

BGer 4A_277/2021 vom 21. Dezember 2021

Bundesgericht, 2021-12-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_277_2021

FR: TF 4A_277/2021 du 21 décembre 2021

IT: TF 4A_277/2021 del 21 dicembre 2021

Erwägungen

E. 1.1

L'arbitre unique a rendu une sentence finale (art. 392 let. a CPC) dans un arbitrage interne qui s'est déroulé devant un tribunal situé en Suisse, siège des deux signataires de la clause arbitrale (cf. art. 353 CPC et art. 176 al. 1 LDIP [RS 291]

a contrario , en lien avec l' ATF 140 III 267 consid. 1.1 concernant la possibilité d'opting out). Les parties n'ayant prévu aucune voie de droit arbitrale ni aucun recours devant le tribunal cantonal compétent (cf. art. 390 s. CPC), la sentence peut être déférée au Tribunal fédéral par un recours en matière civile (art. 389 CPC en lien avec l' art. 77 al. 1 let. b LTF).

La recourante précise que la sentence lui a été notifiée le 1er avril 2021 par courrier électronique et qu'elle a satisfait au délai de recours (art. 100 al. 1 LTF en lien avec l' art. 46 al. 1 let. a LTF). Cette dernière assertion vaut pour autant que ledit délai ait commencé à courir. En effet, à lire l'art. 32 ch. 2, 4 et 6 du Règlement suisse d'arbitrage international ici appliqué, la notification de la sentence

originale , revêtue des signatures prescrites, devrait faire foi, nonobstant la règle générale (art. 2 ch. 1) autorisant les notifications à l'adresse électronique du destinataire (cf.,

mutatis mutandis , arrêt 4A_40/2018 du 26 septembre 2018 consid. 2.2). On ignore si un original a été notifié aux parties. Dans l'affirmative, il faudrait admettre qu'une telle notification serait au mieux concomitante au courrier électronique (1 er avril 2021), de sorte que la recourante aurait de toute façon satisfait au délai de recours.

On précisera encore que le recours est recevable indépendamment de la valeur litigieuse selon le nouvel art. 77 al. 1 LTF entré en vigueur le 1er janvier 2021, soit

avant le prononcé et la communication de la sentence (cf. art. 407 al. 3 CPC et arrêt 4A_139/2021 du 2 décembre 2021 consid. 1.1).

E. 1.2

Les motifs de recours sont très restreints lorsqu'il vise une sentence arbitrale plutôt qu'un jugement étatique. Pour l'arbitrage interne, ils sont énoncés exhaustivement à l' art. 393 CPC . Conformément au principe d'allégation, la partie recourante doit invoquer l'un de ces griefs et développer une argumentation circonstanciée censée démontrer en quoi l'analyse effectuée dans la sentence viole le précepte invoqué (art. 77 al. 3 LTF ; arrêts 4A_7/2019 du 21 mars 2019 consid. 2

ab initio ; 4A_542/2015 du 16 février 2016 consid. 1.2).

E. 2.1

La recourante dénonce une double violation de son droit d'être entendue en procédure contradictoire: d'une part, l'arbitre lui aurait indûment refusé la possibilité de répliquer au mémoire "post-audience" des défendeurs/intimés; d'autre part, il aurait dû interpellier les parties avant de retenir une solution juridique qu'elles n'avaient pas envisagée.

Ces griefs seront traités successivement.

E. 2.2.1

La violation du

droit d'être entendu en procédure contradictoire constitue un motif de recours au sens de l'art. 393 let . d CPC.

Deux notions sont ici combinées, soit d'une part le droit d'être entendu proprement dit, d'autre part le principe de la contradiction, lequel garantit à chaque partie la faculté de se déterminer sur les moyens de son adversaire, d'examiner et de discuter les preuves rapportées par lui et de les réfuter par ses propres preuves (ATF 130 III 35 consid. 5 p. 38). Lorsqu'il est rattaché aux art. 29 al. 2 Cst. et 6 § 1 CEDH , ce dernier droit implique qu'une partie à un procès puisse prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre. Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer. L'autorité judiciaire doit respecter un laps de temps suffisant entre la remise des documents et le prononcé de sa décision, afin que la partie puisse déposer des observations si elle l'estime nécessaire (ATF 146 III 97 consid. 3.4.1 et les arrêts cités; arrêt 4A_216/2021 du 2 novembre 2021 consid. 4.1). Peut notamment s'en prévaloir le justiciable désirant répliquer à la plaidoirie finale de son adverse partie - quand bien même l' art. 232 CPC ne prévoit pas de secondes plaidoiries écrites (ATF 146 III 97 consid. 3.4.2). Ce droit de réplique inconditionnel concerne

toutes les procédures judiciaires , y compris celles échappant au champ de l'art. 6 § 1 CEDH (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3).

Dans le domaine de l'arbitrage, le Tribunal fédéral a coutume de dire que le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l' art. 190 al. 2 let . d LDIP (respectivement par l' art. 393 let . d CPC), correspond pour l'essentiel à celui consacré par l' art. 29 al. 2 Cst. (en arbitrage international, ATF 127 III 576 consid. 2c p. 578; 142 III 360 consid. 4.1.1 p. 360; pour l'arbitrage interne, ATF 142 III 284 consid. 4.1; arrêt 4A_395/2019 du 2 mars 2020 consid. 7.1). Ce propos est toutefois nuancé, notamment en ce sens que les exigences relativement strictes formulées quant au droit de réplique inconditionnel, modelées par la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, ne sauraient " être reprises telles quelles en matière d'arbitrage interne et international". En ce domaine, la garantie du droit d'être entendu

lato sensu ne confère pas un droit absolu à un double échange d'écritures; tout au plus le demandeur doit-il pouvoir se déterminer, d'une manière ou d'une autre, sur les moyens articulés par le défendeur en second lieu, en particulier sur d'éventuelles conclusions reconventionnelles (ATF 142 III 360 consid. 4.1.2 p. 362; arrêt 4A_247/2017 du 18 avril 2018 consid. 5.1.1

i.f.).

Dans un arrêt de 2004 concernant un arbitrage international, la cour de céans a jugé que l'obligation faite aux deux camps de déposer simultanément des mémoires "post-audience" (Post-hearing Submissions), sans possibilité de réplique, n'enfreignait pas le droit d'être entendu en procédure contradictoire; le principe du contradictoire ne donnait pas le droit de répondre indéfiniment aux arguments de la partie adverse (arrêt 4P.104/2004 du 18 octobre 2004 consid. 5.3.1

i.f. , approuvé par FELIX DASSER, in *Kurzkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3e éd. 2021, n° 16 ad art. 373 CPC ; BERGER/KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3e éd. 2015, n. 1137).

La recourante plaide à tort que le droit de réplique inconditionnel prévaudrait en matière d'arbitrage; la jurisprudence a clairement précisé que tel n'était pas le cas (ATF précité 142 III 360 consid. 4.1.2 p. 362).

E. 2.2.2

En l'occurrence, les parties ont simultanément déposé leurs mémoires post-audience le 19 octobre 2020. La recourante a sollicité le 27 octobre 2020, soit dans un laps de temps qui paraît raisonnable, un délai pour répondre à l'écriture du camp adverse. L'arbitre s'y est refusé et la recourante a pris acte de cette décision, non sans dénoncer une violation de son droit d'être entendue. L'arbitre a alors prononcé la clôture de la procédure le 23 novembre 2020, puis rendu sa décision finale le 31 mars 2021.

Il paraît difficile de reprocher à la recourante un comportement contraire à la bonne foi, vu le refus ferme exprimé par l'arbitre, et ce quand bien même elle aurait pratiquement disposé du temps nécessaire pour présenter son argumentation avant le prononcé de la sentence finale (sur ce point précis, cf. arrêt précité 4A_247/2017 consid. 5.2).

Quoi qu'il en soit, à l'aune des principes rappelés ci-dessus, l'arbitre n'a pas enfreint le droit d'être entendu en procédure contradictoire, tel qu'il est protégé par l' art. 393 let . d CPC, en déniaut aux parties un droit de réplique inconditionnel à l'encontre du mémoire post-audience déposé simultanément par l'adversaire (sentence, n. 85 et courriel du 27 octobre 2020, cité par la recourante et par l'arbitre).

Un tel droit n'est pas illimité. Au demeurant, il n'apparaît pas que le camp adverse ait brandi, dans son mémoire tenant lieu de plaidoirie écrite, des éléments véritablement nouveaux qui eussent pu surprendre la recourante et justifier une prise de position. On rappellera à cet égard que si le droit de réplique inconditionnel vaut dans les procédures judiciaires sans égard à la nouveauté et à la pertinence de l'argumentation proposée, cette jurisprudence n'est pas transposable telle quelle en cette matière particulière.

La recourante aurait voulu discuter des retards accumulés sur le chantier, qui seraient en particulier dus à la géologie du terrain. Or, il appert qu'elle avait elle-même abordé cette question dans son mémoire post-audience, certes brièvement (mémoire Dem. du 19.10.2020, p. 18 s. n. 47, p. 31 n. 71 et p. 39 ss n. 129 ss), mais pas plus succinctement que les défendeurs, qui n'y ont consacré que quelques lignes. D'après ceux-ci, la demanderesse avait beaucoup insisté sur cette question à l'audience; ils ont pointé l'annexe 5 du contrat, imposant à l'entrepreneuse l'obligation de visiter le terrain en précisant qu'elle ne pouvait "en aucun cas [...] argumenter une méconnaissance du lieu" (mémoire Déf. du 19.10.2020, p. 18 n. 81). Après avoir évoqué à l'audience une telle problématique, la demanderesse/recourante devait s'attendre à ce que la partie adverse lui brandisse un tel

argument. Qui plus est, elle se garde de préciser quel moyen elle aurait voulu opposer. Sur ce dernier point, elle paraît confondre deux éléments qui sont d'une part la demande d'octroyer un délai de réplique, dans laquelle le requérant n'a effectivement pas à préciser quels éléments il souhaiterait développer en réplique (ATF 146 III 97 consid. 3.4.3, cité par la recourante), d'autre part le moyen de recours tiré du droit d'être entendu, stade auquel le justiciable doit expliquer, si cela n'est pas d'office discernable, en quoi la violation dénoncée pourrait influencer sur l'issue de la procédure (arrêt 4A_438/2019 du 23 octobre 2019 consid. 3.2, auquel renvoie l'ATF précité; arrêt 4A_167/2021 du 19 juillet 2021 consid. 4.1.2; ATF 143 IV 380 consid. 1.4.1).

Au surplus, la recourante se borne à soutenir que ses adversaires auraient "développé des explications ampoulées" quant aux retards de chantier - qu'elle avait aussi imputés à un manque de collaboration de la constructrice (demande, n. 23-27; réplique, n. 180-186) -, sans indiquer sur quel (s) point (s) précis ils auraient apporté un élément qui eût appelé une réponse de sa part, dont on ignore tout du contenu qu'elle aurait pu revêtir.

La recourante se plaint enfin de n'avoir pas pu rétorquer à l'argument selon lequel elle n'avait pas sollicité de prolongation de délai, ou du moins ne l'avait pas suffisamment allégué et prouvé. Il est vrai que les intimés, pour des raisons stratégiques peut-être, n'avaient pas traité cette question dans leurs écritures antérieures. Il n'en demeure pas moins que la recourante avait déjà allégué avoir

signalé les retards tout au long du chantier dans de très nombreux documents (réplique, n. 180 et 184; cf. aussi demande, n. 23 ss). Elle était dès lors consciente de la nécessité d'aviser la constructrice des retards. Surtout, elle passe comme chat sur braise sur les armes de défense qui auraient permis de parer à l'argument du camp adverse, lequel repose sur un problème probatoire. Or, à ce stade, on pouvait attendre qu'elle les dévoilât, au moins succinctement.

En refusant à la demanderesse/recourante, dans les circonstances d'espèce, la possibilité de répliquer au mémoire post-audience, l'arbitre n'a pas transgressé l' art. 393 let . d CPC.

E. 2.3.1

Subsiste l'argument tiré du prétendu effet de surprise provoqué par l'arbitre.

L'arbitre n'est en principe pas tenu de soumettre à la discussion des parties les principes juridiques sur lesquels il entend fonder son jugement. En vertu de la règle

jura novit curia , il n'est pas lié par les moyens de droit développés par les parties et peut appliquer d'office, sans attirer préalablement l'attention des parties, une autre disposition de droit matériel pour allouer les conclusions du demandeur. Une exception vise le cas où l'arbitre envisage d'appliquer une norme ou un motif juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévalué et ne pouvait supputer la pertinence (ATF 130 III 35 consid. 5 p. 38

i.f. et s.; 142 III 360 consid. 4.1.2 p. 361

i.f. ; arrêts 4A_430/2020 du 10 février 2021 consid. 5.1; 4A_151/2018 du 1er février 2019 consid. 4.2).

E. 2.3.2

La recourante reproche à l'arbitre d'avoir appliqué l' art. 107 CO sans crier gare, alors que la discussion entre les parties n'avait tourné qu'autour des art. 366 et 377 CO .

Ce dernier point semble avéré, à lire le résumé des positions soutenues par chaque camp (cf. sentence, n. 151, 162, 165 s. et 181). Quoi qu'il en soit, on ne saurait retenir un effet de surprise fondant un devoir d'interpellation sur un sujet aussi classique que la délimitation du champ d'application des art. 107, 366 et 377 CO . Il suffit de consulter quelques ouvrages majeurs pour s'en convaincre (FRANÇOIS CHAIX, in Commentaire romand, Code des obligations I, 3e éd. 2021, n° 3 ad art. 366 CO et n° 2 ad art. 377 CO ; PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6e éd. 2019, nos 523, 578 et 658 et

passim ; TERCIER ET ALII, Les contrats spéciaux, 5e éd. 2016, n. 4153; ALFRED KOLLER, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 1998, nos 13-16, 76 et 704 ad art. 366 CO). L'art. 183 SIA-118 renvoie du reste aux art. 107 et 366 CO , s'agissant de "l'extinction prématurée du contrat".

Par surabondance, l'arbitre a relevé - sans susciter le grief d'arbitraire - l'absence de portée pratique quant à la distinction opérée et a conclu que la résiliation était aussi justifiée sous l'angle de l' art. 366 CO , pour autant qu'il fût applicable (sentence, n. 178 et 197). Dans ce contexte, l'intéressée peut difficilement reprocher à l'arbitre de ne pas l'avoir interpellée sur une des motivations alternatives alors qu'elle ne démontre pas l'illégitimité de l'autre argument au moyen d'un grief dûment étayé.

On relèvera encore que la recourante a tôt fait de glisser sur le terrain de l'application du droit en reprochant à l'arbitre d'avoir méconnu les règles du contrat d'entreprise pour retenir une solution "en contradiction totale avec la jurisprudence établie et la doctrine". Or, pareille critique ne ressortit plus au droit d'être entendu.

Le second pan du grief tiré de l' art. 393 let . d CPC se révèle infondé.

E. 3

La recourante se plaint ensuite d'arbitraire au sens de l' art. 393 let . e CPC.

E. 3.1

Selon cette disposition, "la sentence est arbitraire dans son résultat parce qu'elle repose sur des constatations manifestement contraires aux faits résultant du dossier ou parce qu'elle constitue une violation manifeste du droit ou de l'équité".

La possibilité de remettre en cause des constatations factuelles est sérieusement limitée: sont visés les seuls cas où le tribunal arbitral, par inadvertance, s'est mis en contradiction avec les pièces du dossier, soit qu'il a perdu de vue certains passages d'une pièce déterminée, soit qu'il leur a attribué un contenu autre que celui qu'ils ont réellement, soit qu'il a tenu par erreur un fait pour établi par une pièce, alors que celle-ci ne donne aucune indication à cet égard (arrêt précité 4A_139/2021 consid. 3.1 et les réf. citées; cf. ATF 131 I 45 consid. 3.6).

Il y a par ailleurs violation manifeste du droit lorsque la sentence méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté. Il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable. Le choix d'une solution ne saurait être qualifié d'arbitraire lorsque la question est controversée en doctrine (arrêt précité 4A_139/2021 consid. 4.2; cf. au surplus consid. 4.3.2

infra).

E. 3.2

L'arbitre a examiné si les termes de livraison avaient été repoussés à cause de retards dont la demanderesse/recourante ne répondait pas. Il a écarté cette hypothèse au motif que l'entrepreneur pouvait certes obtenir des prolongations de délais, à teneur des art. 94 al. 2 et art. 96 al. 1 et 2 SIA-118, mais pour autant qu'il ait annoncé les retards au maître de l'ouvrage par un avis immédiat, précis et concret, dont la preuve n'avait en l'occurrence pas été rapportée.

E. 3.3

La recourante critique cette analyse en fait et en droit. Il n'est pas inutile de préciser qu'elle ne débat pas du rejet de la thèse de livraisons et paiements partiels pour des parties de l'ouvrage (art. 372 al. 2 CO).

E. 3.3.1

L'arbitre aurait méconnu l'art. 94 SIA-118, lequel "ne suppose pas que le Maître de l'ouvrage ait accepté par écrit l[a] prolongation et formellement indiqué une nouvelle date". On ne trouve nulle part une telle affirmation dans la sentence, qui souligne tout au plus la nécessité d'apporter la preuve de l'avis. Si l'arbitre a jugé non probants les procès-verbaux de chantier censés établir les avis signifiés par la recourante, il s'agit là d'une appréciation des preuves et non d'une méconnaissance des art. 94 et 96 SIA-118 - étant entendu que la forme écrite peut faciliter une telle preuve (cf. ROLAND HÜRLIMANN, in *Kommentar zur SIA-Norm 118*, [Gauch/Stöckli éd.] 2e éd. 2017, nos 10.2 et 10.4 ad art. 25 SIA-118; GAUCH, op. cit., nos 1947 s.).

La recourante ne conteste pas en soi le devoir de signifier un tel avis (cf. art. 96 al. 1 SIA-118 et PETER REETZ, in *Kommentar SIA*, op. cit., nos 11.2 et 11.3 ad art. 94 SIA-118). Toutefois, à l'en croire, elle aurait "largement allégué et prouvé que le chantier avait pris du retard en raison de problèmes géologiques aigus" et de transmissions tardives de documents, ce dont elle aurait régulièrement informé l'intimée; cette dernière aurait elle-même "largement démontré" avoir été informée des retards.

De telles remarques, illustrées par des références à divers allégués et titres, sont destinées à remettre en cause l'appréciation des preuves, au mépris de l' art. 393 let . e CPC qui ne permet pas d'attirer le Tribunal fédéral sur ce terrain.

E. 3.3.2

La recourante fustige aussi une prétendue inconséquence de l'arbitre en lien avec une missive du 2 avril 2015 et son annexe. La première avisait l'intimée que le chantier avait "jusqu'à 8 semaines de retard sur certaines villas par la faute de [se]s mandataires"; la seconde constatait un retard de quatre semaines dans la transmission du "plan de coffrage du mur du 1er " pour les villas A1 et A2. L'arbitre a relevé que les défendeurs/intimés contestaient la force probante de cette pièce jointe qui, de toute façon, "ne pourrait constituer un avis de prolongation" que pour les plans relatifs aux villas A1 et A2, et non pour les villas B et C dont la réception était agendée cinq semaines après les 2 et 3 avril 2015. L'arbitre a conclu que les termes de livraison n'avaient pas été prolongés. La recourante croit discerner une contradiction entre l'aveu d'une prolongation de délai pour deux villas et le constat final niant une prorogation des termes de livraison.

Si l'on résume la position de l'arbitre, il semble lui aussi avoir douté de la force probante des pièces remises, mais a jugé qu'elles n'avaient de toute façon pas la portée que leur prêtait la recourante: la potentielle prolongation de délai ne concernait que deux villas, alors que la

recourante était en demeure de livrer les deux autres villas. Il en a déduit implicitement que ce retard habilitait déjà l'entrepreneuse à se départir du contrat pour cause de demeure. Or, cette analyse juridique sous-jacente est exempte d'arbitraire. Il n'est en effet pas insoutenable d'autoriser l'application de l'art. 107 al. 2

i.f. CO lorsque le terme de livraison de deux des quatre villas prévues a expiré (cf. WOLFGANG WIEGAND, in Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7e éd. 2020, n° 4 ad art. 107 CO et ROLF WEBER, in Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2000, n° 12 ad art. 107 CO , pour qui la demeure doit porter sur une obligation essentielle [

wesentliche Pflicht] ou principale [

Hauptpflicht], tandis que LUC THÉVENOZ, in Commentaire romand, op. cit., n° 6 ad art. 107 CO , se contente d'une obligation accessoire). Ce constat autorise à clore la discussion.

E. 3.3.3

Enfin, la recourante tient rigueur à l'arbitre de ne pas avoir déterminé quelle partie était responsable des retards. On ne discerne toutefois nulle trace d'arbitraire. En effet, comme la recourante n'avait pas fourni la preuve d'un avis immédiat des retards et que la violation de cette incombance excluait une prolongation de délai, l'arbitre pouvait sans arbitraire se dispenser d'examiner qui répondait des retards allégués. La doctrine relève en effet qu'à défaut d'avis, l'entrepreneur en retard dans la livraison se retrouvera en demeure quand bien même la prolongation eût été justifiée (cf. art. 365 al. 3

i.f. CO et ZINDEL/SCHOTT, in Basler Kommentar, op. cit., n° 34 ad art. 365 CO ; GAUCH, op. cit., n. 680 et 829; KOLLER, op. cit., n° 104 ad art. 365 CO et nos 157 et 209 ad art. 366 CO ; cf. aussi art. 25 al. 1 SIA-118 et REETZ, op. cit., n° 16.2 ad art. 96 SIA-118).

E. 3.4

L'arbitre aurait arbitrairement renoncé à déterminer si les acomptes nos 7 à 9 étaient exigibles. A en croire la recourante, il importerait de savoir qui, d'elle ou de l'intimée, était en demeure lorsqu'elle a suspendu le chantier. Indépendamment d'une éventuelle omission de trancher un chef de la demande (art. 393 let . c CPC), il serait de toute manière arbitraire de "fai[re] fi des faits pertinemment allégués (...) et des règles juridiques déterminantes".

L'arbitre a jugé que les "acomptes" prévus dans l'échéancier de paiement étaient des paiements provisoires à imputer sur la rémunération finale. A la prétendue date d'exigibilité du premier acompte litigieux n° 7 (12 juillet 2015), le terme de livraison des villas B et C (2 et 3 avril 2015 + cinq semaines [soit 7 et 8 mai 2015, réd.]) était d'ores et déjà échu. En d'autres termes, l'entrepreneuse (recourante), qui prétendait être mise au bénéfice de l' art. 82 CO , était en retard dans l'exécution de l'ouvrage à la date d'exigibilité de l'acompte n° 7; aussi ne pouvait-elle se prévaloir du défaut de paiement pour justifier son retard et la suspension du chantier.

Ce résumé laisse transparaître que l'arbitre a examiné l'hypothèse d'une demeure de l'intimée en se fondant sur les dates d'exigibilité des acomptes articulées par la recourante (cf. sentence, n. 189). Peu importe, dès lors, que dans un autre passage de sa décision, il ait dit pouvoir laisser en suspens la question de l'exigibilité (sentence, n. 175). Le moyen se révèle infondé, étant précisé que le raisonnement évoqué ci-dessus ne fait l'objet d'aucune critique.

E. 3.5

Les considérants qui précèdent scellent le sort du grief selon lequel il eût fallu appliquer l'art. 377 CO, dès lors qu'il adopte une prémisse erronée selon laquelle l'entrepreneuse n'aurait pas été en demeure de fournir ses prestations.

E. 4.1

La recourante dénonce enfin le caractère "manifestement excessif" des dépens mis à sa charge. Elle déplore que la jurisprudence relative à l'art. 393 CPC crée une "incertitude" quant au motif à soulever; par précaution, elle plaide que l'indemnité fixée est non seulement arbitraire, mais aussi contraire à l'ordre public.

E. 4.2

En préambule, on notera que le grief sort clairement des prévisions de l'art. 393 let. f CPC. Cette disposition ne cible en effet que les "dépenses et les honoraires des arbitres" qui seraient "manifestement excessifs"; elle ne couvre ni la répartition des frais et dépens, ni les dépens alloués à l'une des parties (arrêt 4A_49/2019 du 15 juillet 2019 consid. 5; TARKAN GÖKSU, in Petit Commentaire, Code de procédure civile, 2020, n° 38 ad art. 393 CPC; MRÁZ/PETER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3e éd. 2017, n° 99 ad art. 393 CPC et les auteurs cités; MARUGG/NEUKOM CHANEY, in Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2014, n° 135 ad art. 393 CPC).

E. 4.3

La recourante pointe le flou qui entourerait la question de savoir si l'indemnité de dépens allouée par les arbitres doit être attaquée sous l'angle de l'arbitraire ou de l'ordre public. Elle a pris la sage précaution de plaider sur ces deux fronts.

E. 4.3.1

Le recours en matière d'arbitrage international se démarque de celui prévu pour l'arbitrage interne en ceci qu'il ne permet pas de sanctionner une sentence

arbitraire dans son résultat (cf. art. 393 let. e CPC), mais tout au plus d'annuler une sentence incompatible avec l'

ordre public (art. 190 al. 2 let. e LDIP). Cette notion plus restrictive que celle d'arbitraire comprend un double volet matériel et procédural. Une sentence heurte l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond, au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants. L'ordre public procédural est compromis lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus ont été violés et qu'il en résulte une contradiction insupportable avec le sentiment de la justice, au point que la décision apparaît incompatible avec les valeurs reconnues dans un Etat de droit (ATF 144 III 120 consid. 5.1; 141 III 229 consid. 3.2.1; 140 III 278 consid. 3.1 p. 279; 138 III 322 consid. 4.1).

La répartition des frais et dépens comme l'indemnité de dépens peuvent en principe susciter un grief ciblant la violation de l'ordre public procédural (cf. arrêts 4A_440/2010 du 7 janvier 2011 consid. 5.2.5; 4P.280/2005 du 9 janvier 2006 consid. 2.2.1).

Alors qu'un justiciable s'était plaint du montant prohibitif des dépens alloués à son adverse partie, jugé digne d'une mesure spoliatrice, la cour de céans a fait les réflexions suivantes (arrêt précité 4P.280/2005 consid. 2.2.2, répétées dans les arrêts 4A_524/2009 du 5 mars 2010 consid. 5.2.6.1 et 4A_156/2020 du 1er octobre 2020 consid. 6.1) :

"En théorie, il n'est pas inconcevable que la décision prise par un tribunal arbitral au sujet du montant des dépens puisse contrevenir à l'ordre public matériel. Cependant, outre que l'on ne voit pas très bien à quel élément constitutif de cette notion le grief correspondant pourrait être rattaché, il ne saurait être question d'ouvrir plus largement la porte au recourant qui entend se plaindre du montant des dépens alloués à son adverse partie qu'à celui qui s'en prend à la sentence au fond. Aussi ne suffirait-il pas que l'on puisse taxer d'excessif le montant des dépens fixé par le tribunal arbitral (...). Encore faudrait-il (...) que les dépens alloués par le tribunal arbitral à la partie qui y a droit soient hors de toute proportion avec les frais nécessaires consentis par cette partie pour la défense de ses droits, eu égard à l'ensemble des circonstances du cas concret, au point de heurter de manière choquante les principes les plus essentiels de l'ordre juridique déterminant."

E. 4.3.2

En arbitrage interne, l'application du droit est contrôlable par le prisme de l'arbitraire quant au résultat (cf. art. 393 let . e CPC; précédemment, art. 36 let . f du Concordat intercantonal sur l'arbitrage, du 27 mars 1969 [CIA]).

Selon la cour de céans, seul l'arbitraire dans l'application du droit matériel est en principe visé par l' art. 393 let . e CPC.

Il lui est cependant arrivé de contrôler l'application des règles procédurales sur la répartition des frais

(lato sensu) à l'aune de l'arbitraire. Elle s'en est justifiée en expliquant que ce type de disposition confère des prétentions directes aux parties et ne se contente pas d'organiser la procédure pour assurer la mise en oeuvre du droit matériel (arrêt 4A_424/2011 du 2 novembre 2011 consid. 10.1 et le renvoi à l'arrêt 4A_288/2008 du 4 septembre 2008 consid. 4, rendu sous le CIA). Cela étant, elle a fréquemment objecté, dans d'autres arrêts, que l' art. 393 let . e CPC ciblait uniquement la violation du droit matériel et que, par application analogique de l' art. 190 al. 2 let . e LDIP, elle pouvait tout au plus sanctionner une répartition des frais ou autres fautes procédurales (

Prozessfehler) incompatibles avec l'ordre public procédural - ce qui présupposait que le grief fût dûment soulevé (cf. ATF 142 III 284 consid. 3.2 p. 288; arrêts 4A_58/2020 du 3 juin 2020 consid. 4.1 et 4.2; 4A_338/2018 du 28 novembre 2018 consid. 6; 4A_60/2018 du 27 juin 2018 consid. 5; 4A_536/2014 du 3 mars 2015 consid. 2 et les arrêts cités).

La doctrine est quant à elle encline à autoriser le grief d'arbitraire pour critiquer la répartition des frais et le montant des dépens (DASSER, op. cit., n° 28 ad art. 393 CPC ; MRÁZ/PETER, op. cit., n° 99 ad art. 393 CPC ; MARUGG/NEUKOM CHANEY, op. cit., n° 135 ad art. 393 CPC et les auteurs cités; BERGER/KELLERHALS, op. cit., n. 1906; sous l'ère du Concordat, LALIVE ET ALII, Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, 1989, n° 4 ad art. 36 CIA, p. 215). Elle peut s'appuyer sur le Message du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile, lequel précise que les "dépens accordés aux parties [...] peuvent être contestés, comme c'est le cas actuellement, par le recours pour arbitraire" (FF 2006 7011 ad art. 391 du projet).

E. 4.3.3

La cour de céans a déjà constaté que la doctrine n'adoubait pas la pratique limitant l'application de l' art. 393 let . e CPC au droit matériel; elle a toutefois pu se dispenser de

réexaminer la question (arrêt 4A_600/2016 du 29 juin 2017 consid. 3.2.2).

E. 4.3.4

En l'occurrence, la recourante soulève une thématique qui n'est pas nouvelle, mais appelle une clarification: il faut s'en tenir à la ligne exprimée dans la jurisprudence 4A_424/2011, qui correspond aussi à un avis doctrinal répandu, selon laquelle les prescriptions sur les dépens se distinguent d'autres règles procédurales en ceci qu'elles confèrent des prétentions directes; cette particularité justifie d'admettre la possibilité de soulever le grief d'arbitraire au sens de l'art. 393 let. e CPC. Le lecteur ne doit cependant pas se méprendre: il ne saurait être question d'ouvrir une boîte de Pandore. Les réserves déjà exprimées par la jurisprudence restent de mise (cf.,

mutatis mutandis, arrêt précité 4A_156/2020 consid. 6.1 et les précédents référencés), et les cautèles qui entourent le contrôle du droit matériel ne sauraient être moindres lorsque l'examen porte sur une indemnité de dépens. Bien au contraire, le large pouvoir d'appréciation dont dispose l'arbitre en la matière ne permettra de retenir un arbitraire qu'en de très rares occasions. En revanche, le recourant ne saurait à l'avenir courir le risque d'être éconduit sous prétexte qu'il a omis de se plaindre d'une contradiction avec l'ordre public.

E. 4.4

En l'occurrence, l'arbitre s'est référé aux art. 38 let. e et 40 al. 1 [recte: al. 2] du Règlement suisse d'arbitrage international qui, dans la version de 2012, ont la teneur suivante:

(art. 38)

"La sentence doit contenir une détermination des frais de l'arbitrage. Le terme de frais comprend uniquement:

[...]

(e) Les frais en matière de représentation ou d'assistance juridique, si de tels frais ont été réclamés durant la procédure d'arbitrage et dans la mesure où le tribunal arbitral en juge le montant raisonnable;"

(art. 40)

"[...]

2. En ce qui concerne les frais en matière de représentation ou d'assistance juridique mentionnés à l'article 38 (e), le tribunal arbitral peut, eu égard aux circonstances du cas d'espèce, déterminer la partie à la charge de laquelle seront mis ces frais ou les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié."

Les défendeurs ont fait valoir des honoraires d'avocat et autres frais par 429'969 fr. 90, plus des frais de sténotypie par 3'126 fr. 90. Selon l'arbitre, les frais de représentation stricto sensu (371'626 fr. 55 HT et 10'000 fr. TTC) n'étaient pas disproportionnés pour ce litige du droit de la construction "engendrant de nombreuses et souvent complexes questions factuelles et juridiques".

Il importait peu que le nombre d'heures déployées par les avocats restât inconnu. Les heures articulées par les demandeurs concernant leur propre défense aboutissaient à un montant (44'070 fr. 85) non représentatif des frais généralement engagés par un demandeur dans une procédure comme celle-ci.

N'était pas davantage déterminante l'assertion selon laquelle 60% desdits honoraires se rapportait à la défense de Y. _____ et au problème de compétence du Tribunal arbitral. Si la partie adverse jugeait ce coût exorbitant, l'arbitre tenait la répartition opérée pour artificielle, d'autant que les honoraires eussent sans doute été plus élevés si les parties défenderesses avaient pris deux avocats. Aussi, dans ces circonstances, la demanderesse devait-elle supporter les frais des défendeurs, arrêtés à 43

3 '096 fr. 80. Une faute de frappe semble entacher le chiffre 4 du dispositif, qui retient la somme de 43

0 '096 fr. 80.

E. 4.5.1

La recourante s'en prend uniquement au montant des honoraires d'avocat (soit 381'626 fr. 55), à l'exclusion des autres frais. Elle objecte entre autres que l'indemnité inclut 10'000 fr. d'honoraires en prévision d'une éventuelle procédure devant le Tribunal fédéral, ce qu'elle juge inacceptable. Quant aux honoraires de 371'626 fr. 55, ils correspondraient à 906 heures ou 151 jours de travail, moyennant un tarif horaire de quelque 414 fr.; ce montant contrasterait singulièrement avec les frais de défense de la demanderesse (44'070 fr. 85). Tous ces chiffres attesteraient du caractère exorbitant des honoraires revendiqués.

E. 4.5.2

La recourante ne saurait établir un arbitraire en se contentant de minimiser de façon appellatoire la complexité du litige (qui transparait à la lecture de la sentence), de citer la jurisprudence afférente à la modération des honoraires d'avocat et de procéder à des comparaisons avec les tarifs cantonaux applicables aux procédures judiciaires. Quant au fait que les parties et le Tribunal arbitral sont sis en Suisse, il n'est pas de nature à alléger les réserves entourant la notion d'arbitraire.

E. 4.5.3

L'unique grief qui pourrait

prima facie revêtir un semblant de consistance concerne l'indemnité de 10'000 fr. pour des frais prétendument facturés en prévision de la procédure de recours.

L'arbitre a renoncé à s'exprimer à ce sujet. Les défendeurs/intimés, en revanche, ont renvoyé aux motifs figurant sous chiffre 6 de leur état des frais du 16 décembre 2020:

"Les Défendeurs auront des frais d'assistance juridique supplémentaires dans le cadre de la revue de la sentence à intervenir et du conseil quant à ses conséquences. De tels frais sont considérés comme récupérables dans la mesure où ils se rapportent strictement à la procédure arbitrale. Le conseil soussigné estime ces frais à CHF 10'000.00, tenant compte également du temps employé pour la présente écriture."

Cette motivation est assortie d'un renvoi au commentaire du Règlement suisse d'arbitrage international, dont il ressort que les frais des parties incluent les coûts encourus après le prononcé de la sentence, pour autant qu'ils soient liés à l'arbitrage lui-même (par exemple les honoraires facturés par l'avocat pour avoir pris connaissance de la sentence et en avoir disserté avec son client), à l'exclusion des coûts futurs concernant une possible procédure de recours (MARCO STACHER, in *Swiss Rules of International Arbitration, Commentary*, [Zuberbühler et alii éd.] 2e éd. 2013, n° 12a ad art. 38 du Règlement).

L'arbitre était donc bien conscient que l'indemnité ne devait pas couvrir les discussions concernant une éventuelle procédure de recours. Par ailleurs, s'il est vrai que les défendeurs/intimés ont obtenu gain de cause - comme se plaît à le souligner la recourante, pour en déduire qu'il n'y avait pas matière à discuter de la sentence -, encore faut-il garder à l'esprit que la sentence doit être arbitraire dans son résultat. Or, rien de tel ne se dégage des explications données par l'arbitre, nonobstant les critiques de la recourante. Ainsi, on ne saurait lui tenir rigueur d'avoir apprécié le montant des honoraires dans son ensemble, plutôt que de se lancer dans une répartition stérile des frais entre la défenderesse et le défendeur. Quant au montant moindre des honoraires d'avocat revendiqués par la recourante (44'070 fr. 85), les intimés ont objecté qu'ils afféraient à la seule période du 21 février 2019 au 30 octobre 2010, alors que la procédure d'arbitrage avait été initiée en octobre 2018; la recourante n'a pas soulevé d'argument convaincant contre cette assertion, qui est corroborée par la facture

pro forma qu'elle avait produite.

Elle construit par ailleurs son analyse sur un tarif horaire de 414 fr. et une journée de travail de 6 heures, en prenant pour points de comparaison des tarifs et pratiques ne concernant pas l'arbitrage, dont les particularités ne sauraient être ignorées. On peut notamment concevoir que les honoraires d'avocat soient plus conséquents et que la proportion par rapport à la valeur litigieuse soit plus élevée. Encore une fois, le filtre de l'arbitraire et le pouvoir d'appréciation de l'arbitre limitent drastiquement l'intervention de la cour de céans en la matière.

En bref, la recourante échoue à insuffler un sentiment d'arbitraire quant au résultat de la sentence.

A défaut de grief supplémentaire, la discussion peut s'achever sur cette dernière réflexion.

E. 5

En définitive, le recours doit être rejeté aux frais de son auteur (art. 66 al. 1 LTF) qui versera à ses adverses parties une indemnité pour leurs frais d'avocat (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.