

GE_GERICHTE C/9252/2010 vom 14. Oktober 2010

GE Cour de justice, 2010-10-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_9252_2010

FR: GE_GERICHTE C/9252/2010 du 14 octobre 2010

IT: GE_GERICHTE C/9252/2010 del 14 ottobre 2010

Regeste

MESURE PROVISIONNELLE ; EXPERTISE; PROCÉDURE ARBITRALE ; PREUVE À FUTUR | Nature et conditions de l'expertise provisionnelle; mesures visées par l'art. 26 Carb ; conditions de l'art. 27 Carb en relation avec la preuve à futur. | LPC.323.1. LPC.205. CARB.26.1. CO.367.2

Erwägungen

E. 1

Le recours est recevable pour avoir été interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi (art. 331 al. 2 LPC). Il est instruit en procédure sommaire (art. 331 al. 3 et 347 ss LPC). Le Tribunal ayant statué en premier ressort, la Cour dispose d'un plein pouvoir d'examen et peut connaître de moyens nouveaux, respectivement de pièces nouvelles (SJ 2000 I p. 4; 1986 p. 221; 1985 p. 480; 1984 p. 464; 1983 p. 59; Mémorial des séances du Grand Conseil, 1981, p. 1734; BERTOSSA/ GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 7 ad art. 331 LPC). Les pièces nouvellement produites en appel par les parties sont ainsi recevables.

E. 2

Le recourant critique l'argument du Tribunal selon lequel la requête serait irrecevable compte tenu des deux demandes qui ont été formées par l'intimée devant le Tribunal arbitral et le Tribunal de première instance.

E. 2.1

Les principes juridiques suivants sont applicables.

E. 2.1.1

A teneur de l'art. 323 al. 1 LPC, le juge peut nommer un ou trois experts lorsqu'il est urgent de vérifier ou de constater l'état d'une personne ou d'un objet. L'expertise provisionnelle de l'art. 323 LPC relève de la même nature que l'administration anticipée d'un moyen de preuve (art. 205 LPC) ou la déposition provisoire de témoins (art. 250 ss LPC); il s'agit d'une preuve à futur définie comme une procédure probatoire spéciale destinée à prévenir la perte d'un moyen de preuve ou des difficultés dans l'administration d'une preuve. Ainsi, quand bien même le législateur genevois a assimilé l'expertise de l'art. 323 LPC aux mesures provisionnelles, cette mesure n'en a pas les caractéristiques; elle n'a pas d'incidence directe sur le droit litigieux et ne préfigure pas la décision qui pourra être rendue sur le fond de la contestation; elle n'est pas soumise à l'exigence de validation (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/ SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 1 ad art. 323 LPC).

E. 2.1.2

L'art. 323 LPC trouve application tant que la demande en justice qui pourrait être le support de l'administration de la preuve n'a pas été déposée en vue d'introduction. Dès l'introduction de la cause, l'expertise anticipée ne peut plus être sollicitée par cette voie. Le moment déterminant pour trancher si la requête doit être examinée selon l'art. 323 LPC ou, le cas échéant, selon les art. 205 ss LPC, est la date du dépôt de la requête (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 2 ad art. 323 LPC). En cas d'irrecevabilité de la demande, la litispendance ne cesse que lorsqu'un jugement d'irrecevabilité est prononcé; elle cesse alors avec effet rétroactif (sous réserve d'une éventuelle réintroduction correcte en temps utile, lorsque la loi de procédure civile le permet; HOHL, Procédure civile, tome I, 2001, p. 70 n. 276 et 277).

E. 2.1.3

Selon l'art. 26 al. 1 du Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CArb; RS GE E 3 30), les autorités judiciaires ordinaires sont seules compétentes pour ordonner des mesures provisionnelles; il s'agit là d'une disposition impérative (art. 1 al. 3 CArb). L'art. 26 CArb s'applique toutefois uniquement aux mesures provisionnelles au sens propre, et pas aux mesures d'instruction préalables destinées à conserver des preuves en vue d'un procès (JOLIDON, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, 1984, n. 2 ad art. 26 CArb; LALIVE/POUDRET/REYMOND, Le droit de l'arbitrage, 1989, n. 1 ad art. 26 CArb, p. 145). Le Tribunal arbitral procède lui-même à l'administration des preuves (art. 27 al. 1 CArb). Cette disposition s'applique à la preuve à futur si le Tribunal arbitral est déjà constitué ou lorsque la procédure devant le tribunal constitué n'en est pas encore au stade de l'administration des preuves, et dans la mesure où sa procédure ne s'y oppose pas. Si ces conditions ne sont pas réalisées, la preuve à futur doit être requise par les parties auprès de l'autorité judiciaire ordinaire, pour autant que la procédure cantonale de cette dernière le permette (JOLIDON, op. cit., n. 2 ad art. 27 CArb, p. 388-389). Le règlement de la CCIG prévoit que «chaque partie peut requérir des mesures provisionnelles ou conservatoires de l'autorité étatique compétente ou du tribunal arbitral» (art. 23.1); en matière d'arbitrage interne, les dispositions du Concordat suisse sur l'arbitrage du 27 mars 1969 sont réservées (art. 23.4).

E. 2.1.4

Selon l'art. 205 al. 1 LPC, dans les cas où il y a lieu de craindre la disparition rapide de faits matériels et dans ceux où la déposition provisoire est admise, chaque partie peut demander au juge, dès l'introduction de la cause, qu'il ordonne sans délai son transport sur place, une expertise ou l'audition de témoins. L'urgence doit tenir à des circonstances précises, limitativement énumérées, à savoir lorsque la rapide disparition d'un fait matériel est à craindre (l'objet dont l'état doit être constaté se dégrade ou risque de disparaître; l'état des lieux à constater est en cours de transformation) ou lorsque le témoin dont la déposition est souhaitée risque de ne plus être disponible (son état de santé fait craindre sa disparition) ou s'apprête à quitter le pays pour un lieu où il ne sera plus, ou très difficilement atteignable (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 2 ad art. 205 LPC).

E. 2.1.5

Le droit fédéral contient également des dispositions relatives à la conservation des preuves, qu'il incombe à l'une ou l'autre des parties à un rapport juridique de solliciter. Ainsi, à teneur de l'art. 367 al. 2 CO, chacune des parties a le droit de demander, à ses frais, que l'ouvrage soit examiné par des experts et qu'il soit dressé acte de leurs constatations. Du point de vue

du maître, cette disposition a pour but de préserver la preuve du défaut, au moyen d'une expertise judiciaire (CHAIX, Commentaire romand, CO I, n. 16 ad art. 367 CO; GAUCH, *Der Werkvertrag*, 4^{ème} éd., 1996, n. 1516). Si le maître veut se voir désigner un expert sur la base de l'art. 367 al. 2 CO, il doit agir par le biais de la juridiction gracieuse. A Genève, l'art. 7 al. 1 lit. e LaCC (RS E 1 05) prévoit alors la compétence du Tribunal de première instance. La loi prescrit une procédure par requête et réserve la possibilité, si le juge l'estime opportun, d'entendre les intéressés (art. 7 al. 2 LaCC). Aucun appel n'est possible (ACJC/1166/2006 du 19 octobre 2006; ACJC/187/2003 du 27 février 2003; SJ 1984 p. 470; BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 12 ad art. 291 LPC).

E. 2.2

Au vu de ces principes, il convient de se déterminer de la manière suivante sur les arguments du recourant.

E. 2.2.1

Le recourant soutient, en premier lieu, qu'il ne peut être retenu qu'une cause a été introduite, empêchant de la sorte le prononcé de mesures provisionnelles, puisqu'il est défendeur aux procédures introduites par l'intimée et qu'un lien de connexité entre la procédure au fond et la mesure requise ne suffit pas. De plus, il n'avait pas encore produit sa défense devant la CCIG. La production de la réponse à une demande n'est pas le critère pertinent pour déterminer si des mesures provisionnelles peuvent encore être requises, mais uniquement le dépôt en vue d'introduction, lequel précède nécessairement la production d'une réponse par le défendeur. En outre, la demande d'arbitrage a été déposée à la suite du refus du recourant de s'acquitter des montants dus sur la base du contrat d'entreprise conclu avec l'intimée, au motif que les travaux seraient défectueux. La requête du recourant tendant précisément à déterminer quels travaux ont été effectués et s'ils sont défectueux, elle s'inscrit donc pleinement dans le cadre du litige qui oppose les parties et qui a été soumis au Tribunal arbitral compétent selon l'art. 18.2 du contrat d'entreprise. Le recourant s'est d'ailleurs référé au numéro de cause de la demande de l'intimée en déposant, auprès du Tribunal arbitral, une demande de mesures provisionnelles, ce qui démontre qu'il considère lui-même que sa requête s'inscrit dans le cadre de la demande arbitrale de l'intimée du 26 février 2010. La demande d'arbitrage déposée par l'intimée doit donc être considérée comme une «demande en justice qui pourrait être le support de l'administration de la preuve», laquelle exclut le prononcé de mesures provisionnelles tendant à l'expertise de l'ouvrage.

E. 2.2.2

Le recourant soutient également que les autorités judiciaires ordinaires sont les seules compétentes pour ordonner des mesures provisionnelles, voire l'administration d'une autre preuve à futur, à l'exclusion du Tribunal arbitral, en application de l'art. 26 al. 1 CARb, qui est de nature impérative, et compte tenu du fait que le Tribunal arbitral n'a pas encore été constitué. Seules les mesures provisionnelles au sens propre sont visées par l'art. 26 CARb, et pas l'administration de preuve à futur, pour laquelle le Tribunal arbitral est compétent. La doctrine prévoit, certes, que les tribunaux ordinaires sont compétents si le Tribunal arbitral n'est pas encore constitué, si le droit cantonal de procédure le permet. Or, la LPC, et ses commentateurs, ne prévoient aucune exception de cette nature à la règle selon laquelle une mesure provisionnelle ne peut plus être ordonnée lorsque la demande en justice qui pourrait être le support de l'administration de la preuve a été déposée en vue d'introduction. En outre, le Tribunal arbitral est désormais constitué, selon les déclarations de l'intimée lors de

l'audience du 12 août 2010. Ainsi, même si, par hypothèse, elle avait été compétente au moment du dépôt de la requête pour prononcer les mesures requises (qu'il s'agisse de mesures provisionnelles ou de preuve à futur), la Cour ne le serait désormais plus, mais uniquement le Tribunal arbitral, étant rappelé que selon les principes généraux de la procédure civile, les conditions de recevabilité du procès doivent encore être réunies au moment de la décision (cf . ATF 133 III 539 consid. 4.3). Le recourant a d'ailleurs d'ores et déjà déposé auprès de la CCIG, le 17 juin 2010, une requête tendant à l'expertise provisionnelle de l'ouvrage litigieux.

E. 2.2.3

L'intimée a également déposé devant le Tribunal de première instance une demande ayant le même objet que sa demande arbitrale, de sorte qu'il convient de se demander si, de ce fait, les tribunaux ordinaires ne seraient néanmoins pas compétents. Le dépôt de cette demande ne justifie toutefois pas davantage le prononcé des mesures provisionnelles requises puisque, pour les motifs déjà évoqués, il doit dès lors être considéré qu'une demande en justice qui pourrait être le support de l'administration de la preuve a été déposée. Seul le juge en charge de la procédure est donc compétent pour prononcer, le cas échéant, les mesures requises.

E. 2.2.4

Le recourant soutient encore que des mesures probatoires sur la base de l'art. 205 LPC auraient dû être prononcées si elles ne pouvaient l'être sur la base de l'art. 323 LPC. Le refus du Tribunal d'ordonner les mesures requises était donc constitutif de formalisme excessif. Il convient de rappeler à ce propos qu'il y a formalisme excessif lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi, complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 130 V 177 consid. 5.4.1 p. 183; 128 II 139 consid. 2a p. 142; 127 I 31 consid. 2a/bb p. 34 et les arrêts cités). Les conditions auxquelles une mesure probatoire peut être ordonnée sur la base de l'art. 205 LPC ne sont pas strictement identiques à celles de l'art. 323 LPC. La volonté du maître de l'ouvrage de procéder à des travaux palliatifs ou complémentaires, qui viendraient à modifier l'ouvrage affecté des prétendus défauts, ne figure en effet pas parmi les conditions limitatives mentionnées par la doctrine à l'art. 205 LPC. En outre, il n'était pas possible, pour le Tribunal, statuant en Chambre du Conseil, de prononcer des mesures qu'il appartenait au juge saisi de l'affaire d'ordonner, le cas échéant, dans le cadre de la procédure ordinaire, et ainsi de s'y substituer. Il ne peut par ailleurs être soutenu qu'en ne prononçant pas, sur la base de l'art. 205 LPC, les mesures requises, le premier juge ait entravé de manière inadmissible la réalisation du droit matériel ou l'accès aux tribunaux, puisque une demande fondée sur l'art. 205 LPC aurait aisément pu être formulée. Enfin, le Tribunal n'avait pas davantage à prononcer une mesure fondée sur l'art. 367 al. 2 CO, qui est régie par la procédure gracieuse.

E. 2.3

Au vu de ce qui précède, la Cour de céans n'est pas compétente pour prononcer les mesures provisionnelles requises. Le recourant doit donc être débouté de ses conclusions et l'ordonnance dont est appel sera confirmée.

E. 3

Le recourant, qui succombe, sera condamné aux dépens du recours (art. 176 al. 1 LPC) qui comprendront une indemnité équitable à titre de participation aux honoraires d'avocat de sa partie adverse (art. 181 al. 3). * * * * *

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