



ARRÊT
DU TRIBUNAL FÉDÉRAL
SUISSE

16

P 217/76

C H A M B R E D E D R O I T P U B L I C

Séance du 8 février 1978

Présidence de M. Grisel, Président du Tribunal fédéral.
Présents: MM. les Juges Kaufmann, Dubs, Matter, Patry,
Levi et Rouiller, juge suppléant.
Secrétaire ad hoc: Mme Contomanolis.

Statuant sur le recours de droit public

formé par

X. _____ S.A., re-
présentée par Me Pierre Fauconnet, avocat,

contre

le jugement rendu le 17 septembre 1976 par la Cour de
justice du canton de Genève dans la cause qui oppose
la recourante à Y. _____ Ltd,
représentée par Me Jean-Franklin Woodtli,
avocat;

Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les f a i t s suivants:

A.- X. _____ S.A., dont le siège social était alors à A. _____ a vendu le 30 décembre 1970, à Y. _____ Ltd, domiciliée à B. _____, 3000 tonnes environ de minerai de chrome, d'une teneur minimale en oxyde de chrome ($Cr_2 O_3$) de 46 %, pour le prix de 46 \$ US la tonne. L'acheteur a pris livraison de la cargaison dans le port turc d'Iskenderun et l'a acheminée à Rostock (RDA) où elle devait être revendue à la Société Z. _____ GmbH, de siège à C. _____ (RDA). Se fondant sur une analyse opérée en Turquie à l'initiative de la venderesse, de laquelle il ressortait que la teneur en $Cr_2 O_3$ était satisfaisante, Y. _____ a payé, à la livraison, le 80 % du prix convenu, soit \$ US 107.656.03. Les examens faits à Rostock au mois de mars 1971, dès l'arrivée du chargement, ont révélé que la teneur du minerai en $Cr_2 O_3$ était en réalité inférieure à 40 %. Z. _____ a finalement accepté la marchandise mais pour un prix réduit de moitié. Y. _____ Ltd ayant réclamé des dommages-intérêts à X. _____ S.A., les parties ont, comme le prévoyait l'art. 11 du contrat, soumis leur différend à un tribunal arbitral de trois membres, désigné sur la base du règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, en vigueur dès le 1er juin 1955 (Règlement CCI). Ce tribunal a statué le 1er octobre 1973 à la Haye (Pays-Bas) et condamné X. _____ S.A. à payer à Y. _____ Ltd, la somme de \$ US 84.144.16. Cette sentence a été approuvée par la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, conformément à l'art. 26 du règlement CCI.

B.- Y. _____ Ltd a ouvert une poursuite contre X. _____ S.A., à D. _____, où celle-ci avait, dans l'intervalle, transféré son siège social, en paiement de 222 141 fr. et de 48 150 fr., contre-valeur de cette somme et de la part des frais de la procédure arbitrale à la charge de la débitrice. Cette dernière ayant fait opposition, la créancière en a demandé la mainlevée définitive au Tribunal de première instance de Genève. Constatant que les arbitres ont fait appel à un tiers, spécialiste des questions relatives au commerce du chrome, pour les éclairer sur des faits que le dossier et leur connaissance des affaires ne leur permettaient pas d'élucider et qu'ils l'ont interrogé, sans en avertir les parties ni dresser procès-verbal de cette audition, le Tribunal de première instance a considéré que la procédure d'arbitrage ne s'était pas déroulée conformément à la convention des parties et aux règles de procédure des Pays-Bas, Etat dans lequel la sentence a été rendue. Il a, dès lors, refusé la mainlevée, le 25 mars 1976.

Saisie d'un appel de Y. _____ Ltd, la Cour de justice a annulé ce jugement et prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée par X. _____ S.A. Elle a estimé, pour l'essentiel, que le fait pour les arbitres de se renseigner auprès d'un tiers sur les pratiques commerciales ou un domaine général, mais non sur des points litigieux, n'est pas contraire à l'ordre public suisse.

C.- Agissant par la voie du recours de droit public, X. _____ S.A. requiert le Tribunal fédéral

d'annuler l'arrêt de la Cour de justice du 28 septembre 1976. Elle allègue essentiellement la violation de la convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (dite convention de New York).

Y. _____ Ltd et la Cour de justice concluent au rejet du recours.

C o n s i d é r a n t e n d r o i t :

1.- a) Selon l'art. 84 al.1 lettre c OJ, une décision cantonale peut être attaquée par un recours de droit public pour violation de traités internationaux, sauf s'il s'agit de leurs dispositions de droit civil ou pénal. En l'espèce, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir méconnu la portée des termes de l'art. V de la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York le 10 janvier 1958 (dite convention de New York), en reconnaissant une sentence arbitrale étrangère entachée selon elle de vices de procédure. C'est également sous cet angle qu'elle invoque la violation de l'ordre public suisse. Le recours est dès lors recevable au sens de l'art. 84 al.1 lettre c OJ (ATF 93 I 53 consid.1 et arrêts cités).

b) La décision étrangère sur laquelle se fonde l'intimée a pour objet une prestation pécuniaire. Elle doit donc être exécutée conformément aux dispositions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (art. 38 LP). Selon le droit fédéral, c'est au

Le juge de la mainlevée qu'il appartient de décider si un jugement étranger relatif à un paiement en espèces doit être exécuté en Suisse en vertu d'une convention internationale (art. 81 al.3 LP; ATF 101 Ia 522 consid.1 a; 98 Ia 532 consid.1 et arrêts cités). La situation n'est pas différente s'il s'agit de l'exécution d'une sentence arbitrale et non d'un jugement rendu par un tribunal étatique (ATF 76 I 126 ss.; 61 I 279). Pour l'exécution en Suisse des sentences arbitrales étrangères, la solution varie selon qu'une convention internationale est applicable ou non. S'il n'y a pas de convention, la question se résout exclusivement selon le droit cantonal que le Tribunal fédéral, saisi d'un recours de droit public contre la décision cantonale, ne peut examiner que sous l'angle restreint de l'arbitraire. Si, au contraire, l'exécution se fonde sur une convention internationale, le Tribunal fédéral en examine librement l'interprétation et l'application, et revoit aussi librement les faits (ATF 101 Ia 523 consid.1 b).

2.- Il n'est pas contesté que la convention internationale applicable à l'espèce est la convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York le 10 juin 1958 (ROLF 1965 p.799), à laquelle ont adhéré aussi bien les Pays-Bas, Etat dans lequel la sentence a été rendue, que la Suisse, pays à la juridiction duquel est soumise la recourante et dans lequel l'exécution de la sentence est demandée.

a) L'art. V ch.1 lettre b et lettre d et ch.2 lettre b de la convention de New York a la teneur suivante :

"1. La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées, la preuve :

a...

b que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses moyens, ou

c...

d que la constitution du Tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de la convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu, ou

e...

2. La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate:

a...

b que la reconnaissance ou l'exécution que la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays."

Cette disposition énumère, sous ch.1, des exceptions qui ont trait essentiellement aux vices de la procédure et qui doivent être soulevées par le défendeur à la procédure d'exécution auquel incombe la preuve de leur réalisation, alors que le second alinéa se rapporte à deux questions relatives à l'ordre public, dont la

violation par la sentence arbitrale doit être examinée d'office par le juge du for, la lettre b exprimant la réserve de l'ordre public interne.

b) D'après les principes généraux qui règlent les relations entre la lex specialis et la lex generalis, l'appréciation sur la base de la réserve de l'ordre public est exclue dans la mesure où la loi ou le traité international contient des dispositions déterminées et précises sur les motifs concrets de reconnaissance ou de refus d'exécution, comme le prévoient ordinairement les traités internationaux. La réserve de l'ordre public a dès lors, d'une manière générale, un caractère éminemment subsidiaire. C'est le cas, dans la convention de New York, dans laquelle la régularité de la procédure doit en premier lieu être examinée à la lumière de l'art. V ch.1 et subsidiairement seulement sous l'angle de l'ordre public interne (Schlösser, das Recht des internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit, p.692 ss., cf. aussi ATF 84 I 46 consid.4; 60 et 61 consid.4 b et c). La subsidiarité de la réserve de l'ordre public interne s'impose d'autant plus que, même si une jurisprudence, aujourd'hui bien établie, a reconnu qu'elle s'applique non seulement au contenu de la sentence mais à la procédure et à la composition du tribunal arbitral (ATF 93 I 272 consid.4 a), le Tribunal fédéral a statué que, en ce qui concerne la procédure, toute irrégularité ne doit pas forcément entraîner le refus d'exécuter la sentence étrangère, alors même qu'une telle irrégularité entraînerait l'annulation de la sentence rendue en Suisse; il faut bien plutôt qu'il s'agisse de la violation de principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse qui heurte

d'une façon intolérable le sentiment du droit (ATF 101 Ia 526 consid.4 a et arrêts cités). C'est dès lors à tort que la Cour de justice a examiné les griefs formés par la recourante sous le seul angle de l'ordre public suisse.

3.- a) Le compromis arbitral qui lie les parties a sa source dans le contrat du 30 décembre 1970 qui reproduit à son art. 11 une clause recommandée par la Chambre de commerce internationale dont la teneur est la suivante :

"Tous différends découlant du présent contrat seront tranchés définitivement suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage par un ou plusieurs arbitres nommés conformément à ce règlement."

Le règlement de conciliation et d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale en vigueur au 1^{er} juin 1955 (règlement CCI) institue une Cour d'arbitrage qui a, notamment, pour compétence de désigner les arbitres ou de confirmer leur désignation par les parties (art. 6 et 7), d'agréer l'acte de mission (Terms of Reference) (art. 19) et d'examiner préalablement la sentence avant sa signature (art. 26). Les règles applicables à la procédure arbitrale sont, à défaut de celles qui résultent du règlement de conciliation et d'arbitrage, celles de la procédure choisie par les parties ou, à défaut, celles de la procédure du pays où siège le tribunal arbitral (art. 16).

En l'espèce, le tribunal arbitral a été composé de trois membres. Il a siégé à la Haye (Pays-Bas), au domicile de son président. L'acte de mission du tribunal

arbitral, signé par les parties, soumet expressément la procédure arbitrale (art. F) au Code de procédure civile néerlandais, mais laisse aux arbitres, dans la mesure où les règles posées par celui-ci ne sont pas d'ordre public, la faculté d'en adopter d'autres. Par lettre du 15 février 1972, le président du tribunal arbitral a confirmé, à l'adresse des parties, que les dispositions du CPC néerlandais sur l'arbitrage (art. 620 à 657) consacrent le principe de la maxime des débats et la prépondérance de l'autonomie des parties, précisant qu'aux termes de ce texte c'est à celles-ci qu'il appartient de décider des moyens de preuve à administrer et notamment des témoins à entendre.

b) Il est constant que le tribunal arbitral a procédé, au cours de sa session des 15 et 16 septembre 1972, à l'audition du Dr. E. _____, directeur d'un laboratoire commercial de Rotterdam, spécialiste des questions relatives au commerce international du chrome. Cette audition a eu lieu sans que les parties en aient été informées et sans que la possibilité d'y assister leur ait été offerte. Les seuls renseignements que l'on possède sur la nature de cette audition sont fournis par un échange d'écritures des 22 et 27 novembre 1972 entre le mandataire de la recourante et le président du tribunal arbitral, dans lequel celui-ci indique que la question posée au Dr. E. _____ avait trait à l'échelle des prix du minerai de chrome selon ses différentes compositions. La recourante prétend que cette audition, hors la présence des parties et de leurs mandataires, a été aménagée en contradiction avec la

procédure convenue et la loi applicable, qu'elle l'a privée de faire valoir ses moyens et qu'elle équivalait en fait à modifier la composition du tribunal arbitral.

c) La maxime des débats postule qu'il appartient aux parties de présenter et d'établir les faits sur la base desquels le tribunal doit dire le droit. Ce principe a pour conséquence que le juge ne doit prendre en considération que les faits qui ont été allégués en cours de procédure. L'état de fait ne peut être complété ou rectifié d'office et c'est aux parties à déterminer les moyens d'établir les faits contestés qu'elles ont allégués. Le juge ne peut, en principe, administrer que des moyens de preuve qui ont été offerts par les parties. La maxime des débats doit cependant être tempérée dans la mesure où son application à la lettre ferait obstacle à l'exercice de la justice. Dans son rôle de gardien du droit, le juge doit, en effet, veiller à ce que l'état des faits sur lequel repose son appréciation juridique soit complet et conforme à la vérité. Le droit positif prévoit, en général, que, lorsque les faits sont incomplets, peu clairs ou imprécis, il puisse ordonner d'office des recherches et faire usage de certains moyens de preuve tels qu'expertise, vision locale, etc. (cf. Guldener, Zivilprozessrecht p.135 ss. par. 14; Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, p.320 ss. par. 2). Les mêmes règles sont applicables en matière d'arbitrage commercial international où la faculté de nommer un expert neutre pour l'éclairer sur des questions techniques, que ses connaissances personnelles ne lui permettent pas de

résoudre, n'a, selon la doctrine, jamais été contestée à l'arbitre (Schlosser, op.cit., p.532 n° 544). C'est donc à tort que la recourante reproche au tribunal arbitral d'avoir substitué la maxime d'office à la maxime des débats et suivi ainsi une procédure non conforme à la convention des parties, en requérant l'avis d'un spécialiste du commerce international du chrome.

4.- Cette faculté qu'a le juge arbitre de prendre l'avis de tiers, pour fonder sa conviction sur des faits déterminants pour l'issue du litige, ne le dispense toutefois pas d'agir conformément aux principes fondamentaux de la procédure (cf., en ce qui concerne la pratique aux Pays-Bas, Sanders dans Arbitrage international commercial, Paris 1965 tome III 220/221, citant un arrêt du Tribunal de Rotterdam). Certes, l'arbitre n'a, pas davantage que le juge étatique, à soumettre à la discussion des parties, les principes juridiques sur lesquels il va fonder son jugement. De l'avis de la doctrine, l'arbitre spécialisé, qui a accès à des sources de connaissance qui ne sont pas sans autre à la disposition des parties, a, par contre, l'obligation de porter préalablement à leur connaissance les éléments techniques fondamentaux sur lesquels va reposer sa décision (Schlosser, op.cit., p.538-539; contra, Tinner, das rechtliche Gehör p.363 et 364 lettre c, dont on peut souligner que l'avis, qui se rapporte au droit judiciaire interne, date de 1964). A fortiori, en va-t-il de même lorsque le juge arbitre s'inspire des connaissances d'un tiers, qu'il appelle à comparaître devant lui, comme un expert, pour fonder sa conviction. Il n'est pas relevant, à cet égard, que

les parties aient, en l'espèce, apparemment centré leur différend sur la validité des expertises faites pour déterminer la teneur en oxyde de chrome (Cr_2O_3) du minerai litigieux, et que les preuves administrées et leurs mémoires aient porté, de manière prépondérante, sur cet aspect du litige. Il suffit de constater que, dès le moment où le tribunal arbitral avait tranché cette question débattue par les parties, il lui restait à déterminer le prix du minerai de chrome dans la composition retenue, pour fixer le montant des dommages-intérêts dûs par la recourante à l'intimée. C'est bien parce que cette estimation avait un caractère déterminant pour l'issue du litige, que les juges arbitres ont appelé un expert à déposer oralement devant eux.

L'art. V ch.1 lettre b de la convention de New York permet à la partie, contre laquelle l'exécution de la sentence est requise, d'exciper qu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité, pour une raison quelconque, de faire valoir ses moyens. Par sa rédaction générale, cette disposition recouvre toute restriction, de quelque nature qu'elle soit, des droits des parties. Elle paraît viser, entre autre, la violation du droit d'être entendu (Bertheau, das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Volltrechung ausländischer Schiedssprüche p.74 et 75).

Cette question peut toutefois rester indécise. Il n'y a pas non plus lieu d'examiner si l'irrégularité dont se prévaut la recourante tombe sous le coup de l'art. V ch.1 lettre d de la convention ou si elle constitue une violation de l'ordre public suisse, dont la portée est subsidiaire.

En effet, il résulte de l'échange de correspondance des 22 et 27 novembre 1972 entre le mandataire de la recourante et le Président du Tribunal arbitral que celle-ci savait qu'un tiers expert avait été mis en oeuvre et qu'elle a été informée de la question qui lui avait été posée. Or elle n'a pas réagi aux explications qui lui ont été fournies à l'époque, ce qu'il lui aurait été loisible de faire d'autant plus aisément que la sentence n'a été rendue qu'un an plus tard. Elle n'a d'ailleurs pas non plus réagi expressément à réception de cette sentence, mais a attendu le stade de l'exécution pour invoquer l'irrégularité de la procédure arbitrale. La mauvaise foi de la recourante est manifeste et l'exception de l'abus de droit doit lui être opposée.

Au vu des considérations qui précèdent, le recours doit être rejeté.

Par ces motifs,

l e T r i b u n a l f é d é r a l :

1. Rejette le recours;
2. Met à la charge de la recourante:
 - a) un émolument de justice de 3000 fr.,
 - b) les frais d'expédition, par 159 fr.,
 - c) les débours de la chancellerie, par 24 fr.50,
 - d) une indemnité de 2000 fr. à payer à l'intimée à titre de dépens;

3. Communiquer le présent arrêt en copie aux mandataires des parties et à la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 8 février 1978

NC

Au nom de la Chambre de droit public
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:

Le Président,

La Secrétaire ad hoc,