

CHAMBRE DES RECOURS CIVILE

Arrêt du 18 mars 2019

Composition : M. SAUTEREL, président
Mmes Crittin Dayen et Courbat, juges
Greffière : Mme Schwab Eggs

Art. 29 al. 2 Cst. ; 49 al. 1, 53, 183 ss CPC

Statuant à huis clos sur le recours interjeté par **M. _____ SA**, à [...], défenderesse, contre le prononcé rendu le 11 janvier 2019 par la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause en récusation de l'expert divisant la recourante d'avec **E. _____ SA**, à [...], demanderesse, la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par prononcé du 11 janvier 2019, communiqué pour notification aux parties le même jour, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a rejeté la requête de récusation de l'expert R._____ SA SA déposée le 2 octobre 2018 par la défenderesse M._____ SA, société coopérative (I), a imparti aux parties un délai au 8 février 2019 pour présenter d'éventuelles déterminations sur la note d'honoraires de l'expert (II) et a rendu la décision sans frais (III).

Pour le premier juge, le comportement de l'expert n'était pas de nature à faire naître un doute sur son impartialité, l'expert ayant rencontré séparément les deux parties à plusieurs occasions dans le cadre de sa mission. Le magistrat a par ailleurs retenu que l'expert n'avait pas été mandaté par la demanderesse, celle-ci ayant confirmé « n'avoir jamais collaboré avec R._____ SA SA », que les rapports étaient signés par MM. [...] et [...] et qu'il n'y avait aucun motif de récusation. Une violation du droit d'être entendu des parties a de même été niée, le premier juge ayant relevé que les parties pourraient, si elles le souhaitaient, demander la convocation et l'audition de l'expert à l'audience de plaidoiries finales, si elles optaient pour des plaidoiries finales.

B. Le 21 janvier 2019, M._____ SA a fait recours contre ce prononcé. Elle demande l'admission du recours et l'annulation du prononcé, la cause étant renvoyée à l'autorité de première instance pour nouvelle décision. A titre subsidiaire, la société demande l'admission du recours et la réforme des chiffres I à III du prononcé, comme il suit : « I. La requête de récusation de l'expert R._____ SA SA, déposée le 2 octobre 2018, par la défenderesse M._____ SA est admise ; II. Le complément d'expertise rendu en date du 30 août 2018 est écarté du dossier ».

Par réponse du 22 février 2019, E._____ SA a conclu au rejet des conclusions prises par la recourante, sous suite de frais et dépens.

C. La Chambre des recours civile fait sien dans son entier l'état de fait du jugement, complété par les pièces du dossier, dont il ressort notamment ce qui suit :

1. Par demande du 23 octobre 2015, E. _____ SA (ci-après : la demanderesse) a introduit une réclamation pécuniaire contre M. _____ SA (ci-après : la défenderesse).

2. Le 19 janvier 2017, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a mis en œuvre l'expert R. _____ SA.

Le 1^{er} mai 2017, R. _____ SA a déposé un rapport d'expertise. Il en résulte que, le 27 avril 2017, l'expert a tenu une séance avec la défenderesse, en l'absence de la demanderesse. Cette séance intitulée « Séance de pointage des métrés en nos bureaux » avait pour but d'établir les métrés exacts afin de déterminer la rémunération de l'entrepreneur.

3. a) Le 7 juillet 2017, la demanderesse a requis un complément d'expertise ; elle a notamment invoqué au chiffre 2 de sa requête n'avoir pas été convoquée par l'expert à la séance du 27 avril 2017 consacrée au pointage des métrés – alors que la partie adverse y avait assisté – et a requis d'être convoquée à une séance de pointage des métrés identique à celle organisée le 27 avril 2017.

Le 14 août 2017, la défenderesse a également requis un complément d'expertise.

b) Par avis du 9 novembre 2017, transmis en copie aux conseils des parties, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a ordonné un complément d'expertise. Le magistrat a repris les questions des conseils des parties et a indiqué notamment ce qui suit :

« 2) **Question 2 de Me Diserens** : Sous point 3.2 de son rapport, l'expert fait état de la séance qu'il a eue le 27 avril 2017 pour le

pointage des métrés. Or seule la défenderesse a été convoquée à cette séance, alors d'une part que les métrés analysés à cette occasion sont ceux que la demanderesse conteste, et que, d'autre part, E. _____ SA a effectué ses propres métrés, dont elle se prévaut en procédure, et sur lesquelles l'expert ne l'a pas entendue.

L'expert doit dès lors être invité à compléter, soit à reprendre son expertise en convoquant la demanderesse à une séance de pointage des métrés identique à celle organisée le 27 avril 2017.

(...)

5) Question 5 de Me Diserens : Ad allégué 35bis, l'expert doit être invité à reconsidérer ses calculs en tenant compte des rabais contractuels convenus entre les parties et qui différaient selon les lots (...). Avez-vous pu procéder à une corrélation entre le prix de l'offre et ceux retenus pour les mêmes prestations dans le cadre du protocole de négociation finale (...) ? »

c) Une séance de mise en œuvre a eu lieu le 12 juin 2018 en présence des parties.

Le 30 août 2018, R. _____ SA a déposé un rapport d'expertise complémentaire. Ce rapport s'appuie en particulier sur deux séances des 9 juillet et 22 août 2018 et les relevés effectués à ces occasions. Le 9 juillet 2018, l'expert a procédé à une séance « de métrés local sur site » en présence de la demanderesse ; la défenderesse n'y a pas participé. Le 22 août 2018, l'expert a encore tenu une « séance explicative sur les métrés et offres chez E. _____ SA », en présence de représentants de la demanderesse ; la défenderesse n'était pas présente. Annexé comme pièce 2 du rapport d'expertise complémentaire, le procès-verbal de cette séance a été établi le 26 août 2018. L'ordre du jour de cette séance était « éclaircissement sur les offres, récapitulation des coûts et métrés de facturation », soit le « procès-verbal n° 3 ». En première page de ce procès-verbal figure la mention qu'il a été diffusé par courrier postal à Me Luciani, conseil de la défenderesse ; ce document comporte également l'indication qu'il sera considéré comme accepté s'il ne devait pas susciter de remarque dans un délai de huit jours dès sa parution. La rubrique « remarques et décisions » de ce procès-verbal comporte quatre points : la récapitulation des coûts - soit l'examen des offres et des rabais de la défenderesse par lots -, le métré de la demanderesse, le renchérissement et le planning.

Par avis du 11 septembre 2018, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a transmis aux parties copie du rapport complémentaire d'expertise et leur a imparti un délai au 2 octobre 2018 pour présenter d'éventuelles déterminations sur la note d'honoraires de l'expert.

d) Par requête du 2 octobre 2018, la défenderesse a demandé la récusation de l'expert R. _____ SA ; elle a également demandé que l'expert soit interpellé sur un certain nombre de points.

Par avis du 2 novembre 2018, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a transmis à l'expert une liste de questions déposées par le conseil de la défenderesse, et lui a imparti un délai pour se déterminer.

Par courrier du 28 novembre 2018, le conseil de la demanderesse a conclu au rejet de la requête de récusation.

Par courrier du 5 décembre 2018 intitulé « Réponse aux questions / Demandes de Me Luciani du 22.11.2018 », l'expert s'est déterminé sur la question des convocations aux séances. Il indique notamment ce qui suit :

« Le procès-verbal du 22 août 2018 concerne effectivement le point « Eclaircissement sur les offres, récapitulation des coûts et métrés de facturation ». Cette séance a été réalisée avec E. _____ SA selon demande du 9 novembre 2017, point 2 Question 2 de Me Diserens.
Lors de cette séance, des confirmations d'offres et d'éclaircissements sur les calculs effectués pour arriver au montant du contrat ont été discutés. »

En droit :

1.

1.1 L'art. 50 al. 2 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) ouvre la voie du recours de l'art. 319 let. b ch. 1 CPC

contre les décisions sur demande de récusation. La Chambre des recours civile statue en pareille hypothèse (art. 8a al. 7 CDP) [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 ; BLV 211.02], 73 al. 1 LOJV [loi vaudoise du 12 septembre 1979 d'organisation judiciaire ; BLV 173.01] et 18 al. 1 ROTC [règlement organique du Tribunal cantonal du 13 novembre 2007 ; BLV 173.31.1]).

Le délai de recours est de dix jours (art. 321 al. 2 CPC ; Tappy Commentaire romand, Code de procédure civile, Bâle 2019, 2^e éd., nn. 21 et 32 ad art. 50 CPC).

1.2 Interjeté en temps utile par une des parties au procès qui bénéficie d'un intérêt digne de protection à demander la récusation de l'expert (art. 59 al. 2 let. a CPC), le recours est recevable.

2.

2.1 La recourante invoque une violation du droit en matière de récusation en lien avec l'expertise complémentaire du 30 août 2018. Pour la recourante, le premier juge aurait considéré à tort que le comportement de l'expert n'était pas de nature à faire naître un doute sur son impartialité, au vu de l'enchaînement chronologique des rencontres entre l'expert et chacune des parties et de leur influence sur l'expertise et son complément. La recourante soutient que c'est à la suite de la séance du 22 août 2018 avec la seule intimée que le complément d'expertise aurait été rédigé en sa défaveur, en ce sens que les montants arrêtés par l'expert seraient apparus alors nettement supérieurs à ceux retenus dans le premier rapport d'expertise. Le point 5 du complément d'expertise aurait été rédigé uniquement en fonction de « l'information transmise lors de la séance du 22 août 2018 » à laquelle la recourante n'avait pas participé et qui portait sur un sujet de discorde pour lequel elle aurait dû être entendue. Invoquant le droit d'être entendu, la recourante soutient également que l'expert aurait dû organiser une séance portant sur la même problématique avec elle afin de recueillir son point de vue.

L'intimée considère que la recourante ne se plaint que d'une violation de son droit d'être entendue. Dès lors que l'expert a recueilli la position et les explications de chacune des parties dans le cadre de séances organisées sur le même modèle, leur droit d'être entendu aurait été respecté. Le fait pour l'expert de ne pas avoir confronté les parties à l'occasion d'une séance ne pourrait pas avoir quelque impact que ce soit sur l'appréciation de son expertise. L'intimée observe encore que les questions relatives aux rabais contractuels convenus, qui ont fait l'objet de la séance du 22 août 2018, relèveraient du droit et que les deux parties pourraient s'exprimer à ce sujet le moment venu.

2.2

2.2.1 Aux termes de l'art. 49 al. 1 CPC, la partie qui entend obtenir la récusation d'un magistrat ou d'un fonctionnaire judiciaire la demande au tribunal aussitôt qu'elle a eu connaissance du motif de récusation. Selon une jurisprudence constante – désormais ancrée à l'art. 49 al. 1 CPC –, la partie qui a connaissance d'un motif de récusation doit l'invoquer aussitôt, sous peine d'être déchue du droit de s'en prévaloir ultérieurement (ATF 139 III 120 consid. 3.2.1 ; ATF 138 I 1 consid. 2.2, ATF 134 I 20 consid. 4.3.1). Le droit de soulever un motif de récusation se périmé dès lors s'il n'est pas invoqué immédiatement (ATF 140 I 271 consid. 8.4.3 ; ATF 138 I 1 consid. 2.2 ; Tappy, op. cit., n. 19 ad art. 49 CPC). Il serait en effet contraire aux règles de la bonne foi de garder ce moyen en réserve pour ne l'invoquer qu'en cas d'issue défavorable ou lorsque l'intéressé se serait rendu compte que l'instruction ne suivait pas le cours désiré (ATF 139 III 120 consid. 3.2.1 ; ATF 136 III 605 consid. 3.2.2). Le principe de la bonne foi commande en outre de ne pas laisser un magistrat ou un fonctionnaire récusable participer à des opérations qui pourraient ensuite être répétées (Tappy, op. cit., n. 11 ad art. 49 CPC).

Si la loi ne prévoit aucun délai particulier, il y a lieu d'admettre que la récusation doit être formée « dans les jours qui suivent » la connaissance de la cause de la récusation (CA 12 décembre 2018/58 ; TF 5A_749/2015 du 27 novembre 2015 ; TF 1B_277/2008 du 13 novembre 2008 consid. 2.3 *in fine* ; Aubry Girardin, Commentaire LTF, 2014, n. 11 ad

art. 36 LTF). Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a laissé indécise la question de savoir si on pouvait déduire de l'art. 51 al. 1 CPC que le terme « aussitôt » (« unverzüglich ») utilisé à l'art. 49 al. 1 CPC impliquait que la demande de récusation devait intervenir au plus tard dans un délai de dix jours (TF 4A_600/2015 du 1^{er} avril 2016 consid. 6.3, cité par Colombini in Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, n. 2.4 ad art. 49 CPC). L'art. 51 al. 1 CPC prévoit en effet que, si elle entend obtenir l'annulation des actes de procédure auxquels a participé une partie tenue de se récuser, la partie doit le demander dans les dix jours après qu'elle a eu connaissance du motif de récusation. A cet égard, Tappy valide une limite de dix jours ayant valeur indicative et, s'agissant de faits appris à la lecture d'une décision, parle d'une obligation d'agir dans les jours qui suivent, soit de quelques jours et non de deux ou trois semaines voire davantage (Tappy, op. cit., nn. 10 et 12 ad art. 49 CPC et les réf. citées). Dans tous les cas, attendre près d'un mois avant de former une demande de récusation est trop long (TF 8F_4/2011 du 18 octobre 2011 consid. 6.1 ; Aubry Girardin, op. cit., n. 11 ad art. 36 LTF).

2.2.2 En l'espèce, on ignore si le procès-verbal de la séance du 22 août 2018 a bien été transmis au conseil de la recourante, ni, dans l'affirmative, à quelle date, ou s'il ne l'a été qu'en annexe du rapport d'expertise complémentaire du 30 août 2018 envoyé aux parties par le greffe de la Chambre patrimoniale le 11 septembre 2018. Quoi qu'il en soit, la recourante a demandé la récusation de l'expert le 2 octobre 2018, soit le dernier jour du délai imparti pour se déterminer sur le rapport d'expertise complémentaire. Intervenue vingt-et-un jours, soit trois semaines, après la réception du procès-verbal litigieux, la demande de récusation est tardive et donc irrecevable. C'est donc à juste titre que les premiers juges l'ont écartée.

2.3

2.3.1 Sous l'angle de la violation du droit d'être entendu, se pose encore la question de savoir si l'expert pouvait convoquer et entendre séparément les parties, à savoir la recourante dans le cadre de l'expertise principale (le 27 avril 2017) et l'intimée dans le cadre du complément

d'expertise (les 9 juillet et 22 août 2018), ce que la recourante perçoit comme étant inadmissible – point de vue non partagé par l'intimée qui n'y voit aucune violation du droit d'être entendues des intéressées.

2.3.2 Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle (art. 29 al. 2 Cst. [Constitution fédérale du 18 avril 1999 ; RS 101]) de nature formelle. Sa violation implique l'annulation de la décision attaquée, sans égard à la question de savoir si son respect aurait conduit à une autre décision, sauf si le vice peut être réparé lorsque l'autorité de recours dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité de première instance ou si l'informalité n'est pas de nature à influencer sur le jugement (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa ; Halldy, Commentaire romand, Code de procédure civile, Bâle 2019, 2^e éd., nn. 19 et 20 ad art. 53 CPC). Ce moyen doit par conséquent être examiné en premier lieu (ATF 124 I 49, SJ 1998 403) et avec un plein pouvoir d'examen (ATF 127 III 193 consid. 3 et la jurisprudence citée). Le droit d'être entendu est concrétisé à l'art. 53 CPC.

Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens de l'art. 29 Cst., le droit d'être entendu garantit notamment au justiciable le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1 et les réf. ; ATF 124 I 49 consid. 3a ; ATF 124 I 241 consid. 2 ; ATF 122 I 53 consid. 4a).

Les parties doivent être associées au processus de définition de la mission de l'expert et de la mise en œuvre concrète de l'expertise (Schweizer, Commentaire romand, Code de procédure civile, Bâle 2019, 2^e éd., n. 6 ad art. 185 CPC). Selon Bettex, le principe du contradictoire doit être respecté par l'expert (Bettex, L'expertise judiciaire, Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, 2006, pp. 149, 161, 162). Cet auteur précise encore que lorsqu'une inspection locale a pour but d'établir un état de fait, il s'impose que les parties y soient présentes ; (Bettex, op. cit., p. 162, qui se réfère à l'ATF 104 Ib 119). Les contacts unilatéraux

entre un expert judiciaire et une partie ou ses représentants donnent en effet lieu à l'apparition d'une partialité. Même si les contacts unilatéraux ne concernent que des questions organisationnelles, ils se déroulent par définition en l'absence de la partie adverse et échappent à leur contrôle, ce qui suscite une méfiance évidente dans l'impartialité de l'expert (TF 4P.254/2006 du 6 décembre 2006 et les réf. citées).

2.3.3 En l'espèce, l'ordre du jour de la séance du 22 août 2018 était « éclaircissement sur les offres, récapitulation des coûts et métrés de facturation » ; selon le procès-verbal de cette séance quatre points ont été abordés à cette occasion, à savoir la récapitulation des coûts – soit l'examen des offres et des rabais de la recourante par lots –, les métrés de l'intimée, le renchérissement et le planning. Dans son courrier du 5 décembre 2018 aux questions du conseil de la recourante, l'expert a expliqué que la séance du 22 août 2018 avait été réalisée avec l'intimée selon la demande du 9 novembre 2017 [recte : l'ordonnance de complément d'expertise du 9 novembre 2017 reprenant les requêtes des parties], point 2 du conseil de l'intimée, et qu'au cours de cette séance des confirmations d'offres et des éclaircissements sur les calculs effectués pour arriver au montant du contrat avaient été discutés.

Si, dans son ordonnance de complément d'expertise, le premier juge a effectivement invité l'expert à convoquer l'intimée à une séance de pointage des métrés « identique à celle organisée le 27 avril 2017 », il n'a toutefois pas ordonné de séance sur d'autres points, notamment sur la question des rabais contractuels. Sur la base de l'ordonnance de complément d'expertise, l'expert aurait dû se contenter de convoquer l'intimée à une séance de pointage des métrés, ce qu'il a fait lors de la séance du 9 juillet 2018 – d'ailleurs non contestée par la recourante. En organisant une séance unilatérale le 22 août 2018, lors de laquelle ont été abordées des questions que l'expert aurait dû examiner et trancher sur la base du dossier ou en convoquant les deux parties, l'expert a violé le droit d'être entendue de la recourante.

Afin de réparer cette violation, l'expert devra entendre la recourante sur les questions traitées à l'occasion de la séance du 22 août 2018, dans la mesure du possible en présence de l'intimée, et, au vu du résultat de cette rencontre, modifier au besoin ses conclusions.

3. Pour ces motifs, le recours doit être admis et la cause renvoyée au premier juge pour compléter l'instruction dans le sens des considérants.

Les frais judiciaires de deuxième instance seront arrêtés à 500 fr. (art. 69 et 70 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), en application du principe d'équivalence (sur le principe d'équivalence, cf. ATF 143 I 220 consid. 5.2.2). Les frais seront laissés à la charge de l'Etat (art. 107 al. 2 CPC), dès lors qu'ils ne sont pas imputables aux parties, le montant de 500 fr. avancé par la recourante lui étant restitué.

Dans la mesure toutefois où l'intimée a conclu au rejet du recours, elle doit verser des dépens à la recourante (art. 106 al. 1 CPC) à hauteur de 1'000 fr. (art. 8 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.6]).

Par ces motifs,
la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal,
p r o n o n c e :

- I. Le recours est admis.
- II. La cause est renvoyée à l'autorité de première instance pour compléter l'instruction dans le sens des considérants.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 500 fr. (cinq cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

IV. L'intimée E. _____ SA doit verser à la recourante M. _____ SA la somme de 1'000 fr. (mille francs) à titre de dépens.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Pierre-Xavier Luciani (pour M. _____ SA),
- Me Christophe Diserens (pour E. _____ SA).

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale.

La greffière :