

CHAMBRE DES RECOURS

Séance du 16 novembre 2009

Présidence de M. F. MEYLAN, vice- président

Juges : MM. Giroud et Denys

Greffière : Mme Cardinaux

* * * * *

Art. 36 C-Arb

La Chambre des recours du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper du recours interjeté par **Z.**_____, à Frauenfeld (TG), contre la "sentence définitive et exécutoire de l'expert-arbitre" rendue le 25 mai 2009 par Roland Mosimann, architecte SIA, dans la cause divisant la recourante d'avec **S.**_____, à Lausanne.

Délibérant en audience publique, la cour voit :

En fait :

A. Le litige opposant les parties porte sur un projet immobilier relatif à un contrat d'entreprise générale passé entre Z._____ et S._____ portant sur la réalisation de 5 bâtiments comprenant 52 appartements (en fait 50) et un parking enterré de 46 places. Les parties, ne parvenant pas à s'entendre sur certains points, ont conclu un "compromis d'expertise-arbitrage" les 25 et 26 août 2008 (pièce 2).

Le 25 mai 2009, l'architecte SIA Roland Mosimann a établi un document intitulé "sentence définitive et exécutoire de l'expert-arbitre" (pièce 1) et un autre document intitulé "rapport final d'expertise-arbitrage" (pièce 8), le premier document se référant au second.

B. Par acte du 5 juin 2009, S._____ a recouru contre cette "sentence définitive et exécutoire de l'expert-arbitre".

Par acte motivé du 24 juin 2009, Z._____ a également recouru en temps utile, en concluant à la nullité de la "sentence définitive et exécutoire de l'expert-arbitre" et à la condamnation de l'intimée à tous les frais et dépens. La recourante a produit un "bordereau des preuves littérales jointes au recours en nullité" (pièces 1 à 15), pièces qui sont recevables dans la mesure où elles figurent déjà dans le dossier de première instance.

Par arrêt du 21 juillet 2009, le Président de la Chambre des recours a pris acte du retrait du recours de S._____.

L'intimée S._____ a déposé un mémoire le 7 octobre 2009, dans lequel elle a conclu, sous suite de dépens, au rejet du recours de Z._____.

L'architecte Roland Mosimann a adressé à la Chambre des recours une copie de sa lettre du 8 juillet 2009 à Z._____, mettant en demeure la prénommée de payer sa note d'honoraires de 18'184 fr. 40.

En droit :

1. a) Il s'agit tout d'abord de déterminer si l'on est en présence d'une "expertise-arbitrage", auquel cas la décision rendue par l'architecte Roland Mosimann ne revêt pas la qualité de sentence arbitrale et n'acquiert ni force de chose jugée, ni caractère exécutoire (Thorens, L'expertise-arbitrage en droit suisse et en droit allemand, in Semaine judiciaire, 1968, pp. 601 ss, spéc. p. 603) de sorte que le recours judiciaire au Tribunal cantonal est irrecevable, ou d'un arbitrage au sens notamment du C-Arb (Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 août 1969, RSV 268.91) auquel cas le recours à la Chambre des recours est ouvert.

Selon Jolidon (Commentaire du concordat suisse sur l'arbitrage, p. 35), l'expertise-arbitrage ou expertise arbitrale est une institution par laquelle les parties chargent, au moyen d'un contrat (qui relève du droit de fond), un tiers, qui est leur mandataire, de donner son avis sur une question de fait ou sur un élément d'un rapport de droit, auquel elles déclarent d'avance se soumettre obligatoirement. Alors que l'arbitre exerce une fonction juridictionnelle, l'expert-arbitre accomplit une "mission (qui) n'est jamais, à quelque degré que ce soit, d'ordre juridictionnel" (cf. Jolidon, Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse, in Mélanges Pierre Engel, 1989, p. 157 ss, p. 174). Le C-Arb n'est pas "directement applicable" à l'expertise-arbitrage (Poudret/Wurzbürger, Code de procédure civile vaudois, 2^{ème} éd., 1980, p. 382; Lalive/Poudret/Reymond, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, ad art. 1, n. 1.2, p. 28). La jurisprudence consacre divers critères destinés à orienter, dans chaque cas particulier, la distinction entre arbitrage et expertise-arbitrage; ainsi, on tient notamment compte des

termes utilisés dans l'accord des parties, de l'étendue des attributions conférées au tiers qui sera désigné selon cet accord, et de l'aptitude de sa décision à constituer un titre d'exécution forcée (TF 4P. 299/2006 c. 3; Lalive/Poudret/Reymond, op. cit., ad art. 1, pp. 27-28; Jolidon, Commentaire, pp. 33 ss). La détermination de la nature juridique de la convention passée entre les parties se fait par l'interprétation de ladite convention; la réelle et commune intention des parties est décisive, et non pas en règle générale les termes qu'elles ont utilisés (art. 18 CO [Code des obligations du 30 mars 1911], RS 220). Cette intention peut notamment ressortir de la correspondance échangée (cf. Jolidon, Commentaire, p. 65). En l'espèce, les parties n'invoquent pas de correspondance précédant la conclusion du compromis.

En cas d'expertise-arbitrage, les parties ne sont pas liées de manière absolue par les constatations de l'expert-arbitre, mais le juge peut les revoir lorsqu'il est établi qu'elles sont manifestement déficientes ou contraires à l'équité (Lalive/Poudret/Reymond, op. cit., ad art. 1, n.1.2, p. 28). Cependant, par "juge", il ne faut pas entendre l'autorité de recours habituellement compétente pour statuer sur un recours contre une sentence arbitrale au sens de l'art. 3 let. f C-Arb, mais le juge "ordinaire", devant lequel la partie doit ouvrir action, ce qu'a d'ailleurs fait la recourante, qui, "par mesure de précaution", a introduit parallèlement au recours une demande en justice contre l'intimée (recours, p. 2, avant-dernier alinéa; ATF 67 II 146, JT 1941 I 508 ss; ATF 129 III 535 in Semaine Judiciaire 2004. p. 341, spéc. pp. 343-344, affaire où un rapport d'expertise arbitrage avait été attaqué devant le tribunal de première instance de Lucerne, arrêt mentionné dans le préambule du "compromis d'expertise arbitrage" passé entre les parties les 25/26 août 2008).

b) En l'espèce, il convient d'examiner le compromis d'expertise arbitrage des 25/26 août 2008 (pièce 2).

On ignore quelle était la commune et réelle intention des parties lorsqu'elles ont signé ce compromis. Il faut donc appliquer le principe de la confiance. Autrement dit, il faut rechercher tout d'abord la volonté réelle des parties (art. 18 al. 1 CO), le cas échéant empiriquement,

sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. S'il n'est pas possible de déterminer cette volonté réelle ou s'il est établi qu'une partie n'a pas compris la volonté réelle manifestée par l'autre, il convient de rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime. Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a nuancé le principe selon lequel il y aurait lieu de recourir à l'interprétation uniquement si les termes de l'accord passé entre parties laissent planer un doute ou sont peu clairs. Il précise que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant et qu'il peut résulter d'autres conditions du contrat (en l'espèce du compromis), du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de ladite clause ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu, cela sans qu'il y ait lieu "de s'écarter du sens littéral lorsqu'il n'y a pas de raisons sérieuses de penser qu'il ne correspond pas à la volonté des parties" (ATF 133 III 675 c. 3.3; ATF 128 III 265 c. 3a p. 267; TF 4C.278/2004 du 29 décembre 2004 c. 2.2).

Dans le cas particulier, le compromis d'expertise arbitrage a été signé par les deux conseils actuels des parties, soit par des avocats expérimentés, ce qui permet de considérer que si les termes d'"expertise arbitrage" et d'"expert-arbitre" ont été utilisés, au lieu de "compromis arbitral", d'"arbitrage" et d'"arbitre", c'est que les parties se sont mises d'accord pour la première de ces institutions et non pour la seconde. Les parties se réfèrent d'ailleurs dans le préambule du compromis à l'ATF 129 III 535 (in Semaine judiciaire 2004, p. 341), "annexé au présent compromis pour en faire partie intégrante"; elles s'y réfèrent également à l'art. 5 dudit compromis relatif à la force obligatoire de "l'expertise", en précisant que "l'expertise liera les parties dans les limites fixées par la jurisprudence, plus spécialement l'arrêt du Tribunal fédéral mentionné dans le préambule et dont la traduction est annexée". Or, cet arrêt concerne précisément une expertise arbitrage et non un arbitrage.

Au surplus, le compromis d'expertise arbitrage passé entre les parties ne cite nulle part le Concordat intercantonal sur l'arbitrage, ce qui est un indice selon lequel elles excluent l'arbitrage au sens dudit concordat. Il fait état, à l'al. 5, d'un "rapport principal", d'un "rapport complémentaire" et de "questions complémentaires" que les parties peuvent poser à l'expert-arbitre après le premier rapport et avant le second. Il s'agit là d'une procédure qui est propre à l'expertise, et non à l'arbitrage proprement dit. Le compromis prévoit en outre que l'expert-arbitre doit répondre à une "liste de questions" (cf. pièce 3) et à des questions complémentaires (pièces 6 et 7), dont aucune ne demande à l'expert de dire de quel montant telle partie est débitrice de telle autre, - ce qui est une des caractéristiques de l'arbitrage -, par opposition à l'expertise arbitrage.

Enfin, le compromis ne mentionne pas le siège de l'arbitrage (art. 33 al. 1 let. c C-Arb), pas plus qu'il ne fait état du dépôt ou de la notification par les soins de l'autorité judiciaire ou de la renonciation des parties à un tel dépôt ou à une telle notification (art. 35 C-Arb). C'est là un indice qui conforte les éléments conduisant à retenir que l'on est en présence d'une "convention d'expertise arbitrage" - comme l'indique d'ailleurs l'intitulé du document - et non d'un compromis arbitral.

Dans son mémoire, l'intimée reprend notamment différents articles du compromis et prétend qu'en utilisant les termes "expert-arbitre" ou "expertise arbitrage", les parties voulaient un arbitrage, et non seulement un simple avis d'expert (p. 3, let. d notamment). C'est faire abstraction du fait qu'entre l'expertise, au sens des art. 220 et ss CPC (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, RSV 270.11) par exemple, et l'"arbitrage" au sens du C-Arb, il y a précisément cette institution juridique qu'est l'expertise arbitrage. Il ne s'agit pas de déterminer si le compromis tendait à une expertise ou à un arbitrage, mais s'il tendait à une expertise arbitrage ou à un arbitrage.

L'intimée invoque encore le préambule du compromis, selon lequel les parties "sont convenues par une procédure simple et rapide, de soumettre leurs divergences à un expert-arbitre unique. Les parties

conviennent ainsi de régler définitivement leurs différends en mettant en œuvre une expertise arbitrage au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral ATF 129 III 535". Elle y voit la volonté des parties de convenir d'un arbitrage. La référence à une "procédure simple et rapide" n'est cependant pas un indice en faveur d'un arbitrage plutôt que d'une expertise arbitrage. Et la deuxième phrase précitée précise expressément la mise en œuvre d'une "expertise arbitrage", en se référant à un arrêt du Tribunal fédéral qui concerne une expertise arbitrage et non un arbitrage.

L'intimée invoque aussi la faculté pour l'"expert" de s'adjoindre les services d'un tiers juriste. Ce serait là, selon elle, un élément en faveur d'un arbitrage, dès lors que "les questions à trancher étaient juridiques, et que l'on n'est pas en présence d'un simple avis d'expert".

Le "rapport final d'expertise-arbitrage" (pièce 8) et la "sentence définitive et exécutoire de l'expert-arbitre" (pièce 1) ont été établis "en collaboration avec Me Christine Marti, avocate à Lausanne". Mais une expertise arbitrage n'exclut pas que son auteur réponde à des questions d'ordre juridique (Jolidon, Commentaire, p. 35), telles que, en l'espèce, la notion de bonne ou mauvaise exécution du contrat d'entreprise générale, celle de la validité et de l'interprétation de celui-ci (cf. art. 1 al. 1 du compromis d'expertise arbitrage), ainsi que les notions de défauts, de moins-value, etc...(cf. liste des questions, pièce 3).

Enfin, les questions 14 et 15, faisant état d'un "décompte final entre parties", respectivement demandant "quelle partie doit verser quel montant à l'autre pour solde de compte" (cf. pièce 3) peuvent aussi relever de la mission d'un expert -arbitre (Jolidon, Commentaire, p. 66).

Il résulte de ce qui précède que les parties ont passé entre elles un compromis d'expertise arbitrage et non un compromis arbitral. Partant, "la sentence définitive et exécutoire de l'expert-arbitre" (pièce 1) et ainsi que le "rapport final d'expertise-arbitrage" (pièce 8), établis par l'architecte Roland Mosimann le 25 mai 2009, constituent une expertise-arbitrage et non pas une sentence arbitrale. Le recours est donc irrecevable.

Le fait que les art. 6 al. 2 et 7 al. 2 du compromis d'expertise arbitrage se réfèrent à la "sentence attestée définitive et exécutoire" de l'expert-arbitre ne permet pas d'aboutir à une autre conclusion - l'art. 7 al. 2 se réfère dans le même temps aux "conclusions de l'expert-arbitre". Il importe également peu que l'expert-arbitre semble s'être cru investi d'un pouvoir juridictionnel, comme cela ressort de l'intitulé de l'acte attaqué ("sentence, attestée définitive et exécutoire de l'expert-arbitre").

2. En conclusion, le recours est irrecevable.

Les frais de deuxième instance de la recourante sont arrêtés à 6'000 francs.

Vu le sort du recours et la position de l'intimée, soutenant à tort l'existence d'un compromis arbitral, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

Par ces motifs,
la Chambre des recours du Tribunal cantonal,
statuant en audience publique,
p r o n o n c e :

- I. Le recours est irrecevable.
- II. Les frais de deuxième instance de la recourante Z. _____
sont arrêtés à 6'000 fr. (six mille francs).
- III. Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.
- IV. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 16 novembre 2009

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit
aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis
clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies à :

- Me Jean-Pierre Otz (pour Z. _____),
- Me Laurent Moreillon (pour S. _____).

La Chambre des recours considère que la valeur litigieuse est de 1'177'950 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. Roland Mosimann.

La greffière :