

# L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433

## Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait

FRANCESCO TREZZINI\*/FRANÇOIS BOHNET\*\*

### A. Introduction

Le procès civil voit, en matière contentieuse, une partie affirmer un droit que son adversaire conteste. Lorsque la maxime des débats s'applique, le demandeur présente les faits sur lesquels il fonde sa prétention et les preuves à leur appui (art. 55 al. 1 CPC). Le défendeur peut contester ces faits, le cas échéant de manière détaillée (art. 222 al. 2 CPC), en proposant, s'il le juge utile, des contre-preuves à l'appui de sa contestation (art. 152 CPC). Il peut également soulever des objections, à savoir des faits dirimants ou extinctifs, en proposant les preuves nécessaires. Les faits avancés par les parties, lorsqu'ils sont pertinents et contestés par l'adversaire, sont l'objet de la preuve (art. 152 CPC). C'est sur la base d'une libre appréciation des preuves administrées sur lesdits faits que le juge établit sa conviction (art. 157 CPC).

L'art. 168 CPC dresse le catalogue des moyens de preuve: titre, témoignage, expertise, vision locale, renseignement écrit, interrogatoire et déposition des parties. Un document écrit peut dès lors entrer dans la catégorie des titres (art. 168 al. 1 let. b CPC) ou des renseignements écrits (art. 168 al. 1 let. e CPC). Il peut être déposé au dossier soit spontanément par une partie, soit, ensuite d'une réquisition ou d'office, sur ordre du juge à une partie ou à un tiers.

Le catalogue des preuves de l'art. 168 CPC est exhaustif. Cela découle du texte de la loi et de sa systématique: l'art. 168 al. 1 CPC indique que «les moyens de preuve sont ...» et l'al. 2 réserve les dispositions régissant le sort des enfants dans les procédures relevant du droit de la famille. Quant à la définition de chacun des moyens de preuve énumérés dans cette disposition, elle résulte des articles qui leur sont consacrés. En d'autres termes, pour comprendre ce qu'il faut entendre par témoignage, il faut se référer aux art. 169 à 176 CPC, par titre, aux art. 177 à 180 CPC, par inspection, aux art. 181 et 182 CPC, par expertise, aux art. 183 à 189 CPC, par renseignement écrit, à l'art. 190 CPC et par interrogatoire et déposition des parties, aux art. 191 à 193 CPC.

---

\* Dr en droit, LL.M., Avocat, Privatdozent nell'Università di Lucerna, Pretore di Lugano.

\*\* Dr en droit, LL.M., Avocat, Professeur à l'Université de Neuchâtel.

Ce qui précède constituerait une évidence si chacune des catégories de preuve énumérées dans la loi était parfaitement étanche, si aucun des moyens de preuve légaux ne pouvait prendre une forme hybride et sa catégorisation être sujette à discussion. Or les moyens de preuve revêtant la forme d'un document papier, sonore ou audiovisuel, c'est-à-dire un titre au sens de l'art. 177 CPC, soulèvent précisément diverses interrogations. Les parties pourraient, par exemple, convenir de recueillir un témoignage de manière privée, sans intervention du juge, notamment au travers d'un *conference call* avec un témoin résidant à l'étranger, enregistrer la conversation et la produire en tant que titre au sens de l'art. 177 CPC.

Dans cette hypothèse, qu'en est-il de la liste exhaustive de l'art. 168 CPC, qui renvoie aux art. 169 à 176 CPC quant aux modalités de l'administration du témoignage, et non à la production sous forme de titre d'un témoignage administré de manière informelle par les parties (art. 177 à 180 CPC)? S'il est manifeste que cet enregistrement n'est pas un témoignage au sens de l'art. 168 CPC, doit-on pour autant en déduire qu'il ne s'agit pas d'un titre au sens de la même disposition?

La réponse est bien évidemment négative, puisque cette production est conforme à l'art. 177 CPC. Quant à la portée de ce titre (par définition susceptible de prouver des faits pertinent au sens de cette disposition), elle devrait logiquement être régie par l'art. 157 CPC et le principe de la libre appréciation des moyens de preuve. Pourtant, au moment de s'interroger à l'occasion de l'ATF 141 III 433 sur une problématique similaire, à savoir la portée d'une expertise privée versée au dossier, le Tribunal fédéral en a décidé autrement. Cette décision est au cœur de la présente contribution.

## **B. Présentation de l'ATF 141 III 433**

A., né en 1981, a été victime d'un grave accident le 25 décembre 2009. Des blessures au visage et à la tête l'ont rendu incapable de travailler à 100%. La SUVA lui a versé des indemnités journalières et a assumé les coûts des soins.

Le 21 septembre 2010, A. s'est annoncé à l'assurance-invalidité afin d'obtenir des prestations, qui lui ont été refusées. Le 31 août 2011, la SUVA a également annoncé interrompre ses prestations dès le 20 septembre 2011, en faisant valoir que les séquelles constatées n'étaient pas les conséquences organiques des faits du 25 décembre 2009 et, par conséquent, que le lien de causalité faisait défaut.

A. s'est alors adressé à l'assurance B. SA afin d'obtenir des indemnités journalières de maladie. L'assurance a confié un mandat d'expertise au Dr C. Sur la base du document établi par celui-ci, l'assurance B. a refusé toute prestation.

La demande de A. contre l'assurance B. a été rejetée par le tribunal cantonal argovien, lequel a, parmi les différentes expertises administrées avant le dépôt

de la cause, suivi celle qui niait l'incapacité de travail, totale ou partielle, rédigée par le Dr C. Dans le recours porté devant lui, le Tribunal fédéral devait se pencher sur le fait que la Cour cantonale avait fondé sa décision sur une expertise privée. Le recours a été partiellement admis.

Le Tribunal fédéral rappelle dans cette décision<sup>1</sup> que, en matière d'assurances sociales, une expertise privée n'a pas le même rang qu'une expertise administrée par un tribunal ou par une assurance-accidents, en conformité aux règles de procédure applicables. Selon les principes jurisprudentiels en matière d'appréciation des preuves, le juge a la tâche d'examiner si une telle expertise privée est susceptible de générer des doutes sur des points litigieux importants, concernant l'opinion et les conclusions de l'expert désigné par le tribunal ou par l'assurance-accidents. Notre Haute Cour conclut toutefois que, en dehors des procédures relevant des assurances sociales, la jurisprudence a toujours considéré que ces expertises privées n'étaient pas des moyens de preuve. Elles ne constituent que des déclarations de la partie ayant requis cette expertise privée, lui permettant de détailler ses allégués<sup>2</sup>.

Sur ce point, l'ATF 141 III 433 donne à notre sens une explication trop simpliste de la différence qu'il pose entre la procédure en matière d'assurances sociales et la procédure civile.

## C. Analyse

### I. Les leçons de l'arrêt

Le Tribunal fédéral pose deux principes. En premier lieu, l'art. 168 CPC a une nature *exhaustive* et trace un cercle hors duquel aucun élément n'est à même de constituer un moyen de preuve. Il en découle que, sous réserve de certains indices et faits «d'appui», tout pouvoir d'appréciation du juge au sens de l'art. 157 CPC lui est retiré à cet égard.

En second lieu, le Tribunal fédéral retient qu'un document contenant une expertise privée peut uniquement être considéré comme une déclaration de partie dépourvue de valeur probante, l'art. 168 CPC l'excluant précisément des moyens de preuve. Le constat est sévère, puisqu'il revient à nier la qualité de titre à un document qui répond pourtant à la définition de l'art. 168 let. b CPC. Ce faisant, le Tribunal fédéral pose une règle d'appréciation d'un moyen de preuve, en lui niant *a priori* toute valeur probante au vu du caractère exhaustif de l'art. 168 CPC.

1 ATF 141 III 433, consid. 2.3.

2 ATF 141 III 433, consid. 2.5–2.6.

## II. Critique de la solution retenue

### 1. Erreurs conceptuelles

L'exclusion de l'expertise privée des moyens de preuve est critiquable. Elle ne respecte pas la lettre de la loi et procède d'une confusion entre moyen de preuve et force probante dudit moyen. L'art. 168 CPC n'intervient pas lors de l'appréciation des preuves, mais uniquement au stade de la définition du moyen de preuve, dont il fournit une liste exhaustive. En d'autres termes, l'art. 168 CPC ne fournit aucune directive en matière d'appréciation des preuves. Cela n'est pas son objet. Du reste, aucune autre disposition du Code ne le fait, l'appréciation des preuves étant libre, selon le principe inscrit à l'art. 157 CPC. Force est de constater que le Tribunal fédéral pose un principe relatif à l'appréciation des preuves, matière régie par l'art. 157 CPC, tout en fondant sa décision sur l'art. 168 CPC. Pourtant, il considère que la valeur probante d'une expertise privée ne relève pas de l'appréciation des preuves, puisqu'il écarte dans l'arrêt discuté la solution de l'ATF 125 IV 351 qui retient pourtant ce principe. Cela démontre une faille dans son raisonnement.

### 2. Reformulation dans le cadre posé par l'ATF 141 III 433

Le principe retenu par le Tribunal fédéral est posé dans une décision de principe, accompagnée d'un résumé très clair: «une expertise privée n'est pas un moyen de preuve». Ne conviendrait-il toutefois pas, à tout le moins, de nuancer ce principe afin d'assurer sa compatibilité avec celui de la libre appréciation des preuves ancré à l'art. 157 CPC? La réponse nous semble positive au vu de la jurisprudence même du Tribunal fédéral, qui se caractérise par une application relativement flexible de ce principe rigoureux, et de certaines solutions législatives.

#### a. L'expertise privée comme outil d'allégation

Premièrement, qualifier l'expertise privée de simple allégué de partie ne la prive pas nécessairement de toute portée probante, puisque les déclarations de partie ne doivent être prouvées que si l'adversaire les a expressément contestées (art. 150 al. 1 CPC). Dans la mesure où les *allégations* de partie reproduisant une expertise privée sont *spécifiquement détaillées*, la contestation de l'adversaire doit l'être également. En d'autres termes, la partie adverse doit spécifier quelles sont les circonstances de fait qu'elle conteste dans le cas particulier, faute de quoi les allégués détaillés grâce à l'expertise privée seront tenus pour admis<sup>3</sup>.

---

3 ATF 141 III 433, consid. 2.6.

*b. L'expertise privée comme moyen de preuve imparfait*

Deuxièmement, en présence d'une contestation par l'adversaire de l'expertise privée déposée au dossier, le considérant 2.6 de l'ATF 141 III 433 retient que celle-ci peut néanmoins *contribuer à la preuve de ces faits*, en tant que déclaration de partie conjointement aux indices<sup>4</sup> fournis par les preuves au dossier.

En résumé, une expertise privée revêt une double incidence. D'une part, en matière d'apport des faits et de leur contestation. D'autre part, en matière de preuve, puisque, si ladite expertise est accompagnée d'indices, elle peut contribuer à fournir la preuve.

Ce second point appelle trois remarques:

(1) Lesdits indices doivent-ils être des moyens de preuve énumérés à l'art. 168 CPC? Si la réponse paraît évidente au vu de la nature exhaustive de cette disposition, elle ne l'est en réalité pas en raison de la jurisprudence même du Tribunal fédéral<sup>5</sup>, qui énonce le principe selon lequel un témoignage par ouï-dire peut représenter un indice eu égard à certains faits, alors même que, selon l'art. 169 CPC, un témoignage suppose une perception directe des faits.

Cette approche a des conséquences non négligeables. En effet, si un témoignage par ouï-dire peut représenter un indice eu égard à certains faits, cela signifie que l'indice peut résulter d'un *moyen de preuve imparfait*. Ne conviendrait-il pas dès lors de considérer que l'expertise privée constitue également un moyen de preuve imparfait, apte à générer le cas échéant des indices?

(2) Cela étant, pourquoi le Tribunal fédéral a-t-il axé son argumentation sur la notion d'indice, soit une preuve indirecte – au même titre que les présomptions de fait et les faits d'appui – et non, par exemple, sur la preuve directe des faits dont il s'agit? La réponse est délicate. En effet, une déclaration de partie, qui n'a pas comme telle de valeur probante, ne contribue pas, en elle-même, au processus probatoire. Elle constitue une allégation de faits qui devront être prouvés. Les preuves administrées à cet égard pourraient aboutir à une preuve directe et complète de ces faits ou à une preuve indirecte ou par indice, en fonction de la libre appréciation du juge en vertu de l'art. 157 CPC. Or l'allégation de partie contribue à ladite appréciation du juge lorsque les indices sont fournis, si l'on s'en tient au texte de l'ATF 141 III 433.

Cela ne signifie pas encore que, dans ce cadre, l'expertise privée devient un moyen de preuve à même de prouver les faits techniques sur lesquels elle se prononce. Elle pourrait toutefois devenir un instrument capable de contribuer, suivant les circonstances, à l'appréciation de la valeur probante d'un ou plusieurs indices tirés de l'administration des preuves au sens de l'art. 168 CPC. C'est la logique retenue par le Tribunal fédéral pour le témoin par ouï-dire.

4 Sur les indices, voir BK ZGB-KUMMER, N93 ad art. 8 CC; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich 1979, p. 319.

5 TF [14.07.2014] 5A\_51/2014, consid. 5.1.

Quel est en définitive l'apport concret de l'expertise privée dès lors que le Tribunal fédéral lui nie sa nature de moyen de preuve? En matière de témoin par ouï-dire, l'arrêt du 14 juillet 2014<sup>6</sup> retient l'exemple suivant: l'affirmation qu'une partie a faite à un tiers à propos de ce qu'elle a constaté et que ce tiers relate à l'occasion de son témoignage peut constituer un indice à propos du manque de crédibilité de cette partie, si ce qui a été relaté par ce témoin est contraire à ce qui a été allégué par ladite partie dans le procès.

(3) Enfin, une expertise privée doit aussi pouvoir représenter un fait d'appui. C'est ce que le Tribunal fédéral a également retenu dans l'arrêt précité du 14 juillet 2014<sup>7</sup>, dans lequel il a souligné que le témoignage par ouï-dire pouvait aussi servir à évaluer une autre déclaration et ainsi être un fait d'appui (*Hilfstat-sache*). Evidemment, la même logique doit être aussi applicable à l'expertise privée.

A notre avis, l'expertise privée ne se limite toutefois pas à un simple instrument d'appréciation des moyens de preuve car, quoi qu'en dise l'ATF 141 III 433, elle garde son rôle en tant que moyen de preuve au vu de certaines dispositions légales spécifiques (c.) et elle sert d'instrument pour administrer d'autres moyens de preuve (d.).

c. *L'expertise privée comme moyen de preuve dans certaines procédures*

Pour ce qui concerne cet aspect, deux éléments méritent d'être mentionnés:

(a) tout d'abord, au sens de l'art. 16 LDIP, le juge peut requérir la collaboration des parties pour établir le contenu du droit étranger, sa preuve pouvant être mise à la charge des parties en matière patrimoniale. Dans ce cadre, la jurisprudence a, à plusieurs reprises, admis<sup>8</sup> que cette partie pouvait fournir sa collaboration, voire la preuve même du droit étranger, en produisant un *avis de droit*, c'est-à-dire une expertise privée. La justification va de soi dès lors que la norme idoine, soit l'art. 16 LDIP, ne donne aucune énumération exhaustive des moyens de preuve et, par conséquent, même une expertise privée répond aux exigences légales.

(b) Ensuite, les *procès sur pièces*, en particulier la procédure d'opposition au séquestre (art. 278 LP), la mainlevée de l'opposition et les mesures superprovisionnelles, soit dans la phase *ex parte* (art. 265 al. 1 CPC), soit dans celle *inter partes* (art. 265 al. 2 CPC), qui présentent deux spécificités: (i) le juge ne peut pas administrer des moyens de preuve, ni avant, ni après le contradictoire, puisque seuls les titres sont admissibles; (ii) les expertises privées et les déclarations écrites de témoins valent en tant que moyens de preuve. Le Tribunal

6 TF [14.07.2014] 5A\_51/2014, consid. 5.1.

7 TF [14.07.2014] 5A\_51/2014, consid. 5.1.

8 ATF 138 II 217, consid. 2.3; TF [23.03.2005] 1P.600/2004, consid. 2.5: il est précisé que ces expertises ne lient pas le juge, celui-ci ne pouvant pas aveuglément les promouvoir au rang de jugements.

fédéral l'exprime clairement dans plusieurs arrêts<sup>9</sup>, ce qui se justifie difficilement au vu de l'ATF 141 III 433. En effet, l'art. 254 CPC, applicable en l'occurrence, est aussi soumis à l'art. 168 CPC, disposition figurant dans les dispositions générales du Code. A notre sens, les ATF 138 III 636 et 138 II 232 sont la démonstration de l'approche erronée retenue par l'ATF 141 III 433 et le caractère central de la question de l'appréciation des moyens de preuve.

*d. L'expertise privée comme instrument utile à l'administration d'autres moyens de preuve*

Enfin, l'expertise privée, en tant que moyen de preuve imparfait, représente un instrument utile pour l'administration d'autres moyens de preuve et cela, à tout le moins, à deux titres:

(a) elle est utile, puisqu'elle représente souvent une source très riche pour la *formulation des questions soumises à l'expert judiciaire* (art. 185 al. 1 CPC). Fréquemment, l'expert judiciaire est en effet requis de se confronter à l'analyse faite par l'expert privé et au résultat auquel ce dernier est parvenu. Ce procédé est parfaitement admissible, puisque, d'un côté, l'art. 185 al. 3 CPC prescrit que le tribunal tient à la disposition de l'expert les actes dont celui-ci a besoin et, de l'autre, que chaque partie est parfaitement habilitée à utiliser les pièces versées au dossier en tant qu'appui à l'administration d'un moyen de preuve.

(b) Elle est aussi utile pour obtenir l'audition de son auteur en qualité de *témoin expert* – pour autant que celui-ci réalise les conditions de l'art. 175 CPC – et ce, afin de lui soumettre son expertise privée, pour confirmation, explication ou complément. Dans un tel cas, ce document pourrait acquérir une force probante sous forme de témoignage-expertise, soit un moyen de preuve entrant dans le cadre de la définition de l'art. 168 CPC. Cette solution est-elle admissible d'un point de vue procédural? La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée, mais une partie de la doctrine l'admet ou le suggère, à condition que cet expert privé ait une perception directe des faits en question<sup>10</sup>. Cet avis devrait être suivi à notre sens. Ne pas le soutenir signifierait, en effet, exclure *a priori* cette figure du droit à la preuve codifié à l'art. 152 al. 1 CPC, ce qui serait contraire à la logique et à la jurisprudence consacrée à l'appréciation anticipée des moyens de preuve offerts par les parties, à savoir la certitude fondée du juge que ce moyen de preuve est inutile, inadéquat ou sans pertinence<sup>11</sup>.

9 ATF 138 III 636, consid. 4.3–4.4 et 138 III 232, consid. 4.3.2.

10 PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5<sup>e</sup> éd. 2011, N 1515; ALFRED BÜHLER, *Die Beweiswürdigung von Gerichtsgutachten im Zivilprozess*, Jusletter 14 mai 2007, N 28; ALFRED BÜHLER, *Gerichts- und Privatgutachten im Immaterialgüterrechtsprozess*, sic! 2007, p. 612; BJÖRN BETTEX, *L'expertise judiciaire*, thèse Lausanne 2006, p. 23.

11 TF [01.10.2009] 9C\_543/2009, consid. 2.2, avec référence à l'ATF 130 II 425, consid. 2.1; ATF 125 I 127, consid. 6c/cc.

## D. Synthèse

L'expertise privée est un titre au sens de l'art. 177 CPC, puisqu'il s'agit d'un document écrit propre à prouver des faits pertinents. Sa portée relève de la libre appréciation du juge, conformément à l'art. 157 CPC. En niant à l'expertise privée la nature de moyen de preuve, le Tribunal fédéral erre conceptuellement, à double titre. Le fait qu'une telle expertise ne remplisse pas les conditions d'une expertise judiciaire ne signifie pas qu'elle ne peut pas correspondre à un autre moyen de preuve. Et si elle a la nature de titre, lui nier toute force probante revient à exclure ce titre du champ de la libre appréciation des preuves garantie par l'art. 157 CPC.

Cette erreur conceptuelle se ressent à la lecture de l'ATF 141 III 433, puisque le Tribunal fédéral retient que l'expertise privée est un *moyen de preuve imparfait*. Il reconnaît en effet que l'expertise privée peut avoir un certain poids, dès l'instant où elle vient en soutien de certains indices et preuves indirectes. N'est-ce finalement pas dire que tout est question d'appréciation du juge? Le fait que la jurisprudence admette une certaine portée à l'expertise privée dans les procès sur pièces en fournit une autre démonstration.