

Rechtslehre Doctrine Dottrina

L'expertise privée de l'art. 177 CPC révisé

FRANÇOIS BOHNET/FRÉDÉRIC FITZI*

Résumé

Les auteurs s'intéressent au traitement de l'expertise privée dans le cadre de l'art. 177 CPC révisé, en prenant en compte les enseignements de la jurisprudence actuelle. Ils saluent l'évolution conceptuelle opérée, l'expertise n'étant plus considérée comme un «simple allégué de partie», mais bien comme un «document propre à prouver des faits pertinents». L'expertise privée a désormais un statut clair, ce qui permet une approche centrée sur sa force probante et la libre appréciation du juge face aux preuves administrées.

Zusammenfassung

Die Autoren befassen sich mit der Beurteilung von Privatgutachten im Rahmen des revidierten Art. 177 ZPO und berücksichtigen dabei die Erkenntnisse der aktuellen Rechtsprechung. Sie begrüßen die nun erfolgte begriffliche Entwicklung, gemäss der das Gutachten nicht mehr als «einfaches Parteivorbringen», sondern als «Dokument, das geeignet ist, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen» angesehen wird. Privatgutachten haben nun einen klaren Status, was einen Ansatz ermöglicht, der sich auf ihre Beweiskraft und die freie richterliche Beweiswürdigung angesichts der geführten Beweise konzentriert.

Riassunto

Gli autori s'interessano al trattamento della perizia privata nel quadro dell'art. 177 CPC revisionato considerando gli insegnamenti della giurisprudenza attuale. Essi vedono con favore l'evoluzione concettuale operata, in quanto la perizia privata non è più considerata come una semplice allegazione di parte, ma piuttosto come un documento atto a provare fatti pertinenti. La perizia privata ha pertanto uno statuto chiaro, ciò che permette un approccio centrato sul suo valore probatorio e sul libero apprezzamento del giudice alla luce delle prove amministrare.

* Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat à Neuchâtel/Collaborateur scientifique à l'Université de Neuchâtel, avocat à Zurich.

Table des matières

- I. Introduction
- II. L'expertise privée *de lege lata*
 - A. Définition
 - B. Genèse du Code de procédure civile suisse
 1. Etat des lieux avant l'uniformisation de la procédure civile
 2. Commission d'experts et avant-projet
 3. Procédure de consultation, Message du Conseil fédéral et projet
 4. Délibérations des Chambres fédérales
 - C. Evolution et critique de la jurisprudence fédérale
 - D. Portée de l'expertise privée
 1. Outil d'allégation
 2. Instrument utile à l'administration de moyens de preuve
 3. Quasi moyen de preuve
 4. Contre-preuve
 5. Outil de préparation du procès
- III. L'expertise privée *de lege ferenda*
 - A. Projet de révision du Code de procédure civile suisse
 - B. Procédure de consultation
 - C. Nouveau statut de l'expertise privée
- IV. Portée du nouveau statut de l'expertise privée
 - A. L'importance du nouveau statut
 - B. Fonctions multiples de l'expertise privée
 - C. Questions ouvertes
 1. Coûts de l'expertise privée et asymétrie des forces en présence
 2. Relation entre expertises judiciaire et privée
 3. Preuve à futur
- V. Conclusion

I. Introduction

Absente du champ sémantique du CPC, l'expertise privée s'est établie *volens volens* comme un outil non négligeable en procédure civile. La question de savoir s'il faut lui reconnaître la qualité de moyen de preuve est controversée de longue date.

L'interprétation du CPC par le Tribunal fédéral l'a conduit à assimiler de telles expertises privées à de simples allégués de partie, les excluant ainsi du *numerus clausus* des moyens de preuve.

Dans le contexte actuel, les rapports d'experts privés sont dès lors principalement utilisés hors procédure en vue de comprendre les enjeux techniques d'un litige et d'évaluer les chances de succès d'un éventuel procès, au stade de l'allégation afin d'étayer les allégués de partie et de soutenir les indices tirés des preuves proposées, voire au stade de la phase probatoire afin d'ébranler la cohérence du résultat d'une expertise judiciaire.

Les critiques de la doctrine suscitées par cette jurisprudence ont été entendues par le Conseil fédéral qui a proposé le 26 février 2020 de modifier le CPC à cet égard, en incluant l'expertise privée dans la définition du titre.

La révision de l'art. 177 CPC, qui a désormais été approuvée par les Chambres fédérales, a ravivé les flammes d'une controverse déjà palpable sous l'égide des anciens codes de procédure civile cantonaux et offre son lot de nouvelles questions.

II. L'expertise privée de *lege lata*

A. Définition

L'expertise privée se comprend généralement comme le rapport (écrit, oral ou sur support électronique) d'un expert qui n'est pas mandaté par le tribunal, mais par une ou plusieurs parties, avant ou pendant une procédure judiciaire.

Si une expertise est sollicitée par toutes les parties à un procès sans la participation du tribunal, il s'agit également d'une expertise privée (bilatérale ou multilatérale)¹.

A cet égard, force est de reconnaître que l'expertise privée ne répond ni aux exigences de l'expertise judiciaire, ni à celles de l'expertise-arbitrage. En l'absence d'ordonnance par le tribunal, l'expertise privée ne saurait être assimilée à un renseignement écrit au sens de l'art. 190 CPC. Faute d'immédiateté, le témoignage et l'inspection ne sont *a priori* pas envisageables et à défaut pour l'expert privé d'être une partie au procès, l'interrogatoire et la déposition des parties sont également exclus.

Il est par conséquent cohérent d'analyser l'expertise privée à l'aune de l'art. 177 CPC, le titre étant le seul moyen de preuve auquel l'expertise privée pourrait être assimilée.

B. Genèse du Code de procédure civile suisse

1. *Etat des lieux avant l'uniformisation de la procédure civile*

Jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse le 1^{er} janvier 2011, ce sont les législations cantonales qui faisaient foi en matière procédurale. Si tous les cantons connaissaient un *numerus clausus* des moyens de preuve, il existait néanmoins des disparités notables en matière de réglementation des expertises privées².

Dans ce sillage, les cantons de Saint-Gall³, d'Argovie⁴ et d'Appenzell Rhodes-Extérieures⁵ prévoyaient explicitement que les parties pouvaient déposer des expertises privées et que le tribunal avait la faculté de les admettre en tant que moyens de preuve, si certains standards de qualité étaient remplis⁶. Ces dispositions étaient

¹ DIKE ZPO-MÜLLER, art. 189 N 26; GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, PJA 1/2005, 73 ss, 77.

² BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 168 N 2.

³ Art. 118 ZPO SG.

⁴ § 262 ZPO AG.

⁵ Art. 194 ZPO AR.

⁶ BÜHLER ALFRED, Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess, in: Jusletter 14 mai 2007, N 26; cf. TA AG du 7 septembre 2000 (AGVE 2000, n° 123, 516), consid. 1.6.3.

voisines d'un point de vue systématique avec celles traitant de l'expertise judiciaire, sans pour autant se prononcer sur la force probante de l'expertise privée, cette dernière étant librement appréciée par le tribunal⁷.

D'autres législations cantonales ne mentionnaient pas explicitement l'expertise privée dans leur code de procédure civile, mais la pratique lui reconnaissait en partie la qualité de moyen de preuve. La force probante qu'il fallait cas échéant lui accorder était déterminée par le tribunal à la lumière des circonstances du cas concret⁸.

C'est ainsi que les tribunaux thurgoviens appréciaient librement les expertises privées produites et pouvaient en tenir compte pour fonder leur jugement, quand bien même elles étaient en principe qualifiées de simples allégués de partie⁹. La réglementation de l'expertise privée était similaire dans les cantons du Tessin¹⁰, de Fribourg¹¹, des Grisons¹², de Neuchâtel¹³, du Valais¹⁴ et de Vaud¹⁵, où il revenait aux tribunaux de trouver une solution appropriée au cas par cas. Le canton des Grisons a, quant à lui, parfois explicitement qualifié l'expertise privée de titre¹⁶.

Notons enfin qu'une majorité de cantons assimilait systématiquement l'expertise privée à une simple allégation de partie. Il s'agissait notamment des cantons de Berne, Zurich, Genève, Bâle et Lucerne¹⁷.

2. *Commission d'experts et avant-projet*

En marge du processus d'unification de la procédure civile à l'échelle nationale, sous le chapitre des moyens de preuve et la section de l'expertise, l'art. 182 AP-CPC prévoyait que «[c]haque partie peut déposer une expertise privée», étant précisé que «[l]'avant-projet se contente d'admettre la possibilité de l'expertise privée: les parties sont libres de déposer une telle expertise durant le procès. Il renonce toutefois délibérément à en préciser la valeur probante, parce qu'il est pratiquement impossible de réglementer cette question de façon générale. Il reviendra dès lors à la pra-

7 KommZPO SG-LEUENBERGER (1999), art. 118 N 2; KommZPO AG-EDELMANN (1998), § 262 N 1; KommZPO AR-EHRENZELLER (1988), art. 194 N 1.

8 BETTEX BJÖRN, *L'expertise judiciaire*, thèse Lausanne 2004, Berne 2006, 213; PEDRAZZINI MARIO/HILTI CHRISTIAN, *Europäisches und schweizerisches Patent- und Patentprozessrecht*, Berne 2008, 441.

9 KommZPO TG-MERZ (2007), art. 196 N 5a.

10 CommCPC TI-COCCHI/TREZZINI (2005), art. 90 N 67 ss.

11 HOHL FABIENNE, *Procédure civile*, Tome I, Introduction et théorie générale, Berne 2001, N 1052.

12 TC GR du 19 février 2008, ZF 07 23/24, consid. 10b.bb; TC GR du 29 octobre 1991, PF 15/91 (PKG 1991, n° 62, 207), consid. 4b.

13 TC NE du 8 octobre 1980 (RJN 1980, 44), consid. 3.

14 TC VS du 28 septembre 1994 (RVJ 1994, 302), consid. 4b; BETTEX (n. 8), 213.

15 CommCPC VD-POUDRET/HALDY/TAPPY (2002), art. 220 N 3.

16 TC GR du 29 octobre 1991, PF 15/91 (PKG 1991, n° 62, 207), consid. 4b.

17 KommZPO BE-KELLERHALS/STERCHI (2000), art. 270 N 2b; KommZPO ZH-FRANK/STRÄULI/MESSMER (1997), Vorbem. zu § 171 ff. N 4; CommCPC GE-BERTOSSA (2000), art. 255 N 2; KommZPO BS/BL-STAEHELIN/SUTTER (1992), § 14 N 70; KommZPO LU-BÜHLMANN/RÜEGG/EIHLER (2002), § 178 N 1.

tique de décider dans chaque cas d'espèce et selon les circonstances si une expertise privée revêt une certaine valeur probante ou non»¹⁸.

En substance, la commission d'experts avait prévu d'assimiler l'expertise privée à un moyen de preuve, sans toutefois se prononcer quant à sa valeur probante ni la rattacher formellement à un type de preuve.

3. *Procédure de consultation, Message du Conseil fédéral et projet*

Dans le cadre de la procédure de consultation, qui a duré du 25 juin au 31 décembre 2003, trois positions principales ont été défendues quant à la réglementation de l'expertise privée.

La première considérait qu'une expertise privée est un titre au sens de l'art. 177 AP-CPC, faisant ainsi d'ores et déjà partie des moyens de preuve admissibles. Pour cette raison, la suppression de l'art. 182 AP-CPC a été préconisée, ce d'autant plus que son rattachement systématique à la section de l'expertise (judiciaire) pouvait laisser croire que le CPC se prononçait sur la force probante de l'expertise privée, ce qui n'était pas – comme esquissé ci-dessus – l'intention de la commission d'experts¹⁹.

Un deuxième courant de pensée ne comprenait pas l'expertise privée en tant que moyen de preuve, mais lui vouait la qualité d'allégué de partie. Ses représentants ont ainsi plébiscité la suppression de l'art. 182 AP-CPC, cette disposition étant à leurs yeux placée au mauvais endroit et pouvait être comprise comme une directive involontaire du législateur sur la valeur probante de l'expertise privée²⁰.

Un troisième groupe, dont les positions exprimées sont plus hétérogènes, a sollicité une modification du libellé de l'art. 182 AP-CPC afin d'éviter le risque de confusion illustré ci-dessus, sans pour autant soumettre de proposition concrète²¹.

Le Conseil fédéral a par la suite décidé de supprimer l'art. 182 AP-CPC en justifiant ce choix par les critiques émises lors de la procédure de consultation, avec la précision que l'expertise privée n'est pas un moyen de preuve, mais demeure admissible en tant qu'allégation de partie, aux conditions de recevabilité de celle-ci²².

Il convient de souligner à cet égard que le Message du Conseil fédéral ne reflète pas la pluralité des opinions exprimées lors de la procédure de consultation. Tant il est vrai que la majorité revendiquant la suppression de l'art. 182 AP-CPC a été suivie,

18 Rapport explicatif AP-CPC, juin 2003, 89.

19 Classement des réponses à la procédure de consultation relative à l'AP-CPC, 449 ss, prises de position des cantons d'AR, SH, TG, TI, du Parti Démocrate-Chrétien ainsi que de l'Université de Neuchâtel.

20 Classement des réponses à la procédure de consultation relative à l'AP-CPC, 449 ss, prises de position des cantons de BE et NW, de la Fédération des Entreprises Romandes, de la Fédération Suisse des Avocats, de l'Ordre des Avocats de Zurich, du (ancien) Tribunal de cassation du canton de Zurich, de l'Université de Zurich ainsi que du Prof. WALDER HANS ULRICH.

21 Classement des réponses à la procédure de consultation relative à l'AP-CPC, 449 ss, prises de position du canton de Genève, du Parti écologiste suisse Les Verts, de l'Ordre des Avocats de Genève et de l'Ordre des Avocats Fribourgeois.

22 Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006, 6933.

force est de constater qu'une partie non négligeable de celle-ci souhaitait supprimer cette disposition en raison du caractère superflu qu'elle lui prêtait, considérant que l'expertise privée était de toute façon assimilée à un moyen de preuve, à savoir en qualité de titre²³.

4. *Délibérations des Chambres fédérales*

Il ressort des délibérations que la Commission des affaires juridiques du Conseil national a proposé d'introduire un nouvel art. 185a P-CPC, dont la teneur correspondait exactement à l'art. 182 AP-CPC précédemment supprimé²⁴. Cette proposition a été validée sans discussion par le Conseil national.

Dans le cadre de l'élimination des divergences, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a proposé la suppression de cet art. 185a P-CPC. Le rapporteur de la commission l'a justifié par le fait que l'expertise privée n'était pas un moyen de preuve, tout en précisant que sa valeur probante devait être atténuée de telle sorte que l'on ne soit plus très loin d'une allégation circonstanciée de partie, un expert privé ayant tendance à agir en faveur de son mandant²⁵.

Un tel raisonnement interpelle, car retenir une force probante – même atténuée – de l'expertise privée, revient à admettre sa qualité de moyen de preuve²⁶. Tant il est vrai que la détermination de la valeur probante est une question d'appréciation des preuves, la force probante ne saurait être un critère pertinent pour la qualification en tant que moyen de preuve²⁷. Le rapporteur de la commission du Conseil des Etats a ainsi confondu la valeur probante (*konkrete Beweiseignung*) avec la qualité de moyen de preuve (*abstrakte Beweiseignung*)²⁸. Le manque d'indépendance de l'expert privé doit être pris en compte lors de l'appréciation des preuves et ne saurait conduire à exclure d'emblée la qualité de moyen de preuve de son rapport²⁹. Dans le même ordre d'idées, la qualité de moyen de preuve ne saurait être niée à l'interrogatoire d'une partie au seul motif que celle-ci est partielle³⁰.

Cela étant, les Chambres fédérales ont suivi le rapporteur de la commission du Conseil des Etats et approuvé sans discussion la suppression de l'art. 185a P-CPC³¹,

23 BINDER ANDREAS/GUTZWILLER ROMAN S., Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, ZZZ 2013, 171 ss, 173; BRÖNNIMANN LUCAS A. T./MILLONIG LEA, Privatgutachten – Beweismittel oder besonders gut substantiierte Parteibehauptung?, in: Eichel *et al.* (édit.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Berne 2022, 23 ss, 33 s.

24 BO CN 2008, 947 («Les parties peuvent produire une expertise privée»).

25 BO CE 2008, 726 (CE Janiak Claude).

26 BINDER/GUTZWILLER (n. 23), 174 («*tertium non datur*»); SCHMID HANS, Privatgutachten im Zivilprozess, RSJ 22/2016, 527 s., 528.

27 TREZZINI FRANCESCO/BOHNET FRANÇOIS, L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433 – Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait, RDS 4/2017 I, 367 ss, 370.

28 BRÖNNIMANN/MILLONIG (n. 23), 35.

29 BINDER/GUTZWILLER (n. 23), 175; cf. aussi ATF 125 V 351, consid. 3b.dd.

30 RÜETSCHI DAVID, Das Parteigutachten unter der neuen ZPO – Unter Berücksichtigung der geografischen Marke, in: Bundi/Schmidt (édit.), Gedanken zum Schutz von geografischen Zeichen, Berne 2012, 14.

31 BO CN 2008, 1627.

de sorte que le CPC est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, sans mention aucune de la notion d'expertise privée.

En fin de compte, il peut être retenu que les divergences conceptuelles relatives à la signification de l'expertise privée existantes dans les anciens droits de procédure cantonaux ont imprégné la genèse du CPC. Les travaux préparatoires n'offrent pas de clarté suffisante pour déterminer si le législateur a voulu placer l'expertise privée en dehors du cercle fermé des moyens de preuve admissibles ou si la suppression des art. 182 AP-CPC et 185a P-CPC avait simplement pour but d'éviter de fournir une directive sur sa valeur probante³².

C. Evolution et critique de la jurisprudence fédérale

Après l'entrée en vigueur du CPC, le Tribunal fédéral a retenu que les expertises privées ne devaient pas être qualifiées de moyens de preuve, mais de simples allégations de parties³³.

Il a été précisé d'une part que le moyen de preuve «expertise» au sens de l'art. 168 al. 1 let. d CPC ne comprend que les expertises judiciaires, c'est-à-dire celles ordonnées par le tribunal, de sorte que l'expertise privée ne saurait être appréhendée par cette disposition³⁴.

D'autre part, les juges de Mon-Repos ont soutenu que l'expertise privée n'était pas assimilable à un titre au sens de l'art. 168 al. 1 let. b CPC, au motif que le législateur a rejeté l'expertise privée comme moyen de preuve au sens de l'art. 168 al. 1 CPC en général et pas seulement comme expertise au sens de l'art. 168 al. 1 let. d CPC³⁵. Pour soutenir cette dernière argumentation, le Tribunal fédéral s'est contenté de citer des avis doctrinaux, dont une partie date d'avant l'entrée en vigueur du CPC, ainsi que le Message relatif au CPC qui, comme esquissé ci-dessus, ne permet pas de justifier pareille conclusion³⁶. En d'autres termes, le Tribunal fédéral ne fournit pas de justification substantielle³⁷.

Depuis lors, cette approche s'est cristallisée dans une jurisprudence constante du Tribunal fédéral³⁸. Il en ressort toutefois que l'expertise privée peut contribuer à la preuve de certains faits, en tant que déclaration de partie conjointement aux indices fournis par les preuves au dossier³⁹, ce à plus forte raison lorsqu'il s'agit de rendre un fait vraisemblable⁴⁰.

32 BRÖNNIMANN/MILLONIG (n. 23), 35 s.; *contra*: BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 35.

33 ATF 140 III 16, consid. 2.5; ATF 140 III 24, consid. 3.3.3.

34 ATF 141 III 433, consid. 2.5.2.

35 ATF 141 III 433, consid. 2.5.3.

36 *Supra*, II.B.4.

37 BRÖNNIMANN/MILLONIG (n. 23), 37.

38 TF 5A_37/2021 du 27 septembre 2021, consid. 4.5; TF 4A_138/2021 du 6 août 2021, consid. 6.3.2; TF 5A_1040/2020 du 18 juin 2021, consid. 3.1.2; TF 4A_12/2020 du 2 juin 2021, consid. 4.2.

39 ATF 141 III 433, consid. 2.6; TF 4A_9/2018 du 31 octobre 2018, consid. 5.2.2; TF 4A_309/2017 du 26 mars 2018, consid. 2.3.6; TF 4A_651/2015 du 19 avril 2016, consid. 5.2; TF 4A_558/2015 du 25 février 2016, consid. 4; *cf.* toutefois TF 4A_626/2015 du 24 mai 2016, consid. 2.5, où les indices en présence ont été estimés insuffisants.

40 TF 4A_299/2017 du 2 octobre 2017, consid. 4.1.

Une lecture attentive de la jurisprudence topique laisse cependant transparaître une certaine hésitation, divers considérants ayant tendance à relativiser cette approche⁴¹, d'autres faisant l'objet de contradiction interne à cet égard⁴². Même plusieurs années après l'arrêt de principe du Tribunal fédéral, certains tribunaux cantonaux ont reconnu ne pas savoir comment appréhender une expertise privée, ce qui est révélateur des limites de cette ligne jurisprudentielle⁴³.

L'exclusion de l'expertise privée du catalogue des moyens de preuve a été accueillie avec scepticisme par la doctrine⁴⁴, dans la mesure où selon l'opinion défendue ici, cette jurisprudence se fonde sur une erreur conceptuelle⁴⁵. La confusion entre qualité de moyen de preuve et force probante dudit moyen, constatée lors des débats parlementaires déjà, s'est perpétuée devant les tribunaux jusqu'à trouver ancrage dans la jurisprudence fédérale.

Le Tribunal fédéral a fini par admettre lui-même, conscient des critiques et de la révision alors envisagée du CPC, que sa jurisprudence sur le statut de l'expertise privée pouvait entraîner des difficultés pratiques, en citant l'exemple de litiges relatifs aux indemnités journalières en cas de maladie⁴⁶.

41 TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017, consid. 2.1 («*wird eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten allein diese grundsätzlich nicht zu beweisen*»); cf. aussi TF 4A_544/2017 du 30 avril 2018, consid. 4.2 s.; TF 4A_571/2016 du 23 mars 2017, consid. 4.2; TF 4A_301/2016 et 4A_311/2016 du 15 décembre 2016, consid. 7.2.3 (non publié in ATF 143 III 79); TF 4D_71/2013 du 26 février 2014, consid. 2.5; TF 4A_505/2012 du 6 décembre 2012, consid. 3.6; cf. aussi WAGNER PATRICK/GIRÓN SOLUNA, Das Verfahren bei Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach VVG – Ein Update, Revue de l'avocat 8/2021, 311 ss, 314.

42 TF 4A_228/2021 du 24 août 2021, consid. 3.3.6 («*Soweit der Beschwerdeführer das Gutachten zufolge angeblicher Unvollständigkeit nicht als Beweismittel anerkennen will, ist ihm entgegenzuhalten, dass dieses als Urkunde gemäss Art. 168 Abs. 1 lit. b und Art. 177 ff. ZPO ohne Weiteres ein taugliches Beweismittel darstellt. [...] Ob und – falls ja – inwiefern dieses zum Beweis einer rechtserheblichen Tatsache beiträgt, ist eine Frage der (freien) Beweiswürdigung*»); TF 5A_239/2017 du 14 septembre 2017, consid. 2.4 («*[die] von den Parteien vorgelegten ärztliche Atteste [...] sind nicht eigentliche Beweismittel [...]. Die Vorinstanz habe ihnen daher nur einen geringen Beweiswert beimessen dürfen*»); TF 4A_318/2016 du 3 août 2016, consid. 4.2; cf. aussi ATF 141 IV 369, consid. 6.2; ATF 138 III 636, consid. 4.3 s.

43 TF 4A_9/2018 du 31 octobre 2018, consid. 5; TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017, consid. 2.2.2.

44 BINDER/GUTZWILLER (n. 23), 171; HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, Berne 2015, 149; MÜLLER FRANZ/ZINGG SIMON, Der Beizug von Sachverständigen im Zivilprozess aus anwaltlicher Sicht, RJB 9/2009, 619 ss, 651; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 38; SCHMID (n. 26), 527 s.; TREZZINI/BOHNET (n. 27), 374; KommZPO-WEIBEL, art. 177 N 4.

45 TREZZINI/BOHNET (n. 27), 370.

46 TF 4A_247/2020 du 7 décembre 2020, consid. 4.2 («*In der Tat kann diese Rechtsprechung gerade in Streitigkeiten um Krankentaggelder zu praktischen Schwierigkeiten führen. Oft dürften zum Beweis der umstrittenen Arbeitsunfähigkeit lediglich von den Parteien selbst eingeholte ärztliche Äusserungen vorliegen, die aber ohne durch Beweismittel nachgewiesene Indizien lediglich Parteibehauptungen darstellen [...]. Dieses Beweisvakuum muss das Gericht grundsätzlich durch die Einholung eines von den Parteien beantragten gerichtlichen Gutachtens über den (dannzumaligen) Gesundheitszustand des Versicherten beheben [...]. Das kann zu Verteuerungen und Verzögerungen führen, wobei insbesondere die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens retrospektiv oftmals in Frage gestellt ist*»).

Plus récemment, notre Haute Cour a reconnu au résultat d'une expertise démoscopique unilatérale la qualité de preuve, au nom des spécificités inhérentes au droit des marques⁴⁷. Elle a considéré qu'un tel sondage n'est pas comparable à un rapport médical attestant l'incapacité de travail d'un employé – qui était à la base de la jurisprudence niant à l'expertise privée la qualité de moyen de preuve –, car il s'appuie sur une méthodologie dont les paramètres sont objectifs, compréhensibles et vérifiables par le tribunal. L'auteur d'une enquête démoscopique ne porte pas de jugement de valeur (médical) fondé sur ses propres connaissances spécialisées, mais rapporte les faits établis par l'enquête⁴⁸. Le Tribunal fédéral assimile ce genre de sondage à un titre au sens de l'art. 177 CPC, raison pour laquelle il est soumis à la libre appréciation des preuves⁴⁹.

D. Portée de l'expertise privée

L'établissement des faits en procédure civile s'articule en trois phases, à savoir celles de l'allégation (apport des faits et de leur contestation), de l'administration, respectivement de l'appréciation des preuves, lors desquelles l'expertise privée peut jouer un rôle à chaque fois différent.

1. Outil d'allégation

Quand bien même l'expertise privée ne constitue *de lege lata* qu'une simple allégation de partie, les règles prétoriennes en lien avec la maxime des débats lui attribuent un rôle non négligeable dans la dialectique procédurale⁵⁰. L'expertise privée peut permettre au plaideur, à qui certaines connaissances techniques font défaut, de satisfaire aux exigences des fardeaux de l'allégation, de la contestation ou de la motivation⁵¹. Bien que formellement dépourvue de force probante, l'expertise privée peut conduire le tribunal, par le degré accru de motivation des allégués qu'elle permet⁵², à rejeter ou admettre une demande, selon que les allégués d'une partie sont considérés insuffisamment contestés ou motivés.

En présence d'une allégation de partie s'appuyant sur une expertise privée, il semble que le Tribunal fédéral considère les exigences en matière de contestation remplies lorsque la contestation est elle-même échafaudée sur une expertise privée contraire⁵³.

47 TF 4A_587/2021 du 30 août 2022 (destiné à la publication), consid. 4.5; RSPC 2023 75; cf. ATF 131 III 121, consid. 8.

48 TF 4A_587/2021 du 30 août 2022 (destiné à la publication), consid. 4.5.3, RSPC 2023 75.

49 TF 4A_587/2021 du 30 août 2022 (destiné à la publication), consid. 4.5.5 s.

50 A ce sujet: ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.1; ATF 127 III 365, consid. 2b; TF 4A_443/2017 du 30 avril 2018, consid. 2.1; TF 4A_281/2017 du 22 janvier 2018, consid. 4.1.

51 BOHNET FRANÇOIS/FITZI FRÉDÉRIC, Le cadre procédural de l'expertise judiciaire en matière civile, in: Bohnet/Dupont (édit.), L'expertise en procédure, Bâle/Neuchâtel 2022, 1 ss, N 17.

52 ATF 141 III 433, consid. 2.6.

53 TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.2 s.; TF 4A_626/2015 du 24 mai 2016, consid. 2.5; en contradiction avec l'instance inférieure: TF 4A_66/2017 du 14 juillet 2017, consid. 5.2.

2. *Instrument utile à l'administration de moyens de preuve*

Dans le même ordre d'idées, les expertises privées produites par les parties permettent parfois de convaincre le tribunal de la nécessité d'administrer des moyens de preuve. Ce procédé permet notamment la mise en œuvre d'une expertise judiciaire requise par une partie, qui pourrait dans certaines affaires hautement techniques constituer le seul moyen apte à les prouver⁵⁴.

Dans cette hypothèse, l'expertise privée représente en outre une source très riche pour la formulation des questions soumises à l'expert judiciaire au sens de l'art. 185 al. 1 et 2 CPC⁵⁵.

3. *Quasi moyen de preuve*

Le Tribunal fédéral affirme que le degré de motivation de la contestation attendu du défendeur est fonction de l'allégation du demandeur⁵⁶, tout en précisant que le fardeau de la contestation ne saurait entraîner un renversement du fardeau de la preuve⁵⁷. La frontière entre la problématique du fardeau de l'allégation et de la contestation et celle de la prise en compte de l'expertise privée comme moyen de preuve devient floue dans ce contexte⁵⁸. En effet, si un juge souhaite fonder de manière indirecte sa décision sur le résultat d'une expertise privée, il peut être amené à qualifier la demande ou la contestation de la partie adverse comme insuffisamment motivée⁵⁹.

Un expert privé devrait pouvoir être entendu en qualité de *témoin-expert* si les conditions de l'art. 175 CPC sont remplies⁶⁰, ce qui implique qu'il ait eu une perception directe des faits examinés⁶¹. En revanche, les connaissances spécialisées et les règles générales d'expérience ne peuvent pas – en tant que telles – être l'objet d'un témoignage-expertise.

A relever qu'en cas de production d'une expertise privée, il peut être recommandé de solliciter l'audition de l'expert⁶². Dans cette hypothèse, il convient de l'instruire en amont avec un soin particulier, compte tenu de la jurisprudence du

⁵⁴ BOHNET/FITZI (n. 51), N 17.

⁵⁵ TREZZINI/BOHNET (n. 27), 373.

⁵⁶ ATF 141 III 433, consid. 2.6; TF 4A_9/2018 du 31 octobre 2018, consid. 2.3; TF 4A_42/2017 du 29 janvier 2018, consid. 3.3.2 (non publié in ATF 144 III 136).

⁵⁷ TF 4A_42/2017 du 29 janvier 2018, consid. 3.3.2 (non publié in ATF 144 III 136); TF 4A_318/2016 du 3 août 2016, consid. 3.1.

⁵⁸ AUBERT CAROLE, Note relative à l'arrêt du TF 4A_309/2017 du 26 mars 2018, DB 2018, 41 ss, 43.

⁵⁹ SIEGENTHALER THOMAS/HEINZMANN MICHEL, Note relative à l'ATF 148 III 109, DC 6/2022, 350 s., qui soulignent «Honni soit qui mal y pense»; cf. aussi SCHMID (n. 26), 528.

⁶⁰ TF 4A_309/2017 du 26 mars 2018, consid. 2.3.6 *a contrario*; BSK ZPO-GUVAN, art. 175 N 3; PC CPC-VOUILLOZ, art. 175 N 10; cf. résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), 233, prise de position de Walder Wyss AG, qui souhaitait que le CPC révisé règle explicitement cette possibilité.

⁶¹ TC ZH du 17 juin 2016, LB160009 (ZR 2016, n° 45, 194), consid. 3.6.2.

⁶² BÜHLER (n. 6), N 28; Fachhandbuch ZPO-GÄUMANN, N 27.170; cf. résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), 233, prise de position de Walder Wyss AG, selon qui le tribunal devrait pouvoir l'ordonner d'office.

Tribunal fédéral relative au contact avec les témoins⁶³. Quant à la partie adverse, elle pourrait parfois avoir intérêt à procéder de la sorte, afin d'ébranler les explications de l'expert par des questions critiques, au vu de s'épargner une contre-expertise privée⁶⁴.

Dans certains types de procédure, le Tribunal fédéral considère l'expertise privée comme un moyen de preuve. Tel est notamment le cas en matière de droit international privé quant à l'*établissement du droit étranger*⁶⁵. La justification va de soi, dès lors que la norme idoïne, soit l'art. 16 LDIP (en lien avec l'art. 150 al. 2 CPC), ne donne aucune énumération exhaustive des moyens de preuve, si bien que même une expertise privée répond aux exigences légales⁶⁶.

Dans le cadre des *procès sur pièces* (opposition au séquestre, mainlevée de l'opposition, mesures superprovisionnelles), notre Haute Cour semble ouverte à admettre dans deux précédents que l'expertise privée puisse valoir en tant que moyen de preuve⁶⁷, ce qui se concilie difficilement avec l'ATF 141 III 433, dans la mesure où l'application de l'art. 254 CPC n'exclut pas celle de l'art. 168 CPC⁶⁸. Vu l'importance du droit à la preuve en procédure, la valeur d'un même moyen de preuve ne saurait diverger d'un type de procédure à l'autre.

Enfin, le droit genevois permet à des privés de mandater un *huissier judiciaire* assermenté pour établir un constat d'une situation de fait⁶⁹. Les tribunaux genevois semblent lui admettre – en tant que tel – une force probante, sans qu'il soit nécessaire de procéder à l'audition de son auteur⁷⁰, étant toutefois précisé que dans le cas d'espèce, le constat d'huissier venait corroborer d'autres indices fournis par des moyens de preuve. Si un tel constat devait être considéré comme une expertise – ce qui est douteux faute de nécessité de connaissances techniques pour l'établir⁷¹ –, le Tribunal fédéral lui nierait, *de lege lata*, une force probante⁷².

4. Contre-preuve

Dans le cadre du droit à la contre-preuve, une partie doit tout au plus apporter des éléments propres à installer des doutes et à ébranler la preuve que l'autre partie s'efforce d'établir. Ce genre de doutes peut découler déjà d'allégations de partie, respectivement d'expertises privées⁷³. La qualification d'une expertise privée est donc

63 A ce sujet: FINK STEFAN, *Private Zeugenbefragung im Zivilprozess*, thèse Zurich 2015, N 273.

64 BRÖNNIMANN/MILLONIG (n. 23), 50.

65 ATF 138 II 217, consid. 2.3.

66 TREZZINI/BOHNET (n. 27), 372.

67 ATF 138 III 636, consid. 4.3 s.; ATF 138 III 232, consid. 4.3.2; voir cependant: ATF 132 III 83, consid. 3.4; TF 4A_36/2012 du 26 juin 2012, consid. 2.4.

68 TREZZINI/BOHNET (n. 27), 372 s.

69 Art. 1 al. 5 de la Loi genevoise sur la profession d'huissier judiciaire (LHJ).

70 TC GE du 18 novembre 2019, ACJC/1677/2019, consid. 2.2.

71 Comp. TF 4A_226/2022 du 27 septembre 2022, consid. 4; TF 4A_143/2021 du 31 août 2021, consid. 4.2, 5.2.

72 En ce sens: TF 4A_406/2020 du 4 janvier 2021, consid. 4.1.

73 TF 4A_578/2018 du 25 novembre 2019, consid. 3; TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017, consid. 2.3.

sans incidence lorsqu'il s'agit pour la partie défenderesse de contester la prétention de la demanderesse.

Dans un même registre, le Tribunal fédéral a précisé qu'une expertise privée était apte à éveiller des doutes quant à la présomption de fait du caractère abusif d'un loyer⁷⁴.

En outre, le tribunal est tenu d'examiner, pour chaque objection substantielle soulevée par la partie adverse, si une expertise privée permet de jeter un doute sur les conclusions d'un expert désigné par le tribunal⁷⁵. L'expertise privée est ainsi érigée *de facto* en moyen de contre-preuve, ce qui est une contradiction évidente si l'on veut l'exclure du catalogue des moyens de preuve⁷⁶.

5. Outil de préparation du procès

L'expertise privée peut en outre être un instrument utile dès lors qu'il s'agit d'évaluer l'opportunité d'entamer un procès ou de se procurer les informations nécessaires en vue d'une allégation suffisamment détaillée dans les écritures à élaborer⁷⁷. C'est typiquement le cas en matière de propriété intellectuelle, de concurrence déloyale ou en droit de la construction, lorsque le maître de l'ouvrage se plaint de vices de construction. A ce stade, il n'est pas rare qu'une expertise privée facilite la surveillance d'une transaction extrajudiciaire.

En outre, l'art. 158 CPC permet l'administration d'une preuve à futur, qui aboutit à une expertise judiciaire probante, mais qui prend du temps et entraîne des frais de justice, des dépens, des frais d'avocat propres et, cas échéant, des procédures de recours, alors qu'une expertise privée permet de répondre plus rapidement et à moindre coût aux questions souhaitées⁷⁸.

III. L'expertise privée *de lege ferenda*

A. Projet de révision du Code de procédure civile suisse

Le 2 mars 2018, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de modification du CPC, visant à l'amélioration de la praticabilité et de l'application du droit⁷⁹, avant d'adresser le 26 février 2020 au Parlement un projet relatif à la modification du CPC⁸⁰, qui répond à quatre interventions parlementaires⁸¹.

⁷⁴ ATF 147 III 431, consid. 4.2, 4.3.1.

⁷⁵ ATF 141 IV 369, consid. 6.2; TF 4A_87/2018 du 27 juin 2018, consid. 4.1.

⁷⁶ SCHMID (n. 26), 527; BRÖNNIMANN/MILLONIG (n. 23), 41; MÜLLER/ZINGG (n. 44), 649 s.

⁷⁷ PC CPC-VOUILLOZ, art. 183 N 15; BISCHOFBERGER WALTER, Substantiierungs- und Beweisprobleme bei Bauprozessen, *in*: Dolge (édit.), Substantiieren und Beweisen, Zurich/Bâle/Genève 2013, 37 ss, 43 s.

⁷⁸ SCHMID (n. 26), 527.

⁷⁹ Rapport explicatif du 2 mars 2018 relatif à la modification du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), 62 s.

⁸⁰ Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020, 2607.

⁸¹ «Code de procédure civile. Premiers enseignements et amélioration» déposée par Karl Vogler (n° 14.3804); «Adaptation du code de procédure civile» déposée par la Commission des affaires ju-

Le Conseil fédéral a estimé que la jurisprudence du Tribunal fédéral consistant à reléguer l'expertise privée au rang d'allégation de partie n'était pas satisfaisante et devait être modifiée⁸². La révision proposée prévoit de fixer expressément dans la loi la qualité de titre de l'expertise privée, en modifiant sa définition à l'art. 177 P-CPC comme suit:

«Les titres sont des documents propres à prouver des faits pertinents, tels les écrits, les dessins, les plans, les photographies, les films, les enregistrements audio, les fichiers électroniques, les données analogues *et les expertises privées des parties*»⁸³.

La structure de cette énumération laisse au demeurant à désirer, dans la mesure où une expertise privée devrait figurer en tant qu'exemple d'«écrits»⁸⁴.

Cette proposition a été acceptée par les Chambres fédérales le 17 mars 2023 et n'entrera vraisemblablement pas en vigueur avant le 1^{er} janvier 2025.

B. Procédure de consultation

Le Message du Conseil fédéral relatif à la modification de l'art. 177 CPC fait écho à une approbation majoritaire lors de la procédure de consultation⁸⁵. Un examen attentif de son résultat enseigne toutefois que la modification proposée n'était pas si évidente⁸⁶. En effet, sur un total de 25 prises de position, seules 13 étaient en faveur de cette modification. Les différents arguments soulevés seront traités ci-dessous.

C. Nouveau statut de l'expertise privée

L'expertise privée se verra ainsi prochainement hissée au rang des moyens de preuve admissibles en procédure civile. La modification de l'art. 177 CPC, qui prend le contre-pied de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en reconnaissant à l'expertise privée sa valeur de «titre» au sens du CPC, est à saluer.

Le simple fait que l'expert privé ait été mandaté par l'une des parties ne saurait d'emblée disqualifier son rapport en tant que moyen de preuve, sous peine de constituer un formalisme consistant à s'attarder plus sur son origine que son

ridiques du Conseil des Etats (n° 14.4008); «Notification des manifestations de volonté et des actes des autorités. Analyse de la pratique actuelle», déposée par Mauro Poggia et Roger Gollay (n° 13.3688); «Faciliter l'accès aux tribunaux civils» déposée par Claude Janiak (n° 17.3868).

⁸² Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020, 2607, 2659 s.

⁸³ Art. 177 P-CPC; FF 2020, 2698.

⁸⁴ BOHNET FRANÇOIS/SCHALLER JULITTE, *Projet 2020 de révision du Code de procédure civile: plaider pour la jurisprudence*, SJ 2020 II, 189 ss, 196.

⁸⁵ Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020, 2659 s.

⁸⁶ Synthèse du 29 janvier 2020 des résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), 36; du même avis: WAGNER/GIRÓN (n. 41), 313 s.; BRÖNNIMANN/MILLONIG (n. 23), 43.

contenu⁸⁷. Il est établi qu'une expertise privée peut, dans certaines circonstances, permettre au tribunal de rendre un jugement fondé⁸⁸. La solution proposée par la révision permet ainsi de gommer une rigueur excessive propre à contraindre les tribunaux à s'éloigner inutilement de la vérité matérielle⁸⁹ et à combler d'éventuelles lacunes en matière de preuve⁹⁰.

Appréhender l'expertise privée en tant que titre se comprend comme un *juste milieu* entre son assimilation à une expertise judiciaire et son exclusion du catalogue des moyens de preuve⁹¹. Cette solution permet aussi d'atteindre un certain parallélisme entre le contentieux civil, le domaine des assurances sociales⁹², la procédure de droit administratif⁹³ et l'arbitrage⁹⁴.

Le caractère controversé des débats parlementaires en lien avec la modification de l'art. 177 CPC démontre toutefois que cette révision législative, outre la mise en perspective de solutions, soulève plusieurs questions pratiques auxquelles les tribunaux devront apporter des réponses⁹⁵.

IV. Portée du nouveau statut de l'expertise privée

A. L'importance du nouveau statut

Une ligne de jurisprudence qui repose sur un concept vacillant n'est pas amenée à se développer de manière cohérente. Depuis son arrêt de principe du mois de septembre 2015⁹⁶, le Tribunal fédéral a été amené à apporter diverses nuances à sa jurisprudence relative à l'expertise privée. Celle-ci aura désormais un statut clair, ce qui permettra une approche centrée sur la force probante de l'expertise privée et la libre appréciation du juge face aux preuves administrées. Le nouveau statut ne changera

87 Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prises de position du *Arbeitsgruppe Zurich International Commercial Court des Zürcher Anwaltsverbands* (AG ZICC), 228, de BISEGGER SIMON, 229 et de la Fédération Suisse des Avocats, 232.

88 Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prise de position de *Hauseigentümerverschweiz* (HEV Schweiz), 230; LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Berne 2016, N 9.123.

89 Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prise de position de BISEGGER SIMON, 229.

90 TF 4A_247/2020 du 7 décembre 2020, consid. 4 («*Beweisvakuum*»); BRÖNNIMANN/MILLONIG (n. 23), 41, 50; cf. HÜRLIMANN ROLAND, *Zivilprozesse in Bausachen: die wunden Punkte*, in: Stöckli (édit.), *Schweizerische Baurechtstagung 2019*, Fribourg 2019, 51 ss, 55.

91 Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prise de position de MEIER ISAAK, 231.

92 ATF 125 V 351, consid. 3b.bb; TF 9C_276/2015 du 10 novembre 2015, consid. 4.3.

93 ATF 137 II 266, consid. 3.2.

94 KUKO ZPO-DASSER, art. 375 N 1; cf. art. 5 al. 1 *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*.

95 Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prise de position du Parti vert/libéral, 230.

96 ATF 141 III 433, consid. 2.6.

rien en revanche en matière de devoir d'allégation et de contestation des parties: l'expertise privée pourra certes être prise en compte librement quant à sa force probante, mais supposera toujours le respect des exigences en matière d'apport des faits. De plus, comme tout titre, une expertise privée pourra être écartée au stade de l'ordonnance de preuve, faute de pertinence au vu de l'état de fait à prouver (art. 150 al. 1 CPC). En revanche, si c'est uniquement sa force probante qui fait débat, c'est au stade de l'appréciation des preuves qu'elle devra être jugée. A cet égard, le tribunal disposera d'une importante marge de manœuvre selon les circonstances et les spécificités du cas d'espèce.

Si le reclassement de l'expertise privée permet ainsi de réconcilier certains concepts dogmatiques, il ne relativise en rien ses faiblesses intrinsèques, notamment liées à son manque d'indépendance structurelle⁹⁷.

Sans vouloir remettre en question l'intégrité des experts mandatés à titre privé, force est toutefois d'admettre qu'une telle expertise n'est produite par une partie uniquement si elle va dans le sens de ses intérêts⁹⁸. Son résultat peut en outre être influencé par son mandant en modifiant la formulation des questions soumises. N'étant pas chose aisée pour les tribunaux de reconnaître pareille déformation⁹⁹, les rapports d'expertise privée méritent d'être traités avec circonspection, en particulier quant aux qualifications de leurs auteurs, qui sont essentielles pour leur appréciation¹⁰⁰.

Quand bien même le Tribunal fédéral a reconnu le problème adressé par le Conseil fédéral et semble accueillir favorablement la nouvelle teneur de l'art. 177 CPC¹⁰¹, les motifs qui l'ont poussé à reléguer l'expertise privée au statut d'allégué de partie demeureront pertinents, mais ils devront uniquement être pris en compte au stade de l'appréciation des preuves¹⁰². Le Message souligne que la force probante d'une expertise privée dépendra de toutes les circonstances du cas concret (p.ex. les liens entre la partie et l'expert, les circonstances de l'attribution du mandat, la procédure et le déroulement de l'expertise, la compétence de l'expert, etc.)¹⁰³.

⁹⁷ Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prises de position de MEIER ISAAK, 231 et du canton de SZ, 233; cf. HASENBÖHLER FRANZ (avec YAÑEZ SONIA), *Das Beweisrecht der ZPO*, vol. 1, *Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte*, Zurich/Bâle/Genève 2015, N 5.49; GRONER ROGER, *Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht*, Berne 2011, 307.

⁹⁸ Voir ATF 141 IV 369, consid. 6.2.

⁹⁹ Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prises de position de ZÜRCHER JOHANN, 235 s. et de l'Université de Berne, 234.

¹⁰⁰ En ce sens: TF 4A_349/2007 du 16 janvier 2008, consid. 3.5.

¹⁰¹ TF 4A_247/2020 du 7 décembre 2020, consid. 4.2.

¹⁰² Voir SCHMID (n. 26), 528; HARTMANN STEPHAN, *Arztzeugnisse und medizinische Gutachten im Zivilprozess*, PJA 11/2018, 1339 ss, 1351.

¹⁰³ Message du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit), FF 2020, 2659 s.

Somme toute, il est prévisible que le Tribunal fédéral sera amené à développer, sous l'angle de l'art. 157 CPC, des critères quant à l'appréciation d'une expertise privée, qui aboutiront à une pratique assez proche de celle qui prévaut actuellement, mais présentée de manière plus cohérente et convaincante¹⁰⁴. L'effet de la révision de l'art. 177 CPC ne devrait ainsi pas immédiatement se faire ressentir, étant donné qu'une expertise privée – en tant que telle et à elle seule – devrait généralement être inapte à convaincre un juge au degré de preuve strict¹⁰⁵.

Il faut toutefois réserver la situation particulière de l'expertise privée bilatérale (ou multilatérale) qui, elle, ne souffre pas de carences en neutralité, dans la mesure où elle a été diligentée par toutes les parties au procès. Ce genre d'expertise privée devrait alors pouvoir bénéficier d'une pleine force probante¹⁰⁶.

Par ailleurs, l'expertise privée pourrait gagner en importance dans les procédures pour lesquelles la vraisemblance est de rigueur, en particulier en matière de mesures provisionnelles (art. 261 al. 1 CPC). Alors que le Tribunal fédéral semble hésitant quant à l'aptitude d'une expertise privée – qualifiée d'allégué de partie – à fonder la vraisemblance d'un fait dans le cadre d'une procédure de mesure provisionnelle¹⁰⁷, nul doute qu'elle constituerait un moyen adéquat à cet effet en tant que titre¹⁰⁸.

D'un point de vue temporel en revanche, qu'il s'agisse d'un allégué de fait ou d'un moyen de preuve, cela demeure sans influence puisque les règles en matière de faits nouveaux (art. 229 CPC) sont identiques. Si la partie défenderesse produit une expertise privée à l'appui de sa duplique, alors la partie demanderesse aura épuisé son droit de s'exprimer librement deux fois et devra utiliser les règles relatives aux faits nouveaux pour éventuellement produire une autre expertise privée¹⁰⁹.

Plusieurs voix se sont élevées contre le projet de révision de cette disposition au motif que l'appréciation de la force probante d'une expertise privée soulève de nombreuses questions¹¹⁰, dont la clarification entraîne une charge supplémentaire pour les tribunaux¹¹¹. Elles craignent que ces interrogations ne puissent trouver de réponse satisfaisante et que les expertises privées ne puissent pas, nonobstant leur nouveau statut, être prises en compte par le tribunal.

¹⁰⁴ BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Expertise privée et avant-projet de révision du CPC, Note relative à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_9/2018, *in*: newsletter CPC Online 2019-N 4 du 31 janvier 2019.

¹⁰⁵ HARTMANN (n. 102), 1351.

¹⁰⁶ BOHNET FRANÇOIS/FITZI FRÉDÉRIC, Les pièges de l'expertise privée en droit de la construction, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_494/2020, Newsletter immodroit.ch octobre 2022, 6 s.

¹⁰⁷ ATF 138 III 636, consid. 4.3 s.; ATF 138 III 232, consid. 4.3.2; *cf.* cependant ATF 132 III 83, consid. 3.4; TF 4A_36/2012 du 26 juin 2012, consid. 2.4.

¹⁰⁸ BSK ZPO-SPRECHER, art. 261 N 61.

¹⁰⁹ HURNI BAPTISTE/HOFMANN DAVID, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, Revue de l'avocat 5/2023, 209 ss, 217.

¹¹⁰ Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prises de position des cantons de SG, 232 et du VS, 234.

¹¹¹ Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prises de position du canton de BL, 229 et de MEIER ISAAK, 231 s.

Ces craintes ne sont pas sans fondement, les expertises privées pouvant avoir une force probante très variable. Il en va toutefois ainsi pour les titres de manière générale¹¹², de sorte que la problématique mise en exergue est déjà d'actualité. En outre, les règles jurisprudentielles relatives à la maxime des débats rendent, dans certains cas, la production d'expertises privées nécessaire à l'ordonnance d'une expertise judiciaire¹¹³.

Enfin, la doctrine semble admettre qu'une expertise privée peut porter sur des questions de droit¹¹⁴. Or un avis de droit ne saurait être assimilé à une expertise privée au sens de l'art. 177 CPC révisé, qui par définition ne peut porter que sur des faits (contestés)¹¹⁵, sauf s'il s'agit de prouver un droit étranger¹¹⁶. Partant, un avis de droit se comprend comme un développement juridique d'une partie¹¹⁷ qui, au contraire d'une expertise privée portant sur des éléments de faits¹¹⁸, n'est pas soumis aux règles sur les *novas* et peut être produit jusqu'aux délibérations¹¹⁹.

B. Fonctions multiples de l'expertise privée

Quand bien même une expertise privée sera désormais apte à *prouver les faits* qu'elle supporte, en tout cas sous l'angle de la vraisemblance, elle continuera à (aussi) être utilisée par les parties en tant qu'*outil d'allégation*, dans la mesure où seuls des faits valablement contestés, respectivement suffisamment motivés, ouvrent (formellement) la voie à l'administration des preuves. Partant, un rapport d'expertise privée pourra dans un premier temps être apprécié par le tribunal, afin de déterminer si un allégué de fait – souvent hautement technique – est suffisamment contesté ou motivé. Cas échéant et dans un second temps, ce même rapport d'expertise privée sera pris en compte par le tribunal à l'occasion de la procédure probatoire, éventuellement mis en perspective avec d'autres moyens de preuve.

L'expertise privée peut également fonctionner comme *outil de compréhension*, tant pour les parties que le tribunal. Sur des thèmes techniques, elle permet au juge de saisir les questions qui se posent à lui¹²⁰.

112 Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prise de position de l'Université de Bâle, 234.

113 BOHNET/FITZI (n. 51), N 17.

114 HASENBÖHLER FRANZ (avec YAÑEZ SONIA), *Das Beweisrecht der ZPO*, vol. 2, *Die Beweismittel*, Zurich/Bâle/Genève 2019, N 7.378; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 39.

115 BSK ZPO-HAFNER, art. 168 N 4b.

116 Voir art. 16 al. 1 LDIP en relation avec l'art. 150 al. 2 CPC.

117 TF 5A_261/2009 du 1^{er} septembre 2009, consid. 1.3 (non publié *in* ATF 135 III 608); PC CPC-VOUILLOZ, art. 168 N 10.

118 KommZPO-WEIBEL, art. 177 N 5.

119 BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 39; *cf.* ATF 105 II 3, consid. 1; TC NE du 11 février 1985, RJN 1985, 79.

120 BOHNET/FITZI (n. 51), N 32; *cf.* TC ZH du 7 juillet 2017, NE160010, consid. 8.4.7.

C. Questions ouvertes

1. Coûts de l'expertise privée et asymétrie des forces en présence

Alors que certains considèrent que la signification nouvelle de l'expertise privée dans un procès correspond mieux aux frais considérables qu'elle implique¹²¹, se pose naturellement la question de qui devra les prendre en charge¹²².

Les frais d'un expert privé sont en principe assumés par la partie qui l'a mandaté. Quand bien même ils ne sont plus formellement exclus du champ d'application de l'art. 95 al. 2 let. c CPC, ces frais ne devraient sauf circonstances particulières pas pouvoir être répercutés sur les frais judiciaires. Pour autant que des faits de nature technique rendent une telle expertise nécessaire¹²³, les frais ainsi engendrés pourraient éventuellement être réclamés soit à titre de débours nécessaires dans le cadre de l'indemnité de dépens¹²⁴, soit – subsidiairement – à titre de dommage¹²⁵. Les frais d'un avis de droit produit par une partie en dehors du champ d'application de l'art. 16 al. 1 LDIP, ne peuvent pas être remboursés, dans la mesure où le tribunal applique le droit d'office.

En marge de la procédure de consultation, plusieurs intervenants ont fait valoir que la démocratisation des expertises privées en procédure civile aurait pour effet d'exacerber l'asymétrie des forces économiques en présence, toutes les parties n'ayant pas les moyens de s'offrir les services d'un tel expert¹²⁶. L'expertise privée étant généralement inapte à apporter une preuve stricte, elle n'évitera vraisemblablement pas l'aménagement d'une expertise judiciaire, si bien que la révision du CPC ne devrait pas entraîner une augmentation significative des expertises privées.

Toutefois, dans les procédures sommaires, qui ne sont *a priori* pas accessibles à une expertise judiciaire, le luxe de pouvoir s'offrir une expertise privée pourrait ne pas être contrebalancé de manière suffisante à protéger une partie économiquement plus modeste. Il convient de souligner que ce déséquilibre existe déjà *de lege lata*, la pratique judiciaire n'excluant pas systématiquement la production d'une expertise privée en procédure sommaire, de sorte que l'on peut douter de l'impact réel que la présente révision aura sur cette situation.

¹²¹ Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prise de position de Schwärzler Rechtsanwälte, 233.

¹²² BRÖNNIMANN/MILLONIG (n. 23), 46, qui auraient souhaité voir ces questions réglées dans la révision du CPC.

¹²³ TF 4A_624/2021 du 8 avril 2022, consid. 6.2; TF 4A_125/2017 du 20 novembre 2017, consid. 6.2.4.2 (non publié *in* ATF 143 III 545); TF 4A_113/2017 du 6 septembre 2017, consid. 6.2.5; TComm ZH du 6 juillet 2007, ZR 2008, n° 14, 33, consid. 15; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, art. 95 N 17.

¹²⁴ Art. 95 al. 3 let. a CPC; ATF 117 II 101, consid. 4; TF 4A_113/2017 du 6 septembre 2017, consid. 6.2.5; BETTEX (n. 8), 297.

¹²⁵ ATF 131 II 121, consid. 2.1; TF 4A_692/2015 du 1^{er} mars 2017, consid. 6.1.2 (non publié *in* ATF 143 III 206); TF 4A_264/2015 du 10 août 2015, consid. 3.

¹²⁶ Voir les résultats de la procédure de consultation concernant la révision du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), prises de position de l'ASLOCA, 228, des Juristes démocratiques de Suisse, 229, de MEIER ISAAK, 232 et du canton du VS, 234.

2. Relation entre expertises judiciaire et privée

Nous l'avons vu, il ne sera pas aisé pour le juge et – *a fortiori* – les parties, d'anticiper la valeur probante d'une expertise privée dans un procès.

L'intégration de l'expertise privée dans la définition du titre prévue à l'art. 177 CPC implique que son auteur, contrairement à l'expert judiciaire, n'est pas formellement soumis aux dispositions sur la récusation des magistrats et fonctionnaires judiciaires¹²⁷. En outre, seul l'expert judiciaire est préalablement exhorté à dire la vérité sous peine de sanctions pénales¹²⁸. Si un expert privé affirme un fait qu'il sait inexact, il ne peut en principe engager sa responsabilité pénale qu'aux conditions strictes d'une escroquerie au sens de l'art. 146 CP¹²⁹. Enfin, la partie adverse n'a pas la possibilité de participer à l'instruction du mandat d'expertise privée, alors que le CPC le permet dans le cadre de l'expertise judiciaire¹³⁰.

Le CPC ayant ainsi instauré des règles au service de l'indépendance de l'expert judiciaire auxquelles échappe l'expert privé, il s'ensuit que le résultat d'une expertise judiciaire devrait, sauf circonstances particulières, primer celui d'une expertise privée¹³¹.

Des interrogations subsistent quant à la possibilité pour le juge de déroger à l'avis d'un (seul) expert privé sans verser dans l'arbitraire, ou de fonder son jugement sur une expertise privée contestée par l'autre partie, alors que cette dernière n'a pas requis l'ordonnance d'une expertise judiciaire¹³². Il en va de même quant à la question de savoir si l'existence d'expertises privées contradictoires forcera le tribunal à ordonner une expertise judiciaire¹³³ requise par une partie et, cas échéant, s'il sera habilité à l'ordonner d'office¹³⁴.

Il faudra du temps pour que les tribunaux tracent les contours permettant d'apporter une réponse fondée à ces questions. Dans l'intervalle, nul doute que l'avocat diligent sera amené à produire une expertise privée et, à titre subsidiaire, requérir l'ordonnance d'une expertise judiciaire¹³⁵.

3. Preuve à futur

Bien qu'une preuve à futur au sens de l'art. 158 CPC soit une procédure contradictoire, c'est en premier lieu le requérant qui soumet au tribunal un résumé des faits

¹²⁷ Art. 183 al. 1 et 2 CPC.

¹²⁸ Art. 184 al. 1 et 2 CPC; art. 307 CP.

¹²⁹ RÜETSCHI (n. 30), 14.

¹³⁰ Art. 185 al. 2 CPC; BRÖNNIMANN/MILLONIG (n. 23), 47.

¹³¹ HARTMANN (n. 102), 1346 s.

¹³² TF 4A_617/2010 du 14 juin 2011, consid. 3.2; HÜRLIMANN (n. 90), 54 s.; cf. aussi GROS SARAH, La capacité de discernement de l'adulte en droit privé, thèse Lausanne 2018, Genève/Zurich/Bâle 2019, N 1223 s.

¹³³ Voir ATF 132 III 83, consid. 3.5; HASENBÖHLER (n. 114), N 7.387.

¹³⁴ Pour un aperçu des règles applicables en la matière: BOHNET/FITZI (n. 51), N 24 ss.

¹³⁵ TF 4A_373/2015 du 26 janvier 2016, consid. 4.3.3; Fachhandbuch ZPO-HOFFMANN-NOWOTNY, N 27.77.

et les questions à poser à l'expert¹³⁶, raison pour laquelle certains auteurs rapprochent cette institution de l'expertise privée¹³⁷.

Compte tenu du nouveau statut de l'expertise privée, se pose la question de savoir si une requête de preuve à futur pourrait désormais être refusée faute d'intérêt digne de protection, le requérant ayant la possibilité de prouver les mêmes faits par une expertise privée¹³⁸.

Dès lors que le rapport issu d'une preuve à futur a rang d'expertise judiciaire¹³⁹, cette solution ne saurait être suivie, l'intérêt du requérant à obtenir un moyen de preuve ayant – *a priori* – une plus grande force probante étant à nos yeux suffisant. La simple possibilité de prouver ces mêmes faits avec un autre moyen de preuve ne saurait justifier le refus d'une requête de preuve à futur. Encore faut-il que ce moyen ait une force probante équivalente, respectivement qu'il puisse jouer un rôle déterminant dans la phase probatoire du procès au fond¹⁴⁰. Le Tribunal fédéral aura, là aussi, pour tâche de fixer les conditions auxquelles une expertise privée pourra être pleinement exploitée lors d'un procès¹⁴¹. Nul doute dès lors que l'institution de la preuve à futur n'est pas prête de tomber en désuétude.

V. Conclusion

La révision de l'art. 177 CPC fait entrer l'expertise privée dans la catégorie des titres. Désormais, celle-ci ne sera plus considérée comme un «simple allégué de partie», mais bien comme un «document propre à prouver des faits pertinents». L'expertise privée a désormais un statut clair, ce qui permet une approche centrée sur sa *force probante* et la *libre appréciation du juge* face aux preuves administrées. Le nouveau statut ne changera rien en revanche en matière de devoir d'allégation et de contestation des parties: l'expertise privée pourra certes être prise en compte librement quant à sa force probante, mais supposera toujours le respect des exigences en matière d'apport des faits. De plus, comme tout titre, une expertise privée pourra être écartée au stade de l'ordonnance de preuve, faute de pertinence au vu de l'état de fait à prouver. La jurisprudence du Tribunal fédéral ayant fait suite à son arrêt de principe du mois de septembre 2015 (ATF 141 III 433) reste cependant riche d'enseignements, puisque celle-ci revient souvent à apprécier de fait la force probante

¹³⁶ BOHNET/FITZI (n. 51), N 22.

¹³⁷ SIEGENTHALER THOMAS, Gutachten im Rahmen der vorsorglichen Beweisführung – ein «gerichtliches Privatgutachten»? DC 6/2013, 311, qui parle de «*gerichtliches Privatgutachten*».

¹³⁸ Sur cette question: TC NE du 12 février 2016, CACIV.2015.96, consid. 3b; TC ZG du 24 octobre 2012, Z2201227, consid. 5.4; BK ZPO II-BRÖNIMANN, art. 158 N 11; KUKO ZPO-BAUMGARTNER, art. 158 N 13.

¹³⁹ ATF 142 III 40, consid. 3.1.3.

¹⁴⁰ MEIER ISAAK, Vorsorgliche Beweisführung zur Wahrung eines schutzwürdigen Interesses, RSJ 12/2014, 315 s., qui parle de moyen de preuve «*gleichwertig*»; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER (n. 88), N 9.52.

¹⁴¹ DOMEJ TANJA, Formalismus – haben wir davon zu viel?, in: Eichel *et al.* (édit.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Berne 2022, 97 ss, 103.

de l'expertise privée au gré des circonstances, travail qu'il conviendra d'opérer de manière plus systématique et transparente désormais. Le tribunal dispose ainsi d'une importante marge de manœuvre selon les spécificités du cas d'espèce, une grande retenue s'imposant compte tenu du manque d'indépendance structurelle de l'expertise privée.