

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 16
chambre commerciale internationale

ARRÊT DU 20 OCTOBRE 2020

(n° /2020, 12 pages)

Recours en annulation de sentence arbitrale

Numéro d'inscription au répertoire général : **N° RG 19/05231 - N° Portalis 35L7-V-B7D-B7POM**

Décision déferée à la Cour : sentence arbitrale rendue le 04 Février 2019 à Paris sous l'égide de la cour internationale d'arbitrage, par le Tribunal arbitral composé de Monsieur J. , président (arbitrage n° 23253/DDA).

DEMANDERESSE AU RECOURS :

Société Anonyme **X**.
Ayant son siège social: [...]
Prise en la personne de ses représentants légaux

Représentée par [...]

Ayant pour avocat plaidant [...]

DÉFENDERESSE AU RECOURS :

Société Anonyme, **Y**.
Ayant son siège social: [...]

Prise en la personne de ses représentants légaux

Représentée par [...]

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 14 Septembre 2020, en audience publique, devant la Cour composée de :

M. François ANCEL, Président
Mme Fabienne SCHALLER, Conseillère
Mme Laure ALDEBERT, Conseillère

qui en ont délibéré, un rapport a été présenté à l'audience par Monsieur François ANCEL dans les conditions prévues par l'article 804 du code de procédure civile.

Greffière, lors des débats : Mme Clémentine GLEMET

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par François ANCEL, Président et par Clémentine GLEMET, Greffière à qui la minute a été remise par le magistrat signataire.

I- FAITS et PROCEDURE

1. La société X. est une société anonyme de droit sénégalais, dont l'activité principale est l'électrification des milieux urbains au Sénégal.
2. La société Y. est une société anonyme de droit sénégalais dont l'activité principale est le négoce de pétroles bruts produits en Afrique et au Moyen-Orient, de produits pétroliers et de céréales.
3. Le 1er mars 2010, un contrat de fourniture de combustible, régi par le droit sénégalais, a été conclu entre la société X. (acheteur) et la société Y. (fournisseur). Ce contrat comprend une clause compromissoire (article 11.2).
4. Ayant subi des dysfonctionnements dans ses centrales qu'elle impute au fuel acheté auprès de la société Y., la société X. a saisi le 6 août 2010 en référé le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, qui a ordonné une expertise en la personne de M. A. , lequel a rendu son rapport le 29 décembre 2014.
5. Le 30 novembre 2017, la société Y. a engagé une procédure d'arbitrage pour voir dire qu'elle avait bien et fidèlement exécuté le contrat.
6. La société X. a formé le 11 janvier 2018 une demande reconventionnelle tendant à voir déclarer la société Y. responsable des dommages qu'elle a subis.
7. Ayant constaté un désaccord des parties sur la question de l'audition de témoins et sur la qualification des personnes pouvant être considérées comme telles, le tribunal a rendu une ordonnance de procédure n°2 en date du 25 octobre 2018, au terme de laquelle il a décidé que M. B. pourrait être entendu lors de l'audience du 6 novembre 2018 (pour la société Y.) et que si la société X. le souhaitait, M. A. et C. pourraient

l'être aussi selon des modalités « symétriques ».

8. Les auditions ont eu lieu les 6 et 7 novembre 2018.

9. Par une sentence rendue le 4 février 2019 sous l'égide de la Chambre de commerce international, le tribunal arbitral, ayant son siège à Paris, a :

-Dit que, tant au stade du chargement que du déchargement ou que sous l'angle de la conformité de la marchandise livrée aux spécifications contractuelles, la société Y. a rempli ses obligations,

-Rejeté la demande reconventionnelle de la société X. tendant à faire reconnaître l'existence d'un vice caché,

-Rejeté en conséquence les demandes de réparation de ses préjudices formulées par la société X.,

- Dit que la société X. supportera les 2/3 des frais d'arbitrage fixés par la Cour, soit 433.332 US\$ et l'a condamnée à verser à Y. la somme de 108.332 US\$,

- Rejeté les demandes de chacune des parties tendant à faire supporter à l'autre partie ses frais de défense.

10. Le 6 mars 2019, la société X. a déposé un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris contre l'ordonnance de procédure n°2 du 25 octobre 2018 rendue par le Président du Tribunal Arbitral et la sentence arbitrale rendue le 4 février 2019.

11. La clôture de la procédure a été prononcée le 8 septembre 2020.

II- PRETENTIONS DES PARTIES

12. Au terme de ses dernières conclusions, notifiées par voie électronique le 15 avril 2020, la société X. demande à la cour de :

-La déclarer recevable et fondée ;

-Dire et juger que le tribunal arbitral ne s'est pas conformé à la mission qui lui avait été confiée entraînant la nullité de l'ordonnance du 25 octobre 2018 et la sentence arbitrale du 4 février 2019 en vertu de l'article 1520 3° du code de procédure civile en entendant Messieurs B. et D. en qualité de témoin en dépit des règles de l'acte de mission ; en ignorant les demandes qui avaient été formées par la société Y. et sur lesquelles il devait statuer conformément à sa mission ; en statuant en amiable composition et non en droit en dépit de la clause compromissoire applicable ;

-Dire et juger que le tribunal arbitral a manqué au principe du contradictoire ainsi qu'aux règles d'ordre public international dans le cadre de l'audition de Messieurs B. et D., entraînant la nullité de la sentence arbitrale du 4 février 2019 et de l'ordonnance du 25 octobre 2018 en vertu de l'article 1520 4 et 5° du Code de procédure civile,

-Etant rappelé que chacun de ces moyens constitue, en soit, un moyen de nullité de la sentence du 4 février 2019 ;

-En conséquence, et dès lors que l'un des moyens susvisés est retenu, annuler tant la sentence arbitrale finale du 4 février 2019 que l'ordonnance de procédure n° 2 du 25 octobre 2018,

EN TOUT ETAT DE CAUSE,

-Dire irrecevables à tout le moins mal fondées les demandes de la société Y. et l'en débouter,

-Débouter la société Y. de l'ensemble de ses demandes fins et conclusions

-Condamner la société Y. à verser à la société X. la somme de 35.000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

13. Au terme de ses dernières conclusions notifiées par voie électronique le 30 juillet 2020, la société Y. demande, au visa notamment de l'article 1520 du code de procédure civile, à la cour notamment de :

1. Concernant les auditions de témoins :

- DECLARER irrecevable la demande de nullité de la Sentence formulée par X. et fondée sur les auditions de témoins et en particulier sur l'Ordonnance de Procédure n°2 ;

Si par extraordinaire, la Cour ne déclarait pas irrecevable la demande de nullité, sur le caractère régulier de l'audition de témoins :

- DECLARER non fondées les demandes de X. visant à obtenir l'annulation de la Sentence ;

En tout état de cause, sur le respect du principe du contradictoire par le Tribunal arbitral et des règles de l'ordre public international au cours de l'arbitrage :

- DIRE et JUGER que le Tribunal arbitral n'a pas manqué au principe du contradictoire ni aux règles de l'ordre public international au cours de l'arbitrage ;

- DECLARER non fondées les demandes de X. visant à obtenir l'annulation de la Sentence ;

2. Concernant la mission remplie par le Tribunal arbitral

- DECLARER irrecevable la demande de nullité de la Sentence fondée sur une prétendue omission de statuer ;

Si par extraordinaire, la Cour ne déclarait pas irrecevable la demande de nullité, sur la parfaite conformité de la Sentence aux demandes formulées par Y. :

- DECLARER non fondées les demandes de X. visant à obtenir l'annulation de la

Sentence ;

Si par extraordinaire, la Cour ne déclarait pas irrecevable la demande de nullité, sur l'absence d'inversement de la charge de la preuve :

- DIRE et JUGER que X. avait la charge de la preuve au titre des demandes reconventionnelles qu'elle a formulé ;

En conséquence,

- DECLARER non fondées les demandes de X. visant à obtenir l'annulation de la Sentence ;

3. Concernant l'absence d'amiable composition

- DIRE et JUGER que le Tribunal arbitral a statué en droit en application du droit sénégalais, notamment de l'article 99 du Code des Obligations Civiles et Commerciales sénégalais ;

- CONSTATER l'absence d'éléments probants communiqués à la Cour à l'appui des propos rapportés par X. et prétendument attribués au Président du Tribunal arbitral ;

En conséquence,

- DECLARER irrecevables les propos rapportés par X. ;

- DECLARER non fondées les demandes de X. visant à obtenir l'annulation de la Sentence.

4. Concernant les frais

- CONDAMNER X. à verser à Y. la somme de 34.800 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

III- MOYENS DES PARTIES

14. La société X. soutient que le processus suivi pour l'audition des témoins entraîne la nullité de la sentence aux motifs d'une part, que le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée (article 1520 3° du code de procédure civile), et d'autre part, que les arbitres ont violé le principe du contradictoire et les règles de l'ordre public international (article 1520 4° et 5° du code de procédure civile).

15. Elle soutient en premier lieu l'annulation de l'ordonnance de procédure n°2 et rappelle que ce recours, en ce qu'il se fonde sur le respect du principe du contradictoire, est recevable.

16. Elle ajoute que la société Y. ne peut lui opposer avoir renoncé à soulever ces moyens alors que la renonciation n'est valable que si elle résulte d'une manifestation de volonté dénuée d'équivoque et que les pièces produites montrent qu'elle s'est opposée à

l'audition comme témoins de MM. B. et D. ce qui résulte tant de l'ordonnance n°2, du courriel adressé par ses conseils le 30 octobre 2018 que de la Sentence Arbitrale. Elle ajoute que le principe du contradictoire comme le principe de l'égalité des armes sont protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et relèvent de l'ordre public international, si bien qu'ils ne peuvent pas donner lieu à renonciation et ne peuvent pas être opposés au débiteur qui les invoque devant le juge de l'annulation.

17. Sur le fond, la société X. estime que le Tribunal arbitral a enfreint sa mission en rendant une ordonnance n°2 frontalement contraire à l'Acte de Mission et, davantage encore en admettant l'audition de MM. B. et D. pour la société Y. et en leur appliquant, le statut de témoin alors même que la procédure prévue par l'Acte de Mission n'avait pas été respectée.

18. La société X. ajoute que le Tribunal a méconnu le principe du respect du contradictoire comme celui de l'égalité des armes en ce qu'il a admis l'audition de Monsieur B. en tant que témoin sans que ce dernier ait déposé préalablement une attestation écrite, et ce le 25 octobre 2018, à 15 jours de l'audience de plaidoirie, ainsi que l'audition de Monsieur D., également sans attestation écrite et même sans que cela ait été prévu dans l'Ordonnance n° 2 de sorte que compte tenu de ces circonstances, la société X. a été privée de la possibilité de préparer utilement ses questions aux « témoins » de la société Y. puisque ces derniers n'avaient pas déposé d'attestation écrite. Elle ajoute qu'en l'absence de délai, la société X. a été privée de la possibilité d'identifier des témoins pouvant contredire les dires de Messieurs B. et D. et de solliciter leur audition.

19. La société X. considère également que le Tribunal n'a pas statué sur la demande de la société Y. qui portait sur le constat d'une bonne et fidèle exécution du contrat mais a statué sur le fait que celle-ci avait rempli ses obligations « *tant au stade du chargement que du déchargement ou que sous l'angle de la conformité de la marchandise livrée aux spécifications contractuelles* ». Elle estime ainsi que ce faisant le Tribunal n'a pas respecté la mission qui lui avait été confiée, en statuant sur la question du chargement, du déchargement et de conformité de la marchandise livrée. Elle considère qu'en ignorant la demande de la société Y., le Tribunal a finalement dispensé cette dernière de la charge de la preuve concernant la qualité des produits vendus.

20. Elle précise que si le Tribunal avait respecté sa mission et avait statué sur la demande de la société X., il n'aurait pu se contenter de juger que cette dernière avait été inactive et que, en ne répondant pas à la demande de la société Y. et donc en n'exécutant pas la mission qui lui avait été confiée, le Tribunal a finalement déchargé la société Y. de la charge de la preuve de la qualité des produits livrés à X. et de l'existence ou non d'un vice caché.

21. La société X. ajoute enfin que bien que la clause compromissoire prévue à l'article 11.1. du Contrat prévoit que les arbitres doivent statuer en droit, la lecture de la sentence montre que le Tribunal n'a pas statué en droit mais s'est prononcé en équité, alors qu'il n'était pas investi d'une mission d'amiable composition. Elle considère qu'il en est ainsi dès lors que le Tribunal reconnaît que le contrat n'est pas respecté dans les faits mais va pourtant, paradoxalement, juger que la société Y. a respecté ses obligations au niveau du chargement et déchargement.

22. En réponse la société Y. fait valoir que la demande en annulation d'une sentence arbitrale doit, par essence, porter sur l'annulation d'une sentence et non sur des ordonnances de procédure de sorte qu'en l'espèce, cette demande n'est pas recevable, la demande formulée par la société X. portant sur l'annulation de l'ordonnance de Procédure n°2 relative aux auditions de témoins qui ne tranche absolument pas le litige.

23. Elle ajoute que comme cela a été rappelé à juste titre dans la Sentence, la société X. n'a pas soulevé ce moyen lors de ses différents mémoires et notamment son mémoire du 7 septembre 2018 ou lors des plaidoiries au cours desquelles elle a même reconnu de pas avoir de griefs relatifs à la procédure suivie, de sorte qu'elle n'est plus recevable à s'en prévaloir.

24. Elle soutient que le Tribunal arbitral n'a pas méconnu sa mission et qu'il s'est conformé en tout point aux stipulations qui figurent à l'acte de mission puisqu'il a constaté que le formalisme relatif à l'audition des témoins n'avait pas été respecté, qu'il a organisé les auditions sollicitées des personnes en spécifiant la qualité de chacune de ces personnes (témoins, parties ou experts), et précisé que les parties avaient renoncé à se prévaloir de tout recours au titre d'un prétendu non-respect du formalisme lié à ces auditions conformément à l'article 40 du Règlement CCI 2017.

25. Elle ajoute que la société X. ne peut soutenir que du fait des auditions des témoins de la société Y., le principe du contradictoire et l'ordre public international n'aurait pas été respecté dès lors que cette société a bénéficié des mêmes conditions d'audition pour ses témoins (auditions de M. A. et de M. C. sans attestation écrite préalable) et qu'elle n'apporte pas la preuve d'un grief étant précisé qu'à supposer que le formalisme de l'audition des témoins n'ait pas été respecté, l'argument selon lequel la société X. n'a pas été en mesure de préparer ses contre-interrogatoires est fallacieux dès lors que les auditions de MM. B. et D. ont été évoquées dès le 6 juillet 2018, soit plus de quatre mois avant les auditions de témoins, et ont été actées par l'ordonnance de Procédure n°2 en date du 25 octobre 2018, soit plus de quinze jours avant les auditions de témoins. Elle indique que la société Y. a d'ailleurs accepté ces règles puisqu'elle a bénéficié du même temps de préparation concernant les auditions de M. A. et de M. C. et a renoncé, comme déjà évoqué, à se prévaloir de tout grief au titre de la procédure d'audition des témoins.

26. Elle soutient que la demande d'annulation de la Sentence formulée par la société X. aux motifs que le tribunal arbitral n'aurait pas respecté sa mission en retenant que « *tant au stade du chargement que du déchargement ou que sous l'angle de la conformité de la marchandise livrée aux spécifications contractuelles, la Demanderesse Y. a rempli ses obligations* » alors que cette société Y. sollicitait dans ses écritures que le Tribunal arbitral puisse : « *Constater que la Demanderesse a bien et fidèlement exécuté le contrat* », est irrecevable dès lors ce faisant la société X. estime que le tribunal arbitral a omis de statuer sur l'intégralité des demandes et ce alors que l'omission par l'arbitre de statuer sur un chef de demande peut être réparée par l'arbitre et ne constitue pas un cas d'ouverture du recours en annulation et que le recours en annulation ne peut être exercé contre une sentence ayant statué *infra petita*, les cas d'ouverture de ce recours devant s'interpréter restrictivement d'autant plus que l'impossibilité de réunir à nouveau le tribunal arbitral pour compléter éventuellement la sentence n'est pas démontrée.

27. Elle ajoute que le Tribunal arbitral n'a pas inversé la charge de la preuve en faisant peser sur la société X. l'obligation de démontrer l'existence d'un vice caché. Elle précise avoir valablement apporté les preuves de la bonne exécution du contrat, et rappelle que les demandes formées au titre des vices cachés constituent des demandes reconventionnelles émanant de la société X. de sorte que c'est à cette dernière d'apporter les preuves à l'appui de ses demandes nouvelles.

28. La société Y. indique par ailleurs que la société X. ne peut soutenir que le Tribunal arbitral aurait jugé en amiable composition en se fondant sur le fait que le Tribunal arbitral a constaté que certaines formalités au titre du contrat n'auraient pas été respectées. Elle considère que le tribunal arbitral s'est bien conformé à sa mission en statuant en droit et non en amiable compositeur dès lors qu'il a appliqué le principe dégagé par l'article 99 du Code des Obligations Civiles et Commerciales sénégalais selon lequel par-delà la lettre du contrat, le juge doit rechercher la commune intention des parties pour qualifier le contrat et en déterminer les effets, et ce en retenant que les parties ont tacitement convenu que les modalités appliquées leur convenaient, jugeant ainsi, en droit et sans se contredire, que les obligations mises à la charge de la société Y., telles que décidées d'un commun accord entre les parties, avaient bien été respectées.

IV – MOTIFS DE LA DECISION

Sur l'irrecevabilité du recours en annulation dirigé contre l'ordonnance de procédure n°2 ;

29. Ayant constaté que les parties divergeaient d'opinion quant à l'audition de personnes autres que les conseils des parties, le tribunal arbitral a par ordonnance de procédure n°2 rendue le 25 octobre 2018 portant sur le « Règlement de la question des « témoins » », décidé que M. B. pourrait être entendu lors de l'audience, de même que MM. A. et/ou C. selon des modalités symétriques et a organisé les modalités de déroulement de ces auditions.

30. Il convient de considérer que cette décision par laquelle les arbitres se prononcent sur les auditions susceptibles d'être organisées ne tranche en aucune manière tout ou partie du litige au fond qui oppose les parties, la compétence ou bien encore un incident de procédure mettant fin à l'instance.

31. Cette « ordonnance de procédure » ne constitue donc pas une sentence mais une simple mesure d'administration de l'arbitrage non susceptible de recours.

32. Si en droit français l'existence d'un excès de pouvoir est susceptible de rendre recevable un appel-nullité à l'encontre d'une mesure d'administration judiciaire, encore faut-il que le grief formulé à l'encontre de la mesure querellée permette de caractériser un tel excès de pouvoir.

33. En l'espèce, la société X. soutient que ce recours est recevable à raison de la violation du principe du contradictoire.

34. Cependant, la seule violation du principe du contradictoire ne constitue pas une

méconnaissance par l'arbitre de l'étendue de ses pouvoirs de sorte qu'elle ne peut caractériser un excès de pouvoir.

35. Il convient donc de considérer que le recours en annulation en ce qu'il est dirigé contre la seule ordonnance de procédure n°2 est irrecevable.

Sur le recours en annulation contre la sentence du 4 février 2019 fondé sur le moyen tiré du non respect du principe de la contradiction ou de l'égalité des armes;

Sur le respect du principe de la contradiction ;

36. En substance, la société X. reproche au tribunal arbitral d'avoir méconnu le principe du contradictoire et l'égalité des armes, en ayant admis l'audition de Monsieur B. en tant que témoin sans que ce dernier ait déposé préalablement une attestation écrite, et ce le 25 octobre 2018 à 15 jours des plaidoiries, et celle de Monsieur D., également sans attestation écrite et même sans que cela ait été prévu dans l'ordonnance de procédure n°2.

37. Cependant, le principe de la contradiction exige seulement que les parties aient pu faire connaître leurs prétentions de fait et de droit et discuter celles de leur adversaire de telle sorte que rien de ce qui a servi à fonder la décision des arbitres n'ait échappé à leur débat contradictoire. Il implique ainsi que les parties aient été mises à même de débattre contradictoirement des moyens invoqués et des pièces produites.

38. En l'espèce il est constant que, la société X. était représentée lors de l'audience de plaidoirie devant le tribunal arbitral et qu'elle a pu assister à l'audition de M. B. et de M. D., comme leur poser toutes les questions qu'elle a souhaité lors de contre-interrogatoires qu'elle a menés de sorte que le tribunal arbitral a mis en mesure les parties, qui connaissaient leurs prétentions respectives, de débattre contradictoirement et que ce faisant, le principe de la contradiction a été respecté.

39. Ce grief sera en conséquence, nonobstant l'absence de communication d'une déclaration écrite préalable, rejeté.

Sur le respect du procès équitable et plus précisément de l'égalité des armes ;

40. L'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris les preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation substantiellement désavantageuse par rapport à son adversaire.

41. La société X. soutient à cet égard que compte tenu des circonstances ayant conduit le tribunal à autoriser les auditions de M. B. et M. D., elle aurait été privée de la possibilité de préparer utilement ses questions aux « témoins » de la société Y. puisque ces derniers n'avaient pas déposé d'attestation écrite et qu'en l'absence de délai elle a été privée de la possibilité d'identifier des témoins pouvant contredire les dires de M. B. et de M. D.

42. Cependant, il est constant que la demande d'audition de M. B. qui devait porter « *sur les modalités d'exécution du contrat* » a été faite dans le mémoire produit par la société Y. en date du 6 juillet 2018, comme le constate le tribunal arbitral dans son ordonnance de procédure n°2 de sorte que la société X. ne peut soutenir n'avoir pas eu le temps de s'y préparer, quand bien même la décision du tribunal arbitral sur le principe de cette audition, ainsi que celle de M. D. a été prise le 25 octobre 2018 au terme de cette même ordonnance de procédure n°2.

43. A cet égard, contrairement à ce que soutient la société X., l'audition de M. D. avait été admise dès cette date dès lors que dans son ordonnance le tribunal arbitral après avoir considéré que les parties « *elles-mêmes ont un droit absolu à assister à l'audience* » et que s'agissant des personnes morales, « *chacune d'elle peut décider d'y déléguer le salarié ou le mandataire social de son choix* », a précisé dans cette même ordonnance que « *tant M. B., que d'autres personnes travaillant pour Y. (M. D.)...* » pouvaient être « *ces personnes déléguées* ».

44. En outre, si le tribunal arbitral a décidé que M. B. pouvait être entendu lors de l'audience du 6 novembre 2018, il a aussi ajouté que si la société X. le souhaitait, M. A. et C. pourraient l'être aussi selon des modalités « *symétriques* », démontrant ainsi qu'une égalité de traitement a été observée entre les parties qui ont pu bénéficier du même délai pour préparer les interrogatoires des personnes dont l'audition a été autorisée par l'ordonnance du 25 octobre 2018 pour une audience devant se tenir à compter du 6 novembre 2018.

45. Il résulte de ces éléments que la société X. n'a pas été placée pas dans une situation substantiellement désavantageuse par rapport à son adversaire de sorte que la violation des articles 1520 4° et 5° du code de procédure civile n'est pas établie et que le grief allégué sera en conséquence rejeté.

Sur le moyen tiré du non respect de sa mission par le tribunal arbitral ;

Sur le non respect de la mission à raison de l'audition de M. B. et M. D.

46. Au terme de l'article 1520 3° du code de procédure civile, le recours en annulation est ouvert si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée.

47. Il peut être considéré que le tribunal arbitral s'écarte de sa mission s'il ne respecte pas les règles procédurales qui ont été arrêtées par les parties.

48. Cependant, cet écart, en ce qu'il porte sur une règle procédurale, ne saurait emporter l'annulation de la sentence que si l'irrégularité procédurale avait été soulevée préalablement devant le tribunal arbitral et s'il est établi qu'il a pu causer à une partie un grief ou qu'il a eu une incidence sur l'issue du litige.

Sur la recevabilité de ce grief ;

49. En l'espèce, il est constant que le tribunal arbitral a procédé aux auditions de M. B. et de M. D. pour la société Y. ainsi que de MM. A. et C. pour la société X. sans que préalablement et conformément à l'article XII (Communications et écritures) de l'acte

de mission les déclarations écrites aient été présentées.

50. Cependant, il convient de constater qu'aux termes de l'ordonnance de procédure n° 2 précitée portant expressément sur le « Règlement de la question des "témoins" », le tribunal arbitral a précisément constaté que les parties divergeaient d'opinion quant à l'audition de personnes autres que les conseils des parties et qu'il avait « *bien conscience, comme les Parties, à la fois du contenu de la stipulation de l'acte de mission et du fait qu'aucune des Parties ne l'a respectée* », se demandant ainsi si « *la disposition de l'acte de mission lui interdit d'entendre telle ou telle personne* ».

51. Se fondant expressément sur l'article 26 (4) du Règlement CCI, aux termes duquel « *Les parties comparaissent en personne ou par représentants dûment habilités* » mais aussi considérant que les parties avaient droit absolu à assister à l'audience, et qu'outre les conseils qui représentent les parties, celles-ci pouvaient, s'agissant des personnes morales, chacune d'elles décider d'y déléguer le salarié ou le mandataire social de son choix, le tribunal arbitral a décidé que « *tant M. B. que d'autres personnes travaillant pour Y. (M. D.), que le directeur juridique de X. ou d'autres salariés de X., peuvent être ces personnes déléguées* ».

52. Pour passer outre l'obstacle de la procédure prévue par l'acte de mission qui prévoit que les témoins doivent produire une attestation, le tribunal a considéré que « *la demande de comparution de M. B. a été faite dans le Mémoire Y. du 6 juillet 2018 et que la Défenderesse n'a pas réagi dans son Mémoire du 7 septembre suivant. Symétriquement, lorsque la Défenderesse X. a requis la comparution de MM. A. et C., Y. ne s'y est pas opposée dans son dernier Mémoire du 4 octobre 2018* » de sorte que conformément à l'article 40 du Règlement CCI les Parties se sont toutes deux écartées de ce qui était prévu par l'acte de mission et qu'elles ont donc nécessairement renoncé à faire objection dans les délais.

53. Il convient d'ajouter qu'en tout état de cause, l'article 25.3 du Règlement CCI dispose que « *Le tribunal arbitral peut décider d'entendre des témoins, des experts commis par les parties, ou toute autre personne, en présence des parties, ou en leur absence à condition que celles-ci aient été dûment convoquées* » de sorte que, comme le mentionne expressément celui-ci dans son ordonnance, le tribunal arbitral pouvait ordonner, « *dans le cadre de ses pouvoirs de direction de l'instance* » la présence de telle ou elle personne.

54. Enfin, si après cette ordonnance, le 30 octobre 2018, la société X. « *a réitéré son opposition à l'audition de M. B. comme témoin (...)* » il ressort de la sentence finale et notamment de son paragraphe 25 que « *lors de l'audience du 7 novembre 2018, le tribunal a interrogé les parties afin de savoir si elles avaient des réserves à formuler sur la conduite de la procédure jusqu'à cette date. Les parties ont indiqué qu'elles n'avaient pas de réserves, la défenderesse [la société X.] précisant que les remarques qu'elle avait pu faire lors de certaines étapes de la procédure n'avaient plus lieu d'être* » s'appuyant ainsi sur le transcript du 7 novembre 2018 (pages 212 et 213).

55. Ce faisant, les parties et en particulier la société X. ont considéré, après que les auditions litigieuses ont eu lieu en leur présence et qu'elles ont pu y participer activement et contradictoirement, que les réserves qu'elles avaient précédemment émises n'avaient plus lieu d'être.

56. Au regard de l'ensemble de ces éléments, bien que s'étant initialement opposée à la tenue de ces auditions, la société X. qui a finalement participé auxdites auditions et indiqué au tribunal arbitral qu'elle n'avait plus de réserves à faire valoir sur cette question, n'est plus recevable, dans le cadre d'un recours en annulation, à se prévaloir d'une méconnaissance par les arbitres de leur mission à raison de l'absence de dépôt de déclarations écrites préalables.

57. Ce grief sera donc rejeté.

Sur le non respect de sa mission par le tribunal arbitral du fait de l'ignorance des demandes formées par la société Y. ;

58. La société X. soutient que le tribunal a méconnu sa mission en ce qu'il n'a pas exactement statué sur la demande de la société Y. de constater qu'elle avait bien et fidèlement exécuté le contrat, ce qui supposait, selon la société X., qu'il incombait à la société Y. « *de prouver que les produits vendus respectaient la qualité attendue* ».

59. Cependant, pour dire si la société Y. avait bien « *exécuté ses obligations contractuelles* » le tribunal a considéré qu'il lui appartenait de déterminer « *d'abord le contenu de chacune des obligations* » puis de vérifier « *ensuite si, et dans quelle mesure, celles-ci ont été exécutées* ».

60. Il s'est interrogé sur trois questions différentes qui se posaient à savoir (a) le respect des stipulations relatives au chargement, (b) le respect de celles stipulées pour le déchargement et (c) la conformité (qualité) du fuel livré et ce faisant n'a pas dénaturé la demande principale de la société Y., comme le soutient la société X.

61. En outre, il convient de constater qu'après avoir statué sur la « *demande principale : la question de l'exécution du contrat* » dans les paragraphes 28 à 102 de sa sentence, le tribunal arbitral s'est attaché à répondre à la demande reconventionnelle de la société X. en précisant dans son paragraphe 125 que celle-ci « *se fonde sur l'existence d'une garantie des vices cachés qui s'ajouterait à la garantie contractuelle de conformité* » de sorte qu'il a bien distingué et évoqué précisément cette demande sans la confondre avec la demande principale tendant à dire que le contrat avait été bien exécuté par la société Y..

62. Au surplus, l'appréciation selon laquelle « *la question du chargement, du déchargement et la conformité du fuel aux spécifications requises ne conduit ipso facto pas à une bonne exécution du contrat* » et ses conséquences sur une éventuelle inversion de la charge de la preuve, ne relève pas d'une question ayant trait au respect de sa mission par l'arbitre mais du fond de la sentence, que la cour ne peut contrôler dans le cadre du recours en annulation étant observé qu'il ressort des paragraphes 146 et suivants de sa sentence que le tribunal s'est attaché à rechercher si la preuve de l'existence de vices cachés était rapportée et après avoir considéré que la société X. n'en apportait pas la preuve, a rejeté sa demande reconventionnelle.

63. Il ressort de ces constatations que le tribunal arbitral a satisfait à sa mission telle que délimitée par l'objet du litige, déterminé par les prétentions des parties.

64. Ce grief sera en conséquence rejeté.

Sur le moyen tiré du non respect de sa mission par le tribunal arbitral en ce que celui-ci a statué en amiable composition ;

65. Il convient d'observer que sous couvert de ce moyen la société X. reproche en réalité, comme cela ressort au demeurant de ses propres conclusions, au tribunal arbitral une « *flagrante faute de raisonnement* » en ce qu'il aurait « *tout au long de la sentence* » reconnu que « *le Contrat n'avait pas été exécuté notamment au niveau du chargement et du déchargement pour finalement en déduire que Y. « tant au stade du chargement que du déchargement (...) a rempli ses obligations* » et que ce faisant il aurait jugé en équité « *puisque en droit, son analyse devait nécessairement le conduire à juger le contraire* ».

66. Cependant une faute de raisonnement, fût-elle caractérisée, ne peut suffire à caractériser le fait que le tribunal arbitral a jugé en amiable composition en l'absence de toute autre mention dans la sentence permettant en l'espèce de caractériser que la décision a été rendue en équité.

67. A cet égard, le fait que le président du tribunal arbitral ait rappelé aux parties à la fin de l'audience que celles-ci pouvaient encore envisager une transaction et que les arbitres étaient « *disposés à aider les parties si elles le souhaitent à aboutir à (...) une transaction* », ne saurait conduire à considérer que la sentence finalement rendue l'a été en amiable composition alors qu'il n'est nullement justifié qu'une telle demande a été faite aux arbitres à la suite de cette observation.

68. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le moyen tiré du défaut de respect par le tribunal arbitral de sa mission doit être rejeté.

Sur les frais et dépens ;

69. Il y a lieu de condamner la société X., partie perdante, aux dépens.

70. En outre, la société X. doit être condamnée à verser à la société Y., qui a dû exposer des frais irrépétibles pour faire valoir ses droits, une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile qu'il est équitable de fixer à la somme de 34 800 euros.

V- PAR CES MOTIFS

La cour,

1-Déclare irrecevable le recours en annulation dirigée contre l'ordonnance de procédure n°2 du 25 octobre 2018 ;

2-Déclare irrecevable le moyen tiré du non respect de sa mission par le tribunal arbitral du fait de l'audition de M. B. et de M. D. ;

3-Rejette le recours en annulation contre la sentence du 4 février 2019 (n°23253/DDA) rendue sous l'égide de la Chambre de commerce internationale ;

4-Condamne la société X. à payer à la société Y. la somme de 34 800 euros au titre de

l'article 700 du code de procédure civile ;

5-Condamne la société X. aux dépens.

La greffière

Le président

C. GLEMET

F. ANCEL