: la recourante) a formé un recours en matière civile. Elle

y dénonce une violation de son droit d'être entendue (art. 190 al. 2 let. d LDIP) et conclut à l'annulation de la sentence du 16 avril 2017.

La défenderesse (ci-après: l'intimée) et le Tribunal arbitral n'ont pas été invités à déposer une réponse.

Considérant en droit:

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'arabe), le Tribunal fédéral utilise la langue officielle choisie par les parties. Devant le Tribunal arbitral, celles-ci se sont servies de l'arabe, tandis que, dans le mémoire qu'elle a adressé au Tribunal fédéral, la recourante a employé le français, respectant ainsi l'art. 42 al. 1 LTF en liaison avec l'art. 70 al. 1 Cst. (ATF 142 III 521 consid.1). Conformément à sa pratique, le Tribunal fédéral rendra, par conséquent, son arrêt en français.

2.

Le recours en matière civile est recevable contre les sentences touchant l'arbitrage international aux conditions fixées par les art. 190 à 192 LDIP (art. 77 al. 1 let. a LTF). Qu'il s'agisse de l'objet du recours, de la qualité pour recourir, du délai de recours, des conclusions prises par la recourante ou encore du grief soulevé 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.

3.

La recourante reproche au Tribunal arbitral d'avoir violé son droit d'être entendue en refusant d'ordonner une expertise indépendante pour l'appréciation du manque à gagner réclamé par elle au titre des dommages-intérêts liés à l'inexécution de deux des quatre projets prévus par le contrat du 21 mai 1977, soit un gain manqué évalué par elle à plus de 300 millions de dollars états-unis.

3.1. Selon l'art. 190 al. 2 let. d LDIP, une sentence arbitrale peut être attaquée lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté. Ce motif de recours sanctionne les seuls principes impératifs de procédure réservés par l'art. 182 al. 3 LDIP, notamment le droit d'être entendu proprement dit, dont le contenu n'est pas différent de celui consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. Cette disposition garantit aux parties, entre autres droits, celui de faire administrer les preuves pertinentes, offertes en temps utile et selon les formes requises.

En matière d'arbitrage international, en particulier dans l'arbitrage CCI, le Tribunal fédéral a reconnu, déjà bien avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur le droit international privé, le 1er janvier 1989, le droit de faire procéder à une expertise à certaines conditions (consid. 8a, non publié, de l'ATF 102 la 493). Il a confirmé à plusieurs reprises, sous l'empire de cette loi, l'existence d'une telle garantie, rattachée au droit à la preuve et, plus généralement, au droit d'être entendu au sens de l'art. 182 al. 3 LDIP (arrêt 4P.203/1995 du 10 juin 1996, consid. 2a; consid. 2, non publié, de l'ATF 121 III 331; ATF 119 II 386 consid. 1b p. 389; arrêt 4P.23/1991 du 25 mai 1992, consid. 5b; consid. 6c, non publié, de l'ATF 116 II 373). Les conditions auxquelles la jurisprudence subordonne le droit de faire procéder à une expertise dans une procédure arbitrale internationale ont été examinées plus avant par JEAN-FRANÇOIS POUDRET (Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international, in: Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, p. 608 ss, 614 à 616). Tout d'abord, la partie qui entend se prévaloir de ce droit doit avoir requis expressément l'administration d'une expertise. Il faut ensuite

que la requête ad hoc ait été présentée dans les formes convenues et en temps utile, et que la partie ait accepté d'en avancer les frais. Enfin, l'expertise doit porter sur des faits pertinents, c'est-à-dire susceptibles d'influer sur la sentence, être propre à prouver ces faits et apparaître nécessaire. Tel ne sera le cas que si, d'une part, il s'agit de faits à caractère technique ou faisant, de toute autre manière, appel à des connaissances spéciales, de telle sorte qu'ils ne peuvent être prouvés d'une autre manière, et si, d'autre part, les arbitres ne disposent pas eux-mêmes de ces connaissances. Comme le souligne avec raison JEAN-FRANÇOIS POUDRET (p. 615 in fine/616), en érigeant la pertinence du fait à prouver en condition du droit à la preuve, on prive celui-ci du caractère purement formel que revêt en principe le droit d'être entendu. En d'autres termes, la violation de ce droit ne pourra pas être appréciée pour elle-même, mais en relation avec la solution apportée au litige. Le juge saisi d'une demande d'annulation pour rejet d'une requête d'expertise devra donc rechercher si l'administration de ce moyen de preuve aurait pu conduire à une sentence différente, donc aborder des questions à la fois d'appréciation et de fond. Toutefois, comme, en vertu de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, le juge étatique ne peut contrôler

l'appréciation des preuves, l'application du droit et la solution donnée au litige par le tribunal arbitral que sous l'angle restreint de l'ordre public, il ne pourra, le plus souvent, exercer qu'un contrôle très limité en ce qui concerne la violation du droit à la preuve, alors même que la loi en fait un motif de recours à part entière (arrêt 4P.115/2003 du 16 octobre 2003 consid. 4.2, non publié in ATF 129 III 727 consid. 1 et 5).

Au demeurant, le tribunal arbitral peut refuser d'administrer une preuve, sans violer le droit d'être entendu, si le moyen de preuve est inapte à fonder une conviction, si le fait à prouver est déjà établi, s'il est sans pertinence ou encore si le tribunal, en procédant à une appréciation anticipée des preuves, parvient à la conclusion que sa conviction est déjà faite et que le résultat de la mesure probatoire sollicitée ne peut plus la modifier. Le Tribunal fédéral ne peut revoir une appréciation anticipée des preuves, sauf sous l'angle extrêmement restreint de l'ordre public (ATF 142 III 360 consid. 4.1.1 p. 361).

3.2. Au chapitre 18 de la sentence attaquée (p. 102 à 111, n. 377 à 401), le Tribunal arbitral expose les raisons qui l'ont amené à rejeter la réclamation n° 9 par laquelle la recourante cherchait à se faire indemniser du manque à gagner que lui avait prétendument causé l'inexécution, imputable à l'intimée, de deux des quatre projets que les cocontractantes étaient convenues de réaliser en... Il s'agit de relater brièvement ces raisons avant d'examiner les arguments que leur oppose la recourante.

Le Tribunal arbitral constate que la recourante lui a soumis, le 12 septembre 2013, son mémoire relatif aux montants réclamés par elle au titre de son manque à gagner, écriture à laquelle étaient jointes les quatre pièces suivantes: premièrement, un rapport de la A.\_\_\_\_\_ Bank daté du 17 novembre 2006; deuxièmement, une étude de faisabilité économique du 20 mai 2008 émanant d'un expert privé dénommé B.\_\_\_\_\_; troisièmement, une mise à jour, non datée, de cette étude; quatrièmement, un rapport non daté établi par C.\_\_\_\_\_. Au sujet du premier de ces quatre documents, le Tribunal arbitral note que l'étude de la A.\_\_\_\_\_ Bank ne constitue pas une évaluation du manque à gagner, mais un bulletin d'investissement et de prospection. S'agissant des deux suivants, il relève que M. B.\_\_\_\_\_ désavoue la paternité de la prétendue mise à jour de son étude de faisabilité, ce dernier document comportant des modifications fondamentales par rapport à l'étude de base, lesquelles modifications ont été faites par la recourante qui a inséré dans la mise à jour de cette étude des passages entiers repris du rapport de la A.\_\_\_\_\_ Bank, ceci dans le but d'amplifier les éléments déterminants pour le calcul de son manque à gagner et, partant, d'augmenter le montant de ce poste du dommage. Le Tribunal arbitral souligne, en outre, que les documents en question ont été préparés pour les besoins de la cause, à un moment où la recourante avait manifesté l'intention d'introduire une procédure d'arbitrage, si bien qu'il s'impose d'en faire abstraction totale dès lors qu'ils constituent une tentative de l'intéressée d'influencer le Tribunal arbitral et de détourner son attention de la réalité des faits.

Le Tribunal arbitral cherche à démontrer ensuite, exposé des démarches procédurales effectuées par la recourante à l'appui, que cette partie n'a pas adopté de position claire relativement à l'expertise, en réclamant parfois la mise en oeuvre de celle-ci, mais, d'autres fois, en invitant fermement le Tribunal arbitral à statuer en l'état pour liquider une affaire qui était pendante depuis de nombreuses années déjà. A son avis, en pareille situation, il lui appartient de faire usage du pouvoir discrétionnaire, que lui confère l'art. 20 par. 4 du Règlement de la CCI, d'ordonner une expertise s'il le juge nécessaire et d'y renoncer dans le cas contraire.

En dernier lieu, le Tribunal arbitral met en évidence l'absence, en l'espèce, de données financières suffisantes sur lesquelles un expert pourrait se baser pour calculer le manque à gagner allégué par la recourante. Il rappelle, à ce propos, que la loi... charge la partie

demanderesse de prouver les faits qu'elle allègue pour étayer son dommage. Constatant que la recourante n'a pas produit de documents directs et crédibles au sujet de la situation financière de ses projets formant l'objet de l'arbitrage, il en conclut qu'il n'est pas possible de commettre un expert puisque celui-ci ne disposera pas de données financières lui permettant de calculer le manque à gagner de la recourante, même en appliquant la méthode des flux de trésorerie actualisés préconisée par l'intéressée. Et le Tribunal arbitral d'indiquer les éléments de preuve nécessaires à l'application de cette méthode de calcul, pour constater que toutes les données indispensables à cet exercice font défaut en l'occurrence, ce qui le conduit à rejeter la prétention élevée par la recourante au titre du gain manqué.

3.3. Dans son mémoire, la recourante rappelle par le menu les conditions auxquelles la jurisprudence relative au droit d'être entendu subordonne la faculté d'une partie d'exiger la mise en oeuvre d'une expertise. En revanche, sa démonstration visant à établir qu'une telle garantie ne lui aurait pas été accordée en l'espèce est beaucoup plus succincte.

En premier lieu, la recourante soutient, contrairement aux affirmations du Tribunal arbitral, n'avoir eu de cesse de réclamer une expertise. Cependant, elle est bien obligée d'admettre qu'il lui est aussi

arrivé, à quelques reprises, d'exiger que l'affaire fût tranchée en l'état. Tout au plus peut-on lui concéder que, dans son mémoire final du 19 juillet 2016, de même que dans ses requêtes déposées en novembre et décembre de la même année, elle a indiqué sans équivoque qu'elle maintenait sa demande d'expertise. A l'en croire, il semblerait d'ailleurs que l'intimée ait soutenu cette démarche. Quant à affirmer, avec elle, que le Tribunal arbitral ne pouvait faire autrement que de donner suite à une démarche commune des parties allant dans ce sens, sauf à violer l'autonomie de celles-ci, il y a là un pas que l'on ne saurait franchir. Ce serait oublier que la jurisprudence en la matière, telle qu'elle a été rappelée ci-dessus, soumet à d'autres exigences encore la mise en oeuvre d'une expertise. Le principe de l'économie de la procédure serait du reste méconnu si un tribunal arbitral était tenu d'administrer semblable preuve au seul motif que les parties lui demanderaient de concert de le faire, quand bien même l'une ou l'autre des

autres conditions justifiant d'y recourir ne serait pas réalisée dans la procédure arbitrale pendante.

La recourante passe comme chat sur braise sur la question de la pertinence des faits à prouver, qui se borne à parler d'un "manque à gagner" sans autre précision. Elle n'est guère plus diserte en ce qui concerne l'objet de l'expertise envisagée, se contentant de noter que celle-ci "portait sur des considérations techniques d'ordre économique et financier" à l'égard desquelles le Tribunal arbitral ne semblait pas bénéficier de compétences et de connaissances suffisantes.

Enfin et surtout, la recourante, sauf à faire un procès d'intention au président du Tribunal arbitral et à invoquer une simple pratique de l'arbitrage international en matière d'expertise qui permettrait aux parties d'attendre la désignation d'un expert avant de fournir tous documents et informations nécessaires à la mise en oeuvre de l'expertise, s'en prend à ce qu'elle appelle "une appréciation anticipée des preuves" qu'elle qualifie de "grossière, incorrecte et arbitraire", mais dont elle ne parvient pas à démontrer l'incompatibilité avec l'ordre public au sens de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP. Quoi qu'il en soit, le Tribunal arbitral n'a pas procédé à une appréciation anticipée de la force probante de l'expertise requise, sur la base de laquelle il serait parvenu à la conclusion que sa conviction était déjà faite et que le résultat de la mesure probatoire sollicitée ne pourrait plus la modifier. Il a simplement constaté que la requête d'expertise n'avait pas été faite selon les "formes" requises, lato sensu, dès lors qu'elle n'était pas accompagnée des documents et pièces comptables indispensables à l'exécution de la mission d'un expert chargé d'évaluer le manque à gagner de la recourante et, sous-entendu, qu'il n'était plus

temps pour la recourante de remédier à un tel vice. Or, cette dernière laisse intacte pareille démonstration, en particulier les considérations émises dans la sentence attaquée au sujet de l'impossibilité d'appliquer en l'espèce la méthode des flux de trésorerie actualisés, faute de données suffisantes.

Cela étant, le présent recours ne peut qu'être rejeté.

4.

La recourante, qui succombe, devra payer les frais de la procédure fédérale (art. 66 al. 1 LTF). En revanche, elle n'aura pas à indemniser l'intimée, puisque celle-ci n'a pas été invitée à déposer une réponse.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 200'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et au Tribunal arbitral CCI.

Lausanne, le 28 août 2017

Au nom de la Ire Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente: Kiss

Le Greffier: Carruzzo