

*Procédure civile - preuve à futur - annulation d'expertise - décision du juge du district de Sion du 16 janvier 2015, époux X. c. Y. Sàrl - SIO C2 15 12*

**Demande d'annulation d'une seconde expertise complémentaire dans le cadre d'une procédure de preuve à futur ; droit d'être entendu ; nouvelle expertise**

- Conditions de la procédure de preuve à futur ; distinction entre la let. a et la let. b de l'art. 158 al. 1 CPC (consid. 3a).
- Déroulement de la mise en œuvre d'une expertise (art. 183 ss CPC, consid. 4a).
- Limites du droit d'être entendu en matière d'expertise (consid. 4b).
- En l'espèce, le droit d'être entendu des requérants a été respecté, ceux-ci ayant en outre invoqué tardivement ce vice (consid. 5a).
- Conditions justifiant une seconde expertise, non réalisées en l'espèce (consid. 5b).

**Gesuch, ein zweites Ergänzungsgutachten im Rahmen des vorsorglichen Beweisführungsverfahrens aus den Akten zu weisen; rechtliches Gehör; neues Gutachten**

- Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung; Unterscheidung zwischen lit. a und lit. b von Art. 158 Abs. 1 ZPO (E. 3a).
- Ablauf bei der Einholung eines Gutachtens (Art. 183 ff. ZPO; E. 4a).
- Schranken des rechtlichen Gehörs im Bereich von Gutachten (E. 4b).
- Vorliegend wurde das rechtliche Gehör der Gesuchsteller, welche den angeblichen Mangel im Übrigen zu spät rügten, gewahrt (E. 5a).
- Voraussetzungen für die Einholung eines zweiten Gutachtens, welche vorliegend nicht erfüllt sind (E. 5b).

**Faits (résumé)**

**A.** A la suite de travaux de plâtrerie, peinture et décoration effectués par Y. Sàrl dans la villa des époux X., un litige est survenu concernant les métrés ainsi que les prix unitaires retenus. Les époux X. ont contesté la facture de quelque 60 000 fr., après avoir eux-mêmes procédé au métrage et requis des devis de cinq entreprises de peinture.

**B.** Le 17 janvier 2013, Y. Sàrl a déposé devant le Tribunal du district de Sion une requête de preuve à futur concluant à la mise en œuvre d'une expertise tendant à l'évaluation des travaux qu'elle avait effectués pour le compte des époux X. ainsi qu'à la confirmation du coût

retenu dans les trois factures qu'elle avait établies. Le juge a admis la requête et désigné un expert, lui précisant qu'il devait répondre de manière précise et complète aux questions, après avoir entendu les parties et pris les mesures d'investigations utiles.

**C.** Après avoir procédé comme l'avait indiqué le magistrat, l'expert a rendu son rapport, puis, à la demande des parties, il a fourni un complément, après les avoir entendues une nouvelle fois. Sur requête des époux X., l'expert a déposé un second rapport complémentaire, dans lequel il a précisé à titre préliminaire avoir jugé inutile de convoquer encore les parties ou de procéder à une vision locale. Les époux X. ont requis l'annulation de ce second rapport en raison de l'absence de convocation des parties, invoquant une violation de leur droit d'être entendus.

### **Considérants (extraits)**

**3. a)** La procédure de preuve à futur prévue à l'art. 158 CPC est une procédure probatoire spéciale (RVJ 1990 229 consid. 3a p. 232 ; Vouilloz, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), in AJP/PJA 2009 830 ss, p. 835 et les références citées à la note de pied 59) à laquelle les dispositions sur les mesures provisionnelles, hormis quelques exceptions (Bohnet, Procédure civile, Bâle 2014, p. 366 s.) et, partant, la procédure sommaire sont applicables (art. 158 al. 2 CPC ; art. 248 let. d CPC).

La preuve à futur est admise lorsque la loi confère le droit d'en faire la demande (art. 158 al. 1 let. a CPC), comme par exemple à l'art. 367 al. 2 CO pour le contrat d'entreprise (Fellmann, in Sutter-Somm/Hasenboehler/Leuenberger, ZPO, n. 10 et 13 ad art. 158 CPC). La preuve à futur permet aussi d'assurer la conservation de la preuve (art. 158 al. 1 let. b CPC ; Hohl, Procédure civile, t. II, 2010, n.1741, p. 318 ; Schweizer, Code procédure civile commenté, Bâle 2011, n. 11 ad art. 158 CPC), si sa mise en œuvre ultérieure devait être impossible ou même simplement plus difficile (RVJ 2008 p. 150 consid. 1b ; Fellmann, op. cit., n. 12 ad art. 158 CPC), comme par exemple l'audition d'un témoin dont les jours sont comptés ou l'inspection d'une construction présentant un risque d'effondrement (Vouilloz, op. cit., p. 835 ; Schweizer, op. cit., n. 11 ad art. 158 CPC).

Enfin, la preuve à futur peut être requise lorsque le requérant rend vraisemblable un intérêt digne de protection, par exemple dans l'hypothèse où il souhaite faire administrer une expertise hors procès pour évaluer les chances de procédure au fond (Haldy, Procédure civile suisse, Bâle 2014, n° 520 ; Ducrot/Fux, Nouvelles législations relatives à l'organisation judiciaire et à la procédure civile: Quoi de neuf pour le praticien valaisan, in RVJ 2011 p. 54 ; Fellmann, op. cit., n. 17 ad art. 158 CPC). S'il y a déjà eu une expertise propre à servir de preuve, il n'y a pas d'intérêt digne de protection à faire ordonner une nouvelle expertise par voie de preuve à futur pour clarifier les chances de succès d'un procès, de sorte que la requête de preuve à futur doit être rejetée (arrêts 4A\_342/2014 du 17 octobre 2014 consid. 3 et 4A\_248/2014 du 27 juin 2014 consid. 1.3 ; ATF 140 III 24 consid. 2.2.2; Hurni, Vorsorgliche Beweisführung zwecks Abklärung der Prozessaussichten, in ZBJV 150/2014 p. 85 ss, spéc. p. 88, Bohnet, Procédure civile, op. cit., p. 366).

Selon l'art. 367 CO, après la livraison de l'ouvrage, le maître doit en vérifier l'état aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires, et en signaler les défauts à l'entrepreneur, s'il y a lieu (al. 1). Chacune des parties a le droit de demander, à ses frais, que l'ouvrage soit examiné par des experts et qu'il soit dressé acte de leurs constatations (al. 2). Le but de la disposition est de préserver la preuve du défaut (vu sous l'angle du maître) ou de la conformité (vu sous l'angle de l'entrepreneur) de l'ouvrage. L'art. 367 al. 2 CO vise le recours à une expertise judiciaire. Celle-ci est demandée hors procès, par le biais de la juridiction gracieuse. L'activité de l'expert se limite à constater l'état de l'ouvrage et à dresser acte de ses constatations. Il peut également se prononcer sur l'origine des défauts, mais il ne doit pas trancher des questions juridiques (Chaix, Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2006, n. 16 s. ad art. 367 CO). Les défauts que le législateur a eus en vue, s'agissant de l'art. 367 CO, sont ceux qui altèrent l'état de l'ouvrage. Le manque de diligence de l'entrepreneur qui demeure sans incidence sur l'état de l'ouvrage et se manifeste uniquement par une augmentation inhabituelle du travail ou un emploi excessif de matériaux, etc., ne constitue pas un défaut au sens de l'art. 367 CO. Si les parties ne s'entendent pas sur le prix qui n'a pas été fixé d'avance, le litige porte non sur un défaut de l'ouvrage, mais sur la manière de calculer le prix non fixé à forfait. Un tel litige ne présuppose pas que le maître vérifie l'ouvrage et en signale

les défauts. Il lui suffit, sans avoir de délai à respecter, de s'opposer à la prétention de l'entrepreneur. Tant qu'il n'a pas reconnu, expressément ou tacitement, la facture de celui-ci, il peut en contester les bases de calcul et faire valoir que les dépenses alléguées par l'entrepreneur sont excessives (ATF 96 II 58). Ainsi, le droit à l'examen de l'ouvrage par un expert prévu par l'art. 367 al. 2 CO ne s'applique pas en cas de désaccord entre l'entrepreneur et le maître d'ouvrage sur le prix de l'ouvrage non fixé préalablement.

**b)** S'agissant de la procédure régie par l'art. 158 al. 1 CPC, il s'agit également d'être attentif au fait qu'au stade d'une preuve à futur hors procès, le sujet du procès n'est pas encore défini. Le requérant doit donner au tribunal les indications nécessaires à l'établissement de l'état de fait et déterminer l'étendue de la preuve à futur. Il appartient à celui qui requiert une expertise dans le cadre d'une preuve à futur de soumettre au tribunal les questions qu'il souhaite poser aux experts. La partie adverse peut apporter, par le biais de questions, de questions complémentaires ou de demandes d'explications, son propre point de vue (ATF 140 III 16 consid. 2.2.3). Le défendeur peut poser des questions complémentaires visant à clarifier l'état de fait. Le tribunal doit toutefois veiller à ce que la demande du défendeur reste dans le cadre de l'objet du litige et ne l'élargisse pas par le biais des questions complémentaires formulées (ATF 140 III 16 consid. 2.2.3 ; arrêt 4A\_322/2012 du 21 février consid. 2.5 ; RSPC 2013 239). La décision finale sur la formulation des questions appartient au tribunal. Le défendeur peut demander une extension de la preuve à futur à d'autres faits comme la mise en œuvre de moyens de preuves contraires sous réserve toutefois de la réalisation des conditions prévues à l'art. 158 CPC (ATF 140 III 16 consid. 2.2.3).

**4. a)** La mise en œuvre d'une expertise dans le cadre d'une procédure de preuve à futur se déroule, hormis les quelques particularités qui ont été développées supra, selon les règles générales des art. 183 ss CPC (ATF 140 III 16 consid. 2.2.4). Selon l'art. 183 al. 1 CPC, le tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, demander une expertise à un ou plusieurs experts. Il entend préalablement les parties. Les motifs de récusation des magistrats et des fonctionnaires judiciaires sont applicables aux experts (al. 2). Selon l'art. 184 al. 1 CPC (droits et devoirs de l'expert), l'expert est exhorté à répondre conformément à la vérité ; il doit déposer son rapport dans le délai prescrit. Le tribunal rend l'expert attentif aux conséquences pénales

d'un faux rapport au sens de l'art. 307 CP et de la violation du secret de fonction au sens de l'art. 320 CP ainsi qu'aux conséquences d'un défaut ou d'une exécution lacunaire du mandat (al. 2). L'expert a droit à une rémunération. La décision y relative peut faire l'objet d'un recours (al. 3). Selon l'art. 185 al. 1 CPC (mandat), le tribunal instruit l'expert et lui soumet, par écrit ou de vive voix à l'audience, les questions soumises à expertise. Il donne aux parties l'occasion de s'exprimer sur les questions soumises à expertise et de proposer qu'elles soient modifiées ou complétées (al. 2). Le tribunal tient à la disposition de l'expert les actes dont celui-ci a besoin et lui fixe un délai pour déposer son rapport (al. 3). L'art. 186 al. 1 CPC expose que l'expert peut, avec l'autorisation du tribunal, procéder personnellement à des investigations. L'expert procède aux investigations qui lui semblent nécessaires pour répondre aux questions qui lui sont posées (Schweizer, op. cit., n. 1 ad art. 186 CPC). Les investigations auxquelles l'expert est en droit, ou en devoir, de procéder peuvent se limiter à l'examen d'un dossier, mais aussi devoir être confortées le cas échéant par des visions locales, des auditions, etc., évidemment conduites conformément aux instructions données en application de l'art. 185 al. 1 CPC, ou accomplies avec l'assentiment du tribunal comme le préconise l'art. 186 al. 1 CPC (Schweizer, op. cit., n. 3 ad art. 186 CPC). En cas d'investigations effectuées personnellement par l'expert, les parties doivent être informées et peuvent être présentes (art. 155 al. 3 CPC ; Bohnet, op. cit., p. 333). Selon l'art. 187 al. 1 CPC (rapport de l'expert), le tribunal peut ordonner que le rapport de l'expert soit déposé par écrit ou présenté oralement. En vertu de l'art. 187 al. 4 CPC, le tribunal donne aux parties l'occasion de demander des explications ou de poser des questions complémentaires, en vertu de leur droit d'être entendu (art. 53 al. 1 CPC ; Bohnet, op. cit., p. 333). Selon l'art. 188 al. 2 CPC, le tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, faire compléter ou expliquer un rapport lacunaire, peu clair ou insuffisamment motivé, ou faire appel à un autre expert (al. 2). Selon la jurisprudence, le juge ne peut s'écarter de l'avis d'un expert judiciaire que pour de sérieux motifs (ATF 132 II 257 consid. 4.4.1 ; 130 I 337 consid. 4.5.2). Il doit apprécier les preuves et résoudre les questions juridiques qui en découlent, si bien qu'il lui faut examiner, sur le vu des preuves et des allégués des parties, s'il y a des motifs suffisants de douter de l'exactitude de l'expertise (ATF 118 la 184 ; Bohnet, op. cit., p. 333).

**b)** S'agissant du respect du principe contradictoire et du droit d'être entendu des parties lors des investigations de l'expert, le Tribunal fédéral admet restrictivement un droit à assister aux mesures d'instruction effectuées par l'expert. Les parties ne disposent d'un tel droit que lorsque leur présence est nécessaire pour déterminer l'état de fait à expertiser (ATF 104 la 69 ; 99 la 42). Dès lors que l'on ne se trouve pas dans cette hypothèse, le droit d'être entendu est respecté si les parties peuvent ultérieurement avoir accès au rapport de l'expert et que l'occasion leur est donnée de se déterminer sur ses conclusions (ATF 99 II la 42 consid. 3b ; Bettex, *L'expertise judiciaire*, Berne 2006, p. 163). Il est ainsi conforme au droit d'être entendu le fait que le conseil d'une partie ne puisse pas assister à une expertise médicale (ATF 119 la 260). Il est même exceptionnellement possible d'effectuer une expertise sans que l'expert n'ait vu la personne sur laquelle devait porter l'examen (ATF 127 I 54). Le respect du droit d'être entendu en matière d'expertise est suffisamment garanti par le fait que les parties peuvent avoir accès au dossier et se déterminer sur les conclusions de l'expert (Bettex, *op. cit.*, p. 163). De plus, elles ont encore la faculté de demander que celui-ci effectue un complément d'expertise ou de requérir une surexpertise (Vouilloz, *op. cit.*, p. 846). Compte tenu de ces possibilités, la participation des parties à l'expertise n'est pas indispensable. En outre, elle risque d'entraver l'expert dans son travail et de retarder la procédure (Bettex, *op. cit.*, p. 163 ; cf. aussi Poudret, *Expertise et droit d'être entendu*, Bâle 1993, p. 621). Comme le tribunal donne aux parties l'occasion de s'exprimer sur les questions soumises à l'expertise, les parties sont ainsi associées au processus de définition de la mission de l'expert et de la mise en œuvre concrète de l'expertise. Elles n'ont cependant qu'un droit de consultation (Schweizer, *op. cit.*, n. 6 s. ad art. 185 CPC).

**5. a)** En l'espèce, les instants requièrent l'annulation du deuxième rapport d'expertise complémentaire et son rétablissement en soulevant la violation du droit d'être entendu des parties motif pris que celles-ci n'ont pas été convoquées par l'expert préalablement à l'établissement dudit rapport.

Dans ses ordonnances du 7 mars 2013 et 13 février 2014 relatives à la première expertise et au premier rapport complémentaire, le juge a, dans le cadre de la définition de sa mission à l'expert, requis ce dernier de répondre aux questions préparées à son attention « après avoir entendu les parties et pris les mesures d'investigations utiles ».

Dans son ordonnance du 13 juin 2014 relative au deuxième rapport complémentaire, le juge a uniquement requis l'expert qu'il prenne les mesures d'investigations utiles préalablement à l'établissement de son expertise. Il n'a pas spécifié à l'expert qu'il devait à nouveau entendre les parties. Cette dernière ordonnance, pourtant notifiée également aux instants, n'a pas été immédiatement contestée par ces derniers de sorte que l'incident, soulevé par leurs soins uniquement après réception du deuxième rapport complémentaire, par lequel ils revendiquent leur droit à une convocation préalable des parties avant établissement d'une expertise, est manifestement tardif et contraire au principe de la bonne foi exigée des parties en cours de procédure. En effet, ce principe s'oppose à ce qu'une partie qui constate un prétendu vice de procédure ne le signale pas immédiatement, à un moment où il pourrait encore être le cas échéant corrigé, mais attende l'issue de la procédure pour l'invoquer ultérieurement si celle-ci lui a été défavorable (ATF 135 III 334 consid. 2.2). Le grief de violation du droit d'être entendu soulevé par les instants devrait ainsi être rejeté pour ce seul motif déjà.

Au demeurant, en décidant de ne pas convoquer les parties avant l'établissement de son deuxième rapport d'expertise complémentaire et en procédant en fonction de ce qui lui semblait nécessaire, l'expert a strictement respecté les instructions données par le juge (185 CPC) et son avis tendant à estimer inutile une troisième convocation n'apparaît de loin pas dénuée de sens tant du point de vue formel que du point de vue matériel. Les parties avaient en effet déjà été entendues par deux fois auparavant dans le cadre de l'établissement de l'expertise de base et de son premier complément de sorte que l'état de fait était déjà connu de l'expert lors de l'établissement de son deuxième rapport d'expertise. En outre, les instants précisent, dans leur requête du 13 août 2014, que leur écriture est principalement fondée sur les réponses apportées par l'expert aux questions 2a, 2b, 2d et 2e. Ces questions portent essentiellement sur l'auteur de la facture n° 201114 du 21 décembre 2010 déposée par l'intimée (pièce n° 6) et de la pièce n° 11, déposée par les instants, correspondant à une facture n° 201114 du 21 décembre 2010 avec en-tête Y. Sàrl mais dont le contenu n'est pas identique à la pièce n° 6. Même si, dans sa deuxième expertise complémentaire, l'expert affirme que quelqu'un a modifié le document n° 6 pour produire le document n° 11, savoir qui est l'auteur de la modification est une question de fait que le tribunal

qui sera, éventuellement, saisi de la cause au fond, devra trancher et non l'expert qui est chargé, au vu de ses connaissances spéciales, de répondre aux questions techniques que le juge ne peut résoudre seul. Par ailleurs, questionner les parties sur l'auteur de la pièce n° 11 avant d'établir son deuxième rapport d'expertise complémentaire n'aurait pas modifié l'avis de l'expert quant à l'objet principal du litige à savoir le prix des travaux exécutés. Que la pièce n° 11 émane des instants ou de l'intimée ne change rien, l'expert aurait en tout état de cause révisé cette pièce afin qu'elle corresponde aux travaux qui ont effectivement été exécutés dans la villa des époux X. Ainsi, l'avis de l'expert tendant à estimer superflue la convocation des parties au vu des questions complémentaires soumises par les époux X. ne peut qu'être approuvé par le juge sans qu'il existe une quelconque violation du droit d'être entendu des instants ou de l'intimée.

En tout état de cause, le droit limité des parties à assister aux mesures d'instruction effectuées par l'expert n'aurait pu amener le juge à l'opinion que le droit d'être entendu des parties avait été violé, même si les questions avaient été d'une importance particulière pour l'objet de l'expertise, le droit d'être entendu des parties ayant déjà été largement respecté par le biais de la possibilité qui leur a été offerte, et d'ailleurs mise en œuvre, de contester les questionnaires proposés par chacune d'entre elles, ainsi que par le biais de la faculté qu'elles ont eu à chaque notification d'expertise de demander des explications ou poser des questions complémentaires, faculté dont elles ont toutes deux fait usage à réception du rapport d'expertise de base et, uniquement les instants, à réception du premier rapport d'expertise complémentaire.

Partant, l'incident soulevé par les instants tendant à l'annulation du deuxième rapport d'expertise complémentaire et à son rétablissement après audition préalable des parties est rejeté.

**b)** A titre subsidiaire, les instants requièrent qu'une « contre-expertise » soit ordonnée. En l'espèce, la majeure partie du litige concerne la contestation des métrés et des prix unitaires appliqués par l'intimée dans ses factures adressées aux instants. Seuls deux allégués de la détermination déposée par les instants le 11 février 2013 concernent les défauts éventuels de l'ouvrage. Le prix de l'ouvrage jugé excessif par le maître de l'ouvrage ne constituant pas un défaut au sens de l'art. 367 al. 1 CO, l'art. 367 al. 2 CO et, partant,

l'art. 158 al. 1 let. a CPC ne trouvent dès lors en l'espèce pas application pour l'objet principal du litige. Par conséquent, la requête de preuve à futur a été admise, pour l'essentiel du contentieux, sur la base de l'art. 158 al. 1 let. b. CPC, au vu de clarifier les chances de succès d'une éventuelle procédure au fond, but qui représente un intérêt digne de protection au sens de cette disposition. Partant, la requête subsidiaire déposée par les instants tendant à l'aménagement d'une « contre-expertise » ne peut être que rejetée motif pris que la condition de l'existence d'un intérêt digne de protection posée à l'art. 158 al. 1 let. b CPC régissant la procédure de preuve à futur n'est pas remplie, une première expertise ayant déjà été effectuée. En tout état de cause, le juge ne peut s'écarter de l'avis d'un expert judiciaire que pour de sérieux motifs. Pour qu'une surexpertise soit aménagée des motifs suffisants faisant douter de l'exactitude de l'expertise doivent exister ce qui ne paraît pas le cas en l'espèce, l'expert ayant répondu de façon suffisamment claire dans son rapport du 22 octobre 2013 ainsi que dans ses deux compléments des 28 avril et 28 juillet 2014 aux questions en relation avec les prix appliqués par l'intimée.

S'agissant des défauts allégués par les instants pour lesquels la requête de preuve à futur a été admise au sens de l'art. 158 al. 1 let. a CPC, ils ont fait l'objet de trois questions dans le premier questionnaire déposé par les maîtres d'ouvrage à l'intention de l'expert. Les réponses y relatives contenues dans le rapport d'expertise de base du 22 octobre 2013 n'ont suscité aucune remarque, aucune demande d'explications ou question complémentaire ni aucune demande de surexpertise de la part des parties, en particulier de la part des instants, dans le délai de 15 jours imparti par le juge par ordonnance du 23 octobre 2013, de sorte que pour ce seul motif déjà le juge ne peut admettre la contre-expertise requise par les instants le 13 août 2014 qui apparaît manifestement tardive. En tout état de cause, le rapport d'expertise à ce sujet n'apparaît pas lacunaire au point que l'aménagement d'une contre-expertise devrait impérativement être mis en œuvre. Les instants ne cherchent d'ailleurs pas à le prétendre.

Sur le vu de ce qui précède, la requête subsidiaire des instants tendant à l'aménagement d'une nouvelle expertise est rejetée.