

# La nature de la décision portant sur la récusation de l'expert

Selon le Tribunal fédéral, la décision statuant sur la récusation d'un expert constitue une ordonnance d'instruction qui peut être rendue par un juge délégué (art. 124 al. 2 CPC). Elle est susceptible d'un recours ex lege (art. 319 let. b ch. 1 CPC), dans un délai de dix jours, conformément à l'art. 50 al. 2 CPC appliqué par analogie.

*Laut Bundesgericht stellt der Entscheid über den Ausstand eines Sachverständigen eine prozessleitende Verfügung dar, die von einem delegierten Richter erlassen werden kann. Dieser Entscheid kann in analoger Anwendung von Art. 50 Abs. 2 ZPO innerhalb von zehn Tagen angefochten werden (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO).*

Arrêt du Tribunal fédéral du 30 septembre 2021 (4A\_155/2021)

**Michel Heinzmann**, docteur en droit, LL.M., professeur à l'Université de Fribourg

**Eric Clément**, assistant diplômé à l'Université de Fribourg

## Les faits

**(275)** Une commune et un bureau d'architecture ont conclu un contrat d'architecte pour la construction d'un théâtre. Le bureau d'architecture dépose une action en paiement d'honoraires supplémentaires à hauteur de 2,3 millions de francs à l'encontre de la commune. Lors des débats d'instruction, les parties conviennent de mettre en œuvre deux expertises. Sur proposition de la partie demanderesse, la Présidente du Tribunal désigne l'architecte C. comme expert, en dépit du fait que la partie défenderesse conteste l'impartialité de celui-ci. La magistrate estime que le fait que l'expert exerce la fonction de vice-président de l'Union internationale des architectes (UIA) et qu'il est membre d'honneur de la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA) n'est pas de nature à faire suspecter une prévention, l'expert n'ayant, par ailleurs, aucun lien d'amitié ou d'inimitié avec l'une des parties. Le Tribunal cantonal fribourgeois rejette le recours de la commune et celle-ci exerce un recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral.

## L'arrêt

Dans un premier grief, la recourante fait valoir que, en vertu de l'art. 50 al. 1 CPC, la demande de récusation aurait dû être traitée par le tribunal in corpore et non pas par la juge déléguée. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 50 al. 1 CPC ne fonde aucune règle fédérale de compétence fonctionnelle, le terme «tribunal» signifiant uniquement que les cantons doivent désigner une autorité judiciaire pour statuer sur la requête de récusation. Une telle obligation ne découle pas non plus de l'art. 183 al. 1 CPC selon lequel le «tribunal» peut solliciter une expertise auprès d'un ou de plusieurs experts. La décision par laquelle la juge nomme un expert est une ordonnance d'instruction pouvant être confiée au juge délégué (art. 124 al. 2 CPC). Le fait que cette décision traite égale-

ment de la demande de récusation ne modifie en rien sa nature. Il en irait d'ailleurs de même si la décision sur récusation avait été prise subséquemment à celle portant sur la nomination de l'expert. Partant, le premier grief de la recourante est écarté.

Dans un obiter dictum, les juges de Mon Repos précisent deux points. D'une part, l'application analogique de l'art. 50 al. 2 CPC, qui permet de recourir contre la décision de récusation sans devoir justifier d'un risque de préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b CPC), ne semble a priori guère critiquable lorsque la décision attaquée a trait à la récusation d'un expert. D'autre part, il paraît également défendable de considérer que le délai de recours est de 10 jours, puisqu'il s'agit d'une ordonnance d'instruction (art. 321 al. 2 CPC) et que, selon la jurisprudence, la demande récusation relève de la procédure sommaire (ATF 145 III 469 cons. 3.3).

Dans un deuxième grief, la recourante critique le fait que les juges fribourgeois n'ont pas reconnu la prévention de l'expert, en dépit des fonctions qu'il a jadis occupées au sein de l'UIA et de la SIA, alors même que cette dernière a, par le passé, défendu une méthode de calcul d'honoraires dont la partie demanderesse s'est prévaluée dans ses écrits. Pour notre Haute Cour, «sur la base de l'état de fait de l'arrêt attaqué, des questionnaires d'expertises et des renseignements livrés sur les sites Internet de l'UIA et de la SIA, on ne discerne en l'état aucun motif de récuser l'expert.» (cons. 5.3.2. i.f.). Dès lors, ce deuxième grief est lui aussi écarté.

Dans un troisième grief, la recourante reproche au Tribunal cantonal de ne pas avoir invité l'expert à se prononcer sur la demande de récusation. Considérant que l'art. 49 al. 2 CPC, selon lequel «[l]e magistrat ou le fonctionnaire judiciaire concerné se prononce sur la demande récusation», est applicable par analogie à l'expert et que la requête de récusation n'est ni abusive, ni manifestement infondée, le Tribunal fédéral admet le recours sur ce point, ce qui conduit à l'annulation du jugement cantonal et au renvoi de la cause à l'autorité précédente afin qu'elle rende une nouvelle décision dans le sens des considérants<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Voir TC/FR 101 2021 408 et 101 2021 477 du 9 février 2022 pour l'arrêt de renvoi, contre lequel un nouveau recours auprès du Tribunal fédéral a été déposé.

## Le commentaire

Tout comme pour un magistrat, l'impartialité d'un expert peut être remise en question par les parties au procès. C'est la raison pour laquelle l'art. 183 al. 2 CPC renvoie aux motifs de récusation des magistrats et fonctionnaires judiciaires prévus à l'art. 47 CPC. Les dispositions sur l'expertise ne contiennent, en revanche, aucune règle sur la procédure de récusation. Il se justifie dès lors d'appliquer, par analogie, les art. 48 à 50 CPC.

Une des questions soulevées dans le présent arrêt, qui est destiné à publication, est celle de savoir quelle est la nature juridique de la décision par laquelle un juge rejette une demande de récusation de l'expert. Dans un arrêt de principe rendu en 2019, le Tribunal fédéral a qualifié la décision sur récusation d'un juge d'autre décision et non pas d'ordonnance d'instruction (cf. art. 319 let. b CPC), car elle « ne s'inscrit pas dans les mesures ordinairement nécessaires à la préparation et à la conduite rapide du procès civil »<sup>2</sup>. Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral qualifie la décision sur récusation d'un expert d'ordonnance d'instruction et remet sur le devant de la scène l'épineuse question de la distinction entre l'ordonnance d'instruction et les autres décisions. Rappelons que cette distinction n'a pas qu'une portée théorique. En effet, le délai de recours est de 10 jours contre les ordonnances d'instructions, alors qu'il est de 30 jours contre les autres décisions, sauf si la procédure sommaire est applicable (art. 321 al. 1 et 2 CPC)<sup>3</sup>.

En l'occurrence, le Tribunal fédéral considère qu'il s'agit d'une ordonnance d'instruction parce que la nomination de l'expert, qui est une ordonnance de preuves, et le rejet de la demande de récusation ont lieu en même temps. Selon lui, le fait que le tribunal statue simultanément sur des motifs de récusation ne modifie en rien la nature de cette décision. Il relève en outre les avantages pratiques de cette solution. L'ordonnance d'instruction peut être rendue par le juge instructeur, alors qu'une « autre décision » devrait être prononcée par le collège (pour autant que l'affaire soit jugée par un tribunal formé de manière collégiale selon le droit fédéral ou cantonal), ce qui complexifierait inutilement la procédure.

Sur le plan dogmatique, cette motivation ne convainc guère. En effet, comme relevé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt de principe de 2019 que nous avons évoqué plus haut, une décision qui tranche une demande de récusation ne

constitue pas une mesure qui a pour but de faire avancer la procédure. Peu importe que la requête vise un magistrat ou un expert: l'objet de la décision reste le même, à savoir la récusation d'une personne impliquée dans le procès. Il est vrai que la récusation d'un magistrat n'a pas la même portée que la récusation d'un expert. Dans le premier cas, la composition du tribunal est affectée puisqu'une personne participant directement à la prise de décision est écartée<sup>4</sup>. En outre, la récusation d'un expert est toujours intrinsèquement liée à une ordonnance de preuves, la nomination de l'expert, ce qui n'est pas le cas pour la décision sur la récusation d'un magistrat<sup>5</sup>. Mais ces spécificités ne modifient pas la nature de la décision. À notre avis, il serait préférable de qualifier séparément les deux éléments de la décision, à savoir, d'une part, la nomination de l'expert et, d'autre part, la récusation de ce même expert. Le fait de réunir, dans une seule décision, plusieurs objets de natures différentes n'est d'ailleurs pas une nouveauté. Ainsi, en matière de divorce, il arrive qu'un tribunal rende simultanément une décision finale et une décision sur mesures provisionnelles<sup>6</sup> ou qu'une indemnité d'office soit fixée dans le jugement au fond<sup>7</sup>.

Cela étant, les conséquences pratiques découlant de la qualification de décision sur récusation d'un expert d'« autre décision » sont limitées. En effet, vu que la procédure sommaire est applicable à la procédure de récusation<sup>8</sup>, le délai de recours est de toute manière de dix jours (art. 321 al. 2 CPC). La seule répercussion concerne la composition de l'autorité. En effet, même s'il ne l'affirme pas expressément, le Tribunal fédéral semble considérer que seules les ordonnances d'instructions puissent être déléguées à l'un des membres du tribunal (art. 124 al. 2 CPC)<sup>9</sup>. *A contrario*, les autres décisions, telles que celles portant sur la récusation d'un expert, ne seraient pas susceptibles d'être déléguées. Cette question mérite toutefois une analyse plus approfondie qui dépasse le cadre de ce commentaire.

<sup>2</sup> ATF 145 III 469 cons. 3.2 (non publié au JdT).

<sup>3</sup> PC CPC-Bastons-Bulletti, art. 319 N 7.

<sup>4</sup> CPC Online-Bastons Bulletti newsletter du 29.10.2021 relative à l'arrêt 4A\_155/2021, N 4.

<sup>5</sup> CPC Online-Bastons Bulletti newsletter du 29.10.2021 relative à l'arrêt 4A\_155/2021, N 4.

<sup>6</sup> Voir arrêt 5A\_261/2020 du 27 août 2020 cons. 4.2

<sup>7</sup> Arrêt 5A\_94/2015 du 6 août 2015 cons. 5; arrêt 5A\_120/2016 du 26 mai 2016 cons. 2.1.

<sup>8</sup> ATF 145 III 469 cons. 3.3 (non publié au JdT).

<sup>9</sup> Cons. 4.4 de l'arrêt commenté. Voir ég. ATF 145 II 469 cons. 3.2 (non publié au JdT) indiquant que la décision sur récusation d'un magistrat constitue une autre décision du fait qu'elle ne s'inscrit pas dans les mesures ordinairement nécessaires à l'organisation de la procédure, lesquelles sont ordonnées, en application de l'art. 124 CPC, par le tribunal saisi ou le juge délégué.