

NE_GERICHTE ARMC.2023.16 vom 16. Mai 2023

NE Tribunal cantonal, 2023-05-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_ARMC.2023.16

FR: NE_GERICHTE ARMC.2023.16 du 16 mai 2023

IT: NE_GERICHTE ARMC.2023.16 del 16 maggio 2023

Erwägungen

E. 1

Le recours a été interjeté dans les formes et délai légaux (art. 319-321 CPC).

E. 2

L'article 319 CPC prévoit que le recours est recevable contre les décisions finales, incidentes et provisionnelles de première instance qui ne peuvent faire l'objet d'un appel (let. a), contre les autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance dans les cas prévus par la loi (let. b ch. 1) ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (let. b ch. 2) et contre le retard injustifié du tribunal (let. c).

E. 2.1

L'ordonnance de preuves est une ordonnance d'instruction, au sens de l'article 319 let. b CPC, par laquelle le juge détermine le déroulement formel et l'organisation matérielle de l'instance, en l'occurrence l'opportunité de l'administration d'un moyen de preuve (cf. Jeandin, in CR CPC, 2^e éd., n. 11 et 14 ad art. 319). La loi – soit l'article 154 CPC – ne prévoyant pas le recours contre une ordonnance de preuves, un tel recours n'est recevable que si la décision peut causer un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC ; cf. Verda Chiocchetti, in Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero, Vol. 2, 2^e éd., n. 29 ad art. 319).

E. 2.2

La notion de préjudice difficilement réparable de l'article 319 let. b ch. 2 CPC vise les inconvénients de nature juridique, mais aussi toute incidence dommageable, y compris financière ou temporelle, pourvu qu'elle soit difficilement réparable ; l'instance supérieure doit se montrer exigeante, voire restrictive, avant que d'admettre que la condition du préjudice difficilement réparable est réalisée, sous peine d'ouvrir le recours contre toute décision ou ordonnance d'instruction, ce que le législateur a clairement exclu ; il s'agit de se prémunir contre le risque d'un prolongement sans fin du procès (Jeandin, op. cit., n. 22 et 22a ad art. 319, avec les références ; cf. arrêt du TF du 20.11.2017 [4A_559/2017] cons. 3.2.4). Le dommage difficile à réparer dont le risque ouvre la voie au recours (immédiat) n'est pas nécessairement juridique, mais peut concerner un préjudice de fait (Sörensen, in CPra Matrimonial, n. 22 ad art. 319 CPC ; Verda Chiocchetti, op. cit., n. 57 ad art. 319 et les références citées). Un préjudice difficilement réparable existe notamment quand un désavantage subi par la partie ne peut pas être entièrement réparé par un jugement au fond qui lui serait favorable, ou quand sa situation est péjorée de manière significative par la décision litigieuse (Freiburghaus/Afheldt, in ZPO Kommentar, 2^e éd., n. 14 ad art. 319 ; Reich, in Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), n. 8 ad art. 319 ; ATF 134 III 188 cons. 2.1 et c. 2.2).

E. 2.3

L'admissibilité d'un recours contre une ordonnance de preuves doit demeurer exceptionnelle : les ordonnances de preuves et le refus d'ordonner une preuve doivent en règle générale être contestés dans le cadre du recours ou de l'appel contre la décision finale (FF 2006 6841 p. 6984 ; Reich, op. cit., n. 8 ad art. 319 CPC ; Hasenbähler, in *Kommentar zur ZPO*, n. 25 ad art. 154 CPC ; Sörensen, op. cit., n. 29 ad art. 319 CPC). Le seul fait que le recourant ne puisse se plaindre d'une violation des dispositions en matière de preuves qu'à l'occasion d'un appel sur le fond ne constitue pas en soi un préjudice difficilement réparable (Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, p. 6984 ; Reich, op. cit., n. 8 et 10 ad art. 319 CPC). Comme exemples de cas, relatifs aux preuves, dans lesquels un préjudice difficilement réparable devrait être admis, un auteur mentionne celui d'une ordonnance de preuves admettant l'audition de vingt-cinq témoins, dont une dizaine par voie de commission rogatoire dans un pays réputé pour sa lenteur en matière d'entraide et en vue d'instruire sur un fait mineur, et celui du refus de mettre en œuvre la force publique pour obliger une partie à produire des pièces essentielles (Jeandin, op. cit., n. 23 ad art. 319). Comme autres exemples, la doctrine mentionne les décisions qui ont pour effet de rendre le procès plus coûteux ou de le prolonger (ce qu'il convient cependant d'interpréter avec retenue, car l'ouverture du recours dans ces cas a en elle-même pour effet de prolonger le procès), soit par exemple celles qui ordonnent des expertises particulièrement coûteuses et qui vont prendre un temps particulièrement long (Hoffmann-Nowotny, in *ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde*, n. 26-28 ad art. 319 CPC). La doctrine considère en outre que l'ordonnance admettant une preuve contraire à la loi ou interdite peut causer un préjudice difficilement réparable (Hofmann/Lüscher, *Le Code de procédure civile*, 2^e éd. 2015, p. 298 ; Jeandin, op. cit., n. 23 ad art. 319). Dans cette catégorie sont englobés les cas dans lesquels l'administration d'une preuve porte atteinte à des droits absolus, comme la réputation, la propriété et le droit à la sphère privée, ainsi que le cas de l'expertise présentant un risque pour la santé (Jeandin, op. cit., n. 22a ad art. 319). De manière générale, il convient de retenir que la preuve est illicite lorsqu'elle est obtenue en violation d'une norme de droit matériel, laquelle doit protéger le bien juridique lésé contre l'atteinte en cause (lésion ou mise en danger) (cf. art. 152 al. 2 CPC ; ATF 140 III 6 cons. 3.1 ; Trezzini, in *Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero*, 2^e éd., vol. 1, n. 28 ad art. 152 et les auteurs cités). Un risque de préjudice difficilement réparable existe quand le juge refuse d'administrer une preuve qui pourrait disparaître en cours de procédure, par exemple l'audition d'un témoin mourant ou la production de pièces qui risquent d'être détruites (Jeandin, op. cit., n. 22b ad art. 319 ; Verda Chiochetti, op. cit., n. 78 ad art. 319).

E. 2.4

Le recours doit être motivé (art. 321 CPC). Les exigences de motivation sont les mêmes qu'en ce qui concerne l'appel (Jeandin, op. cit., n. 4 ad art. 321). Cela signifie que la partie recourante a le fardeau d'expliquer les motifs pour lesquels le jugement doit être annulé ou modifié (idem, n. 3 ad art. 311 ; Hurni, *Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen Zivilprozessrecht*, 2018, n. 551 p. 165 et n. 529 p. 159). S'agissant du préjudice difficilement réparable, il incombe au recourant d'établir que sa situation procédurale serait rendue notablement plus difficile et péjorée si la décision entreprise était mise en œuvre (cf. ATF 134 III 426 cons. 1.2 ; 133 III 629 cons. 2.3.1 ; Jeandin, op. cit., n. 22a ad art. 319).

E. 3

En l'espèce, et quoi qu'en dise le recourant, celui-ci ne démontre pas en quoi la décision attaquée est susceptible de lui causer un préjudice difficilement réparable au sens de l'article 319 let. b ch. 2 CPC, soit un préjudice qui ne pourrait plus être réparé par un jugement au fond de première ou de seconde instance (autorité d'appel) qui lui serait favorable.

E. 3.1

L'argument selon lequel le « manquement ne pourra pas être réparé dans le cadre d'un appel contre le jugement au fond car des témoins n'auront pas été auditionnés, les témoins auditionnés ne pourront pas être interrogés sur des pièces qui n'auront pas été produites et finalement les réponses posées dans le cadre de l'expertise resteront sans réponse vu les lacunes de l'expertise » est dénué de pertinence. En substance, le recourant soutient que « la poursuite de la procédure sera faussée » (acte de recours, où il fait également état d'« élément biaisés » et de l'omission d'« éléments pourtant pertinents ») et qu'il ne sera pas possible, sur la base des éléments ainsi établis, de corriger le jugement au fond qui sera prononcé en première instance en formant appel. Il se fonde ainsi sur une compréhension de l'article 319 let. b ch. 2 CPC qui n'est pas celle retenue par la jurisprudence. Il ne s'agit pas, selon celle-ci, d'examiner en soi les conséquences d'une éventuelle administration des preuves incorrecte du premier juge, mais de savoir si, en formant appel, le recourant est susceptible d'obtenir un jugement au fond lui étant favorable. Or le recourant garde la possibilité, par la voie de l'appel qui pourra être formé contre la décision finale qui sera prononcée par le tribunal civil, d'obtenir une décision en sa faveur puisque l'autorité d'appel pourra corriger, si elle le juge nécessaire, l'administration des preuves préalablement décidée par le premier juge et trancher – ou faire trancher par renvoi – le litige au fond sur cette nouvelle base factuelle. En l'occurrence, le recourant – à qui incombent le fardeau de l'allégation et celui de la preuve – ne démontre donc pas que la décision finale qui serait prononcée par la cour d'appel ne pourrait pas (ou plus) corriger la décision prise par le tribunal civil sur l'administration des preuves. Il ne prétend en particulier pas que certaines preuves seraient amenées à se perdre ou à disparaître en cours de procédure. Le recourant n'allègue pas non plus que le coût et le prolongement de la procédure seraient tels qu'un recours immédiat devrait être admis (la jurisprudence n'admettant que restrictivement la réalisation de cette condition).

E. 3.2

Le recourant n'allègue pas explicitement que l'ordonnance attaquée admettrait une preuve contraire à la loi ou interdite. Il ne présente, dans la partie de son mémoire consacrée au « préjudice difficilement réparable » de l'article 319 ch. 2 let. b CPC, aucune motivation consacrée à la validité de l'expertise. Dans une partie distincte de son mémoire, il fait état de l'expertise, requise auprès du Prof. A. _____ en France, qui n'aurait pas dû être prise en compte, en l'absence de commission rogatoire. Citant une contribution doctrinale, il affirme que « le recours à un expert à l'étranger ne peut évidemment se faire que par le biais d'une commission rogatoire » (réplique spontanée citant Thorens-Aladjen [recte : Aladjem], La conduite de l'expertise par la juge, in : L'expertise en procédure, Bohnet/Dupont [éd.], 2022, n. 35). De son côté, l'intimée allègue que le recourant savait que l'expert était domicilié en France, qu'il l'a accepté, qu'il avait connaissance de toutes les modalités relatives à ce mandat, qu'il n'a jamais requis de procéder par la voie de la commission rogatoire et que ce n'est qu'après avoir reçu le résultat de l'expertise, puis les réponses de

l'expert aux commissions complémentaires des parties, qu'il a fait état de l'absence de commission rogatoire. En l'occurrence, il est question de l'éventuelle application de la convention de la Haye sur l'obtention des preuves (CLaH70 ; RS.0.274.132) qui régit les relations entre la Suisse et la France dans le cas d'un expert français réalisant une étude et rédigeant un rapport sur la base des éléments qui lui sont remis par le juge suisse saisi de l'affaire. En Suisse, il est admis que la mise en œuvre d'une expertise judiciaire à l'étranger (aucune gradation n'étant opérée entre les expertises envisageables, en fonction de leur caractère contraignant pour leur auteur ou en lien avec l'objet expertisé) implique l'entraide judiciaire (Office fédéral de la justice , *Entraide judiciaire internationale en matière civile*, Lignes directrices, p. 1, note de pied 2, p. 20 et p. 21, qui vise spécifiquement les témoins et les experts, où l'OFJ précise que seule l'invitation à se rendre sur place à l'étranger n'a pas à passer par les voies de l'entraide, à condition toutefois qu'elle ne soit assortie d'aucune commination de mesures de contrainte ou que de telles mesures ne découlent pas automatiquement d'un refus ; Gauthey/Markus , *L'entraide judiciaire internationale en matière civile*, 2014, n. 551 et note de pied 570, ainsi que les auteurs cités ; Thorens-Aladjem , *op. cit.*, n. 35 ; Dolge , in *BSK ZPO*, 3 e éd. 2017, n. 35 ad art. 183 ; pour la pratique plus souple, en Allemagne, visant les expertises n'impliquant en soi pas de contrainte particulière, cf. Hau , *Gerichtssachverständige in Fällen mit Auslandsbezug*, in : *Recht der internationalen Wirtschaft [RIW] 2003*, Heft 11, p. 822 ss, disponible sur le site <https://online.ruw.de> ; Knöfel , *Grenzüberschreitende Justizkooperation in Zivilsachen*, Hamburg 2020, p. 1501 ss, disponible en ligne sur le site <https://ediss.sub.uni-hamburg.de>). Si le juge civil n'est en l'espèce pas passé par la voie de l'entraide judiciaire, on ne peut d'emblée en conclure que la décision attaquée confirmant la validité de l'expertise judiciaire ouvre la voie au recours immédiat de l'article 319 let. b ch. 2 CPC . Certes, on peut se demander si le mandat confié directement à l'expert français est propre à entraîner l'application de l'article 299 CP, soit d'une norme de droit matériel. Il n'est toutefois pas nécessaire d'entreprendre un examen approfondi de cette question. À ce stade, il faut revenir au critère de base, selon lequel la voie du recours immédiat est ouverte si la décision attaquée est susceptible de causer un préjudice difficilement réparable au recourant . Le préjudice défini à l'article 319 let. b ch. 2 CPC ne peut concerner des tiers (et les biens juridiques qui seraient les leurs) puisque, selon le mécanisme qui sous-tend la règle, il s'agit de savoir si la décision finale, ou un appel dirigé contre celle-ci, permettrait de « réparer », en faveur du recourant (et non d'une tierce personne), une éventuelle erreur affectant la décision objet du recours immédiat. En l'espèce, la norme pénale précitée ne protège pas un bien juridique appartenant au recourant, mais, selon l'intitulé de la norme pénale, la souveraineté territoriale de l'État étranger concerné, ainsi que les intérêts de politique étrangère de la Confédération helvétique, soit l'intérêt qu'à la Suisse à maintenir de bonnes relations avec les États étrangers (Dupuis et al. [éd.], *PC CP*, n. 1 ad Rem. prélim. aux art. 296 à 302). Le recourant ne subit dès lors aucun préjudice (au sens de l'article 319 let. b ch. 2 CPC) qui ne pourrait être « réparé » par une décision en sa faveur du premier juge ou, le cas échéant, de l'autorité d'appel. On signalera encore, en relevant que le recourant ne fournit quoi qu'il en soit aucune motivation dans cette perspective, qu'aucune règle du Code de procédure civile ne dicte au juge civil de détruire d'emblée une preuve obtenue de manière illicite – situation qui pourrait justifier un recours immédiat, pour permettre au recourant d'écarter la preuve en question –, mais qu'une appréciation reste indispensable (cf. art. 152 CPC). Enfin, l'objet soumis à l'expert judiciaire ne risque pas de disparaître ou de se détériorer en cours de procédure. Le recourant n'établit ni même n'allègue le

contraire.

E. 4

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours doit être déclaré irrecevable. Les frais de la procédure de seconde instance seront mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 106 CPC), qui devra en outre verser une indemnité de dépens à l'intimée. Cette indemnité sera fixée en équité, vu l'absence de mémoire d'activité (art. 105 al. 2 CPC), en fonction de la question litigieuse ainsi que des observations déposées par l'intimée. Une indemnité de 800 francs, frais et TVA inclus, paraît équitable.

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