

Le cadre procédural de l'expertise judiciaire en matière civile

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

et

Frédéric Fitzzi

Collaborateur scientifique à l'Université de Neuchâtel et avocat

I. Introduction.....	3
II. Concept d'expertise judiciaire.....	4
A. Notion.....	4
B. Fonction.....	4
1. De l'expertise.....	4
2. De l'expert.....	5
III. Objet de l'expertise.....	7
IV. Ordonnance d'expertise.....	9
A. Sur réquisition des parties.....	9
1. Exigences de la maxime des débats.....	9
2. Importance pratique de l'expertise privée.....	11
3. Utilité de la preuve à futur.....	13
B. D'office par le tribunal.....	15
1. Principe.....	15
2. Exception.....	16
3. Synthèse des principes jurisprudentiels.....	19

C. Refus de l'expertise.....	21
1. Subsidiarité par rapport à d'autres moyens de preuve	21
2. Connaissances spéciales du tribunal	23
3. Existence d'une expertise externe	27
4. Avance des frais d'expertise	28
V. Mandat d'expertise judiciaire	29
A. Travaux préparatoires du tribunal.....	29
B. Instruction de l'expert.....	30
1. Compétence.....	30
2. Forme et contenu	30
3. Catalogue de questions	33
4. Audience de mise en œuvre	36
5. Accès de l'expert au dossier	37
C. Etendue des pouvoirs de l'expert.....	38
1. Délégation des tâches.....	38
2. Investigations propres.....	38
3. Obligation de collaborer des parties et des tiers	41
VI. Force probante de l'expertise.....	43
A. Rapport d'expertise	43
B. Limites au principe de la libre appréciation des preuves	43
C. Questions complémentaires et complément d'expertise.....	47
1. Faculté des parties de se déterminer sur le rapport d'expertise....	47
2. Marge de manœuvre du tribunal	49
VII. Conclusion	50
Bibliographie	53

I. Introduction

1. De nombreux litiges civils comprennent des aspects techniques qui échappent à la maîtrise du tribunal et imposent le recours à l'expertise. En s'installant au cœur du processus décisionnel, l'expert¹ livre une lecture de la réalité propre à conditionner l'application du droit, ce qui tend à déplacer le débat du terrain judiciaire vers le terrain scientifique. Si la compréhension des faits techniques est essentielle au prononcé judiciaire, l'expertise doit, elle, être encadrée par le tribunal de manière à sauvegarder les principes fondamentaux qui gouvernent la procédure civile.
2. La mise en œuvre de l'expertise soulève de nombreuses questions, dont les réponses varient selon la maxime applicable et la fonction qui lui est attribuée. La présente contribution a pour but de mettre en lumière les enjeux et risques inhérents à l'expertise judiciaire et de porter un regard critique sur certaines pratiques des tribunaux, qui ont survécu à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse.
3. Après avoir esquissé le concept (II) et l'objet (III) de l'expertise, nous examinerons les différentes situations qui amènent le tribunal, d'office ou sur réquisition des parties, à ordonner une expertise (IV), tout en illustrant les exigences posées par la maxime des débats et certains outils à disposition des parties pour satisfaire à celles-ci. Nous évoquerons également la possibilité du tribunal d'utiliser ses propres connaissances techniques en lieu et place de celles d'un expert, ainsi que les enjeux procéduraux y relatifs. Nous nous pencherons ensuite sur le mandat d'expertise (V), où l'accent sera mis sur l'instruction de l'expert et l'étendue de ses pouvoirs, avant de traiter de la force probante de l'expertise (VI) et des possibilités offertes aux parties de la remettre en question, pour finalement conclure (VII).

¹ A l'instar des autres termes employés au masculin dans la présente contribution, le mot « expert » désigne indifféremment les femmes et les hommes exerçant cette fonction. Pour une analyse des biais de genre en lien avec la personne experte, cf. DIEGUEZ, 275 ss.

II. Concept d'expertise judiciaire

A. Notion

4. Le CPC traite de l'expertise, sans toutefois la définir. D'un *point de vue formel*, l'expertise est un rapport (écrit ou oral) élaboré par une personne compétente dans un domaine déterminé (*fachkundig*)², qui ne figure pas dans la composition du tribunal³. Faisant partie du *numerus clausus* des moyens de preuve admissibles⁴, elle est un instrument accepté par le tribunal visant à prouver les allégations des parties⁵.
5. D'un *point de vue matériel*, l'expertise est une mesure d'instruction que le tribunal confie à un ou plusieurs spécialistes pour être informé, en vue de la solution du litige, sur des questions techniques excédant ses connaissances et son expérience⁶.

B. Fonction

1. De l'expertise

6. A l'instar de l'inspection (art. 181 CPC), la fonction de l'expertise est double⁷. Alors qu'elle peut se concevoir comme un *moyen de preuve au sens strict*, permettant au tribunal de constater et d'apprécier certains faits techniques⁸, l'expertise peut également consister à lui

² HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.4 ; KommZPO-WEIBEL, art. 183 N 4 ; cf. aussi TF 4A_178/2011 du 28 juin 2011, consid. 3.2.2 (non publié *in* : ATF 137 III 324).

³ Art. 183 al. 3 CPC *a contrario*.

⁴ Art. 168 al. 1 let. d CPC ; ATF 141 III 433, consid. 2.5.1.

⁵ REETZ/VORBURGER, 211.

⁶ BETTEX, 6 ; GULDENER, 347 ; MOUSSA, IX ; OTT, 50 s.

⁷ Message CPC 2006, 6932 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 1 ; GASSER/RICKLI, art. 183 N 2 ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 4 ; cf. SCHURTER, 129.

⁸ TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, consid. 4.1.

*rendre l'état de fait compréhensible*⁹, en tant qu'outil d'éclaircissement¹⁰. Alors que cette distinction n'est pas sans conséquence procédurale, elle s'avère être *difficile à opérer en pratique* (*infra* N 24 ss, 34). Ces deux fonctions peuvent, cas échéant, se matérialiser dans un même rapport¹¹.

7. Indépendamment de sa fonction dans le cas particulier, l'expertise se comprend comme une forme d'interaction reposant sur un *déséquilibre de connaissances*¹². Afin qu'elle puisse jouer son rôle dans le processus décisionnel judiciaire, l'expertise doit être reconnue et identifiée comme telle par l'autorité saisie¹³. Un expert rend donc des services aux juges, sans quoi ce n'est pas un expert à proprement parler, et il ne l'est pas davantage tant qu'il n'a pas été légitimement décrété expert par le tribunal¹⁴. De cette dépendance réciproque entre le juge et l'expert naît une étroite et indispensable collaboration¹⁵, que la procédure civile se doit d'encadrer au mieux¹⁶.

2. De l'expert

8. L'expert assiste le juge au stade de la constatation des faits en apportant les connaissances et l'expérience nécessaires au jugement¹⁷, ce qui fait de lui *l'auxiliaire du juge*¹⁸. Ce qualificatif illustre le fait que l'expert n'est pas le mandataire des parties, mais

⁹ BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, N 1014 ; CHRISTINAT, 58 ; Fachhandbuch ZPO-FINK/KESSELBACH, N 20.172 ; HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.6.

¹⁰ Message CPC 2006, 6932 ; TF 4A_446/2020 du 8 mars 2021, consid. 7.1 ; BOHNET, Procédure civile, N 1330, 1398 ; TREZZINI/BRUNONE, 382.

¹¹ TREZZINI/BRUNONE, 382.

¹² DIEGUEZ, 267, parle d'« asymétrie épistémique » ; FONJALLAZ/GASSER, 161 s.

¹³ ZUFFEREY, 19.

¹⁴ DIEGUEZ, 266 ; cf. DUMOULIN, 206.

¹⁵ BRULHART, 50 s. ; DUMOULIN, 204 ; WINIGER, 160.

¹⁶ SALVADÈ, 188.

¹⁷ TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017, consid. 2.2.1 ; TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, consid. 4.1 ; TF 4A_178/2011 du 28 juin 2011, consid. 3.2.2 (non publié *in* : ATF 137 III 324).

¹⁸ ATF 118 Ia 144, consid. 1c ; TF 4A_599/2019 du 1^{er} mars 2021, consid. 6.1 ; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N 212 ; CASTELLA, 13 s.

se trouve dans un rapport de subordination envers le tribunal qui le désigne¹⁹. Alors que sa relation avec le tribunal est soumise au droit public²⁰, le rapport entre l'expert et les parties au procès est de nature procédurale, régi par le CPC²¹. Au contraire du témoin-expert (art. 175 CPC), l'expert n'a pas de perception directe des faits et est remplaçable, raison pour laquelle il peut être qualifié de *tiers désintéressé* à la procédure²². L'expert, au contraire du juge spécialiste au sens de l'art. 183 al. 3 CPC, n'a pas le pouvoir de trancher souverainement un litige²³. Il ne peut qu'éclairer, et non former la décision judiciaire²⁴.

9. Les règles prétoriennees quant à l'appréciation d'une expertise judiciaire confèrent toutefois à l'expert un rôle important, si ce n'est décisif, dans le processus décisionnel²⁵. L'expert doit par conséquent répondre aux mêmes exigences d'indépendance et d'impartialité que le juge²⁶, raison pour laquelle les règles sur la récusation et le secret de fonction lui sont applicables²⁷.
10. Afin de mener à bien sa mission, l'expert doit se départir de son rôle scientifique ou thérapeutique²⁸. Il est alors au service de la vérité et non d'une personne en particulier²⁹. Par la clarté de son rapport, l'expert est garant de la transparence de la justice³⁰.

¹⁹ BETTEX, 11 ; DUMOULIN, 202, 206 ; ZUFFEREY, 28.

²⁰ ATF 134 I 159, consid. 3 ; HALDY, N 514 ; MORIN, 63.

²¹ BÜHLER, Stellung, 322 s. ; REETZ/VORBURGER, 214.

²² Sur ces différents aspects, cf. TF 4A_255/2019 du 20 décembre 2019, consid. 6.3.3 ; TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017, consid. 2.2.1 ; OGer ZH du 17 juin 2016, LB160009, consid. 3.6.2 ; HGer ZH du 23 octobre 2013, HG120008, consid. 6.5.4.2 ; JÉQUIER, N 24, 279 ; SALVADÉ, 195.

²³ BETTEX, 19 ; BOSSHARD, Expertise, 208 ; GROS, N 1154.

²⁴ BOVEY, 96 et la réf.

²⁵ HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.3 ; SALVADÉ, 196 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 183 N 2 ; cf. *infra* N 95.

²⁶ Art. 6 ch. 1 CEDH ; art. 29 al. 1 Cst. ; ATF 125 II 541, consid. 4a.

²⁷ Art. 183 al. 2 et 184 al. 2 CPC ; TF 8C_276/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.1 ; cf. aussi Message CPC 2006, 6932.

²⁸ DELACRAUSAZ/PAREIN, 8.

²⁹ GROS, N 1145 ; MORIN, 64.

³⁰ JEGER, Rückfragen, 206.

III. Objet de l'expertise

11. Le CPC étant muet concernant l'objet de l'expertise, il découle de sa (double) fonction qu'elle est susceptible de porter sur *tout le champ du savoir humain* qui permet de reconstituer, d'élucider ou de comprendre une question de fait³¹. L'expertise fournit donc au tribunal un éclairage relatif à des faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC), y compris concernant des indices³². Elle peut exceptionnellement porter sur des faits non contestés, si le tribunal a de sérieux doutes quant à leur exactitude (art. 153 al. 2 CPC), étant précisé que la jurisprudence tend à exclure l'application de cette disposition pour les procédures sommaires³³. En matière de faits notoires, la question d'une expertise ne se pose pas³⁴. Une expertise peut en outre porter sur l'usage, les usages locaux ou même le droit étranger, si les conditions de l'art. 16 al. 1 LDIP sont remplies (art. 150 al. 2 CPC). Non seulement faut-il que le tribunal s'estime insuffisamment outillé pour élucider un fait qui répond aux qualités susmentionnées, mais cette controverse doit être accessible à une expertise, c'est-à-dire qu'un tiers doit disposer de connaissances lui permettant d'émettre un avis plus fiable sur la question³⁵.
12. Dans la mesure où le tribunal doit *connaître le droit* (art. 57 CPC), il ne saurait déléguer à un tiers son application, raison pour laquelle il n'est pas habilité à requérir d'un expert un avis de droit³⁶. L'expert mandaté doit donc se limiter à des déclarations relatives à son domaine de compétence et s'abstenir de toute remarque sur des sujets juridiques³⁷. La délimitation du fait et du droit est parfois difficile dans la pratique, certaines questions de fait ne pouvant pas être totalement débarrassées de leurs attaches juridiques³⁸. Tel est le

³¹ CR CPC-SCHWEIZER, art. 183 N 11 ; cf. aussi BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 4 ; HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.13 ; MOSIMANN P., 458.

³² BETTEX, 79 ; GLOOR/MARTI, 146 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.2, 9.150 s. ; MEIER, Zivilprozessrecht, 320 ; cf. ATF 130 I 337, consid. 5.4.1.

³³ OGer ZH du 5 janvier 2016, RT150102, consid. 3.1.2.

³⁴ BACHOFNER, 32 ; REETZ/VORBURGER, 213.

³⁵ CR CPC-SCHWEIZER, art. 183 N 3.

³⁶ ATF 130 I 337, consid. 5.4.1 ; TF 5A_795/2013 du 27 février 2014, consid. 5.1.2.

³⁷ ATF 113 II 429, consid. 3a ; HGer SG du 21 mai 2013, HG.2011.199, consid. 8.

³⁸ BOVEY, 97 ; cf. BETTEX, 66 ; BÜHLER, Gerichtsgutachter, 50.

cas pour les questions dites mixtes (*gemischte Tat- und Rechtsfragen*), où les aspects factuels et juridiques sont intrinsèquement liés, à plus forte raison encore lorsqu'un droit étranger s'applique au fond³⁹. Celles-ci peuvent sans autre faire l'objet d'une expertise⁴⁰. Le tribunal doit toutefois procéder à sa propre appréciation des aspects juridiques et ne saurait renvoyer aux déclarations de l'expert à cet égard⁴¹. Le juge reste ainsi le maître de la subsumption, faute de quoi il ne remplit plus sa fonction⁴².

13. Partant, comme le Tribunal fédéral le sous-entend à juste titre, la pratique vaudoise consistant à déléguer à un notaire la liquidation du régime matrimonial est incompatible avec le CPC⁴³, car celle-ci implique une analyse juridique d'éléments factuels dont la démonstration repose sur différents moyens de preuve. Le fait de confier à un tiers l'expertise des honoraires contestés de l'avocat, alors qu'il s'agit d'un examen juridique qui entre dans la compétence du tribunal, se révèle également problématique. Dans le même ordre d'idée, le tribunal ne saurait déléguer à un expert la détermination de la valeur d'un immeuble dans son intégralité, dans la mesure où le choix de la méthode de calcul représente une question de droit⁴⁴, que seul le tribunal peut trancher⁴⁵. Le juge est ainsi tenu d'indiquer, lors de l'instruction de l'expert, quelle(s) méthode(s) ce dernier doit appliquer, ce qui n'arrive pourtant que rarement en pratique⁴⁶.

³⁹ BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 6 ; REETZ/VORBURGER, 217.

⁴⁰ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N 207.

⁴¹ TF 4A_159/2009 du 8 septembre 2009, consid. 2.2 ; cf. Commentario CPC-TREZZINI, art. 183 N 2.

⁴² HGer SG du 21 mai 2013, HG.2011.199, consid. 8 ; WEIBEL, N 67.

⁴³ TF 5A_106/2020 du 17 mars 2021, consid. 8.

⁴⁴ ATF 132 III 489, consid. 2.3 ; TF 5A_104/2012 du 11 mai 2012, consid. 2.3.1.

⁴⁵ ALTHAUS/BOHNENBLUST, 677 s.

⁴⁶ FANKHAUSER/KÄMPF, 612.

IV. Ordonnance d'expertise

A. Sur réquisition des parties

1. Exigences de la maxime des débats

14. Lorsqu'un procès est régi par la maxime des débats, il incombe aux parties – et non au juge – d'alléguer les faits et de produire les moyens de preuve qui s'y rapportent⁴⁷. Le Tribunal fédéral impose une motivation circonstanciée des allégations lorsqu'elles ont été contestées⁴⁸. Il en résulte qu'un fait insuffisamment allégué n'est pas éligible à la preuve, et qu'un fait suffisamment allégué et non contesté à satisfaction lie en principe le tribunal⁴⁹, étant précisé que le fardeau de la contestation ne saurait toutefois entraîner un renversement du fardeau de la preuve⁵⁰.
15. Dans la mesure où l'allégation des faits précède la phase de l'administration des preuves (art. 231 CPC), le degré de précision de la motivation que requiert la jurisprudence est de nature à compliquer le rôle des parties, en particulier lorsque les faits sont de nature technique. Les plaideurs sont en effet contraints d'alléguer certains faits sans avoir connaissance du résultat de l'expertise qu'ils requièrent⁵¹. La motivation est suffisante si le contenu des allégués permet au juge non seulement d'appliquer le droit, mais encore d'administrer les preuves nécessaires pour élucider les faits en question⁵². Lorsque certaines circonstances factuelles sont à la portée des parties, elles sont parfois tenues d'alléguer des faits hautement techniques d'une manière scientifiquement irréfutable, permettant ainsi au tribunal d'instruire un expert sur la seule base de ceux-ci⁵³. Ils ne sauraient les vulgariser à l'attention

⁴⁷ Art. 55 al. 1 CPC ; ATF 144 III 519, consid. 5.1.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ BOHNET, Allégation, N 27, 34 s. ; BOHNET, Ecritures, N 46.

⁵⁰ TF 4A_318/2016 du 3 août 2016, consid. 3.1.

⁵¹ CHRISTINAT, 72 s.

⁵² ATF 127 III 365, consid. 2b ; TF 4A_566/2015 du 8 février 2016, consid. 4.2.2.

⁵³ TF 4P.91/1998 du 18 décembre 1998, consid. 5c.aa (= sic! 4/1999, 444).

du juge⁵⁴. Le plaideur profane ne doit pas avoir forcément allégué toutes les circonstances qu'un expert est amené à prendre en compte pour répondre aux questions qui lui sont soumises. Il est toutefois nécessaire qu'il ait allégué les contours essentiels de ce que l'expertise sollicitée doit finalement révéler⁵⁵. Le tribunal ne saurait en effet exiger de la partie à qui incombe la charge de l'allégation qu'elle expose dans les moindres détails les aspects techniques pertinents pour la décision, avant la mise en œuvre d'une procédure probatoire, sous peine de rendre *de facto* impossible la consécration judiciaire de sa prétention. Il lui incombe cependant de démontrer en quoi elle ne dispose pas des connaissances techniques nécessaires pour formuler des allégations (ou des contestations) suffisamment étayées⁵⁶.

16. Dès lors, la doctrine et la jurisprudence enseignent que si une partie ne motive pas suffisamment des allégués valablement contestés pour lesquels la preuve par expertise a été requise, aucune procédure probatoire ne sera effectuée⁵⁷. La demande d'expertise d'une partie n'y changera rien et sera écartée⁵⁸. En tant qu'offre de preuve, celle-ci ne peut se substituer à l'allégation du fait à prouver, l'administration des preuves ne servant pas à remplacer ou compléter des allégués manquants, mais présuppose au contraire de telles allégations⁵⁹. A titre illustratif, lorsque seule la survenance d'un accident de ski est admise, mais non les circonstances dans lesquelles elle est intervenue, il revient au demandeur de détailler

⁵⁴ SPÜHLER, 95 ; cf. aussi ATF 133 III 121, consid. 3 (un patient ne peut se contenter d'alléguer que son préjudice a été causé à l'occasion d'une prise en charge médicale, mais doit établir avec précision le geste litigieux).

⁵⁵ TF 4A_48/2019 du 29 août 2019, consid. 5.4.1.1 (« *[n]otwendig ist allerdings, das bereits behauptet ist, was das Gutachten letztlich dartun soll* »).

⁵⁶ TF 4A_494/2020 du 24 juin 2022, consid. 4.5 ; TF 4A_64/2021 du 9 septembre 2021, consid. 4.3.3.1 ; TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.2.2.

⁵⁷ HERRMANN, 173 ; JOSI, 85.

⁵⁸ HÜRLIMANN, Zivilprozesse, 61.

⁵⁹ ATF 144 III 67, consid. 2.1 ; TF 4A_423/2019 du 20 janvier 2020, consid. 3 ; TF 4A_396/2019 du 16 janvier 2020, consid. 3.4 ; TF 4A_113/2017 du 6 septembre 2017, consid. 6.1.1 ; TF 4A_504/2015 du 28 janvier 2016, consid. 2.4 ; TF 4A_33/2015 du 9 juin 2015, consid. 5 ; TF 4A_255/2010 du 29 juin 2010, consid. 4.6 ; KGer GR du 28 septembre 2016, ZK1 16 46, consid. 4d/cc ; PRIBNOW/GOGNIAT, 109.

celles-ci. L'expert ne peut pas compléter cet aspect de l'état de fait lors de son examen, faute d'allégué correspondant⁶⁰.

2. Importance pratique de l'expertise privée

17. Quand bien même l'expertise privée ne constitue *de lege lata* qu'une simple allégation de partie⁶¹, les règles jurisprudentielles esquissées ci-dessus lui attribuent un rôle non négligeable dans la dialectique procédurale⁶². L'expertise privée peut permettre au plaideur, à qui les connaissances techniques nécessaires font défaut, de satisfaire aux exigences des fardeaux de l'allégation, de la contestation ou de la motivation et, *in fine*, d'obtenir du tribunal l'ordonnance d'une expertise⁶³. Bien que formellement dépourvue de force probante⁶⁴, l'expertise privée peut conduire le tribunal, par le degré accru de motivation des allégués qu'elle permet⁶⁵, à mettre en œuvre une expertise judiciaire, pour autant que la fiabilité de l'expert privé soit reconnue⁶⁶.
18. Un *simple renvoi* à des annexes étant généralement inopérant d'un point de vue procédural, les enseignements de telles expertises privées doivent être thématiques en détail dans les écritures des parties⁶⁷. Un plaideur peut ainsi être amené à avancer les frais de deux expertises (privée puis judiciaire) en sus des frais d'avocat, ce qui est propre à entraver l'accès à la justice⁶⁸.

⁶⁰ TF 4A_33/2015 du 9 juin 2015, consid. 5.

⁶¹ Message CPC 2006, 6933 ; ATF 141 III 433, consid. 2.5 ss ; TF 4A_299/2017 du 2 octobre 2017, consid. 4.1 ; cf. Message CPC 2020, 2659 s., qui propose de qualifier de titre l'expertise privée (art. 177 P-CPC).

⁶² BOHNET, Allégation, N 57 ; Fachhandbuch ZPO-GÄUMANN, N 27.168 s.

⁶³ BISCHOFBERGER, 43 ; DEECKE, 378 s. ; SCHMID H., Privatgutachten, 527 s.

⁶⁴ Cf. toutefois TF 4A_572/2018 du 30 mars 2020, consid. 2.4, qui soutient que l'expertise privée jouit tout de même d'une certaine force probante ; cf. aussi TF 4A_587/2021 du 30 août 2022 (destiné à la publication), consid. 4.5.

⁶⁵ ATF 141 III 433, consid. 2.6 ; HARTMANN, 1344.

⁶⁶ TF 4A_349/2007 du 16 janvier 2008, consid. 3.5 (un rhumatologue n'est pas un psychiatre) ; GLOOR/MARTI, 153 ; STAUB/GRÜTTER/REARDON-KOFMEL, N 69.

⁶⁷ TF 4A_317/2014 du 17 octobre 2014, consid. 2.2 ; HARTMANN, 1343 s.

⁶⁸ CHRISTINAT, 76 ; cf. *infra* N 53 ss.

19. Les frais d'un expert privé sont en principe assumés par la partie qui l'a mandaté⁶⁹ et ne peuvent être répercutés sur les frais judiciaires (art. 95 al. 2 let. c), à défaut pour son rapport de constituer un moyen de preuve⁷⁰. Il en va toutefois autrement lorsqu'une expertise privée a été mise en œuvre spécifiquement en vue d'un procès et que le manque de connaissances spécialisées du plaideur rend une telle expertise nécessaire pour satisfaire aux exigences de la maxime des débats⁷¹. Dans cette hypothèse, les coûts de l'expertise privée peuvent être réclamés soit à titre de débours nécessaires (art. 95 al. 3 let. a CPC) dans le cadre de l'indemnité pour dépens⁷², soit – subsidiairement – à titre de dommage⁷³. Dans ce contexte, il convient de déterminer si le comportement d'une partie justifie le recours à une telle expertise. Ce sera notamment le cas lorsqu'un entrepreneur conteste l'existence d'un défaut manifeste, allégué de manière circonstanciée à l'aide d'une expertise privée par le maître de l'ouvrage⁷⁴. On peut en revanche douter que les frais d'une telle expertise privée soient indemnisables si celle-ci a été réalisée en réaction à une expertise judiciaire, voire même aussi si elle l'a été pour contester l'expertise privée de la partie adverse⁷⁵. Il peut donc s'avérer judicieux pour les parties de vérifier à l'avance si les coûts d'une expertise privée sont couverts par une assurance ou pris en charge par un institut de financement de procès⁷⁶.

⁶⁹ HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.159 ; cf. aussi art. 367 al. 2 CO ; ATF 126 III 388, consid. 10b ; OGer ZH du 23 août 1994, ZR 1996 n° 8, 23, consid. II.1.

⁷⁰ Fachhandbuch ZPO-GÄUMANN, N 27.185 ; HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.390.

⁷¹ 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 ; HGer ZH du 6 juillet 2007, ZR 2008, n° 14, 33, consid. 15 ; BAUMANN, 58, 61 ; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, art. 95 N 17.

⁷² ATF 117 II 101, consid. 4 ; TF 4A_113/2017 du 6 septembre 2017, consid. 6.2.5 ; BETTEX, 297.

⁷³ 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.

⁷⁴ HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.160.

⁷⁵ HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.390, qui se réfère à la jurisprudence allemande.

⁷⁶ Fachhandbuch ZPO-GÄUMANN, N 27.174 ; cf. aussi CHRISTINAT, 76.

3. Utilité de la preuve à futur

20. Afin de pallier les difficultés énoncées ci-dessus, une partie en mal de connaissances techniques pour alléguer les faits de sa cause conformément aux exigences élevées de la maxime des débats serait bien inspirée de requérir l'ordonnance d'une expertise dans le cadre d'une preuve à futur, si les conditions de l'art. 158 CPC sont réunies⁷⁷. Celle-ci aurait alors rang d'*expertise judiciaire*⁷⁸. L'administration d'une preuve à futur est possible, quand bien même une ou plusieurs expertises privées existent déjà, aussi longtemps que celles-ci ne constituent pas un moyen de preuve⁷⁹. Il en va différemment si une expertise externe est préexistante⁸⁰, faute d'intérêt digne de protection du requérant (art. 158 al. 1 let. b CPC)⁸¹.
21. Pour qu'une preuve à futur soit ordonnée, le requérant doit être en mesure de *rendre vraisemblables* les circonstances détaillées desquelles il déduit ses prétentions de droit matériel⁸², l'utilité d'estimer les chances de succès au fond n'étant pas à elle seule suffisante⁸³. Il va sans dire que l'institution de la preuve à futur ne saurait déguiser une recherche de preuves au sens d'une *fishing expedition*⁸⁴.
22. Bien que la preuve à futur soit une *procédure contradictoire*, c'est en premier lieu le requérant qui est sollicité. Il doit soumettre au

⁷⁷ CHRISTINAT, 77 s. ; cf. aussi TF 4A_494/2020 du 24 juin 2022, consid. 5.3.3.

⁷⁸ ATF 142 III 40, consid. 3.1.3.

⁷⁹ CACIV NE du 12 février 2016, CACIV.2015.96 (RJN 2016, 232), consid. 3b ; OGer ZG du 24 octobre 2012, Z2201227 (GVP/ZG 2012, 192), consid. 5.4 ; BK ZPO II-BRÖNIMANN, art. 158 N 11 ; Fachhandbuch ZPO-SCHUMACHER, N 8.167.

⁸⁰ ATF 140 III 24, consid. 3.3.1.2 s. ; DEECKE, 384 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.52 ; cf. *infra* N 52.

⁸¹ HGer ZH du 28 septembre 2017, HE170134 (ZR 2017, n° 76, 249), consid. 9.1 ss.

⁸² Fachhandbuch ZPO-GÄUMANN, N 27.180 ; HALDY, N 520.

⁸³ ATF 140 III 16, consid. 2.5 ; ATF 138 III 76, consid. 2.4.2 ; cf. aussi HGer AG du 29 avril 2014, HSU.2013.93 (CAN 2015, n° 33, 89), consid. 3.1 s.

⁸⁴ HGer ZH du 10 août 2017, HE170139 (ZR 2018, n° 26, 95), consid. 4.3 ; Fachhandbuch ZPO-SCHUMACHER, N 8.141.

tribunal un résumé des faits et les questions à poser à l'expert⁸⁵, déterminant ainsi l'objet du litige⁸⁶. Le tribunal donne l'occasion à l'autre partie de poser des questions complémentaires pour apporter son point de vue, tout en veillant à ce qu'elles n'élargissent pas l'objet du litige. Si l'adversaire souhaite étendre l'administration des preuves à des faits qui n'ont pas été allégués par le requérant, tels que des contre-preuves, il doit le faire aux conditions de l'art. 158 CPC⁸⁷. Comme le degré de motivation de la contestation attendu du défendeur est fonction de l'allégation du demandeur⁸⁸, le défendeur doit disposer au fond des éléments de fait lui permettant de contrer l'allégation détaillée du demandeur. A défaut, il s'expose au risque que le juge du fond refuse de mettre en œuvre une nouvelle expertise à l'appui de sa contestation, au motif que l'allégation sur laquelle elle se fonde n'aurait pas été suffisamment motivée⁸⁹. Le défendeur dans une procédure de preuve à futur devrait ainsi systématiquement requérir l'extension de la requête aux faits lui permettant de contester la position du requérant, afin de pouvoir satisfaire au fardeau de la contestation dans l'éventuel procès au fond⁹⁰.

23. Selon le Tribunal fédéral, l'intervention accessoire dans une procédure de preuve à futur est admissible, si le tiers rend vraisemblable qu'il pourrait être partie intervenante dans un futur procès au fond⁹¹. La possibilité de participer à l'élaboration des questions à poser à l'expert est à notre sens suffisante pour justifier un intérêt juridiquement protégé au sens de l'art. 74 CPC⁹².

⁸⁵ ATF 143 III 113, consid. 4.4.1 ; ATF 140 III 16, consid. 2.2.3 ; TF 4A_32/2015 du 20 mai 2015, consid. 2.2.3 ; TF 4A_322/2012 du 21 février 2013, consid. 2.2.2 ; OGer ZH du 14 septembre 2016, LF160046, consid. II.4.2.

⁸⁶ OGer ZH du 9 mai 2012, LF120012, consid. II.3.

⁸⁷ Art. 158 al. 2 en lien avec les art. 248 let. d et 253 CPC ; ATF 140 III 24, consid. 3.3.4 ; ATF 140 III 16, consid. 2.2.3 ; TF 4A_32/2015 du 20 mai 2015, consid. 2.2.3 ; CHRISTINAT, 80 ; Fachhandbuch ZPO-SCHUMACHER, N 8.177.

⁸⁸ ATF 141 III 433, consid. 2.6 ; FANKHAUSER/KÄMPF, 614 ; LEUENBERGER/UEFFER-TOBLER, N 11.82.

⁸⁹ SCHMID H., *Gesuchsgegner*, 625 s. ; cf. ATF 142 III 40, consid. 3.1.3.

⁹⁰ CHRISTINAT, 79 s. ; cf. aussi SCHMID H., *Gesuchsgegner*, 626 s.

⁹¹ ATF 142 III 40, consid. 3.2 ss.

⁹² ATF 142 III 40, consid. 3.2.2 ; Fachhandbuch ZPO-SCHUMACHER, N 8.179.

B. D'office par le tribunal

1. Principe

24. L'art. 183 al. 1 CPC dispose que le tribunal peut ordonner une expertise soit sur réquisition des parties, soit d'office, sans distinction quant à la maxime de procédure applicable. Alors qu'il va de soi que le tribunal a la faculté d'ordonner d'office une expertise dans les procès régis par la maxime inquisitoire⁹³, la solution est plus nuancée selon la doctrine et la jurisprudence lorsque la maxime des débats s'applique. Dans les deux hypothèses, le tribunal doit préalablement entendre les parties⁹⁴.
25. En tant que *moyen de preuve* et sous l'égide de la maxime des débats, l'ordonnance d'une expertise est en principe subordonnée à la demande d'une partie⁹⁵, sous réserve de l'hypothèse prévue à l'art. 153 al. 2 CPC⁹⁶.
26. En tant que strict *outil d'éclaircissement de l'état de fait*, l'expertise peut être ordonnée d'office, indépendamment de la maxime applicable⁹⁷.

⁹³ Voir par exemple TF 4A_614/2011 du 20 mars 2012, consid. 4.3, en matière de discrimination salariale.

⁹⁴ Art. 183 al. 1 *in fine* CPC ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 7.

⁹⁵ Rapport explicatif AP-CPC, 87 ; Message CPC 2006, 6932 ; TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.3.1 ; TF 4A_446/2020 du 8 mars 2021, consid. 7.1 ; TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.5.2 ; TF 4A_225/2019 du 2 septembre 2019, consid. 5.3.2 ; Fachhandbuch ZPO-FINK/KESSELBACH, N 20.170 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 183 N 6 ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 4 ; *contra* : CR CPC-HALDY, art. 55 N 14 ; MEIER, Beweisrecht, 1157 ; MEIER, Zivilprozessrecht, 308 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 7 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 183 N 4 ; cf. *supra* N 6.

⁹⁶ TF 4A_48/2019 du 29 août 2019, consid. 5.4.1.1.

⁹⁷ TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.3.1 ; TF 4A_446/2020 du 8 mars 2021, consid. 7.1 ; TF 5A_445/2020 du 7 décembre 2020, consid. 3.3.4 ; TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.5.2–6.5.4 ; OGer ZH du 7 juillet 2017, NE160010, consid. 8.5.4 ; CHRISTINAT, 64 ; GROLIMUND, *in* : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 119 ; MEIER, Zivilprozessrecht, 308 ; MOSIMANN P., 465 ; MÜLLER, 502 ; SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, 308 ; TREZZINI/BRUNONE, 381 ; VOUILLOZ, Expertise, 108 ; WILLISEGGER, 252 s. ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 4 ; Critiques : BK ZPO II-BÜHLER,

L'usage de cet instrument n'a pas pour effet de rendre la maxime inquisitoire applicable dans un procès dominé par la maxime des débats⁹⁸, raison pour laquelle l'expertise doit se limiter à rendre compréhensibles des faits existants, mais ne saurait servir à établir ou compléter l'état de fait⁹⁹.

27. Un arrêt bâlois illustre bien la difficulté et l'enjeu de cette distinction. Dans une procédure de divorce, le tribunal a confié d'office à un expert l'appréciation d'expertises privées produites par les parties concernant la valeur d'un bien, avec comme instruction de ne pas procéder lui-même à l'évaluation du bien en cause, aucune partie n'ayant requis d'expertise judiciaire. Alors que l'expert a pu expliquer au juge quels paramètres de calcul utilisés par les parties étaient erronés, respectivement exacts, le tribunal a toutefois précisé qu'il ne saurait tenir compte de la méthode de calcul (différente) préconisée par l'expert, l'expertise ayant été ordonnée en tant qu'outil d'éclaircissement et non à titre de moyen de preuve¹⁰⁰.
28. Dans un contexte similaire, un tribunal a ordonné d'office une expertise en vue d'évaluer la valeur d'une entreprise. Alors que le recourant ne semble pas s'être plaint d'une violation de la maxime des débats, il ressort de la décision que l'expertise devait, aux yeux du tribunal, servir à une meilleure compréhension des faits, ce qui semble toutefois douteux au vu des principes jurisprudentiels exposés ci-dessus¹⁰¹.

2. Exception

29. Le Tribunal fédéral ne semble toutefois pas exclure entièrement l'ordonnance d'office d'une expertise qui a fonction de preuve. Il admet qu'en dehors du cas prévu à l'art. 153 al. 2 CPC, une expertise *à titre de moyen de preuve* pourrait *exceptionnellement* être ordonnée d'office

art. 181 N 4, 6 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 181 N 6, qui jugent la distinction impraticable ; *contra* : GRONER, 289 ; REETZ/VORBURGER, 213 ; cf. *supra* N 6.

⁹⁸ HALDY, N 244, 512 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 183 N 5 s. ; cf. SCHURTER, 144.

⁹⁹ Fachhandbuch ZPO-FINK/KESSELBACH, N 20.170.

¹⁰⁰ AppGer BS du 21 novembre 2018, ZB.2018.24, consid. 2.2, 3.8, 4.3.2, 4.4.2, 4.6, 5.2, 5.3.3 ; cf. aussi KGer BL du 11 novembre 2003, JAR 2004, 418, consid. 5c.

¹⁰¹ OGer UR du 2 février 2017, OG Z 16 15 ; cf. BASTONS BULLETTI, N 4.

dans le champ d'application de la maxime des débats, par exemple dans l'hypothèse où une partie ne requiert pas d'expertise, car elle peut raisonnablement croire alléguer un fait notoire ou une règle d'expérience généralement reconnue, que le juge serait à même d'apprécier sur la base de ses propres connaissances, mais que le tribunal ne se voit pas en mesure de le faire¹⁰².

30. La faculté du juge d'ordonner d'office une expertise, que le Tribunal fédéral comprend comme une alternative au devoir d'interpellation au sens de l'art. 56 CPC – permettant d'anticiper le résultat de l'interpellation du juge sur les moyens de preuve –, ne doit pas priver la maxime des débats de toute portée. Afin de garantir le principe d'égalité de traitement des parties, l'expertise ne saurait être ordonnée sans examiner préalablement si elle est susceptible de favoriser une partie au détriment de l'autre¹⁰³. Le juge pourrait ainsi recourir d'office à ce moyen de preuve lorsqu'il est confronté à des faits techniques qui échappent à sa compréhension¹⁰⁴, à la condition que cela n'aboutisse pas à avantager une partie négligente sur le plan procédural¹⁰⁵. Cette possibilité dépend donc du degré de diligence de la partie durant le procès, notion qui se mesure à l'aune de l'art. 56 CPC¹⁰⁶. Considéré à la lumière des circonstances du litige ainsi que des connaissances propres aux parties et au juge, ce n'est que lorsque le tribunal ne peut pas raisonnablement attendre d'une partie qu'elle sollicite elle-même une expertise judiciaire¹⁰⁷, qu'une telle négligence procédurale peut être exclue, raison pour laquelle l'ordonnance d'office d'une expertise *en tant que moyen de preuve* doit

¹⁰² TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.5.3 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.106 ; cf. art. 151 CPC.

¹⁰³ TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.3.1 ; TF 4A_446/2020 du 8 mars 2021, consid. 7.3 ; TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.5.6.

¹⁰⁴ TF 4A_446/2020 du 8 mars 2021, consid. 7.1 ; TF 4A_381/2019 du 2 décembre 2019, consid. 4.5 ; TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.5.3.

¹⁰⁵ TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.5.4 ; cf. BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 2 ; KLINGLER, N 639.

¹⁰⁶ TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.3.1 s. ; TF 4A_572/2018 du 30 mars 2020, consid. 2.4 ; TREZZINI/BRUNONE, 384 ; cf. à ce sujet : BRÄNDLI, N 468 ss.

¹⁰⁷ TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.5.6 (« *unmöglich oder unzumutbar* ») ; cf. TREZZINI/BRUNONE, 384.

demeurer l'exception, à plus forte raison lorsque la partie concernée est représentée par un avocat¹⁰⁸.

31. Lors d'un litige porté devant le Tribunal fédéral, les demandereses ont entre autres offert la production de documents pour alléguer leur perte financière, corroborés par une expertise privée. Par appréciation anticipée des moyens de preuve, le juge les a écartés en considérant que seule une expertise judiciaire était propre à prouver les faits contestés, eu égard à la complexité technique de la cause¹⁰⁹. Quand bien même le Tribunal fédéral admet que l'expertise judiciaire envisagée aurait eu une *fonction d'éclaircissement de l'état de fait*, il considère qu'elle aurait aussi et surtout rempli la *fonction de preuve*, étant donné que l'expertise privée produite par les demandereses est dépourvue de valeur probante, les faits soutenus par cette dernière ayant valablement été contestés par la partie adverse¹¹⁰. Par voie de conséquence, vu que les parties chargées du fardeau de la preuve n'ont pas demandé d'expertise, le tribunal leur offrirait un avantage inadmissible s'il réparait cette négligence en l'ordonnant d'office¹¹¹, ce d'autant plus qu'elles y avaient expressément renoncé en cours d'instance¹¹².
32. Le raisonnement du Tribunal fédéral nous paraît cohérent¹¹³. Il ressort toutefois de la décision querellée devant lui que certains titres produits n'ont pas été jugés objectivement inadéquats au motif

¹⁰⁸ TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.3.2 ; TF 4A_572/2018 du 30 mars 2020, consid. 2.4 ; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N 209 ; cf. MEIER R., N 30 ss, quant aux différents degrés de diligence attendus selon que la partie est représentée par un avocat ou non.

¹⁰⁹ TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 2.5, 6.3, 6.4.2 ; cf. OGer ZH du 7 juillet 2017, NE160010, consid. 8.4.11.2, 8.5.3.

¹¹⁰ TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 2.5, 6.3, 6.5.5 ; cf. OGer ZH du 7 juillet 2017, NE160010, consid. 8.5.3.

¹¹¹ TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.5.6.

¹¹² OGer ZH du 7 juillet 2017, NE160010, consid. 8.5.3.1 (« [d]er Umstand, dass die Klägerinnen vor Aktenschluss nicht nur keinen Antrag auf Einholung eines gerichtlichen Gutachtens stellten, sondern darüber hinaus klipp und klar ihrer Meinung Ausdruck verliehen, dass sich ein gerichtliches Gutachten erübrige, stellt einen Mangel dar, der nicht mehr geheilt werden kann ») ; cf. TC VD du 14 septembre 2018, HC/2018/566, consid. 4.4, 5.

¹¹³ En ce sens : LEUENBERGER, Rechtsprechung, 88 s. ; *contra* : BASTONS BULLETTI, N 7 ; SCHWANDER, 160, qui le considère contradictoire.

qu'ils étaient, en tant que tels, impropres à prouver la perte subie, mais parce qu'ils ne le pouvaient pas à eux seuls, ceux-ci nécessitant une appréciation technique pour laquelle le tribunal n'était pas outillé¹¹⁴. L'expertise privée produite en l'espèce avait précisément vocation à rendre le titre offert compréhensible pour le tribunal. Certains auteurs considèrent qu'une expertise judiciaire aurait dans cette situation pu être qualifiée d'outil d'éclaircissement, permettant au tribunal de l'ordonner d'office, en sus de l'administration des preuves requise¹¹⁵. Une auteure souligne qu'en posant des exigences élevées concernant l'adéquation objective des preuves offertes tout en prônant une pratique restrictive quant à l'ordonnance d'office d'une expertise, le tribunal ferait prévaloir la vérité formelle sur la vérité matérielle¹¹⁶. En raisonnant comme si aucun moyen de preuve n'avait été offert, le tribunal a entièrement débouté les demanderesse, sans même une administration de preuves.

33. Bien que cet aspect de l'arrêt puisse prêter le flanc à la critique, il n'en demeure pas moins que même à supposer que les conditions d'une ordonnance d'office fussent remplies, le tribunal *pouvait*, mais ne *devait pas* administrer une expertise en l'absence de requête correspondante des parties¹¹⁷.

3. Synthèse des principes jurisprudentiels

34. Il ressort des considérations exposées ci-dessus que la distinction entre les deux fonctions de l'expertise n'est pas aisée, dans la mesure où il paraît en pratique inévitable qu'un expert clarificateur soit amené, par la force des choses, à fournir également une appréciation au sujet des faits qu'il a pour tâche de rendre compréhensibles¹¹⁸.
35. L'opportunité de cet *outil d'éclaircissement* serait ainsi fortement à relativiser si le tribunal devait ignorer les conclusions d'un expert

¹¹⁴ Cf. OGer ZH du 7 juillet 2017, NE160010, consid. 8.4.6.

¹¹⁵ BASTONS BULLETTI, N 6 ; SCHWANDER, 160.

¹¹⁶ BASTONS BULLETTI, N 7.

¹¹⁷ TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.5.4.

¹¹⁸ Cf. BK ZPO II-BÜHLER, art. 181 N 4, 6 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 181 N 6, en lien avec l'inspection, dont les réflexions s'appliquent *mutatis mutandis* à l'expertise.

qui confirment entièrement les allégués contestés d'une partie, au motif que ses explications n'osent pas servir de preuve¹¹⁹. L'arrêt bâlois précité en est la parfaite illustration, le tribunal ayant tenu des allégués (contestés) pour établis au motif que l'expert judiciaire les avait confirmés, quand bien même celui-ci n'était instruit que pour *rendre compréhensibles* des expertises privées, c'est-à-dire les allégués des parties. Par conséquent, lorsque les parties n'ont pas requis d'expertise, le tribunal peut faire appel à un expert dans le (seul) but de comprendre leurs *allégués*, afin d'être en mesure d'apprécier lesquels sont contestés, respectivement suffisamment motivés¹²⁰.

36. Le tribunal est aussi légitimé à faire usage de cet *outil d'éclaircissement* pour lui permettre de mieux apprécier le *résultat de l'administration des preuves* offertes par les parties. Comme l'affirme le Tribunal fédéral, une telle situation serait par exemple donnée lorsqu'un acteur du procès produit des pièces comptables – en tant que moyen de preuve –, mais que le juge n'est pas outillé pour les comprendre. Le tribunal peut dans ce cas ordonner d'office une expertise, même si la partie ne l'a pas elle-même proposée¹²¹.
37. Dès lors que l'expertise a (principalement) fonction de *moyen de preuve*, le juge qui souhaite l'ordonner d'office doit faire preuve de la même retenue que dans le cadre de son devoir d'interpellation au sens de l'art. 56 CPC, sous peine de vider la maxime des débats de sa substance. Il ne saurait ainsi porter secours à une partie qui n'a pas formulé d'allégué suffisant, qui n'a offert aucune preuve formelle (en se contentant par exemple de produire une expertise privée) ou qui n'a offert que des preuves inadéquates¹²².
38. Cependant, si le plaideur a correctement allégué les faits et offert des preuves qui ne sont pas manifestement inadéquates, le juge devrait pouvoir les compléter par l'ordonnance d'une expertise en tant que *moyen de preuve*, s'il l'estime nécessaire pour apprécier l'état de fait¹²³. L'approche restrictive du Tribunal fédéral nous force à

¹¹⁹ BASTONS BULLETTI, N 7.

¹²⁰ AppGer BS du 21 novembre 2018, ZB.2018.24, consid. 3.8.

¹²¹ TF 5A_723/2017 du 17 décembre 2018, consid. 6.5.5 ; cf. GLOOR/MARTI, 144 s. ; TREZZINI/BRUNONE, 384.

¹²² BASTONS BULLETTI, N 7.

¹²³ BASTONS BULLETTI, N 7.

croire que cette hypothèse ne s'envisage que lorsqu'une partie n'est pas représentée par un avocat.

39. En tout état de cause, il ressort du caractère potestatif de l'art. 183 al. 1 CPC (*Kann-Vorschrift*) que seule une expertise ordonnée d'office de manière incompatible avec les principes susmentionnés impliquerait une violation de la loi. Tel ne serait pas le cas si le tribunal n'ordonne pas d'expertise, alors que les conditions seraient en l'espèce réunies. Il convient donc pour le plaideur diligent de ne pas surestimer les connaissances techniques du tribunal et de systématiquement requérir, cas échéant à titre subsidiaire, une expertise judiciaire, aussi longtemps que subsiste un doute quant à l'aptitude du juge d'apprécier les moyens de preuve offerts. Il ne saurait compter sur l'aide du tribunal à cet égard¹²⁴.

C. Refus de l'expertise

1. Subsidiarité par rapport à d'autres moyens de preuve

40. Alors que l'art. 183 al. 1 CPC ne confère pas de droit à une expertise¹²⁵, un tel droit peut résulter expressément du droit matériel¹²⁶ ou se déduire du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. – dont fait partie le *droit à la preuve* et à la contre-preuve (art. 8 CC) –, lorsque le juge n'est pas à même de résoudre, à la lumière de ses propres connaissances, la question qui lui est soumise¹²⁷. Le tribunal ne viole cependant pas le droit à la preuve en refusant d'ordonner une expertise, s'il s'estime en mesure de

¹²⁴ BASTONS BULLETTI, N 8 ; SIEVI, 136.

¹²⁵ TF 4A_189/2018 du 6 août 2018, consid. 3.2.5.

¹²⁶ Par exemple : art. 446 al. 2 ou 450e al. 3 CC, 322a al. 2, 322e al. 2, 367 al. 2 ou 600 al. 3 CO ; cf. MARGOT/GAREUS, 880 ss.

¹²⁷ ATF 126 III 315, consid. 4a ; TF 4A_328/2018 du 27 août 2019, consid. 6.1 ; TF 4A_146/2015 du 19 août 2015, consid. 4.2 ; TF 4A_589/2008 du 12 mars 2009, consid. 4.2.1 ; TF 4A_249/2008 du 12 décembre 2008, consid. 3.1.

clarifier les faits d'une autre manière¹²⁸, et ce indépendamment de la maxime applicable¹²⁹.

41. L'offre de preuve doit être présentée *avant la fin de la phase d'allégation*¹³⁰ et doit pouvoir être clairement rattachée aux faits allégués dans les écritures¹³¹. Une demande d'expertise peu précise qui, au stade de la reddition de compte, s'apparente à une *fishing expedition*, est prohibée de manière générale en droit suisse¹³². La partie qui se plaint devant l'instance supérieure de l'absence d'une expertise doit pouvoir démontrer l'avoir sollicitée à temps, c'est-à-dire en première instance¹³³. Le droit à la preuve est violé si le tribunal refuse de faire appel à un expert, nonobstant une réquisition conforme aux exigences procédurales, alors qu'il ne dispose pas lui-même des connaissances techniques nécessaires¹³⁴.
42. Alors que les parties ont, à certaines conditions, un véritable droit à l'expertise¹³⁵, c'est en principe le *degré de doute* tel qu'apprécié par les juges qui détermine si l'ordonnance d'une expertise est nécessaire ou non¹³⁶. Dans la mesure où il est difficile de formaliser des critères clairs quant à l'interprétation de ces doutes¹³⁷, cette question est laissée au *pouvoir d'appréciation* du tribunal¹³⁸.
43. Conformément aux principes de proportionnalité et de célérité, que le tribunal ne saurait perdre de vue, ce dernier se doit d'épuiser tous les autres moyens de preuve raisonnablement disponibles avant

¹²⁸ TF 5A_28/2020 du 13 novembre 2020, consid. 3.1 ; TF 4A_567/2016 du 3 avril 2017, consid. 2.2 ; TF 5A_859/2009 du 25 mai 2010, consid. 4.3.1.

¹²⁹ TF 5A_859/2009 du 25 mai 2010, consid. 4.3.1 ; TF 5C.22/2005 du 13 mai 2005, consid. 2.2 ; GLOOR/MARTI, 145 ; cf. GAURON-CARLIN, N 11.

¹³⁰ Sur la phase d'allégation : BOHNET, Allégation, N 69 ss.

¹³¹ TF 4A_381/2016 du 29 septembre 2016, consid. 3.1.2 ; TF 4A_49/2016 du 9 juin 2016, consid. 4.4 ; TF 4A_56/2013 du 4 juin 2013, consid. 4.4 ; JOSI, 86.

¹³² TF 4A_599/2019 du 1^{er} mars 2021, consid. 6.2 ; BOVEY, 97.

¹³³ TF 4A_85/2017 du 4 septembre 2017, consid. 3.3 ; cf. aussi TF 4A_617/2010 du 14 juin 2011, consid. 3.2.

¹³⁴ ATF 132 III 83, consid. 3.5 ; TF 4A_52/2008 du 29 avril 2008, consid. 3.4.

¹³⁵ ATF 133 III 545, consid. 4.2 ; TF 4A_115/2011 du 28 avril 2011, consid. 5.2 ; TF 4A_249/2007 du 16 novembre 2007, consid. 2 ; AUBRY GIRARDIN, 109.

¹³⁶ Commentario CPC-TREZZINI, art. 183 N 5.

¹³⁷ GROS, N 1124.

¹³⁸ TF 5A_859/2009 du 25 mai 2010, consid. 4.3.1.

d'ordonner une expertise¹³⁹. L'expertise judiciaire est en ce sens *subsidaire* aux autres moyens de preuve prévus à l'art. 168 CPC.

2. Connaissances spéciales du tribunal

44. Aux termes de l'art. 183 al. 3 CPC, si au moins un de ses membres dispose de connaissances spéciales¹⁴⁰, le tribunal saisi est en droit de les exploiter et, partant, renoncer à une expertise requise par une partie¹⁴¹. La loi exige des *connaissances spéciales*, allant au-delà de l'expérience générale de la vie, parmi lesquelles sont comptées les connaissances spécifiques à une branche, composées de préceptes de l'expérience économique et technique, qui ne sont plus universellement accessibles¹⁴². Le tribunal jouit à cet égard d'un *large pouvoir d'appréciation*¹⁴³, mais ne devrait pas admettre trop facilement disposer de telles connaissances¹⁴⁴. Le juge ne saurait se procurer postérieurement les connaissances qui lui manquent en cours de procès, mais peut recueillir des renseignements accessibles, tels des normes statistiques ou techniques¹⁴⁵. Il est aussi envisageable d'écarter partiellement une offre d'expertise, en ordonnant une expertise en vue de compléter les connaissances du juge spécialiste qui ne seraient que partielles¹⁴⁶.
45. A noter que certains auteurs veulent étendre la possibilité d'œuvrer en tant que juge spécialiste au *greffier*, en raison de son vote

¹³⁹ GRONER, 278 ; LENDFERS, 185 ; cf. aussi art. 254 CPC ; BOVEY, 97.

¹⁴⁰ TF 4A_371/2015 du 11 janvier 2016, consid. 8.1 ; TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, consid. 4.1.

¹⁴¹ ATF 125 III 29, consid. 3a ; TF 1C_593/2015 du 25 mai 2016, consid. 4 ss ; TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, consid. 4.1.

¹⁴² TF 4A_87/2018 du 27 juin 2018, consid. 4.1 ; TF 4A_371/2015 du 11 janvier 2016, consid. 8.1.

¹⁴³ VETTER/STICH, 666.

¹⁴⁴ HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.292 ; MEIER, *Arbeitsgerichte*, 499 ; MOSIMANN P., 458 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 3, 47.

¹⁴⁵ KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, art. 183 N 25 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 183 N 29.

¹⁴⁶ MEIER, *Zivilprozessrecht*, 321 ; REETZ/VORBURGER, 212 s.

consultatif¹⁴⁷. Cette proposition est contestable, car elle place le greffier dans une position intermédiaire assez inconfortable.

46. Lorsque le procès est régi par la maxime des débats, l'application de l'art. 183 al. 3 CPC suppose qu'une partie requière une expertise¹⁴⁸, mais non en revanche une demande spécifique en vue de l'obtention d'un avis d'un juge spécialiste¹⁴⁹. Par analogie au régime prévu pour l'expertise et aux conditions discutées ci-dessus (*supra* N 24 ss), le recours à l'opinion du juge spécialiste peut être ordonné d'office par le tribunal¹⁵⁰, pour autant que la loi ne l'exclue pas¹⁵¹. Ce procédé est en revanche exclu lorsqu'une instance supérieure a donné l'instruction à l'instance inférieure d'ordonner une expertise dans le cadre d'une décision de renvoi¹⁵².
47. Alors que d'un point de vue formel, le recours à l'opinion du juge spécialiste est rattaché à l'appréciation des preuves, il a pourtant une fonction similaire à celle d'une expertise¹⁵³. En effet, tant les éclaircissements du juge spécialiste que ceux de l'expert apportent au tribunal les connaissances techniques nécessaires au jugement¹⁵⁴. Si le tribunal décide de recourir aux aptitudes spéciales de l'un de ses juges, il est essentiel que ce transfert de connaissances au sein des membres du tribunal s'opère de manière transparente¹⁵⁵. Le juge spécialiste se substituant à l'expert, il est tenu de dévoiler aux parties les sources de ses connaissances spécialisées et d'illustrer les

¹⁴⁷ BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 41 ; KommZPO-WEIBEL, art. 183 N 35.

¹⁴⁸ BUCHER, N 11 ; MOSIMANN M., N 19 ; *contra* : KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, art. 183 N 27.

¹⁴⁹ MOSIMANN M., N 19 ; VETTER/STICH, 666.

¹⁵⁰ HLK PatGG-HESS-BLUMER, Vorb. zum 6. und 7. Abschnitt, N 98 ; VETTER/STICH, 666.

¹⁵¹ Le recours à ce procédé n'est pas possible lorsque la loi impose le recours à une expertise ; cf. *supra* N 40.

¹⁵² VGr ZH du 12 mai 2016, VB.2016.00009, consid. 4.

¹⁵³ BUCHER, N 6 ; RÜEFLI, N 319, 1134 ; VETTER/STICH, 666.

¹⁵⁴ TF 5A_23/2016 du 7 septembre 2016, consid. 3.2.1 ; BUCHER, N 6.

¹⁵⁵ TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, consid. 4.1 ; STIEGER, 204.

réflexions qui échafaudent son opinion dans le cas concret¹⁵⁶, qu'il aura essentiellement forgée sur la base des pièces du dossier¹⁵⁷.

48. Charger un juge spécialiste d'effectuer une analyse technique de certaines questions de fait permet l'économie d'une expertise parfois longue et coûteuse¹⁵⁸, tout en excluant le risque pour le tribunal de s'abandonner aux mains d'un tiers dépourvu de légitimité démocratique¹⁵⁹. Un auteur relève que la qualité de la décision judiciaire serait en règle générale améliorée si les connaissances techniques sont à la disposition *directe* du tribunal¹⁶⁰.
49. Nonobstant ces qualités, ce procédé comporte le risque d'altérer l'exercice du droit d'être entendu des parties¹⁶¹. Au vu de la congruence fonctionnelle entre le recours à un juge spécialiste et l'ordonnance d'une expertise, le *droit d'être entendu* des parties devrait prévaloir dans la même mesure pour les deux cas de figure¹⁶². Certains auteurs postulent ainsi à juste titre en faveur d'une application analogique étendue des dispositions topiques de l'expertise¹⁶³. Afin de sauvegarder l'effectivité du droit d'être entendu, le tribunal doit communiquer aux parties son intention d'obtenir l'avis d'un juge spécialiste déterminé en lieu et place d'une expertise, et ce dès qu'il apparaît que lesdites connaissances jouent un rôle au cours de l'administration des preuves¹⁶⁴. Afin de garantir

¹⁵⁶ Commentario CPC-TREZZINI, art. 183 N 51.

¹⁵⁷ ATF 128 III 390, consid. 4.3.3 ; BUCHER, N 6 ; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, art. 183 N 25.

¹⁵⁸ ATF 96 I 292, consid. 2 ; MOSIMANN M., N 39, 65 ; RÜEFLI, N 262 ; SALVADÈ, 189 s. ; SCHMID G., 14 s.

¹⁵⁹ MOSIMANN M., N 46 ; cf. BETTEX, 303 ; RÜEFLI, N 242.

¹⁶⁰ MEIER, Handelsgericht, 88.

¹⁶¹ BETTEX, 303 ; VETTER/STICH, 667 ; cf. CR CPC-SCHWEIZER, art. 183 N 21 ss, qui remet en cause le concept même de l'art. 183 al. 3 CPC.

¹⁶² TF 4A_87/2018 du 27 juin 2018, consid. 4.1 ; TF 5A_23/2016 du 7 septembre 2016, consid. 3.2.1 ; TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, consid. 4.1 ; BUCHER, N 17 ; MOSIMANN M., N 18 ; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, art. 183 N 24 ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 9.

¹⁶³ BUCHER, N 19, 51 ; GROLIMUND, *in* : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 116 ; HLK PatGG-HESS-BLUMER, Vorb. zum 6. und 7. Abschnitt, N 129 ss ; MEIER, Zivilprozessrecht, 321 ; RÜEFLI, N 1191.

¹⁶⁴ Message CPC 2006, 6932 ; TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, consid. 4.1.

un parallélisme procédural entre expertise judiciaire et recours à un juge spécialiste, le catalogue de questions doit, à notre sens, être préalablement soumis aux parties en analogie à l'art. 185 al. 2 CPC¹⁶⁵. Aucune divulgation n'est en revanche requise lorsque le juge utilise ses connaissances spéciales dans le cadre d'une interpellation au sens de l'art. 56 CPC, d'une tentative de conciliation (art. 124 al. 3 CPC), ou pour mieux comprendre des faits préalablement constatés lors de l'administration des preuves¹⁶⁶.

50. A l'instar du rapport d'expertise, l'opinion du juge spécialiste doit être consignée au dossier – oralement ou par écrit –, dans une forme permettant aux autres membres du tribunal d'en prendre connaissance¹⁶⁷ et aux parties de prendre position¹⁶⁸. C'est aussi la seule manière de permettre un éventuel réexamen par l'autorité de recours¹⁶⁹. Dans la pratique, l'instrument du *vote d'expert* (*Fachrichtervotum*) s'est imposé à cette fin¹⁷⁰. Pareille communication ne saurait survenir uniquement au moment de la délibération ou de la notification de la décision finale¹⁷¹, les parties devant avoir la possibilité de se prononcer sur l'opinion du juge spécialiste avant que la décision finale ne soit rendue¹⁷². Un auteur relève qu'une autorité paritaire de conciliation est souvent composée, à dessein, de spécialistes, dans quel cas leurs connaissances spéciales doivent être divulguées au plus tard au début de l'audience de conciliation¹⁷³.

¹⁶⁵ MOSIMANN M., N 64 s. ; RÜEFLI, N 1196 ; nuancé : VETTER/STICH, 667 s. ; *contra* : HLK PatGG-HESS-BLUMER, Vorb. zum 6. und 7. Abschnitt, N 134 s. ; KUKO ZPO-SCHMID, art. 183 N 27 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 183 N 30.

¹⁶⁶ BUCHER, N 16 ; MOSIMANN M., N 33 ; VETTER/STICH, 667 ; cf. aussi TF 8C_837/2008 du 26 juin 2009, consid. 6.3 (sous l'empire de l'ancien droit).

¹⁶⁷ GROLIMUND, *in* : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 116 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 183 N 26 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 50 ; VETTER/STICH, 667 ; cf. art. 37 al. 3 LTFB.

¹⁶⁸ Message CPC 2006, 6932 ; TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, consid. 4.1 ; MEIER, Handelsgericht, 87.

¹⁶⁹ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N 232.

¹⁷⁰ ATF 128 III 390, consid. 4.3.3 ; ATF 125 III 29, consid. 3d ; VETTER/STICH, 666.

¹⁷¹ TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, consid. 4.1 ; HALDY, N 515.

¹⁷² BUCHER, N 29 ; cf. aussi TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, consid. 4.1 ; BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N 230.

¹⁷³ PÜNTENER, N 646 ; cf. art. 200 CPC.

51. Cas échéant, les parties peuvent demander des explications ou poser des questions complémentaires en analogie à l'art. 187 al. 4 CPC, voire solliciter (à nouveau) une expertise si le *vote d'expert* souffre de carences irrémédiables¹⁷⁴. Le tribunal est par conséquent tenu de se prononcer sur la prise de position des parties s'il entend fonder son jugement sur la base de l'opinion du juge spécialiste, à condition que cette dernière emporte la conviction des (éventuels) autres membres du tribunal au degré de preuve requis¹⁷⁵. Si une décision fondée sur un vote d'expert est attaquée, l'instance supérieure peut se voir contrainte d'ordonner une expertise, afin de vérifier le bien-fondé de l'opinion du juge spécialiste¹⁷⁶, ce qui a tendance à relativiser les avantages de ce procédé.

3. Existence d'une expertise externe

52. Selon la jurisprudence fédérale, l'expertise effectuée par une autre autorité, dans le cadre d'une procédure administrative ou pénale, revêt en principe le statut d'expertise au sens des art. 183 ss CPC dans le procès civil, pour autant que le droit d'être entendu des parties soit garanti¹⁷⁷. Le tribunal saisi peut alors refuser la mise en œuvre d'une expertise requise par une partie, s'il admet la force probante d'une telle expertise externe. Les parties peuvent dans ce cas non seulement prendre position sur l'expertise externe (art. 187 al. 4 CPC), mais également se prononcer *a posteriori* sur la personne de l'expert (art. 183 al. 2 CPC) et poser des questions complémentaires (art. 185 al. 2 CPC)¹⁷⁸. Cette jurisprudence est critiquable et laisse des questions ouvertes¹⁷⁹. Certains auteurs soutiennent avec raison qu'une (nouvelle) expertise doit être mise en œuvre si l'expert qui a rédigé le rapport initial est indisponible

¹⁷⁴ HLK PatGG-HESS-BLUMER, Vorb. zum 6. und 7. Abschnitt, N 138 ; MOSIMANN M., N 68 ; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, art. 183 N 28 ; VETTER/STICH, 668.

¹⁷⁵ HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.36 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 183 N 24, 26.

¹⁷⁶ HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.300 ; cf. ZÜRCHER, N 19.93.

¹⁷⁷ ATF 140 III 24, consid. 3.3.1.3.

¹⁷⁸ DEECKE, 384 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 183 N 6.

¹⁷⁹ Pour un aperçu critique : GUYAZ/GRAND, N 29 ss ; HAAG, 185 s.

pour répondre aux questions complémentaires posées dans la seconde procédure¹⁸⁰.

4. Avance des frais d'expertise

53. Le juge arrête dans son ordonnance l'avance des frais d'expertise, qui inclut la rémunération de l'expert (art. 184 al. 3 CPC), et impartit un délai aux parties pour l'effectuer¹⁸¹. Les frais sont en principe avancés par la *partie qui a demandé l'expertise* (art. 102 al. 1 CPC). Si elle a été requise par les deux parties, elles doivent chacune avancer la moitié des frais (art. 102 al. 2 CPC). Le tribunal peut déroger à cette répartition lorsqu'une partie se limite à quelques questions isolées, alors que l'autre soumet un long catalogue de questions¹⁸².
54. Lorsque le *tribunal ordonne d'office* une expertise contre l'avis des parties, les avances peuvent être fournies par la partie qui supporte le fardeau de la preuve¹⁸³ ou être réparties par moitié¹⁸⁴. Le juge statue sur leur prise en charge selon son pouvoir d'appréciation¹⁸⁵.
55. Lorsque la *maxime des débats* ou la *maxime inquisitoire sociale* s'applique, le non-paiement de l'avance de frais entraîne la déchéance du droit à la preuve pour le moyen correspondant¹⁸⁶, à condition que la partie concernée ait été rendue attentive à cette conséquence (art. 147 al. 3 CPC) et que l'autre partie n'avance pas les frais à sa place (art. 102 al. 3 CPC). Dans ce cas, l'administration des preuves n'a pas lieu et la partie qui a demandé l'expertise doit en supporter les conséquences¹⁸⁷.

¹⁸⁰ CHRISTINAT, 81 ; GUYAZ/GRAND, N 31 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 187 N 23 ; cf. aussi SCHMID M., 149 ss.

¹⁸¹ Art. 102 en lien avec l'art. 95 al. 2 let. c CPC ; BOVEY, 105.

¹⁸² HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.28 ; BK ZPO I-STERCHI, art. 102 N 3.

¹⁸³ BOVEY, 105 ; GROLIMUND, *in* : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 120 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 8 ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 184 N 4.

¹⁸⁴ HOFMANN/LÜSCHER, 147 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 184 N 12.

¹⁸⁵ OGer UR du 2 février 2017, OG Z 16 15 ; KommZPO-WEIBEL, art. 183 N 17.

¹⁸⁶ KommZPO-SUTER/VON HOLZEN, art. 102 N 23 ; KommZPO-WEIBEL, art. 183 N 12, 16.

¹⁸⁷ Cf. art. 8 CC ; Fachhandbuch ZPO-STÄHELIN, N 3.25.

56. En revanche, lorsque la *maxime inquisitoire pure* s'applique, l'expertise ne peut pas être subordonnée à une avance de frais¹⁸⁸. Il en va de même lorsque la procédure est gratuite au sens des art. 113 al. 2, 114, 116 al. 1 CPC ou 12 al. 2 LEg¹⁸⁹, la collectivité publique assumant alors le risque d'indigence d'une partie¹⁹⁰.
57. En cas de *requête d'assistance judiciaire*, la fixation de l'avance est suspendue jusqu'à droit connu (cf. art. 118 al. 1 let. a CPC). Si cette dernière est rejetée, le tribunal doit impartir un nouveau délai ; il ne saurait refuser aussitôt d'ordonner l'expertise¹⁹¹. La décision concernant l'avance de frais peut faire l'objet d'un recours (art. 103 CPC), quand bien même l'ordonnance de preuve, en tant que telle, n'est en règle générale pas attaquable (art. 319 let. b ch. 2 CPC)¹⁹².

V. Mandat d'expertise judiciaire

A. Travaux préparatoires du tribunal

58. A l'issue de la phase d'allégation et en vue de l'instruction de l'expert, le tribunal doit analyser en détail quels éléments de fait doivent être considérés comme suffisamment allégués et contestés, cas échéant suffisamment motivés, lesquels ont fait l'objet d'une offre de preuve en temps utile, lesquels sont susceptibles d'être prouvés par un autre moyen de preuve, respectivement sont propres à être clarifiés par une expertise¹⁹³. Comme le prescrit l'art. 154 CPC, le tribunal rend au terme de cet examen une ordonnance de preuve, étape qui est pourtant souvent omise par les tribunaux¹⁹⁴.
59. Un rapport d'expertise exploitable par le tribunal n'est envisageable que si l'expert saisit avec précision à quel sujet et sous quelle forme il est appelé à s'exprimer, de sorte que l'importance d'une bonne

¹⁸⁸ Message CPC 2006, 6923 ; BSK ZPO-RÜEGG/RÜEGG, art. 102 N 6.

¹⁸⁹ KUNTSCHEM, N 112.

¹⁹⁰ Art. 111 al. 1 CPC ; KommZPO-WEIBEL, art. 183 N 17.

¹⁹¹ ATF 138 III 163, consid. 4.2.

¹⁹² BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 37 N 35.

¹⁹³ TF 4A_557/2018 du 3 décembre 2018, consid. 4.2.4 ; BÜTZBERGER, 177 s. ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 183 N 3 ; cf. *supra* N 11.

¹⁹⁴ OGer ZH du 17 juin 2016, LB160009, consid. 3.5 ; HERRMANN, 175.

instruction ne saurait être sous-estimée¹⁹⁵. La qualité de l’instruction influe par conséquent sur le résultat de l’expertise, qui peut conduire le litige à un dénouement rapide ou, au contraire, le plonger dans ce qu’une auteure qualifie de « chaos des novas »¹⁹⁶.

B. Instruction de l’expert

1. Compétence

60. Parallèlement à sa nomination, l’expert reçoit le mandat d’effectuer une expertise (art. 185 CPC). Ce mandat lui est confié par le tribunal – et non par les parties – par une ordonnance d’instruction¹⁹⁷. Comme l’instruction des experts fait partie intégrante de l’administration des preuves, elle peut être déléguée à un ou plusieurs membres du tribunal (art. 155 al. 1 CPC)¹⁹⁸. La décision de délégation peut être incluse dans l’ordonnance de preuve au sens de l’art. 154 CPC¹⁹⁹. Le mot « tribunal » employé à l’art. 185 CPC ne vise donc pas nécessairement un collège de juges²⁰⁰.

2. Forme et contenu

61. L’instruction de l’expert s’effectue en règle générale par écrit, mais elle peut également avoir lieu oralement dans le cadre d’une audience d’instruction (art. 185 al. 1 CPC), voire être combinée à une inspection²⁰¹. Il ne faut à notre sens pas se montrer trop formaliste quant à la pratique de certains tribunaux qui consiste à contacter un expert par téléphone, *au stade de la prospection*, pour connaître ses disponibilités en vue d’une mission ou s’enquérir

¹⁹⁵ HÜRLIMANN, *Zivilprozesse*, 68 ; SALVADÈ, 191.

¹⁹⁶ BÜTZBERGER, 178.

¹⁹⁷ Art. 124 CPC ; SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*, § 9 N 703.

¹⁹⁸ HÜRLIMANN, *Der Planer*, N 14.74 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 185 N 3.

¹⁹⁹ BSK ZPO-GUYAN, art. 154 N 5.

²⁰⁰ ATF 147 III 582, consid. 4 (concernant l’art. 183 CPC).

²⁰¹ Art. 181 al. 2 CPC ; BSK ZPO-DOLGE, art. 185 N 1 ; ZÜRCHER, N 19.59.

d'éventuels motifs de récusation qui le disqualifieraient d'emblée²⁰². Certains auteurs envisagent la possibilité d'intégrer la mission d'expertise dans l'ordonnance de preuve au sens de l'art. 154 CPC²⁰³. L'expert est au surplus exhorté à dire la vérité (art. 307 CP) et à communiquer tout motif de récusation (art. 48 CPC)²⁰⁴, ce qui implique qu'il se doit d'indiquer s'il n'est pas capable de répondre à une question, plutôt que de tenter d'y apporter une réponse incomplète ou fautive²⁰⁵. Lesdites exhortations peuvent être insérées dans une circulaire générale du tribunal, qui est annexée à l'ordonnance d'instruction²⁰⁶.

62. L'objectif principal de l'instruction est d'expliquer à l'expert sa mission et ses limites, en fonction de l'objet du litige. Une *présentation ciblée* des faits à prouver et du cadre juridique dans lequel s'inscrit le procès permet au mieux de tenir compte de ses enjeux procéduraux ainsi que d'éviter que le travail de l'expert aboutisse à prouver des faits non allégués²⁰⁷. Cet aspect est semble-t-il trop souvent négligé dans la pratique, notamment lorsque des catalogues de questions sont transmis aux experts sans autre indication ou lorsque le juge se contente de renvoyer aux écritures des parties pour décrire l'état de fait. Problématiques sont également les résumés des faits transmis à l'expert qui ont été rédigés dans la hâte et soustraits au droit d'être entendu préalable des parties (art. 185 al. 2 CPC)²⁰⁸. Celui-ci ne peut pas être limité, comme le font certains tribunaux, au catalogue de questions. Les pièces du dossier qui seront remises à l'expert ainsi que les investigations supplémentaires qu'il sera autorisé à effectuer

²⁰² CR CPC-SCHWEIZER, art. 185 N 3 ; cf. PLANAS/LUY, 177 et les réf. ; *contra* : HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.152 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 185 N 3 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 185 N 2.

²⁰³ BSK ZPO-GUYAN, art. 154 N 5 ; HOHL, N 1822 ; VOUILLOZ, Expertise, 108.

²⁰⁴ KGer LU du 23 mars 2017, 1C 16 47 (LGVE 2017 I, n° 9), consid. 5.3 s. ; GUYAZ, 132 ; HOFMANN/LÜSCHER, 146.

²⁰⁵ Art. 184 al. 2 CPC ; JÉQUIER, N 283 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 184 N 10.

²⁰⁶ BÜTZBERGER, 182 ; KommZPO-WEIBEL, art. 184 N 5.

²⁰⁷ BÜTZBERGER, 178 ; JEGER, Kunst der Fragestellung, N 28 ; VETTER, 231 ; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 29 N 76 ; cf. *infra* N 81 ss.

²⁰⁸ BÜTZBERGER, 178 ; *contra* : DIKE ZPO-MÜLLER, art. 185 N 17 ; STAUB/GRÜTTER/REARDON-KOFMEL, N 32, pour qui les parties ne doivent pas être entendues concernant le résumé des faits, mais seulement les questions.

doivent aussi être préalablement communiquées aux parties²⁰⁹. Une copie de l'ordonnance d'instruction envisagée, y compris ses éventuelles annexes, doit être transmise au préalable aux parties afin qu'elles puissent se déterminer à cet égard²¹⁰.

63. La pratique connaît aussi des instructions d'expert qui tiennent compte de ces enjeux, en présentant à l'expert l'objet du procès par un résumé clair et concis²¹¹, en précisant les points de vue des parties lorsque cela est pertinent et en indiquant les éléments de fait non contestés sur lesquels l'expert doit se fonder, respectivement les éléments de fait contestés pour lesquels l'expert doit travailler avec des hypothèses²¹².
64. L'instruction peut contenir des directives concrètes quant à la *manière de répondre aux questions*, notamment en désignant précisément les éléments du dossier sur lesquels l'expert a basé ses réponses (*Anknüpfungstatsachen*), les faits qu'il a lui-même établis (*Befundtatsachen*)²¹³, les questions qui, selon lui, ressortent d'un autre domaine de compétence, et – cas échéant – en expliquant pourquoi il ne peut pas répondre à l'une d'entre elles²¹⁴. Il est en effet utile de rendre l'expert attentif au fait qu'une conclusion de sa part, selon laquelle il n'est pas en mesure de répondre à une question, constitue un résultat exploitable en procédure civile²¹⁵. L'expert ne résout pas seulement des problèmes, il voit aussi quand ils sont insolubles²¹⁶.
65. Une indication récurrente concerne les *degrés de probabilité* à indiquer par l'expert. Compte tenu de la délimitation des questions de droit et de fait, il est délicat d'exiger de l'expert lui-même la subsomption correspondante aux différents degrés de preuve pertinents. L'expert se voit souvent proposer à cet effet des catégories de probabilité tirées de la jurisprudence²¹⁷. Il convient de prôner à cet égard une

²⁰⁹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.109.

²¹⁰ DIKE ZPO-MÜLLER, art. 185 N 25.

²¹¹ JEGER, Rückfragen, 210.

²¹² HERRMANN, 175 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 185 N 17.

²¹³ CHRISTEN, 273.

²¹⁴ BÜTZBERGER, 180 ; JEGER, Kunst der Fragestellung, N 38.

²¹⁵ BÜTZBERGER, 179.

²¹⁶ DIEGUEZ, 261.

²¹⁷ BÜTZBERGER, 180.

classification selon des degrés de probabilité en pourcentage – dissociée de toute qualification juridique –, celle-ci étant plus compréhensible et précise pour l'expert qui n'est pas juriste²¹⁸.

66. Les tribunaux sont parfois tentés d'autoriser préalablement l'expert à *répondre à d'autres questions* qui lui paraîtraient opportunes. Un tel blanc-seing, certes basé sur des considérations pratiques, est problématique non seulement en ce qui concerne les coûts d'expertise, mais surtout au regard du droit d'être entendu des parties²¹⁹. Ne pas circonscrire tant que faire se peut l'objet de l'expertise, voire solliciter d'éventuelles remarques supplémentaires de la part de l'expert, c'est se défaire de la maxime des débats en abandonnant la direction de la procédure aux mains de l'expert²²⁰.

3. Catalogue de questions

67. L'art. 185 al. 1 CPC attribue au tribunal la compétence d'élaborer le catalogue de questions – qui se base sur l'ordonnance de preuve au sens de l'art. 154 CPC²²¹ –, même pour les litiges soumis à la maxime des débats²²². Le juge doit veiller à soumettre à l'expert des *questions claires et précises* qui appellent des réponses exploitables ; faute de quoi l'expertise risque de compliquer la procédure au lieu d'éclaircir les faits²²³. En effet, plus il y a de mauvaises questions, plus le risque de mauvaises réponses est élevé²²⁴. A ce stade du procès, le tribunal est tributaire des écritures des parties pour se faire une idée (provisoire) de l'état de fait²²⁵. Poser de bonnes questions présuppose en outre une connaissance exacte de la situation juridique, permettant ainsi de tenir compte du degré de preuve requis dans le cas particulier²²⁶, sans quoi l'expert risque de traiter

²¹⁸ BÜHLER, Gerichtsgutachten, N 13, 59 ss ; PERGOLIS, 136 s. ; pour un exemple : TF 4A_658/2016 du 5 avril 2017, consid. 4.4.

²¹⁹ LENDFERS, 195 ; *contra* : DIKE ZPO-MÜLLER, art. 185 N 22.

²²⁰ BÜTZBERGER, 179 ; cf. GAURON-CARLIN, N 59.

²²¹ HERRMANN, 175 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.109.

²²² GUYAZ, 137 ; SHK ZPO-PERROULAZ, art. 185 N 6.

²²³ AUBRY GIRARDIN, 111 ; JEGER, Rückfragen, 210 ; cf. VUILLE/TARONI, 185.

²²⁴ DELACRAUSAZ/PAREIN, 9.

²²⁵ REETZ/VORBURGER, 216.

²²⁶ BOVEY, 103 s. ; BÜHLER, Gerichtsgutachten, N 59.

des questions superflues²²⁷. S'il apparaît que la définition de certaines notions juridiques ne fait pas l'objet d'un consensus entre les parties, il convient de formuler les questions adressées à l'expert de manière que son rapport puisse fournir une réponse exploitable par le tribunal, quelle que soit la façon dont ce dernier entend trancher la controverse²²⁸.

68. Certains tribunaux, habitués à d'anciennes pratiques cantonales, ne formulent pas de question dans un premier temps ou se contentent d'en esquisser de très générales, laissant aux parties le soin de formuler les questions de manière détaillée²²⁹. Certains auteurs considèrent cette manière de procéder comme problématique et incompatible avec le texte du CPC²³⁰. Ces préoccupations ne sont pas sans fondement, dans la mesure où les parties posent parfois des questions suggestives²³¹, qui n'ont qu'un rapport lointain avec leurs allégations de fait ou dont la formulation limite l'expert dans sa liberté de réponse, et tentent de combler par ce biais les éventuelles lacunes de leurs écritures²³².
69. Il faut cependant garder à l'esprit que les parties connaissent – à ce stade du procès – souvent mieux les faits que le tribunal et qu'elles sont donc plus à même de formuler des questions pertinentes et précises²³³. C'est pourquoi il est à notre sens admissible que le juge – dans un premier temps – permette aux parties de proposer un catalogue de questions détaillé²³⁴ ainsi que d'éventuels types d'investigations à entreprendre par l'expert²³⁵. Le tribunal ne saurait toutefois reprendre ces questions sans examen critique, mais se doit de les filtrer en écartant ou reformulant les questions

²²⁷ BÜHLER, Gerichtsgutachter, 49 ; KAUFMANN, 165 ; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 29 N 88.

²²⁸ GUYAZ, 126.

²²⁹ CR CPC-SCHWEIZER, art. 185 N 8 ; KommZPO-WEIBEL, art. 185 N 7.

²³⁰ BOVEY, 103 et les réf.

²³¹ BÜHLER, Gerichtsgutachter, 49 ; KommZPO-WEIBEL, art. 185 N 8.

²³² BÜTZBERGER, 179 ; HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.139 ; ZÜRCHER, N 19.15.

²³³ HÜRLIMANN, Zivilprozesse, 68.

²³⁴ HOFMANN/LÜSCHER, 147 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 185 N 7.

²³⁵ VOUILLOZ, Expert-comptable, 583.

problématiques²³⁶, veillant ainsi à ce que les questions soumises à l'expert n'outrepassent pas le cadre fixé par la maxime des débats²³⁷. En cas de doute concernant certaines questions, le tribunal devrait inviter les parties à indiquer sur quel allégué et offre de preuve de leurs écritures elles se fondent²³⁸. Si les questions proposées ne se réfèrent pas à des faits valablement allégués, elles doivent être écartées, sous peine de violer la maxime des débats qui serait de rigueur²³⁹.

70. Bien que les parties aient le droit de s'exprimer préalablement sur le choix des questions à poser à l'expert, de proposer des modifications et de suggérer des questions supplémentaires (art. 185 al. 2 CPC)²⁴⁰, la formulation définitive de ces questions est du ressort exclusif du tribunal²⁴¹. Le Tribunal fédéral retient que le juge ne viole pas le droit d'être entendu en ne soumettant pas à chaque partie les observations faites par l'autre, en vertu de l'art. 185 al. 2 CPC, sur les questions envisagées par le tribunal. L'effectivité de ce droit est garantie par l'art. 187 al. 4 CPC, qui permet aux parties, encore après la délivrance du rapport d'expertise, de demander des explications ou de poser des questions complémentaires²⁴².
71. Le choix des questions par le tribunal constitue une ordonnance d'instruction, qui ne peut pas faire l'objet d'un recours indépendant, la condition d'un préjudice difficilement réparable faisant en principe défaut²⁴³. En (re)formulant les questions, le juge devra résister à la tentation de confier à l'expert une mission qui implique l'appréciation de questions juridiques, faute de quoi ses attributions

²³⁶ A ce sujet : ATF 139 III 33, consid. 4.4 ; BOVEY, 103 ; BÜTZBERGER, 179 ; HOFMANN/LÜSCHER, 147 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 183 N 9.

²³⁷ GROS, N 1153 ; GUYAZ, 137.

²³⁸ HERRMANN, 174 s.

²³⁹ HERRMANN, 175.

²⁴⁰ TF 5A_557/2017 du 16 février 2018, consid. 4.2.

²⁴¹ ATF 139 III 33, consid. 4.3 ; TF 5A_557/2017 du 16 février 2018, consid. 3.1.2.

²⁴² TF 5A_557/2017 du 16 février 2018, consid. 4.2 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 185 N 3 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 185 N 8a ; cf. *infra* N 97.

²⁴³ OGer SO du 28 juin 2012, ZKBES.2012.110 (CAN online 2012, n° 47), consid. 1 ss ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 185 N 1 ; *contra* : VOUILLOZ, Expertise, 110.

juridictionnelles seraient *de facto* transférées à l'expert²⁴⁴. Les questions choisies par le juge doivent être formulées de manière neutre. Celles-ci ne sauraient suggérer à l'expert les réponses espérées par le tribunal²⁴⁵.

4. Audience de mise en œuvre

72. La loi n'exclut à notre sens pas que le tribunal puisse inviter l'expert et les parties à une audience de mise en œuvre (art. 226 CPC), lors de laquelle les plaideurs ont l'occasion d'exposer leur point de vue et leurs attentes²⁴⁶.
73. Cette audience de mise en œuvre peut aussi servir à *élaborer le catalogue de questions directement avec l'expert*²⁴⁷, une formulation complète et judicieuse des questions nécessitant parfois des connaissances qui font défaut au tribunal²⁴⁸. Cette audience peut aussi être associée à une inspection²⁴⁹. A n'en pas douter, l'audience de mise en œuvre allonge et renchérit la procédure, mais constitue un point de contact utile entre expert et juriste, que leurs formations respectives amènent trop souvent à se parler sans se comprendre²⁵⁰. Si toutes les parties participent à cette audience, leur droit d'être entendu au sens de l'art. 185 al. 2 CPC est garanti, de sorte qu'elles ne doivent pas être entendues une nouvelle fois²⁵¹. Alors que cette audience se justifie lors de questions hautement techniques, le juge doit l'orchestrer de sorte que les parties ne puissent pas influencer l'expert par des questions ou remarques suggestives²⁵².

²⁴⁴ BOVEY, 103 ; PERGOLIS, 135 ; cf. ZUFFEREY, 29.

²⁴⁵ REINFRIED, 96 s.

²⁴⁶ CASTELLA, 14 s. ; GUYAZ, 139 ; LANFRANCONI, 130.

²⁴⁷ BÜHLER, Gerichtsgutachter, 49 ; GEHRIG, 243 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 185 N 5.

²⁴⁸ TF 5A_557/2017 du 16 février 2018, consid. 3.1.2 ; ALTHAUS/BOHNENBLUST, 678 ; BÜTZBERGER, 179 ; GROLIMUND, *in* : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 120 ; JEGER, Rückfragen, 210 ; LANFRANCONI, 128 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 185 N 21 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 185 N 3 ; VOUILLOZ, Expertise, 109.

²⁴⁹ HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.73 ; KAUFMANN, 169 s.

²⁵⁰ GUYAZ, 139 ; cf. BÖGLI, 131 s. ; FONJALLAZ/GASSER, 161 s. ; GROS, N 1231 s.

²⁵¹ VOUILLOZ, Expertise, 109 ; KommZPO-WEIBEL, art. 185 N 5.

²⁵² MÜLLER/ZINGG, 636.

5. Accès de l'expert au dossier

74. C'est au tribunal qu'il appartient de fournir à l'expert les pièces du dossier dont il a besoin pour établir son expertise (art. 185 al. 3 CPC). Cela permet de garantir que l'expert ne reçoive que des pièces valablement introduites dans la procédure et ne se fonde pas sur des documents qui lui ont été présentés unilatéralement par une partie, sans l'assentiment préalable du tribunal²⁵³. Ce dernier a un *large pouvoir d'appréciation* quant au choix des pièces dévoilées à l'expert²⁵⁴, raison pour laquelle la pratique connaît – là aussi – diverses manières de procéder²⁵⁵. Alors que certains tribunaux transmettent l'intégralité du dossier (y compris les écritures des parties), d'autres ne partagent que les moyens de preuve produits ou opèrent même un triage de ceux-ci²⁵⁶.
75. Il convient de relever que la nature et l'étendue des pièces nécessaires à l'élaboration de l'expertise varient selon qu'elle consiste à établir des faits, les apprécier ou dégager des règles générales d'expérience²⁵⁷. L'expert peut informer le tribunal, fort de ses connaissances, quant aux documents dont il a besoin²⁵⁸. Le tribunal veille à sauvegarder les intérêts dignes de protection²⁵⁹.
76. Il peut se justifier pour le tribunal de ne pas divulguer tout de suite des *expertises* privées ou judiciaires *réalisées antérieurement*, afin d'éviter que l'expert n'en ressorte influencé²⁶⁰. Celles-ci seraient alors par la suite confrontées au rapport de l'expert, cas échéant dans le cadre d'un complément d'expertise²⁶¹.

²⁵³ HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.159 ; KommZPO-WEIBEL, art. 185 N 12.

²⁵⁴ TF 4A_333/2015 du 27 janvier 2016, consid. 7.2.4.3.

²⁵⁵ PLANAS/LUY, 177.

²⁵⁶ BÜTZBERGER, 180.

²⁵⁷ BETTEX, 148 s. ; KAUFMANN, 170 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 185 N 9a.

²⁵⁸ OGer ZH du 8 décembre 2006, ZR 2008, n° 48, 175, consid. 1.2 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 185 N 18 ; KommZPO-WEIBEL, art. 185 N 13.

²⁵⁹ BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 185 N 12 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 185 N 9.

²⁶⁰ TF 4A_333/2015 du 27 janvier 2016, consid. 7.2.4.3 ; KAUFMANN, 170 ; PERGOLIS, 135 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 185 N 4 ; *contra* : FAUCHÈRE, 155, qui considère ce procédé inadmissible pour l'expertise médicale.

²⁶¹ GLOOR/MARTI, 162 ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 185 N 4.

C. Etendue des pouvoirs de l'expert

1. Délégation des tâches

77. Compte tenu de l'obligation de l'expert d'élaborer lui-même l'expertise²⁶², il ne peut pas confier de manière globale des tâches à d'autres personnes. S'il estime opportun d'échanger avec un spécialiste d'autres disciplines, le tribunal peut autoriser pareille consultation, dans quel cas le rapport doit indiquer de manière exhaustive pour quelles recherches, activités et renseignements il a été fait appel à quelles personnes²⁶³. S'il ne s'agit pas d'une simple consultation, mais d'une collaboration étroite en vue de la mise en œuvre de l'expertise, le cadre de l'art. 186 al. 1 CPC est dépassé et l'expert doit s'adresser au tribunal afin qu'il ordonne un mandat d'expertise supplémentaire au spécialiste pressenti²⁶⁴.

2. Investigations propres

78. Il découle de l'art. 185 al. 3 CPC que l'expert doit procéder à l'expertise sur la base des documents mis à sa disposition par le tribunal. L'expert doit toutefois pouvoir donner un *avis objectif et indépendant* sur les questions qu'il doit évaluer, raison pour laquelle il ne doit pas être privé de toute liberté, ce d'autant plus que des connaissances spéciales sont parfois nécessaires pour reconnaître la pertinence de documents ou l'absence de ceux-ci²⁶⁵. C'est dans ce contexte que l'art. 186 al. 1 CPC prévoit que l'expert peut procéder personnellement à des investigations, afin de se représenter les faits de la cause et d'élaborer une expertise fondée²⁶⁶. L'expert peut ainsi se munir des pièces accessibles qu'il estime pertinentes, qui ne font

²⁶² TF 8C_596/2013 du 24 janvier 2014, consid. 6.1.2.1.

²⁶³ TF 4A_48/2019 du 29 août 2019, consid. 5.7.2.1 ; HGer ZH du 27 avril 2000, ZR 2001, n° 22, 71, consid. III.1b ; BÜHLER, *Beweiswürdigung*, 82 ; CHRISTEN, 273.

²⁶⁴ HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.84, 7.175 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 186 N 22.

²⁶⁵ BÜTZBERGER, 180 ; cf. aussi BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 25.

²⁶⁶ Message CPC 2006, 6933 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.112.

pas nécessairement déjà partie intégrante du dossier²⁶⁷, si et pour autant que la maxime de procédure le permette (cf. *infra* N 83).

79. La mission d'expertise en tant que telle n'habilite pas l'expert à procéder à des investigations propres ; une autorisation par le tribunal est nécessaire²⁶⁸. Etant donné qu'il appartient aux parties de réunir la substance du litige et au tribunal d'administrer les preuves²⁶⁹, cette solution s'impose, faute de quoi l'expert risquerait de se transformer en « missile incontrôlé »²⁷⁰. Si l'administration des preuves a été déléguée au sens de l'art. 155 al. 1 CPC, l'autorisation du juge délégué suffit²⁷¹. Aucune demande des parties allant dans ce sens n'est en revanche requise²⁷². Selon certains auteurs, le tribunal pourrait autoriser les investigations de manière rétroactive²⁷³, voire même de manière implicite, par le simple fait de se référer au rapport d'expertise dans son jugement²⁷⁴. Or, selon l'opinion défendue ici, seule une *autorisation préalable* par le tribunal paraît conforme à la volonté du législateur²⁷⁵ et permet au juge de garder la maîtrise de la procédure, tout en évitant un ralentissement et renchérissement inutiles de celle-ci²⁷⁶. Les résultats de telles investigations non autorisées doivent être écartés par le tribunal²⁷⁷.
80. Le tribunal doit veiller à ce que son autorisation porte sur des *investigations concrètes*²⁷⁸. Il doit rendre reconnaissable pour l'expert, quel genre d'investigations il est en droit d'effectuer et à quelles

²⁶⁷ ALTHAUS/BOHNENBLUST, 678 ; cf. BRUCHEZ, 186 s. ; REUT, N 224.

²⁶⁸ BÜTZBERGER, 181.

²⁶⁹ Message CPC 2006, 6923, 6933.

²⁷⁰ STIEGER, 206 (« *unguided missile* »).

²⁷¹ DIKE ZPO-MÜLLER, art. 186 N 9.

²⁷² HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.176 ; SHK ZPO-PERROULAZ, art. 186 N 3.

²⁷³ BSK ZPO-DOLGE, art. 186 N 1.

²⁷⁴ SHK ZPO-PERROULAZ, art. 186 N 4 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 186 N 4 ; cf. PC CPC-VOUILLOZ, art. 186 N 3, pour des investigations de faibles ampleurs.

²⁷⁵ Message CPC 2006, 6933 ; Rapport explicatif AP-CPC, 88 ; BÜTZBERGER, 181 ; HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.180 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 186 N 13.

²⁷⁶ HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.99 ; JEANDIN, 82 ; VOUILLOZ, Preuve, 845 ; KommZPO-WEIBEL, art. 186 N 2.

²⁷⁷ KUNTSCHEM, N 60 ; KommZPO-WEIBEL/WALZ, art. 168 N 6.

²⁷⁸ OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 186 N 1.

modalités²⁷⁹. Si l'expert doit interroger des personnes, celles-ci doivent être nommées ou à tout le moins déterminables²⁸⁰. L'expert peut être habilité à réclamer des titres, à procéder à des inspections locales ou à interroger les parties ou des tiers sans forme particulière²⁸¹.

81. La question de savoir jusqu'où va le pouvoir d'investigation de l'expert invite à quelques réflexions. Les maximes de procédure instituées par le CPC répartissent les tâches entre les parties et le tribunal et sont de caractère impératif. Si la *maxime inquisitoire pure* s'applique, le tribunal est délié des règles formelles d'administration des preuves instaurées par les art. 168 ss CPC²⁸². Hormis les exceptions expressément prévues aux art. 151 et 153 CPC²⁸³, les règles sur l'administration des preuves n'ont, quant à elles, aucune incidence sur la portée des maximes applicables. Cela signifie que la mise en œuvre d'une expertise n'implique ni l'instauration de la maxime inquisitoire, ni un assouplissement de la maxime des débats, ni ne rend l'art. 229 al. 3 CPC applicable par analogie.
82. Par son rôle d'auxiliaire du tribunal, l'expert est astreint aux mêmes règles d'instruction que le juge, de sorte qu'il ne saurait être doté de compétence que le tribunal n'a pas. Cette contrainte symétrique est parfois mise à mal dans la pratique. L'expert n'étant pas toujours au fait du contexte juridique et procédural du litige²⁸⁴, il se peut que ses investigations aboutissent à prouver des faits qui ont certes un rapport avec l'objet du litige, mais qui n'ont pas été allégués – ou suffisamment motivés – par les parties²⁸⁵.
83. Cependant, lorsque la maxime des débats s'applique, les investigations de l'expert doivent s'inscrire dans le *cadre des allégués et*

²⁷⁹ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 186 N 1 ; VOUILLOZ, Expertise, 110.

²⁸⁰ DIKE ZPO-MÜLLER, art. 186 N 10.

²⁸¹ Art. 186 al. 2 CPC *a contrario* ; TF 4P.172/2003 du 6 janvier 2004, consid. 2.7 ; BÜTZBERGER, 181 ; HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.169 ss ; SALVADÈ, 192.

²⁸² TF 5A_444/2008 du 14 août 2008, consid. 2.2.

²⁸³ SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, 307 s.

²⁸⁴ LANFRANCONI, 131.

²⁸⁵ LEUENBERGER, Tatsachen, 313 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 183 N 11 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 186 N 5 ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 3b.

*des preuves offertes par les parties*²⁸⁶. L'expert ne saurait se mettre délibérément à la recherche de faits non allégués²⁸⁷ ou développer des idées nouvelles²⁸⁸. Les preuves recueillies en marge d'investigations sans rapport direct avec les questions posées doivent être écartées par le tribunal. La solution inverse signifierait qu'en ordonnant une expertise et en autorisant l'expert à procéder à des investigations, le tribunal ferait basculer le procès d'une maxime de procédure à l'autre. Or, la maxime de procédure applicable échappe au champ discrétionnaire du tribunal. L'autorisation de pareilles investigations doit ainsi être le résultat d'une mûre réflexion, mettant en regard les intérêts – parfois contradictoires – en jeu²⁸⁹, et n'être accordée qu'avec parcimonie²⁹⁰.

84. Par conséquent, la question de l'exploitabilité de faits prouvés non allégués (*überschiessende Beweisergebnisse*) se pose uniquement dans l'hypothèse où ceux-ci sont le fruit d'investigations de l'expert – (préalablement) autorisées par le tribunal – qui n'enfreignent pas la maxime de procédure applicable. Si et, cas échéant, dans quelle mesure le tribunal peut ou doit en tenir compte sous l'empire de la maxime des débats est une question très controversée en doctrine, qui a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral²⁹¹ et échappe au cadre de la présente contribution²⁹².

3. Obligation de collaborer des parties et des tiers

85. L'art. 160 al. 1 let. c CPC prévoit une obligation des parties et des tiers de collaborer à une expertise. En cas de refus de coopérer aux investigations de l'expert, celui-ci ne peut pas prendre de mesures

²⁸⁶ BOHNET, Procédure civile, N 1405 ; BÜTZBERGER, 180.

²⁸⁷ VETTER, 230 s.

²⁸⁸ ZÜRCHER, N 19.59.

²⁸⁹ ZÜRCHER, N 19.36, pour qui le juge doit faire preuve de « *Fingerspitzengefühl* ».

²⁹⁰ BÜTZBERGER, 181 ; *contra* : MARKUS/DROESE, § 11 N 94, pour qui l'ordonnance d'une expertise implique quasi nécessairement des investigations de l'expert.

²⁹¹ ATF 142 III 462, consid. 4 ; cf. aussi TF 4A_562/2017 du 7 mai 2018, consid. 3.4.3 ; TF 4A_566/2015 du 8 février 2016, consid. 4.2.2 ; TF 4A_33/2015 du 9 juin 2015, consid. 5 ; TF 4A_195/2014 du 27 novembre 2014, consid. 7.2 s. (non publiés *in* : ATF 140 III 602).

²⁹² Elle fera l'objet d'un prochain article des mêmes auteurs.

coercitives²⁹³. Il devra dans ce cas solliciter l'appui du tribunal, celui-ci pouvant recueillir lui-même les preuves nécessaires selon les règles formelles d'administration. Le tribunal peut aussi, en menaçant la personne récalcitrante des conséquences juridiques des art. 164 ou 167 CPC, faire en sorte qu'elle abandonne sa résistance et accepte de coopérer avec l'expert²⁹⁴. Les droits consacrés aux art. 163, 165 et 166 CPC doivent dans tous les cas être respectés.

86. Alors que les parties n'ont pas de droit, en tant que tel, de participer aux investigations de l'expert²⁹⁵, celui-ci doit éviter toute apparence de partialité²⁹⁶ en garantissant une égalité de traitement des parties²⁹⁷. Par conséquent, l'exclusion de l'une ou l'autre des parties ne doit se faire qu'avec une grande retenue, notamment lorsqu'il s'agit de protéger des secrets d'affaires ou lorsqu'un expert médical doit procéder à un examen physique²⁹⁸. Si l'expert adresse des demandes à une partie dans le cadre de ses investigations, il doit régulièrement le faire par écrit, une copie devant être envoyée à la partie adverse²⁹⁹. Les investigations effectuées doivent être consignées dans le rapport, de telle manière qu'elles puissent au besoin être réitérées, d'office ou à la demande des parties, par une administration formelle du moyen de preuve³⁰⁰. La question de la nécessité d'une telle réitération est laissée à l'appréciation du juge, de sorte que les parties ne peuvent l'imposer³⁰¹.

²⁹³ GASSER/RICKLI, art. 186 N 1 ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 186 N 3.

²⁹⁴ BSK ZPO-DOLGE, art. 186 N 5 ; HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.200.

²⁹⁵ ATF 132 V 443, consid. 3.4 ; GROLIMUND, *in* : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 18 N 125 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 186 N 2.

²⁹⁶ TF 5A_663/2015 du 7 mars 2016, consid. 3.4.1 ; TF 4P.254/2006 du 6 décembre 2006, consid. 2 ; HOHL, N 1823.

²⁹⁷ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N 213.

²⁹⁸ ATF 132 V 443, consid. 3.5 ; GLOOR/MARTI, 162 ; GUYAZ, 140.

²⁹⁹ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.113 ; cf. TF 4P.254/2006 du 6 décembre 2006, consid. 2.

³⁰⁰ TF 4A_48/2019 du 29 août 2019, consid. 5.7.2.1 ; TF 4A_333/2015 du 27 janvier 2016, consid. 7.2.4.3 ; TF 4A_77/2007 du 10 juillet 2007, consid. 4.2.1 ; BOSSHARD, Réglementation, 337 ; VOUILLOZ, Expert-comptable, 584.

³⁰¹ CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 186 N 4 ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 186 N 4.

VI. Force probante de l'expertise

A. Rapport d'expertise

87. Le rapport de l'expert est en principe *remis par écrit* au tribunal dans le délai imparti (art. 184 al. 1 CPC). Le juge en communique un exemplaire aux parties en leur donnant l'occasion de faire valoir leurs observations. L'ancienne pratique selon laquelle l'expert envoie, à titre officieux, un « prérapport » aux parties avant de remettre au juge le rapport définitif³⁰² ne nous semble pas compatible avec l'esprit du CPC.
88. Le rapport d'expertise doit être rédigé *en termes accessibles* au juge et aux parties qui ne disposent pas de connaissances spécifiques³⁰³. Le tribunal et les parties doivent en effet pouvoir comprendre les fondements de l'analyse de l'expert, sans être contraints de consulter des ouvrages spécialisés³⁰⁴, ni de s'assurer les services d'un expert privé pour leur « traduire » le rapport en termes compréhensibles³⁰⁵.
89. Lorsque la nature de l'expertise le permet, le juge peut ordonner que l'expert *rende son rapport oralement* en audience ; il en est alors dressé un procès-verbal qui sera signé par l'expert³⁰⁶, à moins qu'elle ne soit enregistrée par un moyen technique approprié³⁰⁷. A notre connaissance, cette solution est rarement employée.

B. Limites au principe de la libre appréciation des preuves

90. Au contraire de l'expertise-arbitrage, qui a pour vocation de procéder à la constatation – contraignante pour les parties – de faits

³⁰² BETTEX, 178 ; cf. CASTELLA, 17, sur le fait d'envoyer un prérapport au juge.

³⁰³ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N 228 ; HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.101 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 188 N 9.

³⁰⁴ TF 4A_48/2019 du 29 août 2019, consid. 5.1.2 ; TF 5P.206/2006 du 29 septembre 2006, consid. 3.1 ; BOVEY, 110 s. ; GROS, N 1182, 1203 ; VOUILLOZ, Expert-comptable, 583.

³⁰⁵ BETTEX, 176 s. ; BOSSHARD, Expertise, 211 ; GRONER, 302 ; nuancé : OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 187 N 2 ; *contra* : BÜHLER, Erwartungen, 573.

³⁰⁶ TF 5A_748/2008 du 16 mars 2009, consid. 3.4 ; HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.210.

³⁰⁷ Message CPC 2006, 6950 s. ; BOSSHARD, Réglementation, 337.

pertinents (art. 189 CPC), le rapport d'expertise est soumis à la *libre appréciation* du tribunal (art. 157 CPC). Celui-ci n'est ainsi pas formellement lié par son résultat³⁰⁸. Face à un rapport d'expertise, le tribunal est toutefois amené à évaluer les conclusions d'un spécialiste, qui comble précisément le manque de connaissances techniques du juge³⁰⁹. Etant démuné pour critiquer le travail de l'expert, le juge peut tout au plus évaluer la plausibilité du rapport d'expertise³¹⁰, sur la base de critères essentiellement formels³¹¹.

91. Dans ce contexte, si le *tribunal entend s'écarter des conclusions* de l'expertise qu'il a ordonnée, il doit – préalablement – donner l'occasion aux parties de se déterminer par rapport à cette intention³¹² et faire état de motifs pertinents³¹³, qu'il devra motiver dans son jugement³¹⁴. De tels motifs sont notamment donnés lorsque le rapport d'expertise ne satisfait pas aux exigences posées par la loi, à savoir n'est pas complet, compréhensible ou concluant³¹⁵. Le tribunal doit s'assurer que les points litigieux ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets et que les conclusions de l'expert sont dûment motivées³¹⁶. L'expert qui émet des réserves et marque des hésitations dans son rapport risque ainsi que son travail ne soit pas pris en compte par le juge³¹⁷. Cependant, plus l'expertise porte sur

³⁰⁸ ATF 130 I 337, consid. 5.4.2 ; TF 4A_48/2019 du 29 août 2019, consid. 5.1 ; OGer ZH du 9 octobre 2017, LE150017, consid. III.8.2 ; cf. aussi art. 40 PCF.

³⁰⁹ CHRISTINAT, 66 ; KUKO ZPO-SCHMID/BAUMGARTNER, art. 183 N 19, 21 ; cf. GAURON-CARLIN, N 42, qui qualifie cette situation d'« un peu paradoxale ».

³¹⁰ BOVEY, 113 ; HASENBÖHLER, vol. 1, N 5.43 ; LENDFERS, 198 ; RÜEFLI, N 241.

³¹¹ TF 4A_87/2018 du 27 juin 2018, consid. 4.1 ; CHRISTINAT, 66 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 7 ; cf. BÜHLER, Zivilprozess.

³¹² TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2013, consid. 4.3.

³¹³ ATF 130 I 337, consid. 5.4.2 ; TF 4A_478/2008 du 16 décembre 2008, consid. 4.1.

³¹⁴ ATF 128 I 81, consid. 2.

³¹⁵ Art. 188 al. 2 CPC ; TF 4A_77/2007 du 10 juillet 2007, consid. 4.2.1 ; TF 5P.39/2004 du 6 octobre 2004, consid. 4.2 ; BÜHLER, Beweiswürdigung, 81 s. ; GLANZMANN-TARNUTZER, 79 s.

³¹⁶ TF 4A_543/2014 du 30 mars 2015, consid. 5.1.2 (non publié *in* : ATF 141 III 97).

³¹⁷ TF 4A_276/2014 du 25 février 2015, consid. 2.5.

des questions techniques, moins il reste de place pour une appréciation divergente du tribunal³¹⁸.

92. Comme une *expertise aux fins d'éclaircissement* n'a pas de force probante³¹⁹, le tribunal ne peut pas s'y référer dans son jugement à titre de moyen de preuve ; cette opération lui permet d'apprécier avec une plus grande certitude les autres moyens de preuve administrés³²⁰.
93. L'appréciation de l'expertise relève du fait, de sorte que le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral se limite à l'arbitraire³²¹. Si le tribunal s'écarte de l'expertise *sans motif pertinent*, cela peut constituer une appréciation arbitraire des preuves³²². Il en va de même s'il fonde son jugement sur une expertise non concluante ou qui souffre de défauts si graves que le juge ne pouvait les ignorer³²³. Lorsque plusieurs expertises s'opposent, le tribunal est tenu d'exposer les motifs l'ayant conduit à se rallier aux conclusions de l'une plutôt qu'une autre³²⁴.
94. Par ailleurs, le juge qui doute de l'exactitude d'un rapport d'expertise doit compléter son instruction pour lever son incertitude³²⁵, étant précisé qu'il peut citer l'expert à l'audience afin qu'il explicite son rapport (art. 187 al. 1 CPC). Partant, le tribunal confronté à une expertise insatisfaisante a deux possibilités, qui varient selon l'intensité de ses doutes. Il peut considérer ce rapport d'expertise comme la démonstration que, même avec des mesures d'instruction supplémentaires, il serait impossible de prouver les faits controversés au degré requis, de sorte qu'un jugement en défaveur

³¹⁸ BÜHLER, Beweismass, 69 ; HASENBÖHLER, vol. 1, N 5.47.

³¹⁹ Cf. *supra* N 6, 27, 34, quant à la distinction très délicate des deux fonctions.

³²⁰ BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 48 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 183 N 6.

³²¹ Art. 97 al. 1, 105 al. 2, 116 et 118 al. 2 LTF ; TF 4A_266/2011 du 19 août 2011, consid. 2.1.5.

³²² ATF 130 I 337, consid. 5.4.2 ; ATF 118 Ia 144, consid. 1c, 2a.

³²³ ATF 138 III 193, consid. 4.3.1 ; TF 4A_263/2021 du 21 octobre 2021, consid. 3.1.3 ; TF 5A_393/2017 du 29 décembre 2017, consid. 3.2.2 ; TF 4P.175/2003 du 11 novembre 2003, consid. 3.1.

³²⁴ TF 4A_357/2017 du 9 octobre 2017, consid. 3.1.

³²⁵ ATF 133 II 384, consid. 4.2.3 ; ATF 130 I 337, consid. 5.4.2 ; HOHL, N 1830.

de la partie supportant le fardeau de la preuve doit être rendu³²⁶. En revanche, s'il estime réaliste que d'autres moyens de preuve puissent aboutir à un autre résultat, il peut ordonner les mesures idoines³²⁷.

95. Sans instaurer un système de preuves légales³²⁸, ces principes jurisprudentiels limitent *de facto* le principe de la libre appréciation des preuves et confèrent à l'expert un rôle déterminant sur l'issue de la procédure³²⁹. Il est ainsi rare, en pratique, que les conclusions de l'expert judiciaire ne soient pas suivies par le tribunal³³⁰.
96. Il ressort de ce qui précède que le juge ne peut pas se cantonner dans un rôle passif à l'égard de l'expertise qu'il a sollicitée. Il doit vérifier d'office – et donc même si les parties n'ont émis aucune critique à cet égard – que le rapport d'expertise est complet, compréhensible et convaincant³³¹. Il arrive que les tribunaux se réfèrent à une expertise privée figurant au dossier pour vérifier les conclusions de l'expertise judiciaire³³². S'il entend fonder son jugement sur l'expertise, le tribunal doit motiver dans sa décision les raisons pour lesquelles il la considère comme plausible³³³. Il doit également transparaitre de ces motifs que le tribunal a compris l'expertise – au moins dans les grandes lignes – et qu'il a examiné sa valeur probante selon des critères pertinents³³⁴. Pareil examen fait défaut lorsque le tribunal reprend les conclusions de l'expertise ou se contente de reproduire son contenu, sans autre vérification. Il

³²⁶ Art. 8 CC ; cf. CHRISTINAT, 68.

³²⁷ LENDFERS, 199.

³²⁸ CR CPC-SCHWEIZER, art. 157 N 2.

³²⁹ AUBRY GIRARDIN, 111 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 183 N 2 ; WINIGER, 160.

³³⁰ BAUMGARTNER/DOLGE/MARKUS/SPÜHLER, § 46 N 205 ; GAURON-CARLIN, N 43 s.

³³¹ BOVEY, 110 ; GROS, N 1199.

³³² Fachhandbuch ZPO-GÄUMANN, N 27.171 ; cf. BezGer Maloja (GR) du 23 juin 2015, 115-2012-67, consid. 8d.

³³³ ATF 139 III 305, consid. 5.2.5 ; TF 5A_663/2015 du 7 mars 2016, consid. 3.1 ; CHAPPUIS/WERRO, 31 ; HOHL, N 1827.

³³⁴ ATF 130 I 337, consid. 5.4.2 ; OGer ZH du 27 novembre 2013, LY130015, consid. III.2.2 ; BÜHLER, Beweiswürdigung, 89.

n'est en revanche pas nécessaire que la motivation fournie par l'expert dans son rapport soit reprise dans le jugement³³⁵.

C. Questions complémentaires et complément d'expertise

1. Faculté des parties de se déterminer sur le rapport d'expertise

97. Alors que le tribunal est tenu d'examiner d'office le rapport d'expertise afin d'en déceler les éventuelles insuffisances, les parties ne sont pas contraintes d'en accepter purement et simplement le résultat³³⁶. Les art. 187 al. 4 et 188 al. 2 CPC permettent aux parties de se plaindre des *carences dont l'expertise souffre* à leurs yeux³³⁷, dans un délai imparti par le tribunal à cet effet³³⁸. Ce droit appartient évidemment aussi à la partie qui n'a pas sollicité d'expertise³³⁹. Il n'est ainsi pas rare que le dépôt du rapport d'expertise déclenche un véritable « procès dans le procès » quant à sa force probante³⁴⁰. Les parties qui ne bénéficient pas de connaissances spéciales mandatent fréquemment un expert privé dans le but d'ébranler la cohérence de l'expertise judiciaire – en posant des questions complémentaires particulièrement précises ou en confrontant le rapport à des avis scientifiques contraires³⁴¹ –, et de vérifier les connaissances techniques de l'expert mandaté par le tribunal³⁴².
98. Une mauvaise habitude des tribunaux consiste à transmettre à l'expert, sans commentaire ni censure, les *critiques des parties* quant à la force probante de l'expertise. Or ce n'est pas à l'expert, mais au tribunal seul qu'il appartient de décider de la suite à leur donner³⁴³. Les parties peuvent solliciter – et non exiger – des explications ou

³³⁵ ATF 139 III 305, consid. 5.2.5.

³³⁶ Message CPC 2006, 6933 ; SHK ZPO-PERROULAZ, art. 187 N 9.

³³⁷ TF 4A_707/2016 du 29 mai 2017, consid. 1.3, 5.2.

³³⁸ GLOOR/MARTI, 162 ; REETZ/VORBURGER, 221 ; VOUILLOZ, Expertise, 110 s.

³³⁹ KommZPO-WEIBEL, art. 187 N 12.

³⁴⁰ BÜHLER, Gerichtsgutachter, 57.

³⁴¹ TF 4A_87/2018 du 27 juin 2018, consid. 4.1 ; CHRISTINAT, 67 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 9.123 ; MÜLLER, 503 s. ; MÜLLER/ZINGG, 621.

³⁴² KAUFMANN, 175 s.

³⁴³ ATF 123 III 485, consid. 1 ; TF 4A_517/2017 du 2 octobre 2018, consid. 4.2 ; TF 5A_629/2015 du 27 mars 2017, consid. 4.3.

un complément d'expertise³⁴⁴. Ce pouvoir d'appréciation permet au tribunal d'éviter que des questions inutiles ou captieuses ne rallongent et renchérisent la procédure et que les parties tentent, par ce biais, de réparer leurs omissions procédurales³⁴⁵. Le tribunal examine d'office si la question complémentaire proposée porte sur des faits suffisamment allégués, l'objet de l'expertise ne pouvant être étendu au-delà des thèmes couverts par l'ordonnance de preuve³⁴⁶. C'est pourquoi une partie n'est pas légitimée à poser une question qui ne concerne pas le rapport d'expertise en tant que tel, mais qui trouve sa seule justification dans les questions de la partie adverse³⁴⁷.

99. Les questions proposées par les parties doivent être formulées de manière concrète – idéalement accompagnées d'une brève motivation³⁴⁸ – et être justifiées par un *intérêt digne de protection*³⁴⁹. Elles ne doivent pas consister en une pure critique de l'expertise et suggérer les réponses attendues³⁵⁰. Les questions complémentaires que les parties auraient pu poser lorsqu'elles avaient été invitées (pour la première fois) à le faire, ne doivent pas être retenues. En effet, le plaideur qui garde en réserve des questions pour les poser, *a posteriori*, en cas d'issue défavorable de l'expertise, viole le principe de la bonne foi en procédure (art. 52 CPC)³⁵¹.
100. L'admissibilité de questions visant à déceler un *motif de récusation* de l'expert est discutable. Si aucun élément concret propre à jeter un doute légitime sur l'impartialité de l'expert n'est rendu vraisemblable, de telles questions doivent être écartées par le tribunal³⁵².

³⁴⁴ PC CPC-VOUILLOZ, art. 187 N 15.

³⁴⁵ OGer ZH du 22 novembre 2013, PS130191, consid. 3.4 ; REETZ/VORBURGER, 221.

³⁴⁶ ATF 139 III 33, consid. 4.3 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 185 N 3.

³⁴⁷ HGer ZH du 21 décembre 2012, HE120087 (ZR 2013, n° 3, 17), consid. 7.7.

³⁴⁸ HGer ZH du 21 décembre 2012, HE120087 (ZR 2013, n° 3, 17), consid. 7.1.

³⁴⁹ HGer ZH du 21 décembre 2012, HE120087 (ZR 2013, n° 3, 17), consid. 7.5.

³⁵⁰ KAUFMANN, 167 ; REETZ/VORBURGER, 217.

³⁵¹ REETZ/VORBURGER, 225.

³⁵² HGer ZH du 21 décembre 2012, HE120087 (ZR 2013, n° 3, 17), consid. 7.16.

2. Marge de manœuvre du tribunal

101. Si le tribunal arrive à la conclusion que les *critiques de l'une ou l'autre partie sont justifiées*, il doit les soumettre à l'expert au nom du tribunal – rédigées de manière neutre – sans que la position des parties ne soit visible. Si tel devait malgré tout être le cas, l'expert chercherait (consciemment ou non) à se justifier et à confirmer les conclusions qu'il a initialement émises dans son rapport, rendant une évaluation complémentaire neutre et objective irréaliste³⁵³. Suivant la virulence des critiques formulées à l'encontre de l'expertise – et peut-être aussi de l'expert –, l'expert pourrait devoir se récuser pour répondre aux questions complémentaires au sens de l'art. 187 al. 4 CPC³⁵⁴, et un autre expert devrait être mandaté dans l'hypothèse d'un complément d'expertise (art. 188 al. 2 CPC)³⁵⁵.
102. Le tribunal doit motiver – au plus tard dans sa décision finale – les raisons pour lesquelles il n'a pas donné suite à la demande de question complémentaire d'une partie³⁵⁶. S'il estime les explications du rapport d'expertise convaincantes, le juge peut se contenter de s'y référer pour motiver son refus³⁵⁷.
103. Confronté à une *expertise imparfaite*, le tribunal peut être tenu de poser d'office des questions complémentaires à l'expert, dont les éclaircissements devraient lui permettre de motiver son jugement de manière plausible³⁵⁸. Lorsqu'une autorité d'appel retient que les conclusions d'une expertise, suivies par le premier juge, étaient manifestement douteuses sur des points essentiels, elle doit requérir un complément d'expertise ou ordonner une seconde expertise. On ne saurait reprocher à la partie victorieuse en première instance de ne pas l'avoir requis du premier juge³⁵⁹. En revanche, le refus d'une

³⁵³ HERRMANN, 176 ; MÜLLER/ZINGG, 638 ; STIEGER, 208 s.

³⁵⁴ TF 4A_118/2013 du 29 avril 2013, consid. 2.1 ; TF 8C_781/2010 du 15 mars 2011, consid. 7.1.

³⁵⁵ HERRMANN, 176.

³⁵⁶ BSK ZPO-DOLGE, art. 187 N 9 ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 187 N 4.

³⁵⁷ TF 4A_349/2021 du 7 septembre 2021, consid. 3 ; TF 5A_629/2015 du 27 mars 2017, consid. 4.3 ; TF 4C.26/2002 du 11 avril 2002, consid. 2b.

³⁵⁸ ATF 139 III 305, consid. 5.2.5 ; CHRISTINAT, 70 ; HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.238.

³⁵⁹ TF 4A_535/2018 du 3 juin 2019, consid. 5.2.1.

- expertise complémentaire sur des faits que le tribunal a estimés, sans arbitraire, déjà éclaircis, ne viole pas la maxime inquisitoire³⁶⁰.
104. Si le rapport remis au tribunal fait apparaître de *véritables lacunes*, le tribunal peut ordonner un *complément d'expertise* au sens de l'art. 188 al. 2 CPC. Le tribunal peut prévoir que l'expert, dans son complément, confronte son premier rapport à une expertise privée produite par une partie³⁶¹.
105. Si le rapport est *à ce point défectueux* qu'il est impropre à constituer un moyen de preuve, le tribunal peut alors faire appel à un autre expert, au sens de l'art. 188 al. 2 CPC *in fine*, pour réaliser une *autre expertise*³⁶². La maxime inquisitoire ne permet toutefois pas de demander un nombre illimité d'expertises³⁶³. L'ordonnance d'instruction qui refuse une demande au sens de l'art. 188 al. 2 CPC ne peut pas faire l'objet d'un recours indépendant, faute de préjudice difficilement réparable (cf. art. 319 let. b ch. 2 CPC)³⁶⁴.
106. Les *frais* afférents aux travaux complémentaires de l'expert feront au besoin l'objet de nouvelles demandes d'avances aux parties, qui seront fixées et réparties, *mutatis mutandis*, en fonction des critères évoqués ci-dessus (*supra* N 53 ss)³⁶⁵.

VII. Conclusion

107. Le recours au savoir scientifique est un procédé dynamique, dont l'émergence dans le champ du judiciaire n'est pas anodine. L'expertise comporte le risque de déplacer l'objet du litige en dehors du cadre fixé par la loi et parfois même celui d'une instrumentalisation par les parties visant à réparer leurs omissions procédurales. Le juge endosse la responsabilité de gérer ces risques

³⁶⁰ TF 5C.226/2004 du 2 mars 2005, consid. 2.2.1 (sous l'empire de l'ancien droit).

³⁶¹ DIKE ZPO-MÜLLER, art. 188 N 16 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 188 N 7.

³⁶² KUKO ZPO-SCHMID, art. 188 N 4 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 188 N 9 ; cf. TD Sion (VS) du 14 janvier 2019, C2 15 452, consid. 3.1.

³⁶³ ATF 114 II 200, consid. 2b ; TF 5C.24/2003 du 10 mars 2003, consid. 2.4.

³⁶⁴ OGer BE du 12 décembre 2013, KES 13 558 (CAN 2014, n° 28, 75), consid. II.8 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 185 N 10 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 185 N 3 ; nuancé : KommZPO-WEIBEL, art. 185 N 8 ; cf. aussi l'approche restrictive du Tribunal fédéral : TF 4A_605/2021 du 5 mai 2022, consid. 1.2.2.

³⁶⁵ BSK ZPO-DOLGE, art. 187 N 10 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 187 N 15.

durant toutes les phases de l'expertise, en aménageant celles-ci dans l'intérêt du procès.

108. Les exigences prétorienne tirées de la maxime des débats sont propres à transformer le litige en une sorte de course à l'expertise judiciaire, pour laquelle l'expertise privée et la preuve à futur peuvent être déterminantes. Une partie risque de se faire devancer au stade de la preuve à futur déjà, si elle se contente de rester passive lors de la formulation des questions à poser à l'expert.
109. Souvent longue et coûteuse, l'expertise ne doit être ordonnée par le tribunal que lorsqu'aucun autre moyen de preuve n'est disponible pour élucider une question de fait. La faculté des tribunaux d'avoir recours à leurs propres connaissances spéciales ne doit être mise à profit que lorsqu'elle permet d'aboutir plus rapidement à un jugement ou une transaction. Cas échéant, il est fondamental que le droit d'être entendu des parties soit pleinement respecté, notamment en leur permettant de participer à l'élaboration du catalogue de questions.
110. Les deux *fonctions* de l'expertise sont difficiles à distinguer en pratique. Une expertise *aux (seules) fins d'éclaircissement* devrait pouvoir être ordonnée d'office par le tribunal, alors qu'une expertise *à titre de moyen de preuve* ne devrait pas pouvoir être mise en œuvre sans requête d'une partie, lorsque la maxime des débats est de rigueur. Sur ce dernier point, le Tribunal fédéral a ouvert la voie à un régime d'exception, dont les critères sont si restrictifs qu'il ne devrait guère se matérialiser en pratique. Dans le doute, les parties seraient ainsi bien inspirées de requérir l'ordonnance d'une expertise judiciaire.
111. *L'instruction de l'expert* est une étape à la fois fondamentale et délicate, qui prédestine sensiblement la qualité de l'expertise. Le juge doit assumer cette tâche de manière consciencieuse, notamment par un effort rédactionnel propre à garantir une mise en œuvre judicieuse de l'expertise. Non seulement les réponses, mais aussi la *formulation des questions* doivent être le fruit d'un exercice de réflexion.
112. Alors qu'elles peuvent contribuer à renforcer la force probante de l'expertise, les *investigations propres de l'expert* doivent être clairement encadrées par le tribunal et admises avec prudence et retenue. Celles-ci ouvrent la voie à la transgression des limites posées par la maxime des débats, l'expert étant ainsi amené à se procurer des

pièces qui n'ont pas valablement été introduites au procès par les parties et à prouver des faits non allégués ou insuffisamment motivés.

113. Au risque de devenir prisonnier de la parole expertale, le juge doit résister à la tentation d'homologuer le rapport d'expertise, qui s'offre à lui comme une solution fournie clé en main, sans le soumettre à un examen critique. La faculté des parties de proposer au juge des questions complémentaires ou de requérir un complément d'expertise se comprend alors comme un rempart contre un glissement du pouvoir souverain du tribunal vers l'expert.
114. En définitive, l'expertise judiciaire se conçoit comme la rencontre organisée de savoirs, dont la synergie permet la consécration du droit matériel. Face à l'expertise, le juge devient chef d'orchestre. Il a ainsi la lourde tâche de composer avec ce mélange de connaissances, tout en évitant que l'intervention de l'expert ne vienne altérer la fonction juridictionnelle. Le CPC lui octroie manifestement la marge de manœuvre nécessaire.

Bibliographie

ALTHAUS STEFANIE/BOHNENBLUST EVA VIOLA, *Der massgebliche Wert in der güterrechtlichen Auseinandersetzung*, FamPra.ch 3/2020, 670 ss

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, *Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg*, in : Dunand *et al.* (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle 2016, 95 ss

BACHOFNER EVA, *Ausgewählte Stolpersteine beim Beweisrecht im Zivilprozess*, plädoyer 4/2020, 30 ss

BAKER & MCKENZIE (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Stämpfli Handkommentar, Berne 2010 (cité : SHK ZPO-AUTEUR)

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, *Administration d'office d'une expertise et maxime des débats*, Note concernant l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_723/2017, in : newsletter CPC Online 2019-N9 du 20 mars 2019

BAUMANN ANDREAS, *Gehören die Kosten für ein privates Rechtsgutachten im Prozess zu den entschädigungspflichtigen Parteikosten ?*, successio 1/2012, 56 ss

BAUMGARTNER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 10^e éd., Berne 2018

BERGER BERNHARD/GÜNGERICH ANDREAS/HURNI CHRISTOPH/STRITTMATTER RETO, *Zivilprozessrecht*, 2^e éd., Berne 2021

BETTEX BJÖRN, *L'expertise judiciaire*, thèse Lausanne 2004, Berne 2006

BISCHOFBERGER WALTER, *Substantiierungs- und Beweisprobleme bei Bauprozessen*, in : Dolge (édit.), *Substantiieren und Beweisen*, Zurich/Bâle/Genève 2013, 37 ss

BÖGLI MICHEL, *Die Anforderungen an das medizinische Gutachten aus Sicht des Ärzte- und Spitalhaftpflichtversicherers*, in : Weber (édit.), *Das medizinische Gutachten*, Zurich/Bâle/Genève 2006, 115 ss

BOHNET FRANÇOIS, *Procédure civile*, 3^e éd., Bâle/Neuchâtel 2021 (cité : BOHNET, *Procédure civile*)

BOHNET FRANÇOIS, *L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile : principes et modalités*, in : Bohnet/Dupont (édit.), *Dix ans de Code de procédure civile*, Bâle/Neuchâtel 2020, 1 ss (cité : BOHNET, *Allégation*)

BOHNET FRANÇOIS, *Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social*, in : Bohnet/Dupont (édit.), *Le procès civil social*, Bâle/Neuchâtel 2018, 31 ss (cité : BOHNET, *Ecritures*)

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, *Commentaire romand, Code de procédure civile*, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR)

BOSSHARD PIERRE-YVES, *La « bonne » expertise judiciaire*, RSPC 2/2009, 207 ss (cité : BOSSHARD, *Expertise*)

BOSSHARD PIERRE-YVES, *La réglementation de la preuve par expertise dans le projet de Code de procédure civile suisse*, RSPC 3/2008, 333 ss (cité : BOSSHARD, *Réglementation*)

BOVEY GRÉGORY, *Le juge face à l'expert*, in : Chappuis/Winiger (édit.), *La preuve en droit de la responsabilité civile*, Genève/Zurich/Bâle 2011, 95 ss

BRÄNDLI BEAT, *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*, thèse St-Gall, Berne 2013

BRUCHEZ CHRISTIAN, *Réflexions sur l'action judiciaire individuelle pour discrimination raciale*, in : Dunand *et al.* (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle 2016, 179 ss

BRULHART VINCENT, *Le juge et l'expert – Que vaut la séparation des pouvoirs en droit de la responsabilité civile ?*, in : Chappuis/Winiger (édit.), *La preuve en droit de la responsabilité civile*, Genève/Zurich/Bâle 2011, 37 ss

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Art. 1–196 ZPO*, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2016 (cité : DIKE ZPO-AUTEUR)

BUCHER PATRICK M., *Das Fachrichtervotum im Zivilprozessrecht und in der Verwaltungsrechtspflege*, in : « Justice - Justiz - Giustizia » 2015/4

BÜHLER ALFRED, *Beweismass und Beweismässigkeit bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung*, in : Jusletter 21 juin 2010 (cité : BÜHLER, *Gerichtsgutachten*)

BÜHLER ALFRED, *Die Beweismässigkeit von Gerichtsgutachten im Zivilprozess*, in : Jusletter 14 mai 2007 (cité : BÜHLER, *Zivilprozess*)

BÜHLER ALFRED, Die Stellung von Expertinnen und Experten in der Gerichtsverfassung – insbesondere das Rechtsverhältnis zwischen Gericht und Gutachter, *in* : Schindler/Sutter (édit.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zurich/St-Gall 2007, 319 ss (cité : BÜHLER, Stellung)

BÜHLER ALFRED, Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten, *in* : Fellmann/Weber (édit.), Der Haftpflichtprozess, Zurich/Bâle/Genève 2006, 37 ss (cité : BÜHLER, Beweismass)

BÜHLER ALFRED, Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess, *in* : Heer/Schöbi (édit.), Gericht und Expertise/La justice et l'expertise, Berne 2005, 11 ss (cité : BÜHLER, Gerichtsgutachter)

BÜHLER ALFRED, Die Beweiswürdigung, *in* : Leuenberger (édit.), Der Beweis im Zivilprozess/La preuve dans le procès civil, Berne 2000, 71 ss (cité : BÜHLER, Beweiswürdigung)

BÜHLER ALFRED, Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, PJA 5/1999, 567 ss (cité : BÜHLER, Erwartungen)

BÜTZBERGER MARISA, Die Experteninstruktion nach Art. 185 ff. ZPO im (Arzt-)Haftungsprozess – Erfahrungen und Wünsche, REAS 2/2019, 177 ss

CALAME THIERRY/HESS-BLUMER ANDRI/STIEGER WERNER (édit.), Helbing Lichtenhahn Kommentar, Patentsgerichtsgesetz (PatGG), Bâle 2013 (cité : HLK PatGG-AUTEUR)

CASTELLA JEAN, Le juge et l'expert – Modalités de leur collaboration, *in* : Société de Contrôle Fiduciaire S.A. (édit.), Mélanges en l'honneur de Louis Lombard, Genève 1992, 9 ss

CHABLOZ ISABELLE/DIETSCHY-MARTENET PATRICIA/HEINZMANN MICHEL (édit.), Petit commentaire CPC, Bâle 2020 (cité : PC CPC-AUTEUR)

CHAPPUIS CHRISTINE/WERRO FRANZ, La preuve en droit de la responsabilité civile : panorama de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et questions choisies, *in* : Chappuis/Winiger (édit.), La preuve en droit de la responsabilité civile, Genève/Zurich/Bâle 2011, 13 ss

CHRISTEN RITA, Gutachten bei Bergunfällen, REAS 3/2015, 268 ss

CHRISTINAT RACHEL, L'expertise médicale en procédures, *in* : Guillod/Christinat (édit.), L'expertise médicale, Berne 2021, 55 ss

DEECKE RAINER, 20 Jahre Personen-Schaden-Forum : Rückblick, Ausblick und (unerfüllte?) Wünsche – aus anwaltlicher Sicht, *in* : Weber (édit.), Personen-Schaden-Forum 2021, Zurich/Bâle/Genève 2021, 371 ss

DELACRAUSAZ PHILIPPE/PAREIN LOÏC, « On pose à l'expert des questions auxquelles il ne peut pas répondre », plaidoyer 6/2017, 6 ss

DIEGUEZ SEBASTIAN, Paradoxes de l'expertise, *in* : Guillod/Christinat (édit.), L'expertise médicale, Berne 2021, 245 ss

DUMOULIN LAURENCE, L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte, Droit et société 44–45/2000, 199 ss

FANKHAUSER ROLAND/KÄMPF CHRISTINA, Der Streit um den Wert des Grundstücks, FamPra.ch 3/2016, 598 ss

FAUCHÈRE PIERRE-ANDRÉ, Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'expert, *in* : Chappuis/Winiger (édit.), La preuve en droit de la responsabilité civile, Genève/Zurich/Bâle 2011, 151 ss

FONJALLAZ JEAN/GASSER JACQUES, Le juge et le psychiatre : une tension nécessaire, Chêne-Bourg/Berne 2017

GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2014

GAURON-CARLIN SABRINA, L'expertise pédopsychiatrique dans les procès du droit de la famille, *in* : Jusletter 18 octobre 2021

GEHRI MYRIAM A./JENT-SØRENSEN INGRID/SARBACH MARTIN (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, 2^e éd., Zurich 2015 (cité : OFK ZPO-AUTEUR)

GEHRIG MARKUS, Das technische Gutachten zu juristischen Fragestellungen, ius.full 6/2009, 242 ss

GLANZMANN-TARNUTZER LUCREZIA, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, PJA 1/2005, 73 ss

GLOOR WERNER/MARTI URSULA, L'expertise médicale ordonnée par le juge civil et le juge administratif dans les relations de travail, *in* :

Dunand/Mahon (édit.), *Les certificats dans les relations de travail*, Genève/Zurich/Bâle 2018, 141 ss

GRONER ROGER, *Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht*, Berne 2011

GROS SARAH, *La capacité de discernement de l'adulte en droit privé*, thèse Lausanne 2018, Genève/Zurich/Bâle 2019

GULDENER MAX, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich 1979

GÜNGERICH ANDREAS (coord.), ALVAREZ CIPRIANO *et al.*, *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, vol. I (Art. 1–149 ZPO), vol. II (Art. 150–352 und Art. 400–406 ZPO), Berne 2012 (cité : BK ZPO-AUTEUR)

GUYAZ ALEXANDRE, *Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'avocat*, in : Chappuis/Winiger (édit.), *La preuve en droit de la responsabilité civile*, Genève/Zurich/Bâle 2011, 117 ss

GUYAZ ALEXANDRE/GRAND RÉBECCA, *Coordination des régimes indemnitaires : quelques problèmes actuels*, in : Dupont/Müller (édit.), *L'indemnisation du préjudice corporel*, Bâle/Neuchâtel 2019, 33 ss

HAAG CHRISTIAN, *Verwertbarkeit von medizinischen Fremdgutachten im Haftpflichtprozess*, REAS 2/2019, 182 ss

HAAS ULRICH/MARGHITOLA RETO (édit.), *Fachhandbuch Zivilprozessrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2020 (cité : *Fachhandbuch ZPO-AUTEUR*)

HALDY JACQUES, *Procédure civile suisse*, Bâle 2014

HARTMANN STEPHAN, *Arztzeugnisse und medizinische Gutachten im Zivilprozess*, PJA 11/2018, 1339 ss

HASENBÖHLER FRANZ (avec YAÑEZ SONIA), *Das Beweisrecht der ZPO*, vol. 2, *Die Beweismittel*, Zurich/Bâle/Genève 2019 (cité : HASENBÖHLER, vol. 2)

HASENBÖHLER FRANZ (avec YAÑEZ SONIA), *Das Beweisrecht der ZPO*, vol. 1, *Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte*, Zurich/Bâle/Genève 2015 (cité : HASENBÖHLER, vol. 1)

HERRMANN JAN, Aspekte des Verfahrens zur Einholung eines gerichtlichen medizinischen Gutachtens im Haftpflichtprozess nach Art. 183 ff. ZPO, REAS 2/2019, 173 ss

HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 2^e éd., Berne 2015

HOHL FABIENNE, Procédure civile, Tome I, Introduction et théorie générale, 2^e éd., Berne 2016

HÜRLIMANN ROLAND, Der Planer als Sachverständiger, *in*: Stöckli/Siegenthaler (édit.), Planerverträge, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019, 579 ss (cité : HÜRLIMANN, Der Planer)

HÜRLIMANN ROLAND, Zivilprozesse in Bausachen : die wunden Punkte, *in*: Stöckli (édit.), Schweizerische Baurechtstagung 2019, Fribourg 2019, 51 ss (cité : HÜRLIMANN, Zivilprozesse)

JEANDIN NICOLAS, Incidence des nouvelles règles de procédure sur le procès en responsabilité civile, *in*: Chappuis/Winiger (édit.), La preuve en droit de la responsabilité civile, Genève/Zurich/Bâle 2011, 71 ss

JEGER JÖRG, Rückfragen zu Gutachten: Notwendig, überflüssig oder unzulässig ?, *in*: Kieser/Lendfers (édit.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2016, Zurich/St-Gall 2016, 203 ss (cité : JEGER, Rückfragen)

JEGER JÖRG, Garbage in – garbage out : Die Kunst der Fragestellung für medizinische Gutachten, *in*: « Justice - Justiz - Giustizia » 2015/4 (cité : JEGER, Kunst der Fragestellung)

JÉQUIER GUILLAUME, Tiers et procédure civile suisse, *in*: Thévenaz (édit.), Les tiers, Berne 2018, 27 ss

JOSI CHRISTIAN, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, *in*: Markus *et al.* (édit.), Der handelsgerichtliche Prozess, Berne 2019, 55 ss

KAUFMANN MARTIN, Beweisführung und Beweiswürdigung, Zurich/St-Gall 2009

KLINGLER RAFAEL, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse 2009, Bâle 2010

KUNTSCHEN SIBYLLE, Die antizipierte Beweiswürdigung im schweizerischen Zivilprozess, thèse Bâle 2020, Zurich/St-Gall 2021

LANFRANCONI GUY, Gericht und Expertise, *in*: Heer/Schöbi (édit.), Gericht und Expertise/La justice et l'expertise, Berne 2005, 127 ss

LENDFERS MIRIAM, Sachverständige im Verwaltungsgerichtsverfahren, *in*: Kieser/Lendfers (édit.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2016, Zurich/St-Gall 2016, 183 ss

LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahr 2018 – 1. Teil : Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, RJB 2/2020, 82 ss (cité : LEUENBERGER, Rechtsprechung)

LEUENBERGER CHRISTOPH, Nicht behauptete Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, *in*: Jametti Greiner *et al.* (édit.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Berne 2005, 313 ss (cité : LEUENBERGER, Tatsachen)

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2^e éd., Berne 2016

MARGOT MICHEL/GAREUS INES, Das Gutachten im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 4/2016, 874 ss

MARKUS ALEXANDER R./DROESE LORENZ, Zivilprozessrecht, Zurich/Bâle/Genève 2018

MEIER ISAAK, Arbeitsgerichte als Forschungsgegenstand, *in*: Müller *et al.* (édit.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Zurich/Bâle/Genève 2020, 491 ss (cité : MEIER, Arbeitsgerichte)

MEIER ISAAK, Das Zürcher Handelsgericht im Kontext des Justizsystems, *in*: Brunner/Nobel (édit.), Handelsgericht Zürich 1866–2016, Zuständigkeit, Verfahren und Entwicklungen, Festschrift zum 150. Jubiläum, Zurich/Bâle/Genève 2016, 59 ss (cité : MEIER, Handelsgericht)

MEIER ISAAK (avec SOGO MIGUEL), Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich/Bâle/Genève 2010 (cité : MEIER, Zivilprozessrecht)

MEIER ISAAK, Beweisrecht – ein Model Law, PJA 10/1998, 1155 ss (cité : MEIER, Beweisrecht)

MEIER RAOUL A., Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse 2013, Bâle 2015 (cité : MEIER R.)

MORIN ARIANE, Responsabilité de l'expert dans un procès civil, *in* : Chappuis/Winiger (édit.), La preuve en droit de la responsabilité civile, Genève/Zurich/Bâle 2011, 53 ss

MOSIMANN MANUELA, Richter als Gutachter ? – Die Offenlegung des gerichtseigenen Fachwissens nach Art. 183 Abs. 3 ZPO, *in* : Jusletter 19 janvier 2015 (cité : MOSIMANN M.)

MOSIMANN PETER, Das Gutachten als Beweismittel im kunstrechtlichen Prozess, *in* : Fankhauser *et al.* (édit.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zurich/Bâle/Genève 2016, 455 ss (cité : MOSIMANN P.)

MOUSSA TONY, Expertise : matières civile et pénale, 2^e éd., Paris 1988

MÜLLER FRANZ/ZINGG SIMON, Der Beizug von Sachverständigen im Zivilprozess aus anwaltlicher Sicht, RJB 9/2009, 619 ss

MÜLLER HEINRICH ANDREAS, Beweisen nach der ZPO, *in* : Breitschmid *et al.* (édit.), Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2015, 487 ss

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAAS ULRICH (édit.), Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., Bâle 2021 (cité : KUKO ZPO-AUTEUR)

OTT WERNER E., Das medizinische Gutachten – insbesondere das Fehler- und Kausalitätsgutachten im Arzthaftpflichtrecht, *in* : Weber (édit.), Personen-Schaden-Forum 2006, Zurich 2006, 41 ss

PERGOLIS MASSIMO, Medizinische Privat- und Gerichtsgutachten, *in* : Fellmann/Weber (édit.), Der Haftpflichtprozess, Zurich/Bâle/Genève 2006, 125 ss

PLANAS PEDRO/LUY STÉPHANIE, L'expertise médicale dans le cadre de la protection de l'enfant et de l'adulte, spécialement en cas de placement à des fins d'assistance, *in* : Guillod/Christinat (édit.), L'expertise médicale, Berne 2021, 149 ss

PRIBNOW VOLKER/GOGNIAT YVES, Substanziierung im Haftpflichtprozess, *in* : Fellmann/Weber (édit.), Haftpflichtprozess 2013, Zurich/Bâle/Genève 2013, 107 ss

PÜNTENER RICHARD, Zivilprozessrecht für die Mietrechtspraxis, Bâle 2016

REETZ PETER/VORBURGER ALICE, Gutachten und Gutachterfragen, *in* : Fellmann/Weber (édit.), Haftpflichtprozess 2013, Zurich/Bâle/Genève 2013, 211 ss

REINFRIED HANS-WERNER, Psychologische Gutachten als Mittel der Delegation rechtlicher Entscheidung ?, *in* : Ehrenzeller/Ludewig-Kedmi (édit.), Moraldilemmata von Richtern und Rechtsanwältinnen, St-Gall 2006, 91 ss

REUT CHRISTOPH, Noven nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Lucerne 2016, Zurich/St-Gall 2017

RÜEFLI ANNA, Fachrichterbeteiligung im Lichte der Justiz- und Verfahrensgarantien, thèse St-Gall 2017, Baden-Baden/Vienne/Berne 2018

SALVADÈ MATTEO, I molteplici ruoli del « perito » nel processo civile, RSPC 2/2017, 187 ss

SCHMID GIAN ANDREA, Gutachten immer teurer, plädoyer 2/2016, 14 ss (cité : SCHMID G.)

SCHMID HANS, Privatgutachten im Zivilprozess, RSJ 22/2016, 527 ss (cité : SCHMID H., Privatgutachten)

SCHMID HANS, Der Gesuchsgegner im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung aus schutzwürdigem Interesse, *in* : Breitschmid *et al.* (édit.), Tatsachen, Verfahren, Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zurich/Bâle/Genève 2015, 621 ss (cité : SCHMID H., Gesuchsgegner)

SCHMID MARKUS, Das sozialversicherungsrechtliche Beweismittel im Haftpflichtprozess, *in* : Riemer-Kafka (édit.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zurich/Bâle/Genève 2013, 139 ss (cité : SCHMID M.)

SCHURTER EMIL, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, thèse, Zurich 1890

SCHWANDER IVO, Extraits d'arrêts du Tribunal fédéral relatifs à la procédure civile et à la loi sur la LP, PCEF 46/2019, 153 ss

SIEVI NINO, BGer 5A_723/2017: Klagen aus einem 1992 ISDA Master Agreement, PJA 1/2020, 133 ss

SPÜHLER KARL, Behauptungslast und Beweiswürdigung bei hochtechnischen Zusammenhängen, *in* : Leuenberger (édit.), *Der Beweis im Zivilprozess/La preuve dans le procès civil*, Berne 2000, 93 ss

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR)

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL (avec BACHOFNER EVA), *Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2019 (cité : AUTEUR, *in* : Staehelin/Staehelin/Grolimund)

STAUB LISELOTTE/GRÜTTER THOMAS/REARDON-KOFMEL IRIS, *Anleitung zur Beurteilung familienrechtspsychologischer Gutachten*, *in* : Jusletter 21 septembre 2020

STIEGER WERNER, Bundespatentgericht ante portas!, *in* : Leupold *et al.* (édit.), *Der Weg zum Recht*, Festschrift für Alfred Bühler, Zurich/Bâle/Genève 2008, 179 ss

SUTTER-SOMM THOMAS (avec AMMANN DARIO/STANISCHEWSKI FLORA/STEINER JAKOB), *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017 (cité : SUTTER-SOMM, *Zivilprozessrecht*)

SUTTER-SOMM THOMAS, *Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen*, PCEF 15/2007, 301 ss (cité : SUTTER-SOMM, *Verfahrensgrundsätze*)

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : KommZPO-AUTEUR)

SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT (édit.), *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich/Bâle/Genève 2021 (cité : CHK ZPO-AUTEUR)

TREZZINI FRANCESCO/BRUNONE MATTEO, *La perizia giudiziaria quale strumento di comprensione nel procedimento attinatorio (art. 183 al. 1 CPC)*, RSPC 4/2021, 379 ss

TREZZINI FRANCESCO/FORNARA STEFANO/COCCHI BRUNO/
BERNASCONI GIORGIO A./CHIOCCHETTI FRANCESCA VERDA (édit.),
Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile swizzero,
vol. 1, 2^e éd., Pregassona 2017 (cité : Commentario CPC-AUTEUR)

VETTER MEINRAD, Überschüssende Beweisergebnisse im Zivilprozess
unter besonderer Berücksichtigung der aargauischen Zivilprozess-
ordnung, *in* : Leupold *et al.* (édit.), Der Weg zum Recht, Festschrift für
Alfred Bühler, Zurich/Bâle/Genève 2008, 221 ss

VETTER MEINRAD/STICH SANDRO, Das Fachrichtervotum im
Zivilprozess, RSJ 13/2021, 665 ss

VOUILLOZ FRANÇOIS, L'expert-comptable et l'expertise judiciaire,
EF 3/2020, 108 ss (cité : VOUILLOZ, Expertise)

VOUILLOZ FRANÇOIS, L'expert-comptable appelé comme expert
judiciaire, ECS 8/2009, 581 ss (cité : VOUILLOZ, Expert-comptable)

VOUILLOZ FRANÇOIS, La preuve dans le Code de procédure civile suisse
(art. 150 à 193 CPC), PJA 7/2009, 830 ss (cité : VOUILLOZ, Preuve)

VUILLE JOËLLE/TARONI FRANCO, Magistrats et experts scientifiques :
mésentente cordiale ?, *in* : Kuhn *et al.* (édit.), Justice pénale – Individus –
Opinion publique, Diversité des perceptions, Berne 2017, 167 ss

WALDER-RICHLI HANS ULRICH/GROB-ANDERMACHER BÉATRICE,
Zivilprozessrecht, 5^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2009

WEIBEL THOMAS, Beweise und Beweisführungsgrundsätze im
schweizerischen Zivilrecht, *in* : DACH Europäische Anwaltsvereinigung
e.V. (édit.), Beweise und Beweisführungsgrundsätze im Zivilrecht,
Zurich 2008, 61 ss

WILLISEGGER DANIEL, Grundstruktur des Zivilprozesses,
Zurich/Bâle/Genève 2012

WINIGER BÉNÉDICT, Conclusions, *in* : Chappuis/Winiger (édit.), La
preuve en droit de la responsabilité civile, Genève/Zurich/Bâle 2011,
159 ss

ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, L'expert : clé des procédures dans
l'immobilier et la construction, *in* : Borghi (édit.), Le perizie giudiziarie,
Lugano/Bâle 2008, 17 ss

ZÜRCHER JOHANN JAKOB, Sachverständigen-Gutachten, *in* : Bertschinger *et al.* (édit.), Handbücher für die Anwaltspraxis, vol. VI, Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Bâle/Genève/Munich 2002, 899 ss