

1^{re} Cour de droit civil

Arrêt du 31 janvier 2023

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Marcel Egger, Le compromis d'expertise arbitrage engage la partie qui le signe, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_603/2021, Newsletter immodroit.ch avril 2023

Contrat mixte de vente et d'entreprise
Expertise-arbitrage ;
garantie pour les défauts ;
vérification de l'ouvrage
et notification des défauts ; prescription

Art. 189 CPC

Le compromis d'expertise-arbitrage engage la partie qui le signe

Marcel Egger

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt commenté porte sur la portée d'une convention d'expertise-arbitrage en matière d'avis de défaut, de prescription de l'action des acquéreurs et accessoirement de la cession d'une part de copropriété en cours de procédure.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

La société A. SA agit comme promoteur dans la construction d'une copropriété par étages composée de deux bâtiments de sept appartements chacun et d'un garage.

Rencontrant des problèmes divers avec l'ouvrage acquis, les acquéreurs signent un compromis d'expertise-arbitrage au sens de l'art. 189 CPC avec les promoteurs et vendeurs en désignant un expert avec pour mission de déterminer la présence de défauts, le mode et les coûts de réfection ainsi que le dommage en résultant, respectivement la moins-value afférente aux défauts dûment annoncés. Selon les faits retenus par la Cour cantonale, le promoteur s'est en outre engagé dans la convention à indemniser les copropriétaires pour tous les défauts constatés par l'expert-arbitre et non imputables aux copropriétaires eux-mêmes.

Dans son rapport d'expertise, l'expert-arbitre retient la présence d'un défaut d'isolation phonique et chiffre les coûts de réparation à CHF 956'384.41 et la moins-value de l'ouvrage à CHF 721'091.12.

Certains acquéreurs saisissent alors le Tribunal de Lugano et concluent au paiement de la somme de CHF 331'779.45 plus intérêts, ce qui correspond à la moins-value calculée par l'expert pour les parts de copropriété concernées. Le premier juge a admis la demande et le jugement a été confirmé par la Chambre civile de la Cour d'appel du canton du Tessin.

Le promoteur saisit le Tribunal fédéral en invoquant la tardiveté de l'avis des défauts, la prescription des prétentions des acquéreurs, la qualité pour agir des demandeurs, les conclusions de l'expert-arbitre et finalement la répartition de la moins-value entre les différents copropriétaires.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral a examiné les différents griefs selon le raisonnement suivant :

Tardiveté de l'avis de défaut

Dans un premier grief, les promoteurs allèguent la déchéance des droits des acquéreurs en raison d'un avis des défauts tardif. La Cour cantonale avait considéré que la convention d'expertise-arbitrage constituait un avis de défaut et la recourante considère qu'il ne s'agissait que d'un acte visant à déterminer l'existence d'un défaut.

Le Tribunal rappelle que la garantie pour les défauts dans les contrats mixtes combinant les éléments de la vente et du contrat d'entreprise est soumise aux règles du contrat de vente, notamment en ce qui concerne les défauts affectant les parties communes (ATF 118 II 142, consid. 1a ; TF 4A_152/2021 du 20 décembre 2022, consid. 4.1 et références). Après la livraison de l'ouvrage, le maître doit en vérifier l'état aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires, et en signaler les défauts à l'entrepreneur, s'il y a lieu (art. 367 al. 1 CO). Les circonstances du cas concret, en particulier la nature des défauts, sont déterminantes pour apprécier si le mandant a agi en temps utile (ATF 131 III 145, consid. 7.2 ; TF 4A_570/2020 du 6 avril 2021, consid. 4.1 et références).

L'entrepreneur peut toutefois renoncer à se prévaloir de la tardiveté de l'avis de défaut. Cette renonciation peut être expresse ou tacite. C'est par exemple le cas lorsque l'entrepreneur, conscient de la tardiveté de l'avis, entreprend la réfection de l'ouvrage ou reconnaît son obligation de remédier au défaut. Les circonstances concrètes doivent permettre de déduire clairement une renonciation tacite : le fardeau de la preuve à cet égard incombe au maître de l'ouvrage (TF 4A_256/2018 du 10 septembre 2018, consid. 3.2.2 ; FRANÇOIS CHAIX, in : CoRo CO I, 3^e éd. 2021, n° 24 à l'art. 370 CO ; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6^e éd. 2019, n° 2163).

La convention évoque dans son préambule que les acquéreurs ont signalé au promoteur les défauts mentionnés dans les documents annexés, lesquels énumèrent en détail les défauts signalés. L'expert étant chargé d'évaluer la qualité des défauts signalés, notamment de déterminer si les tolérances normatives sont respectées ainsi que de chiffrer le dommage, les frais de réfection et la moins-value y afférente. Le promoteur s'est également engagé à indemniser les acquéreurs pour tous les défauts qui ne leur sont pas imputables dans un délai de trois mois à réception du rapport d'expertise. Le promoteur n'a donc aucunement remis en question le respect des incombances, respectivement le délai de dénonciation des défauts.

La cour cantonale a relevé que la convention règle les conséquences et les modalités de la résolution définitive du litige, sans mentionner le moins du monde la question de l'avis des défauts. Le principe de la bonne foi aurait exigé du demandeur qu'il soulève une objection au moment de la signature, ce qui n'a pas été le cas. Les instances cantonales ont donc admis l'existence d'un avis de défaut valable, voire la renonciation du demandeur à une éventuelle invocation de la tardiveté de l'avis des défauts, puisqu'en signant la convention, il s'est

engagé, sous certaines conditions, à répondre des défauts que l'expert-arbitre aurait constatés.

La recourante a encore tenté de soutenir que les acquéreurs auraient eu connaissance de certains défauts par la réception d'un précédent rapport d'expertise, qui n'aurait pas été transmis aux promoteurs. Le Tribunal fédéral a nié toute pertinence de cet élément, en s'appuyant sur l'absence de réserve formulée à ce titre lors de la signature du compromis d'expertise-arbitrage.

Ce grief est donc rejeté.

Prescription des prétentions des acquéreurs

Le Tribunal retient que la prescription a commencé à courir au moment de la délivrance du permis d'habitation. Les parties s'opposent toutefois quant à l'effet interruptif de prescription de la signature de la convention d'expertise-arbitrage.

La recourant considère que la signature d'un compromis d'expertise-arbitrage n'entraîne pas interruption de la prescription, dans la mesure où elle n'a jamais reconnu l'existence d'un défaut, respectivement son obligation d'en assumer les conséquences, soit sur la réparation, respectivement l'indemnisation de la moins-value.

Le Tribunal fédéral retient que la convention d'expertise-arbitrage ne contient aucune réserve quant à l'existence de défauts, dans la mesure où le promoteur s'était engagé à assumer ses obligations découlant du contrat. Le principe de la bonne foi, respectivement de la confiance qui régit l'interprétation des déclarations de volonté, impose de s'écarter de la théorie des promoteurs selon laquelle la convention ne contiendrait qu'une simple référence abstraite à la garantie des défauts.

La Cour cantonale avait retenu que la demanderesse s'est engagée dans la convention à indemniser les copropriétaires pour tous les défauts constatés par l'expert-arbitre et non imputables aux copropriétaires eux-mêmes ou à leurs auxiliaires. La Cour cantonale a ainsi retenu à juste titre que la recourante avait ainsi reconnu sa responsabilité à ces conditions.

Pour rappel et d'après l'art. 135 ch. 1 CO, la prescription est interrompue lorsque le débiteur reconnaît la dette. Vaut acte de reconnaissance de dette au sens de cette disposition tout comportement du débiteur que le créancier peut de bonne foi comprendre comme une confirmation de ce que le débiteur est obligé juridiquement ; il suffit que le débiteur reconnaisse la dette sur le principe (ATF 134 III 591, consid. 5.2.1 ; 119 II 368, consid. 7b, p. 378 s.).

Savoir si une dette a été reconnue se détermine d'après les circonstances concrètes du cas d'espèce. Constitue un comportement concluant notamment le fait pour l'entrepreneur de procéder à la réfection requise de l'ouvrage (ATF 121 III 270, consid. 3c ; arrêt précité TF 4A_109/2014, consid. 4.1 ; TF 4C.258/2001 du 5 septembre 2002, consid. 4.1.2 ; cf. aussi GAUCH, op. cit., n° 2266 s. ; GAUCH/STÖCKLI, op. cit., nos 5.5 et 5.6 ad art. 180 SIA-118).

Le Tribunal fédéral conclut que les engagements pris par la recourante dans la convention d'expertise devaient être compris de bonne foi comme un engagement contraignant de réparer les défauts qui seraient confirmés et quantifiés par l'expert et d'indemniser les acquéreurs à concurrence des montants retenus.

La signature de la convention d'expertise-arbitrage correspond ainsi à une reconnaissance de dette avec un effet interruptif de prescription au sens de l'art. 135 ch. 1 CO.

Le grief des promoteurs est rejeté.

Qualité pour agir des copropriétaires

La recourante a ensuite soutenu que les copropriétaires parties au compromis d'expertise-arbitrage formaient une consorité obligatoire et ne pouvaient donc agir en justice qu'en commun et non pas séparément seulement comme en l'espèce.

Le Tribunal fédéral a rappelé à cet égard que l'action en garantie en raison des défauts affectant les parties communes de l'immeuble dont répond le vendeur des parts appartient à chaque copropriétaire individuellement, sur la base de son contrat avec le vendeur et en proportion de sa part (ATF 145 III 8, consid. 3.5 ; 114 II 239, consid. 5c/aa ; 111 II 458, consid. 3c). Chaque copropriétaire a donc qualité pour agir et faire valoir sa créance pécuniaire, par nature divisible, et qui ne pose donc pas de difficultés juridiques particulières en étant exercée personnellement par un acquéreur (TF 4A_152/2021 du 20 décembre 2022, consid. 4.1).

La signature par tous les copropriétaires de la convention d'expertise-arbitrage n'impose aucunement une action commune dans le cadre de la procédure judiciaire au fond.

Cession d'une part de copropriété en cours de procédure

La recourante a soutenu que l'un des copropriétaires ne disposait pas de la qualité pour agir pour faire valoir une créance en garantie des défauts, dans la mesure où l'acte de vente (postérieur au compromis d'expertise-arbitrage) n'a pas chiffré ou mentionné la moindre moins-value afférente au défaut, ni aucune prétention expressément cédée dans ledit acte de vente.

Le droit à la réfection d'une partie commune appartient indivisiblement et pleinement à chaque propriétaire d'étage (ATF 145 III 8, consid. 3.5). Toutefois, vu le caractère indivisible du droit à la réfection des parties communes, il faut ¹admettre que les créances pécuniaires déduites de l'exercice du droit à la réfection sont également indivisibles, mais que chaque propriétaire d'étage peut individuellement ouvrir action en exécution du droit à la réfection de toutes les parties communes affectées de défauts, le cas échéant en concluant au paiement des frais nécessaires à l'élimination des défauts (ATF 145 III 8, consid. 3.3).

La recourante considère que l'absence de clause idoine dans l'acte de vente, postérieur à la signature du compromis d'expertise-arbitrage, fait obstacle à la substitution de partie et partant, à la qualité pour agir du nouvel acquéreur.

Le Tribunal fédéral procède à une analyse fondée sur l'art. 18 al. 1 CO pour déterminer la volonté réelle et concordante des parties en procédant à une interprétation subjective du contrat et retient qu'aucune clause du contrat ne prévoyait que le vendeur aurait souhaité

¹ On relèvera à cet égard une certaine inconstance avec la présomption inverse qui a conduit au résultat différent dans l'arrêt TF 4A_152/2021 du 20 décembre 2022, consid. 3.2, même si c'est au stade de l'instance précédente que la substitution n'a pas été retenue.

conserver ses prétentions à l'encontre du promoteur et la recourante n'a pas avancé d'argumentation suffisante pour renverser cette présomption de fait.

Le nouveau propriétaire pouvait donc valablement se substituer dans la procédure en cours.

Contestation des conclusions de l'arbitre-expert

La recourante a ensuite tenté de critiquer les conclusions du rapport d'expertise-arbitrage, en soutenant que les sondages dans trois appartements n'étaient pas représentatifs.

La Cour cantonale avait retenu que ses critiques étaient en toutes hypothèses tardives, dans la mesure où la recourante n'a pas formulé de critiques entre le début de l'année 2015 (réception du rapport) et la fin de l'année 2015, ce qui était contraire à la bonne foi. La Cour cantonale avait également relevé le fait que la recourante avait omis de poser la moindre question complémentaire ou demandé le moindre éclaircissement à l'expert à réception du rapport, ce qui pouvait de bonne foi être compris comme une admission des conclusions qui faisait obstacle à une remise en question plusieurs mois après.

Ce grief est donc également rejeté.

Répartition interne de la moins-value

La recourante a finalement tenté de critiquer la répartition interne de la moins-value entre les copropriétaires, en invoquant l'arbitraire du critère des quotes-parts retenu par les précédents juges. Elle soutient que certains copropriétaires ne seraient en effet pas affectés par les défauts phoniques constatés.

Le Tribunal fédéral a confirmé le raisonnement cantonal qui niait l'intérêt digne de protection de la recourante à contester la répartition interne, n'étant aucunement lésée par celle-ci. La Cour cantonale avait également retenu que le défaut affectant les installations techniques affectait l'ensemble des copropriétaires, dans la mesure où il touchait des parties communes et donc les bâtiments dans leur ensemble.

III. Analyse

L'expertise-arbitrage comporte de nombreux avantages souvent oubliés par la pratique (SPÜHLER, Das Schiedsgutachten : *Ein fast vergessenes Rechtsinstitut*, RSJ 2022 1043). En particulier, les assurances refusent fréquemment d'engager ce processus pourtant de plus en plus apprécié par les acteurs du domaine de la construction lassés par les difficultés procédurales et temporelles des expertises judiciaires. Une utilisation plus soutenue de cette institution aurait pour avantage de désengorger les tribunaux et réduire ainsi les frais juridiques des différents intervenants. Elle mérite clairement un nouvel examen critique et l'arrêt commenté illustre parfaitement ses nombreux avantages.

L'expertise-arbitrage est un contrat de droit matériel au moyen duquel les parties chargent un tiers de donner son avis sur une question de fait ou sur un point de droit, avis auquel elles déclarent d'avance se soumettre obligatoirement (ATF 129 III 535, consid. 2 et les références ; TF 4A_254/2011 du 5 juillet 2011). Les parties sont dès lors engagées par le résultat de l'expert-arbitre et ne peuvent pas, sauf accord amiable, s'écarter des conclusions de l'expert ou revenir sur les engagements consacrés dans le compromis d'expertise-arbitrage.

L'avantage premier de cette institution est que le résultat ne peut pas non plus être remis en question par le juge dans le cadre d'une procédure judiciaire subséquente. La partie qui requiert une expertise sur la question préalablement tranchée dans le cadre d'une expertise-arbitrage précédente devrait ainsi se voir opposer un refus de la part du juge si la question technique en litige a d'ores et déjà été tranchée par l'expert-arbitre (TF 4P.299/2006 du 14 décembre 2006, consid. 3, ATF 129 III 535, in : JdT 2003 I 590, consid. 2 ; TF 4A_438/2008 du 17 novembre 2008, consid. 3.2.1 ; 4A_254/2011 du 5 juillet 2011, consid. 4.1 ; MICHAEL SCHÖLL, *Réflexions sur l'expertise-arbitrage en droit suisse*, ASA Bulletin 2006, 621 ss, 629).

L'invalidation d'une expertise-arbitrage est définie par l'art. 189 al. 3 CPC, qui consacre les conditions matérielles de validité de l'expertise – objet du litige à la libre disposition des parties et absence de motif de récusation – ainsi que les conditions d'une contestation, à savoir l'absence d'impartialité ou l'erreur manifeste de l'expert-arbitre².

Outre les garanties procédurales fondamentales comme l'égalité de traitement et le droit d'être entendu des parties, le résultat d'une expertise-arbitrage ne peut être revu que s'il était manifestement injuste, arbitraire, négligé, défectueux, profondément contraire à l'équité ou reposerait sur une situation de fait erronée (ATF 67 II 148, in : JdT 1941 I 508, consid. 3 ; ATF 71 II 295 ; TF C.239/1986 du 14 novembre 1986, in : SJ 1987 223, consid. 2 ; ATF 117 la 365, in : SJ 1992 329, consid. 7 ; ATF 129 III 535, in : JdT 2003 I 590, consid. 2.1 ; TF 4A_438/2008 du 17 novembre, consid. 3.2.1 ; TF 4A_254/2011 du 5 juillet 2011, consid. 4.1. Egalement BSK ZPO-Dolge (n. 1), art. 189 N 54.

L'hypothèse la plus vraisemblable demeure l'erreur manifeste de l'expert-arbitre, qui doit rendre la position de l'expert absolument indéfendable et échappe donc à toute appréciation subjective (erreur de calcul, erreur sur le chantier, les parties). La jurisprudence a notamment retenu une erreur de calcul manifeste dans un calcul qui s'écarte de 25% de la valeur définie sur une base objective (ATF 129 III 353, consid. 2.2). L'erreur doit sauter aux yeux de tout expert lors d'un examen minutieux (ATF 67 II 146, consid. 3).

La partie qui souhaite contester le résultat d'une expertise doit en outre se manifester immédiatement comme l'illustre parfaitement l'arrêt commenté ici. Il s'inscrit dans la suite d'une jurisprudence constante du Tribunal fédéral en application du principe de la bonne foi. Dans un arrêt de 1941, le Tribunal fédéral avait déjà retenu que la partie qui se comportait comme si l'expertise-arbitrage était admise pour contester bien plus tard son bienfondé en exigeant des démarches juridiques pour constater les défauts en question ne respectait pas le principe de la bonne foi. Elle aurait dû engager elle-même les démarches nécessaires pour faire constater les défauts qui lui sont imputables (ATF 67 II 146, in : JdT 1941 I 508, consid. 3).

En raison des conditions strictes de l'art. 88 CPC qui évoque l'existence ou l'inexistence d'un droit, l'intérêt pour agir en constatation semble toutefois faire défaut si la contestation porte sur une conclusion technique (GABELLON/DELALOYE, *Quelles solutions face à l'échec d'une expertise-arbitrage ?*, PJA 2018 67, p. 620). Il semble donc nécessaire d'indiquer de manière claire et circonstanciée à l'adverse partie que les conclusions de l'expert sont contestées pour

² Les parties pourraient encore invoquer le dol ou l'erreur, voire la menace lors de la conclusion du compromis d'expertise-arbitrage, mais cette possibilité semble avoir peu de portée pratique.

pouvoir ensuite s'en prévaloir dans le cadre de la procédure au fond pour respecter l'exigence de bonne foi.

Outre les conditions restrictives de la contestation *a posteriori* des conclusions de l'expert, l'arrêt commenté illustre également que le compromis d'expertise-arbitrage permet de régler de manière définitive le sort des éternelles questions de délai de dénonciation des défauts et de prescription des droits de la garantie du maître, respectivement de l'acquéreur. La bonne foi impose à la partie qui souhaite dès lors encore contester ces éléments de les invoquer avant la signature du compromis d'expertise, sauf à se voir opposer une violation du principe de la bonne foi.

Cette exigence de bonne foi mérite une attention particulière. En effet, la pratique de certains entrepreneurs consistant à intervenir pour réparer certains des défauts allégués ou de faire des examens sur ceux-ci, pour ensuite invoquer dans une procédure judiciaire subséquente la tardiveté de l'avis des défauts, voire la prescription des droits de garantie, ne favorise pas les rapports de bonne foi pourtant souhaitables dans toute entreprise de construction. A n'en pas douter, l'intervention des mandataires mais aussi la jurisprudence des tribunaux joue un rôle important à ce titre.

L'arrêt commenté doit ainsi être salué à ce titre également. Toujours dans l'optique de réduire la complexité et partant, la charge des affaires des tribunaux, ce rappel de l'exigence de bonne foi dans les affaires est pour le moins bienvenu. Outre, l'intérêt évident que le maître (ou l'acheteur) peut avoir à faire constater les défauts par expertise-arbitrage (crystallisation de l'état de fait avant toute procédure ; possibilité d'éviter les frais et les délais de la procédure judiciaire ; etc.), l'arrêt commenté permet de constater qu'il s'agit d'une institution précieuse pour éviter des obstacles procéduraux et juridiques (suffisance et délai de l'avis des défauts, prescription, etc.) sur lesquels de nombreuses procédures de droit privé de la construction finissent par achopper.

S'agissant des autres questions traitées dans l'arrêt commenté, telles que les conséquences de la cession d'une part de copropriété en cours de procédure judiciaire, on renverra à l'analyse de l'arrêt TF 4A_152/2011 du 20 décembre 2022, publiée dans la Newsletter du mois de février 2023 (BLAISE CARRON, PPE, défaut des parties communes et cession des droits de garantie : un besoin de réforme législative ?, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_152/2021, Newsletter immodroit.ch février 2023).

Le Tribunal fédéral avait rappelé dans l'arrêt précité qu'en cas d'aliénation de l'objet du litige en cours d'instance, l'art. 83 al. 1 CPC permet à celui qui a acquis la légitimation (le substituant) et au plaideur qui l'a perdue (le substitué) d'obtenir, par leur volonté conjointe, que le premier remplace le second dans le procès, le consentement de la partie adverse étant sans pertinence dans ce contexte. L'aliénation doit avoir pour conséquence un changement de légitimation pour l'un ou l'autre des plaideurs ; elle recouvre tout changement de situation juridique effectué à titre particulier et portant sur la propriété d'une chose ou sur la titularité de l'un ou l'autre côté du rapport de droit litigieux, comme par exemple une cession de créance. Les plaideurs seront ainsi bien avisés de conseiller les clients de prévoir la cession dans les actes de vente et d'en informer sans délai les tribunaux pour que la substitution soit consacrée.