

BGer 4A 121/2022 vom 8. November 2022

Bundesgericht, 2022-11-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_121_2022

FR: TF 4A 121/2022 du 8 novembre 2022

IT: TF 4A 121/2022 del 8 novembre 2022

Regeste

demande de récusation de l'expert, | Droit des obligations (en général)

Erwägungen

E. 1.1

Déposé en temps utile (art. 45 al. 1 et 100 al. 1 LTF), le présent recours fait suite à un arrêt de renvoi. Sa recevabilité n'est pas litigieuse (cf. consid. 1 de l'arrêt de renvoi).

E. 1.2

La recourante s'en est remise à justice quant à "la recevabilité des différents actes en procédure" de l'intimée. S'il discerne des propos inconvenants dans un mémoire, le Tribunal fédéral peut le renvoyer à son auteur en lui fixant un délai pour remédier à cette irrégularité (art. 42 al. 6 LTF). Partant, le justiciable qui regrette des propos malheureux ou contraires à la bienséance doit pouvoir les retrancher sans attendre d'y être éventuellement invité par le juge. Ceci dit, le retrait de déclarations inconvenantes n'est pas forcément synonyme d'éradication. Preuve en est qu'une amende disciplinaire (art. 33 al. 1 LTF), voire une action judiciaire reste possible - étant entendu que l'expression d'un repentir peut permettre d'esquiver de telles suites. De prime abord, il ne paraît donc pas exclu de s'appuyer sur des déclarations retranchées pour en déduire des liens de proximité avec l'expert. Mais peu importe, puisqu'on se trouve loin d'une telle hypothèse. Les propos retirés attestent tout au plus de l'acrimonie ambiante, dont on ne saurait tenir l'intimée pour seule responsable. Quant au contenu de la réponse, il ne justifiait pas d'appliquer l' art. 42 al. 6 LTF - ce que la recourante n'a du reste pas demandé.

E. 2.1

Le Tribunal fédéral s'appuie sur les faits constatés par l'autorité précédente. Il ne peut les rectifier ou les compléter que s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte - autrement dit, arbitraire - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF (art. 105 al. 1 et 2 LTF). Encore faut-il que la correction requise par le justiciable puisse influencer sur l'issue de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Du moment qu'il brandit un droit constitutionnel tel que la protection contre l'arbitraire (art. 9 Cst.), le recourant doit satisfaire au principe d'allégation (ci-dessous consid. 2.2 i.f. ; ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266; 133 II 249 consid. 1.4.3 p. 255).

E. 2.2

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), qui doit être appliqué d'office (art. 106 al. 1 LTF). Eu égard, toutefois, à l'exigence de motivation sous peine d'irrecevabilité (art. 108 al. 1 let. b LTF en lien avec l' art. 42 al. 2 LTF), le Tribunal fédéral peut se cantonner aux griefs invoqués, sauf en cas d'erreurs

juridiques manifestes (ATF 140 III 115 consid. 2 p. 116). En outre, il examine le grief de violation des droits fondamentaux uniquement si le recourant a indiqué quel droit constitutionnel était concerné et expliqué par le menu où se nichait le vice. Il s'agit là du principe d'allégation (cf. art. 106 al. 2 LTF ; ATF 134 II 244 consid. 2.2; 133 II 396 consid. 3.2).

E. 2.3.1

A en croire la recourante, le Tribunal fédéral devrait "agir en pleine juridiction", c'est-à-dire examiner la cause avec une cognition libre, en fait comme en droit. Cette exigence - dont on voit qu'elle ne concorde pas avec les préceptes qui viennent d'être rappelés - découlerait de l'art. 6 § 1 CEDH : celui-ci imposerait "au moins un recours au niveau national dans le cadre duquel le tribunal saisi a la compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit".

E. 2.3.2

Pour mémoire, la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) se base sur l'ensemble de la procédure menée dans l'ordre juridique national et requiert qu' à une reprise au moins , un tribunal indépendant puisse appréhender la contestation civile dans toute son ampleur avec une cognition libre ("pleine juridiction"; cf. par ex. CourEDH, affaire Sigma Radio Television LTD. contre Chypre du 21 octobre 2011 [requêtes 32181/04 et 35122/05], n. 151; Terra Woningen B.V. contre Pays-Bas du 17 décembre 1996 [requête 20641/92], n. 51-55; Pramstaller contre Autriche du 23 octobre 1995 [requête 16713/90], n. 39; voir également arrêt 2C_43/2020 du 21 décembre 2021 consid. 6.1 et les arrêts cités; OLIVIER BIGLER, in Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire des articles 1 à 18 CEDH, [Gonin/Bigler éd.], 2018, nos 81, 116-117 et 122-123 ad art. 6 CEDH ; MARK VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 3e éd. 2020, n. 503).

E. 2.3.3

Le grief se révèle inconsistant. Outre qu'il est ici question d'une simple décision incidente, il est patent que la question litigieuse a été examinée par une instance judiciaire au moins avec un plein pouvoir d'examen.

E. 3

La recourante ouvre deux fronts: - Au niveau formel, diverses irrégularités auraient entaché la mise en oeuvre de l'arrêt de renvoi. Le Tribunal cantonal aurait violé son droit d'être entendue et aurait établi les faits de façon inexacte et incomplète. Il aurait indûment cautionné le refus de collaborer opposé par l'expert. Ce faisant, il aurait enfreint l'autorité de l'arrêt de renvoi, l' art. 49 al. 2 CPC et l' art. 29 al. 2 Cst. - Sur le fond, le tribunal supérieur aurait ignoré les marques de partialité révélées par les déclarations de l'expert et son comportement procédural après l'arrêt de renvoi. Les art. 47 al. 1 let . f CPC et 6 § 1 CEDH auraient été violés. I. Grieffs quant au déroulement de la procédure après l'arrêt de renvoi

E. 4.1

On rappellera au préalable l'autorité dont jouit l'arrêt de renvoi. En vertu de ce principe, l'instance précédente appelée à rendre une nouvelle décision voit sa cognition limitée par les considérants de l'arrêt de renvoi. Elle est liée par les points définitivement tranchés. L'arrêt de renvoi fait aussi autorité pour les parties et le Tribunal fédéral lui-même. Un recours contre la nouvelle décision cantonale ne saurait reproduire des griefs que l'autorité de céans a déjà rejetés, ni soulever des nouveaux moyens qui auraient pu et dû être formulés dans le

premier recours fédéral (ATF 143 IV 214 consid. 5.3.3; 135 III 334 consid. 2 et 2.1; arrêt 5A_394/2020 du 5 novembre 2020 consid. 3.1).

E. 4.2

La recourante soutient que le Tribunal cantonal aurait dû finalement admettre son recours du 29 octobre 2020, puisque l'arrêt de renvoi reconnaissait le bien-fondé de son grief concernant la nécessité d'entendre l'expert. Il est évident que le Tribunal fédéral, en lieu et place du tribunal supérieur, s'est chargé d'admettre le moyen et d'annuler la décision rejetant à tort le recours cantonal. Ceci dit, l'arrêt de renvoi ne préjugait nullement du sort dudit recours après le complément d'instruction exigé. Le grief ne prend son sens qu'à la lecture des dernières lignes de la motivation: la recourante s'y plaint de n'avoir reçu aucuns dépens malgré l'admission d'un de ses moyens. Le traitement de cette question est réservé (cf. consid. 10 infra).

E. 5

La recourante dénonce un état de fait lacunaire et incomplet. Les juges cantonaux auraient indûment limité l'instruction au rôle respectif de la SIA et de l'UIA ainsi qu'aux fonctions exercées par l'expert dans le cadre de ces associations.

E. 5.1

Au niveau de l'état de fait, l'autorité précédente a simplement résumé le déroulement de la procédure postérieure à l'arrêt de renvoi. A quelques exceptions près, elle n'a pas cité le contenu des écritures où se trouvaient les propos incriminés dans le présent recours. Ceci dit, elle a mentionné toutes les écritures topiques, dont elle a manifestement pris connaissance. Il ne saurait être question d'une violation du droit d'être entendu, ni d'un établissement lacunaire des faits. Ce sont bien plutôt les conclusions juridiques tirées de ces pièces - absence de marques de prévention - qui alimentent le mécontentement de la recourante. La cour de céans s'est résolue à citer une partie des passages litigieux, dans l'idée de faciliter la réponse aux griefs; la lecture du présent arrêt s'en trouve inévitablement alourdie.

E. 5.2

A lire la recourante, le Tribunal cantonal aurait dû élargir son champ d'investigation. De son argumentation foisonnante, elle extrait deux éléments sur lesquels elle aurait souhaité que l'expert fût interpellé, soit: - d'une part, la méthode de calcul des honoraires, sachant qu'il s'agissait de départager les travaux forfaitaires des prestations supplémentaires hors forfait. Le calcul selon le coût de l'ouvrage avait été sévèrement sanctionné par la COMCO. Il fallait s'assurer que l'expert saurait prendre ses distances. - d'autre part, la Charte intitulée "Honoraires équitables pour des prestations qualifiées". L'arrêt de renvoi fait autorité à l'égard de tous les acteurs du procès - y compris la recourante. Or, celle-ci avait déjà soulevé la problématique du calcul des honoraires dans son premier recours fédéral et plaidé que l'expert, vu sa position dans la SIA, n'avait pas l'indépendance requise pour se distancier d'une méthode désavouée par la COMCO. La cour de céans avait en bonne partie jugulé ce prétendu motif de récusation en soulignant qu' a priori , les fonctions de l'expert dans cette association professionnelle n'entraient pas son indépendance et son impartialité. Elle avait aussi pris en compte les questionnaires établis en janvier 2020 par la Juge instructrice (arrêt de renvoi, consid. 5.3.2). Ainsi, seules de nouvelles informations sur les activités précises de l'expert au sein de la SIA auraient pu susciter une nouvelle discussion. Or, les explications de l'expert n'ont fait que confirmer les conclusions

provisoires déduites des données livrées par le site Internet de la SIA. Le Tribunal cantonal n'a donc pas enfreint le droit fédéral en considérant que l'expert était dispensé de "se déterminer sur l'ensemble des éléments avancés et pièces produites". Au contraire, c'est la recourante qui a tenté de s'affranchir indûment des contraintes de l'arrêt de renvoi en exigeant des prises de position tous azimuts. Pareille démarche sortait aussi du champ de l'art. 49 al. 2 CPC. La recourante voulait également recueillir une prise de position sur la Charte précitée; elle n'explique pas précisément ce qui motivait cette exigence postérieure à l'arrêt de renvoi. Sachant que la COMCO a aussi requis la suppression de ce texte (cf. BLAISE CARRON, Le Règlement SIA 102 concernant les prestations et honoraires des architectes: l'édition 2020, in Journées suisses du droit de la construction 2021 p. 89), on peut inférer que la problématique reste la même, soit un prétendu manque d'indépendance par rapport au désaveu de la COMCO. Elle appelle dès lors une réponse identique. L'autorité précédente a reproché à la recourante de présenter un argumentaire "strictement appellatoire". Celle-ci croit détenir la preuve que celle-là aurait restreint son pouvoir d'investigation à l'arbitraire. Il n'en est rien. A l'évidence, cet adjectif employé de façon peut-être inopportune allait dans le sens des réflexions qui précèdent, à savoir que l'arrêt de renvoi avait déjà scellé l'essentiel de la question et que la recourante ne faisait qu'émettre des récriminations déjà traitées, sans invoquer des éléments nouveaux.

E. 6

La recourante dénonce encore une violation de son droit d'être entendue: elle aurait été empêchée de "plaider l'incident" comme elle l'avait sollicité. Certes, le Tribunal cantonal devait lui offrir la possibilité de s'exprimer sur les déterminations de l'expert - ce qu'il a fait. Toutefois, le droit d'être entendu ne va pas jusqu'à imposer une plaidoirie en audience. C'est le lieu de traiter le fond du litige. II. Questionnement de l'impartialité de l'expert

E. 7

A en croire la recourante, le Tribunal cantonal n'aurait pas su lire, dans les déclarations et l'attitude de l'expert, la marque d'une prévention apparente. Il aurait violé les art. 47 al. 1 let. f CPC et 6 § 1 CEDH. On ne répétera pas ici quels peuvent être les motifs de récuser un expert: ils ont déjà été présentés dans l'arrêt de renvoi (au consid. 5.2). Pour rester dans la théorie, on concédera à la recourante que l'attitude d'un expert au cours de la procédure ou ses prises de position lorsqu'il est interpellé sur son indépendance et son impartialité peuvent révéler une apparence de partialité (cf. au surplus ALFRED BÜHLER, *Erwartungen des Richters an den Sachverständigen*, in PJA 1999 p. 570 s. ch. 4). De là à considérer qu'un tel cas de figure s'est vérifié, il y a un pas qui ne saurait être franchi.

E. 8

Les premières déterminations du 22 octobre 2021 (let. B supra) trahiraient déjà la partialité de l'expert, selon la recourante.

E. 8.1

Le grief est inconsistant en tant qu'il concerne les fonctions exercées par l'expert dans l'UIA et la SIA. Les explications données n'ont fait que confirmer les renseignements recueillis sur les sites Internet de ces deux associations (arrêt de renvoi consid. 5.3.1 et 5.3.2). L'expert n'a joué aucun rôle lors des négociations avec la COMCO; ses centres d'intérêts et d'activités étaient même éloignés de la problématique soulevée par la recourante. L'autorité de l'arrêt de renvoi dispense de tenir de longs discours.

E. 8.2

Certaines remarques distillées par l'expert le confondraient. L'intéressé a cru devoir s'expliquer sur le rôle de ces associations. Cette démarche était en soi superflue après l'arrêt de renvoi. La SIA est bien connue des tribunaux. Quant à l'UIA, des renseignements avaient déjà été recueillis. Pour la cour de céans, l'affiliation même à ces entités n'était pas litigieuse; tout au plus subsistait-il un doute quant aux fonctions spéciales exercées par l'expert, sur lesquelles celui-ci n'avait pas eu l'occasion de s'exprimer. Ceci dit, on ne saurait tout bonnement ignorer les commentaires, superflus ou non, qu'il a effectués sur ces entités. La recourante fustige certains propos concernant la SIA, qui aurait une fonction "quasi souveraine" dans l'établissement de "normes" pour le secteur de la construction, serait "quasiment organisée sur une base paritaire", ou dont le comité d'honneur, qualifié de "petit club", ne saurait être assimilé à un "cercle douteux d'architectes susceptibles de corruption". L'expert, sans doute un peu candide au début de la procédure, a dû penser que la recourante se méprenait sur le rôle et le fonctionnement de ces entités et a cru devoir lever les soupçons découlant de son affiliation, quitte à utiliser des termes forts. Mais il n'a certainement pas créé l'apparence d'une prévention et n'a pas fait "allégeance sans réserve" à la SIA, comme le lui reproche la recourante. Celle-ci prend ombrage du fait qu'il mentionne certains membres du comité d'honneur; elle semble oublier que leurs noms avaient été cités dans l'arrêt de renvoi (consid. 5.3.2) pour démontrer qu'il n'y avait a priori aucun motif de prévention lié à cette fonction. On ne voit pas non plus en quoi le fait de signaler un problème d'infiltration dans l'UIA - par des services de renseignements nationaux cherchant à instrumentaliser des ONG - dénoterait une prévention de l'expert. Celui-ci s'est effectivement demandé s'il était "admissible que ce travail d'expertise soit confié à un architecte". Cette interrogation doit évidemment être prise au second degré. L'expert a bien cerné le problème: le litige pose des questions techniques que doit trancher un architecte, soit un pair de l'intimée. Cet écueil incontournable est apparemment source d'inquiétude pour la recourante. Pour autant, elle ne saurait postuler que tout expert serait de facto prévenu puisque appartenant au même corps de métier que l'intimée (qui a de surcroît suggéré le nom de l'expert). L'appartenance à la SIA est une chose courante dans la profession, et la recourante ne saurait refuser systématiquement tout expert affilié à cette entité. De même, elle ne saurait indéfiniment tirer prétexte du fait que la COMCO a désavoué une méthode de calcul élaborée par la SIA. La recourante critique aussi le dernier paragraphe des déterminations, consacré aux raisons qui ont conduit l'expert à accepter d'accomplir une telle mission. Elle met en exergue le contact qu'il admet avoir eu avec la Juge instructrice du Tribunal civil. Or, il n'a pas été fait mystère de cet élément: l'arrêt de renvoi (sous let. A) précise que la magistrate a contacté tous les experts proposés pour savoir si une désignation était envisageable. La recourante reproche à l'expert son aveu selon lequel "cela ne [l]e dérangerait pas" de ne pas être désigné. Réaliser une expertise est loin d'être une sinécure, et les circonstances d'espèce parlent d'elles-mêmes.

E. 8.3

En bref, les déterminations du 22 octobre 2021 n'apportaient aucun élément nouveau propre à renverser les conclusions provisoirement tirées dans l'arrêt de renvoi. Les propos mêmes de l'expert ne trahissaient pas davantage une marque de prévention.

E. 9.1

La recourante a déposé une seconde demande de récusation (écriture du 11 novembre 2021). Formellement, une telle démarche paraît superflue, puisque l'intéressée disposait

d'un droit de réplique (JEAN-LUC COLOMBINI, in Petit Commentaire, Code de procédure civile, 2020, n° 11 ad art. 49 CPC) et pouvait faire valoir ses motifs dans ce cadre.

Matériellement, sa requête fondée sur les déterminations de l'expert était inconsistante, comme cela vient d'être expliqué. Il reste encore à examiner si la façon dont l'expert s'est exprimé dans son courrier du 2 décembre 2021 met en lumière une prévention apparente.

E. 9.2

Le Tribunal cantonal a transmis à l'expert toutes les écritures et pièces désignées par la recourante, en lui fixant un délai de dix jours pour en prendre connaissance et indiquer s'il maintenait ou non sa position. L'expert a ainsi dû se déterminer à brève échéance, sans que le tribunal n'ait exercé un filtre. Force est de constater qu'il a analysé correctement la problématique, relevant avec pondération que la démarche de la recourante "ne correspond[ait] guère à l'idée" de l' art. 49 al. 2 CPC . Sous le couvert de vérifier l'indépendance de l'expert, la recourante ne saurait exiger qu'il réponde par avance sur certains points du litige, pour pouvoir ensuite le récuser si la réponse obtenue lui déplaît. Encore une fois, il n'y a pas à discourir, à ce stade, des thématiques concernant la méthode de calcul des honoraires. Il suffit de confirmer, à la lumière des précisions fournies par l'expert sur ses fonctions au sein de la SIA et de l'UIA, qu'il ne présente aucun signe de prévention. La recourante lui reproche encore les expressions "examen de conscience" et "bonne tradition inquisitoriale". Si cette dernière n'est pas des plus heureuses, elle ne fait que trahir un agacement excusable de la part d'un non-juriste (on évitera ici le terme de "laïc") vu les requêtes auxquelles il était confronté et le ton peu amène employé par la partie adverse.

E. 9.3

En définitive, on ne discerne dans l'arrêt attaqué aucune violation de l' art. 47 al. 1 let . f CPC, respectivement de l'art. 6 § 1 CEDH . III. Grief sur les dépens

E. 10.1

Un ultime grief doit être traité. Il porte sur les dépens réduits que la recourante aurait voulu obtenir pour "la procédure devant le Tribunal cantonal", dans la mesure où son recours du 29 octobre 2020 dénonçait à juste titre une violation de l' art. 49 al. 2 CPC (consid. 4.2 supra).

E. 10.2

Selon l' art. 106 al. 1 CPC , les "frais" - id est les frais judiciaires et les dépens - sont mis à la charge de la partie succombante. Le juge peut s'écarter de cette règle générale dans diverses situations (art. 107 CPC). Son pouvoir d'appréciation est vaste (arrêt 5A_140/2019 du 5 juillet 2019 consid. 5.1.2 et les arrêts cités). En cas de renvoi, la loi permet de déléguer la répartition des frais de recours à la juridiction précédente (art. 104 al. 4 CPC). Celle-ci pourra ainsi prendre en compte l'issue du litige, selon la logique de l' art. 106 al. 1 CPC , plutôt que le sort de la procédure de recours (cf. arrêts 4A_364/2013 du 5 mars 2014 consid. 15.4 et 5A_517/2015 du 7 décembre 2015 consid. 3; Message du 28 juin 2006 relatif au CPC, FF 2006 6907 ad ch. 5.8.2).

E. 10.3

Curieusement, la recourante s'en prend à la seule répartition des dépens, à l'exclusion de l'émolument judiciaire, et pour la procédure de deuxième instance uniquement. Indépendamment de cette particularité, son grief est infondé. Car si elle a obtenu gain de

cause sur un pan de son recours cantonal, la commune a finalement succombé sur ce qui faisait la substance du présent litige, soit la récusation de l'expert. Vu aussi le déroulement de la procédure après l'arrêt sur renvoi, on ne saurait sanctionner la manière dont le Tribunal cantonal a exercé son pouvoir d'appréciation dans la répartition des dépens de deuxième instance. IV. Conclusion

E. 11

Le recours se révélant entièrement mal fondé, il doit être rejeté aux frais de son auteur, qui versera à l'intimée une indemnité pour ses frais d'avocat (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF).

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