

## Urteilkopf

142 III 284

38. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. AG et B. AG contre X. SA et Y. SA (recours en matière civile ) 4A\_422/2015 du 16 mars 2016

**Regeste (de):**

Art. 378 Abs. 2 und Art. 393 lit. d ZPO; interne Schiedsgerichtsbarkeit; Verzicht auf das Schiedsverfahren; rechtliches Gehör.

Rechtsnatur des Entscheids, mit dem das Schiedsgericht das Verfahren abschreibt und über die Verfahrenskosten entscheidet, nachdem eine Partei nach Art. 378 Abs. 2 ZPO auf das Schiedsverfahren verzichtet hat (E. 1.1). Zulässige Rüge gegen einen solchen Entscheid (E. 3.2). Das Schiedsgericht kann im Hinblick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör einen entsprechenden Entscheid nicht erlassen, ohne den Parteien vorgängig die Gelegenheit zu geben, ihre Argumente hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen des gegenstandslos gewordenen Schiedsverfahrens vorzubringen (E. 4).

**Regeste (fr):**

Art. 378 al. 2 et art. 393 let. d CPC; arbitrage interne; renonciation à l'arbitrage; droit d'être entendu.

Nature juridique de la décision par laquelle le tribunal arbitral raye la cause du rôle et règle le sort des frais et dépens de la procédure après qu'une partie a renoncé à l'arbitrage en application de l'art. 378 al. 2 CPC (consid. 1.1). Grief recevable à l'encontre d'une telle décision (consid. 3.2). Sauf à violer leur droit d'être entendues, le tribunal arbitral ne peut pas rendre semblable décision sans avoir donné, au préalable, l'occasion aux parties de faire valoir leurs arguments au sujet des frais et dépens de la procédure arbitrale devenue sans objet (consid. 4).

**Regesto (it):**

Art. 378 cpv. 2 e art. 393 lett. d CPC; arbitrato interno; rinuncia al procedimento arbitrale; diritto di essere sentito.

Natura giuridica della decisione con cui un tribunale arbitrale radia dal ruolo la causa e disciplina le spese e le ripetibili della procedura dopo che una parte ha rinunciato al procedimento arbitrale in applicazione dell'art. 378 cpv. 2 CPC (consid. 1.1). Censure ammissibili contro una tale decisione (consid. 3.2). Viola il diritto di essere sentito il tribunale arbitrale che emana una tale decisione senza aver preliminarmente dato alle parti la possibilità di far valere i loro argomenti in merito alle spese e alle ripetibili della procedura arbitrale divenuta priva d'oggetto (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 284

BGE 142 III 284 S. 284

A. Le 14 juillet 2014, X. SA et Y. SA (ci-après: les demanderesses) ont engagé la procédure de constitution d'un tribunal arbitral en vue du règlement d'un litige les opposant à A. AG et B. AG (ci-après: les défenderesses). Un tribunal arbitral de trois membres a été constitué.  
BGE 142 III 284 S. 285

A l'invitation du Tribunal arbitral, les demanderesses et les défenderesses ont effectué une première avance de frais de 5'000 fr. chacune, soit 10'000 fr. au total. Par ordonnance de procédure n° 2 du 5 février 2015, le Tribunal arbitral a imparti un délai aux deux parties pour verser chacune la somme de

7'500 fr. représentant la moitié d'une première avance de frais additionnelle de 15'000 fr. Les demanderessees se sont exécutées en temps utile, tandis que les défenderesses n'ont rien versé. Aussi, par ordonnance de procédure n° 3 du 12 mars 2015, le Tribunal arbitral a-t-il imparti à ces dernières, mais en vain, un nouveau délai pour verser leur part de l'avance de frais en subordonnant la poursuite de la procédure au versement de cette avance, selon l'art. 378 al. 1 CPC. Par ordonnance de procédure n° 4 du 31 mars 2015, le Tribunal arbitral, se basant sur l'art. 378 al. 2 CPC, a imparti un délai aux demanderessees pour verser la part de l'avance de frais due par les défenderesses ou pour lui communiquer leur décision de renoncer à l'arbitrage. Le 1er juin 2015, les demanderessees ont adressé au Tribunal arbitral un courrier dans lequel elles déclaraient renoncer à l'arbitrage en application de l'art. 378 al. 2 CPC.

B. Par sentence du 23 juin 2015, le Tribunal arbitral a classé la procédure arbitrale et l'a rayée du rôle, conformément à la disposition citée, en précisant que sa décision n'avait pas force de chose jugée sur le fond. Il a dit que chacune des parties supporterait la moitié des frais de la procédure arbitrale et a compensé les dépens.

C. Le 28 août 2015, les défenderesses (ci-après: les recourantes) ont formé un recours en matière civile en tête duquel elles ont conclu, principalement, à ce que les frais de la procédure arbitrale soient mis intégralement à la charge solidaire des demanderessees (ci-après: les intimées) et à ce que ces dernières soient condamnées solidairement à leur verser une indemnité au titre des dépens de la procédure arbitrale. Subsidièrement, les recourantes ont conclu à l'annulation de la sentence attaquée et au renvoi de la cause au Tribunal arbitral.

Au terme d'un double échange d'écritures, le Tribunal fédéral a admis le recours, dans la mesure où il était recevable, et annulé la sentence attaquée. (résumé)

BGE 142 III 284 S. 286

Erwägungen

Extrait des considérants:

1. (...)

1.1.1 L'art. 392 CPC énumère les sentences attaquables. A cet égard, il reprend les distinctions faites par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence en matière d'arbitrage international, laquelle peut donc également servir de guide pour l'interprétation de la disposition citée. L'acte attaqué peut être une sentence finale, qui met un terme à l'instance arbitrale pour un motif de fond ou de procédure, une sentence partielle, qui porte sur une partie quantitativement limitée d'une prétention litigieuse ou sur l'une des diverses prétentions en cause, voire une sentence préjudicielle ou incidente, qui règle une ou plusieurs questions préalables de fond ou de procédure, étant précisé que la loi ne parle que de sentences incidentes (art. 383 et 392 let. b CPC), terme générique qui inclut aussi les sentences préjudicielles. Pour juger de la recevabilité du recours, ce qui est déterminant n'est pas la dénomination du prononcé entrepris, mais le contenu de celui-ci. Contrairement aux sentences incidentes (art. 392 let. b CPC), les sentences partielles et les sentences finales ne sont soumises à aucune restriction quant aux motifs susceptibles d'être invoqués dans un recours dirigé contre elles (arrêt 4A\_335/2014 du 18 décembre 2014 consid. 3.1.1).

1.1.2 En vertu de l'art. 378 CPC, le tribunal arbitral peut ordonner l'avance des frais de procédure présumés et subordonner la poursuite de la procédure au versement de l'avance. Sauf convention contraire des parties, il fixe le montant à la charge de chacune des parties (al. 1). Si une partie ne verse pas l'avance de frais qui lui incombe, l'autre peut avancer la totalité des frais ou renoncer à l'arbitrage. Dans ce cas, cette dernière peut introduire un nouvel arbitrage ou procéder devant l'autorité judiciaire pour la même contestation (al. 2). Lorsque, comme en l'espèce, la partie qui est en droit de le faire renonce à l'arbitrage conformément à l'art. 378 al. 2, 1ère phrase, seconde hypothèse, CPC, le tribunal arbitral classe le dossier et statue sur les frais et dépens que la procédure conduite par lui a occasionnés jusque-là. La doctrine dispute de la nature de la décision par laquelle il est ainsi mis fin à la procédure arbitrale (FELIX DASSER, in ZPO, Oberhammer/Domej/Haas [éd.], 2e éd. 2014, n° 17 ad art. 378 CPC et les références). Certains auteurs y voient une décision

BGE 142 III 284 S. 287

d'irrecevabilité (Nichteintretensentscheid; cf. TARKAN GÖKSU, Schiedsgerichtsbarkeit, 2014, n. 152; ALEXANDER BRUNNER, in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Kommentar, Brunner/Gasser/Schwander [éd.], 2011, n° 7 ad art. 378 CPC). D'autres, à juste titre, considèrent qu'il

s'agit là d'une décision de radiation (Abschreibungsbeschluss; cf. BERGER/KELLERHALS, *International Arbitration in Switzerland*, 3e éd. 2015, n. 1580; PHILIPP HABEGGER, in *Commentaire bâlois, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2e éd. 2013, n° 29 ad art. 378 CPC; MARCO STACHER, in *Commentaire bernois, Schweizerische Zivilprozessordnung*, vol. III, 2014, n° 87 ad art. 378 CPC; CHRISTOPH MÜLLER, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger[éd.], 2e éd. 2013, n° 22 ad art. 378 CPC; URS ZENHÄUSERN, in *Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO]*, Baker & McKenzie [éd.], 2010, n° 24 ad art. 378 CPC). En effet, cette dernière qualification exprime mieux la nature d'une décision ne consistant, en définitive, qu'à entériner le choix opéré par une partie de renoncer à l'arbitrage et de provoquer par là même la fin de la procédure pendante, sans renoncer pour autant à en ouvrir une autre ultérieurement ou à saisir une autorité judiciaire. Quoi qu'il en soit, il est admis que le prononcé touchant les frais et dépens inclus dans la décision de radiation constitue, lui, une véritable sentence (GÖKSU, op. cit., n. 152 i.f.; HABEGGER, op. cit., n° 29 i.f. ad art. 378 CPC), que l'on considère celle-ci comme partielle (STACHER, op. cit., n° 89 ad art. 378 CPC) ou finale (PHILIPPE SCHWEIZER, in *CPC, Code de procédure civile commenté*, 2011, n° 12 ad art. 378 CPC). La décision rendue le 23 juin 2015 par le Tribunal arbitral sur les frais et dépens de la procédure classée constitue donc une sentence attaquable, au sens de l'art. 392 CPC. Contrairement à l'avis de l'avant-dernier auteur cité, il ne s'agit pas d'une sentence partielle, mais bien d'une sentence finale, selon la terminologie sus-indiquée, en ce qu'elle règle définitivement la question des frais et dépens de la procédure arbitrale à laquelle les intimées ont mis un terme par leur renonciation à l'arbitrage. (...)

### 3. (...)

3.2 Pour l'essentiel et si on les comprend bien, les recourantes voient une violation manifeste du droit et de l'équité, rendant la sentence arbitraire selon l'art. 393 let. e CPC, dans la manière avec laquelle le

BGE 142 III 284 S. 288

Tribunal arbitral, méconnaissant gravement selon elles les art. 107 et 108 CPC, a procédé à la répartition des frais de procédure et a refusé de leur allouer des dépens. A les en croire et en résumé, c'eût été aux intimées d'assumer ces frais-là et d'indemniser leurs adverses parties, car c'étaient elles qui avaient engagé une procédure arbitrale sans se conformer à la clause compromissoire liant les parties et qui avaient ensuite renoncé à l'arbitrage après que les parties défenderesses eurent contesté la composition régulière du Tribunal arbitral. Le grief en question est irrecevable. En le formulant, les recourantes perdent de vue que la violation du droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a LTF, telles les dispositions du Code de procédure civile, ne constitue pas un moyen recevable dans un recours en matière civile dirigé contre une sentence arbitrale. De surcroît, comme la répartition des frais n'est pas un motif de recours inclus dans la liste exhaustive de l'art. 393 CPC et que la lettre e de cette disposition vise uniquement la violation du droit matériel, seule une répartition des frais qui serait incompatible avec l'ordre public procédural pourrait être sanctionnée par le Tribunal fédéral (cf. arrêt 4A\_536/2014 du 3 mars 2015 consid. 2.2 et les précédents cités). Or, les recourantes n'allèguent rien de tel dans leur mémoire.

4. Invoquant expressément le motif de recours prévu à l'art. 393 let. d CPC, les recourantes dénoncent, en outre, une prétendue violation de leur droit d'être entendues au motif que le Tribunal arbitral aurait rendu la sentence attaquée sans les inviter à prendre position sur la répartition des frais et, partant, sans leur permettre d'exposer tous les moyens de fait et de droit sur ce point ni de rapporter les preuves nécessaires.

4.1 L'art. 393 let. d CPC précise que la sentence issue d'un arbitrage interne peut être attaquée si l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure contradictoire n'a pas été respecté. Ce motif de recours a été repris des règles régissant l'arbitrage international. Dès lors, la jurisprudence relative à l'art. 190 al. 2 let. d LDIP (RS 291) est, en principe, également applicable dans le domaine de l'arbitrage interne (arrêt 4A\_599/2014 du 1er avril 2015 consid. 3.2).

Tel qu'il est garanti par les art. 182 al. 3 et 190 al. 2 let. d LDIP, le droit d'être entendu en procédure contradictoire n'a en principe pas un contenu différent de celui consacré en droit constitutionnel (ATF 127 III 576 consid. 2c; ATF 119 II 386 consid. 1b; ATF 117 II 346 consid. 1a  
BGE 142 III 284 S. 289

p. 347). Ainsi, il a été admis, dans le domaine de l'arbitrage, que chaque partie a 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 127 III 576 consid. 2c; ATF 116 II 639 consid. 4c p. 643). Etant donné la nature formelle du droit d'être entendu, la violation de cette garantie entraîne l'annulation de la sentence

attaquée (ATF 133 III 235 consid. 5.3 p. 250 in fine).

4.2 La décision du Tribunal arbitral soumise à l'examen de la Cour de céans s'apparente à celle, visée à l'art. 242 CPC, que le juge étatique rend lorsque la procédure est devenue sans objet, en rayant l'affaire du rôle et en statuant sur les frais et dépens (cf. art 107 al. 1 let. e CPC). Selon le Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse, lorsque le tribunal se prononce sur la répartition des frais d'une procédure devenue sans objet, "[l]es parties doivent être entendues" (FF 2006 6841 ss, 6909ch. 5.8.2). La doctrine considère, elle aussi, que le tribunal doit entendre les parties avant de statuer sur les frais et dépens d'une procédure devenue sans objet (MARTIN H. STERCHI, in Commentaire bernois, Schweizerische Zivilprozessordnung, vol. I, 2012, n° 4 ad art. 105 CPC et n° 20 ad art. 107 CPC; DANIEL STECK, in Commentaire bâlois, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2e éd. 2013, n° 19 ad art. 242 CPC; DAVID JENNY, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger[éd.], 2e éd. 2013, n° 16 ad art. 107 CPC; PASCAL LEUMANN LIEBSTER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [éd.], 2e éd. 2013, n° 9 ad art. 242 CPC; ADRIAN URWYLER, in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [éd.], 2011, n° 8 ad art. 107CPC; HANS SCHMID, in ZPO, Oberhammer/Domej/Haas[éd.], 2e éd. 2014, n° 12 ad art. 107 CPC; DENIS TAPPY, in CPC, Code de procédure civile commenté, 2011, n° 24 ad art. 107 CPC et n° 6 ad art. 242 CPC). Quant au Tribunal fédéral, il applique par analogie l'art. 72 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (PCF; RS 273), conformément à l'art. 71 LTF, lorsqu'il règle le sort des frais et dépens des causes devenues sans objet devant lui (FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in Commentaire de la LTF, 2e éd. 2014, n° 16 ad art. 32 LTF avec de nombreuses références). Comme l'art. 72 PCF l'invite à rendre sa décision à cet égard "après avoir entendu BGE 142 III 284 S. 290

les parties mais sans autres débats", il donne généralement à celles-ci l'occasion de s'exprimer sur le sort des frais et dépens de la cause (cf. p. ex. arrêt 8C\_745/2011 du 6 juin 2012 let. F). En l'espèce, par courrier du 1er juin 2015, les intimées ont déclaré renoncer à l'arbitrage en application de l'art. 378 al. 2 CPC. Le 23 du même mois, soit trois semaines plus tard, le Tribunal arbitral a rayé la cause du rôle et réglé le sort des frais et dépens de la procédure arbitrale devenue ainsi sans objet. Il l'a fait sans avoir donné, au préalable, l'occasion aux parties de faire valoir leurs arguments à ce sujet. Aussi les recourantes lui reprochent-elles à juste titre d'avoir violé, ce faisant, leur droit d'être entendues.

Les intimées objectent que les recourantes auraient dû intervenir auprès du Tribunal arbitral au moment où celui-ci avait annoncé aux parties, dans son ordonnance de procédure n° 4 du 31 mars 2015, qu'il allait impartir aux intimées, conformément à l'art. 378 al. 2 CPC, un délai pour verser la part de l'avance de frais due par les recourantes ou pour lui faire part de leur décision de renoncer à l'arbitrage. On ne voit pas comment reprocher aux recourantes d'avoir attendu de connaître le choix opéré par les intimées pour prendre éventuellement position sur la question des frais et dépens de la procédure arbitrale, étant donné que, jusque-là, il n'était pas du tout certain que les intimées renonceraient à l'arbitrage. Puis, une fois ce choix porté à la connaissance du Tribunal arbitral par lettre du 1er juin 2015, dont leur conseil avait certes reçu une copie, les recourantes pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que le Tribunal arbitral le leur notifiât officiellement et leur impartît un délai pour exposer leurs arguments quant au sort des frais et dépens de la cause devenue sans objet. Au lieu de quoi, les arbitres, sans prendre contact avec les parties, ont rendu la sentence attaquée. En dénonçant cette manière de procéder, les recourantes ne font que se plaindre de la violation de leur droit d'être entendues sans commettre aucun abus de droit. Tout aussi vain est l'argument des intimées selon lequel ladite violation pourrait être réparée par le Tribunal fédéral "dès lors que cette autorité est habilitée à statuer elle-même sur la quotité et la répartition des frais de l'arbitrage fixées par le Tribunal arbitral, au cas où celui-ci l'aurait fait de manière manifestement excessive (art. 395 al. 4 CPC)". En effet, la disposition citée et l'art. 393 let. f CPC ne s'appliquent pas à la question de la répartition des frais et dépens de la procédure arbitrale, comme on l'a vu (cf. consid. 3.2, second §),

BGE 142 III 284 S. 291

mais uniquement lorsque les dépenses et les honoraires des arbitres sont manifestement excessifs, ce que les recourantes ne soutiennent pas, au demeurant. Cela étant, le caractère formel du droit d'être entendu implique que la violation de cette garantie doit entraîner l'annulation de la sentence du 23 juin 2015. (...)