

Jugement de la 2ème Chambre civile de la Cour d'appel du canton de Berne

composée de M. Rieder, Juge d'appel (Président a.h.) ; M. Herrmann, Juge d'appel et
M. Bühler, Juge d'appel ; Greffier : M. Vuilleumier

du 6 février 2009

statuant par voie de circulation en la procédure civile liée entre :

X.,

recourant



Y.,

recourant

et

Z.,

intimé

contre

la sentence arbitrale rendue le [date] par le

Tribunal arbitral ad hoc de [désignation organe faïtier] dans la cause Z. c./ X. et Y.

instance inférieure

Chapeau

Dans le cadre d'une procédure de recours en nullité (380 al. 2 CPC), lorsque la sentence arbitrale est annulée, la répartition des frais de seconde instance doit s'effectuer entre les parties en équité, même si le recourant obtient gain de cause et que l'intimé ne succombe pas formellement (366 al. 1 CPC), étant précisé que les frais ne peuvent être mis à la charge de l'instance précédente lors même qu'elle est à l'origine du motif de nullité, car l'article 366 al. 2 CPC ne trouve pas application à l'égard d'une juridiction arbitrale indépendante, en raison de l'absence de rôle disciplinaire ou de surveillance de l'autorité de recours (voir chiffre 5). Pour cette même raison, l'Etat ne saurait supporter les frais de la procédure (infirmation de la jurisprudence de la 1^{ère} Chambre civile du 4 février 1996, Nr.122/1/96).

Remarques rédactionnelles

X. et Z. sont des sociétés membres de l'organe faïtier. Y., personne physique, est membre de la société X. Selon les statuts de l'organe faïtier, les litiges entre sociétaires doivent être tranchés par un Tribunal arbitral ad hoc. L'article 3 lit. f du Concordat du 27 mars 1969 sur l'arbitrage approuvé par le Conseil fédéral le 27 août 1969 (RSB : 279.2) fonde la compétence de la Cour suprême pour traiter des recours en nullité contre les sentences arbitrales rendues par des tribunaux arbitraux dont le siège se trouve dans le canton de Berne. La 2^{ème} Chambre civile a annulé la sentence arbitrale et renvoyé la cause au Tribunal arbitral ad hoc, en mettant les frais de seconde instance par moitié à la charge des recourants solidairement et par moitié à la charge de l'intimé, sans allocation de dépens, pour les motifs suivants.

Extrait des considérants :

1.

1.1 En date du 8 octobre 2008, X. ainsi que Y. (ci-après : les recourants), tous deux représentés par Me [nom], ont interjeté un recours en nullité au sens de l'art. 36 du concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 (CIA ; cf. Loi concernant l'adhésion du canton de Berne au concordat du 27 mars 1969 sur l'arbitrage, RSB 279.2) contre la décision du Tribunal arbitral ad hoc de [désignation organe faïtier] (ci-après : le Tribunal arbitral), dont le siège se trouve à Berne, accompagné de 13 pièces justificatives, et pris les conclusions suivantes :

1. *Annuler la décision du Tribunal arbitral du [date], renvoyer la sentence au Tribunal arbitral et exhorter ce dernier à conduire la procédure aux sens des considérants de la décision de l'autorité de recours et à rendre une nouvelle décision.*
2. *Mettre les frais de la procédure de recours en nullité à la charge du Tribunal arbitral, avec responsabilité solidaire de chacun des arbitres et condamner le Tribunal arbitral, chacun de ses arbitres répondant solidairement, à verser une indemnité de partie aux recourants.*

1.2 Par ordonnance du [date], le Président de la 2^{ème} Chambre civile a imparti un délai de 14 jours aux recourants ainsi qu'à Z. (ci-après : l'intimé) pour se prononcer sur la question du renvoi de la sentence au Tribunal arbitral pour la rectifier ou la compléter au sens de l'art. 39 CIA.

1.3 En date du [date], les recourants se sont prononcés sur la question du renvoi de la sentence au Tribunal arbitral. Pour sa part, Z. n'a pas réagi.

1.4 Par ordonnance du [date], le Président de la 2^{ème} Chambre civile a constaté l'absence de réponse de la part de l'intimé et imparti un délai de 3 semaines au Tribunal arbitral pour indiquer la raison pour laquelle la sentence arbitrale du [date] n'a pas été signée par tous les arbitres conformément à l'art. 33 al. 2 CIA, cas échéant pour remédier au vice de forme.

1.5 En date du [date], [le] président du Tribunal arbitral précité a informé la Cour de céans des raisons ayant poussé le Tribunal arbitral à déroger à l'art. 33 al. 2 CIA et produit 3 pièces justificatives à l'appui de son courrier.

1.6 Par ordonnance du [date], une copie de la prise de position du [président du Tribunal arbitral] a été notifiée aux recourants ainsi qu'à l'intimé.

1.7 Par courrier du [date], les recourants ont fait part de leurs observations s'agissant des arguments exposés dans ladite prise de position.

2.

2.1 Dans leur recours en nullité du [date], les recourants allèguent qu'aux termes de l'art. 33 al. 2 CIA, la sentence arbitrale doit être signée par tous les arbitres. Cette disposition est, ainsi que le prévoit l'art. 1 al. 3 CIA, de nature

impérative. En l'espèce, la sentence arbitrale du [date] ne porte que la signature du président du Tribunal arbitral et du greffier et devrait dès lors être annulée du fait qu'elle viole l'art. 36 let. h CIA.

Ils relèvent également que le Tribunal arbitral s'est comporté de manière largement contradictoire. En effet, ce dernier a considéré à tort qu'il avait été saisi après que l'intimé a eu porté l'affaire devant [désignation autorité] et en a tenu compte lors de la liquidation des frais, au détriment des recourants.

De plus, le Tribunal arbitral a considéré à tort que la procédure devant sa juridiction était devenue sans objet. Alors que le Z. a ouvert deux actions parallèles, toutes deux en paiement de CHF [montant], la [désignation autorité] n'a admis sa prétention qu'à concurrence de CHF [montant]. Etant entendu que Z. n'a pas retiré son action devant le Tribunal arbitral mais que ce dernier a tout de même considéré que la procédure était devenue sans objet, il porte à croire qu'un droit à une indemnité de CHF [montant] a été reconnu à Z. En ne statuant pas sur le solde de CHF [montant], le Tribunal arbitral a violé l'art. 36 let. c CIA. Il a de plus violé l'art. 36 let. f CIA en considérant que l'action était devenue sans objet, étant entendu que seul X. a, par décision de la [désignation autorité], été condamné à payer CHF [montant] alors que l'action ouverte par Z. était également dirigée contre Y.

Les recourants relèvent également une violation de l'art. 36 let. f CIA en relation avec la liquidation des frais. En effet, le Tribunal arbitral a statué selon l'équité quand bien même il n'avait pas obtenu l'accord des recourants pour procéder de cette manière et aurait dès lors dû faire usage des règles du droit applicable (art. 31 al. 3 CIA). Du fait que Z. a compliqué la procédure devant le Tribunal arbitral, c'est à lui de supporter les frais engendrés, et non aux recourants. Etant au surplus entendu que le Tribunal arbitral a considéré que la procédure était devenue sans objet, il aurait dû allouer une indemnité aux recourants pour leurs frais de défense.

Enfin, s'agissant encore de la liquidation des frais, il convient de constater que Z. a engagé deux actions parallèles et qu'il reconnaît que la procédure devant le Tribunal arbitral aurait pu être évitée. Dès lors, c'est à lui de supporter les frais y relatifs. Les recourants contestent en dernier lieu la trop faible indemnité de CHF [montant] qui leur a été allouée du fait qu'elle ne couvre pas les frais des démarches réellement effectuées.

2.2 Dans leur prise de position du [date] sur la question du renvoi de la sentence au Tribunal arbitral, les recourants se réfèrent aux allégués de leur mémoire du [date].

2.3 Dans sa prise de position du [date], le président du Tribunal arbitral déclare que si la sentence arbitrale notifiée aux parties n'a pas été signée par tous les arbitres, c'est en raison de la distance géographique séparant ses différents membres. L'apposition de sa signature par chacun des arbitres aurait en effet pris un certain temps alors que les parties attendaient avec impatience la notification de la sentence arbitrale. Il renvoie ainsi à l'original de la sentence arbitrale du [date], signé par tous les arbitres, et au procès-verbal des opérations de la procédure arbitrale litigieuse attestant que le projet de sentence finale a été approuvé par voie de circulation. Il ajoute qu'il s'est cru autorisé à déroger à l'art. 33 al. 2 CIA sur la base de la pratique ordinaire dans sa juridiction. La prise de position a été communiquée aux parties. Les recourants ont réagi le [date].

3. La compétence de la Cour de céans est donnée par l'art. 380 al. 2 CPC, en relation avec les art. 3 CIA et 7 ch. 3 des statuts de [désignation organe faîtière]. La procédure devant la Cour d'appel ne fait pas partie de la procédure d'arbitrage qui, pour sa part, prend fin par le prononcé de la sentence arbitrale. Elle est ainsi soumise aux règles de procédure civile bernoise (art. 45 al. 1 CIA ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, 5^e éd., Berne 2000, note 2b ad art. 380 ; RÜEDE/HADENFELDT, *Schweizerische Schiedsgerichtsbarkeit*, Zurich 1993, p. 355).

4.

4.1 Aux termes de l'art. 33 al. 2 CIA, disposition à caractère impératif ainsi que le prévoit l'art. 1 al. 3 CIA, la sentence arbitrale doit être signée par tous les arbitres. Toutefois, la signature de la majorité des arbitres suffit s'il est constaté dans la sentence que la minorité refuse de signer. L'art. 33 CIA, à l'exception de son al. 1 let. g, fixe ainsi tant le « contenu » obligatoire de la sentence que la forme qu'elle doit revêtir et il ne peut y être dérogé ni par convention contraire, ni par règlement d'arbitrage (JOLIDON, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne 1984, ad art. 36, p. 521 ; RÜEDE/HADENFELDT, *op. cit.*, p. 304). La signature de la sentence par chacun des arbitres signifie que le contenu de la sentence arbitrale correspond effectivement à ce qui a été décidé (RÜEDE/HADENFELDT, *op. cit.*, p. 304).

4.2 Ainsi que le prévoit l'art. 36 let. h CIA, la sentence arbitrale peut être attaquée en nullité devant l'autorité judiciaire prévue à l'article 3 CIA lorsque les

conditions de l'article 33 n'ont pas été respectées ou lorsque le dispositif de la sentence est inintelligible ou contradictoire. Ainsi que le prévoit l'art. 37 al. 1 CIA, le recours en nullité doit être intenté dans les trente jours dès la notification de la sentence arbitrale. Le recours en nullité a un effet dévolutif et purement cassatoire, sauf exceptions (JOLIDON, op. cit., notes préliminaires aux art. 36 à 43, p. 499-500). Les motifs de nullité énoncés à l'art. 36 CIA n'entraînent pas la nullité absolue de la décision, mais seulement son annulabilité ; comme tels, ils n'ont d'effet que si une des parties introduit un recours devant l'autorité compétente (JOLIDON, op. cit., notes préliminaires aux art. 36 à 43, p. 500). Si l'action introduite est admise, l'autorité judiciaire annule la décision et renvoie la cause au Tribunal pour une nouvelle décision (KELLERHALS/BERGER, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Berne 2006, note 1741). En dernier lieu, il convient de rappeler que le pouvoir d'examen de l'autorité de recours saisie est limité, en ce sens que l'art. 36 CIA doit être, de manière générale, interprété restrictivement, en raison de la nature-même de l'arbitrage de droit privé (JOLIDON, op. cit., notes préliminaires aux art. 36 à 43, p. 500). Il doit également être précisé que l'Autorité de céans, bien qu'elle fonctionne en tant qu'autorité de recours pour les décisions de la juridiction arbitrale, n'a aucun pouvoir de surveillance sur cette dernière (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, op. cit., note 2b ad art. 380). Elle ne peut dès lors lui imposer de directives obligatoires, ni lui infliger quelque sanction ou mesure disciplinaire que ce soit (JOLIDON, op. cit., ad art. 17, p. 251 et 254).

4.3 Aux termes de l'art. 39 CIA, l'autorité judiciaire saisie du recours peut, après avoir entendu les parties et si elle le juge expédient, renvoyer la sentence au Tribunal arbitral et lui impartir un délai pour la rectifier ou la compléter. En effet, il ressort de la doctrine que cette possibilité a été prévue pour permettre de redresser de simples erreurs lorsque le motif de nullité apparaît comme mineur et d'éviter ainsi les lourdes conséquences de l'annulation d'une sentence (JOLIDON, op. cit., ad art. 39, p. 531). Lorsque la sentence n'a pas été rectifiée ou complétée dans le délai imparti, l'autorité judiciaire statue sur le recours, et, si elle l'admet, annule la sentence (art. 40 al. 1 CIA).

4.4 En l'espèce, il apparaît que le Tribunal arbitral, composé de [nom], président, et des arbitres [nom] et [nom], a rendu une sentence arbitrale dans la cause opposant le Z. à X. et Y. en date du [date]. La sentence finale a été notifiée au mandataire des recourants en date du [date] (PJ n° 11 du bordereau de pièces des recourants). Les recourants ayant interjeté leur recours en date du

[date], ils ont procédé en temps utile.

4.5 S'agissant du premier motif de nullité invoqué par les recourants, relatif au défaut de signature de la sentence arbitrale par tous les arbitres, il appert que la sentence arbitrale notifiée aux recourants ne porte que la signature du Président et du Greffier (PJ n°10 du bordereau de pièces des recourants). L'Autorité de céans a, après avoir constaté ce vice et demandé une prise de position des parties, imparti au Tribunal arbitral un délai pour indiquer les motifs de la violation de l'art. 33 al. 2 CIA, cas échéant pour remédier au vice de forme. Le Tribunal arbitral n'a pas, dans le délai utile, notifié aux parties sa sentence comportant cette fois-ci la signature de tous ses membres, en vue de remédier au vice de forme. Au vu de l'art. 33 al. 2 CIA et de la doctrine y relative précitée, force est ainsi de constater que la sentence finale telle que notifiée aux recourants viole les règles impératives de forme. Dès lors, comme le requièrent X. et Y., la sentence arbitrale rendue en date du [date] doit être annulée en application de l'art. 36 let. h CIA.

4.6 Au vu de ce qui précède, l'Autorité de céans peut se dispenser d'examiner les autres griefs des recourants.

5.

5.1 Il ressort de la doctrine que, bien que l'alinéa 1 de l'art. 366 CPC soit applicable dans le cadre du recours en nullité contre une sentence arbitrale, l'alinéa 2 ne l'est pas (LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, op. cit., note 2b ad art. 380). En effet, du fait que, comme dit précédemment, l'autorité de recours n'a pas à jouer un rôle disciplinaire ou de surveillance envers la juridiction arbitrale, elle ne peut mettre les frais de justice à la charge de celle-ci (décisions de la 2^e Chambre civile de la Cour d'appel du canton de Berne du 4 février 1997 n° 122/96 et de la 1^{ère} Chambre civile du 7 mai 2008 APH 2007 572 ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, op. cit., note 4 ad art. 380).

5.2 En raison de l'indépendance dont bénéficient les tribunaux arbitraux, qui ne sont soumis au contrôle de l'Etat que dans l'hypothèse d'éventuels recours, il appert que ce n'est pas à ce dernier de supporter les conséquences financières découlant d'erreurs commises par de telles autorités juridictionnelles au cours de la procédure d'arbitrage.

5.3 En application de l'art. 366 al. 1 CPC (application par analogie selon LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, op. cit., note 2b ad art. 380), les frais sont en règle générale mis à la charge de la partie qui succombe dans la procédure en nullité. En l'espèce, force est de constater que Z., bien qu'intimé à la procédure de recours en nullité, n'y a pas pris part. En effet, invité à prendre position sur la question du renvoi de la sentence au Tribunal arbitral par le biais de l'ordonnance du [date], il ne s'est pas prononcé. Du fait de l'absence de détermination de Z., il ne peut être considéré que ce dernier succombe dans le cadre de la présente procédure et les frais y relatifs ne peuvent dès lors être mis pour ce motif à sa charge.

5.4 Selon la doctrine, dans l'hypothèse où la procédure civile cantonale le prévoit, il peut être renoncé à prélever des frais de justice lorsque le motif de nullité est indépendant du comportement de l'intimé et que ce dernier n'a pas requis le maintien de la sentence arbitrale attaquée (RUEDE/HADENFELDT, op. cit., p. 355). Etant entendu que le CPC n'a pas envisagé cette possibilité, il convient de déterminer le sort des frais de justice de la présente instance en application de la théorie de l'équité. En effet, le motif de nullité présent en l'espèce ne peut être imputé ni aux recourants ni à l'intimé et il s'agit dès lors de considérer que chacune des parties à la procédure d'arbitrage doit assumer à part égale les risques financiers engendrés par le recours à une telle juridiction.

En conséquence, les frais de justice devant la présente autorité de recours, fixés à CHF [montant], sont mis à la charge, d'une part, des recourants solidairement et, d'autre part, de l'intimé, à raison de la moitié pour chacun. Lesdits frais étant prélevés à concurrence de 2x CHF [montant] sur les avances faites par les recourants, un solde de CHF [montant] sera restitué à chacun d'eux. Un montant de CHF [montant] devra être remboursé à chacun des recourants par l'intimé.

5.5. S'agissant du sort des dépens dans la procédure de recours, dans la mesure où ils ne peuvent être mis à la charge ni du Tribunal arbitral ni de l'Etat, il convient ici également de faire application de la théorie de l'équité. Partant, il n'est pas alloué de dépens dans le cadre de la présente procédure.

5.6 Il appartiendra au Tribunal arbitral d'examiner au besoin si les frais et dépens causés par la présente procédure aux recourants peuvent être mis à la charge de l'intimé.

Information : le jugement est entré en force.