

Journée de la responsabilité civile 2010

La preuve en droit de la responsabilité civile

Edité par
Christine Chappuis et Bénédicte Winiger

La preuve en droit de la responsabilité civile

Chappuis / Winiger (Ed.)



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT



Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



La preuve en droit de la responsabilité civile : Journée de la
responsabilité civile 2010

WINIGER, Bénédicte (Ed.), CHAPPUIS, Christine (Ed.)

Reference

WINIGER, Bénédicte (Ed.), CHAPPUIS, Christine (Ed.). *La preuve en droit de la responsabilité civile : Journée de la responsabilité civile 2010*. Genève : Schulthess, 2011, 179 p.

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:42561>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Journée de la responsabilité civile 2010



Droit de la responsabilité

Journée de la responsabilité civile 2010

La preuve en droit de la responsabilité civile

Edité par

Christine Chappuis et Bénédicte Winiger



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2011

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2011

ISBN 978-3-7255-6425-5

ISSN Collection genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

Avant-propos

*Un poète doit laisser des traces de son passage, non des preuves. Seules les traces font rêver.*¹

La victime, elle, ne cherche pas à faire rêver, mais à obtenir la réparation du dommage qu'elle a subi. A ce titre, elle supporte la charge de prouver le fait générateur de responsabilité (acte illicite fautif, violation d'une obligation, situation de risque, etc.), le dommage ou le tort moral subi et le lien de causalité entre l'un et les autres, une tâche qui n'est pas toujours aisée. C'est la preuve en responsabilité civile que nous avons choisie pour thème de la 6^e Journée de la responsabilité civile organisée par la Faculté de droit de l'Université de Genève en 2010.

Le présent ouvrage rassemble les contributions consécutives aux interventions prononcées à cette occasion. Il s'ouvre sur un panorama de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la preuve en droit de la responsabilité civile, qui permettra d'identifier quelques tendances générales en cette matière. Le lecteur de la jurisprudence ne peut qu'être frappé par le nombre de décisions dans lesquelles apparaît la figure de l'expert. Une place spéciale a donc été réservée à ce dernier en commençant par une question provocante: l'expert n'en vient-il pas à supplanter le juge? Vu son rôle essentiel, l'expert, lorsqu'il se trompe, est susceptible de causer un dommage à autrui (frais de justice, procès perdu, etc.); il est donc naturel de s'interroger sur sa responsabilité. Il convient bien sûr de vérifier aussi quelles sont les modifications apportées par les nouvelles règles du Code fédéral de procédure civile auxquelles plaideurs et tribunaux doivent s'habituer dans le domaine spécifique de la responsabilité civile. Nous avons également interrogé un juge, un avocat et un expert sur leurs rôles respectifs, notamment en matière médicale. Ces spécialistes livrent leurs regards croisés de manière particulièrement éclairante pour le lecteur. Les contributions s'achèvent par des conclusions d'ensemble destinées à tirer les leçons de cette journée. Un bref résumé de cent décisions du Tribunal fédéral, intéressantes en matière de preuve (2006 à 2010), clôt le volume.

Il nous reste à adresser nos chaleureux remerciements aux conférenciers qui nous ont permis d'offrir à notre fidèle public une journée de réflexions passionnantes, enrichies et consignées dans les pages qui suivent. M. Arnaud Campi s'est chargé de la relecture des manuscrits et a coordonné

¹ René Char.

les travaux d'édition. M^{me} Ariane Tschopp a effectué la mise en pages des manuscrits. Qu'ils soient tous deux vivement remerciés de leur précieuse collaboration.

Christine Chappuis et Bénédicte Winiger
Juillet 2011

Sommaire

Avant-propos	5
Liste des auteurs	9
CHRISTIAN BOVET	
Ouverture du colloque	11
CHRISTINE CHAPPUIS & FRANZ WERRO	
La preuve en droit de la responsabilité civile: panorama de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et questions choisies	13
VINCENT BRULHART	
Le juge et l'expert – Que vaut la séparation des pouvoirs en droit de la responsabilité civile?	37
ARIANE MORIN	
Responsabilité de l'expert dans un procès civil	53
NICOLAS JEANDIN	
Incidence des nouvelles règles de procédure sur le procès en responsabilité civile	71
GRÉGORY BOVEY	
Le juge face à l'expert	95
ALEXANDRE GUYAZ	
Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'avocat	117
PIERRE-ANDRÉ FAUCHÈRE	
Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'expert	151
BÉNÉDICT WINIGER	
Conclusions	159
CHRISTINE CHAPPUIS & FRANZ WERRO	
Annexe – Le hit-parade des décisions récentes (2006-2010)	165

Liste des auteurs

CHRISTIAN BOVET	Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Genève
GRÉGORY BOVEY	Docteur en droit, LL.M., Juge au Tribunal de première instance de Genève
VINCENT BRULHART	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne
CHRISTINE CHAPPUIS	Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève
PIERRE-ANDRE FAUCHÈRE	Docteur en médecine, Cabinet d'expertises médicales les Tilleuls, Sion
ALEXANDRE GUYAZ	Docteur en droit, avocat spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, Lausanne
NICOLAS JEANDIN	Avocat, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève
ARIANE MORIN	Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne
FRANZ WERRO	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center, à Washington
BÉNÉDICT WINIGER	Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Ouverture du colloque

CHRISTIAN BOVET*

Le sujet de cette Journée de la responsabilité civile – la preuve – a une dimension philosophique forte. Arthur SCHOPENHAUER, qui n'est peut-être pas le philosophe que l'on a envie d'entendre en début de matinée, en a souligné ainsi la portée comme les limites :

« Cette vieille erreur, qu'il n'y a de parfaitement vrai que ce qui est prouvé, et que toute vérité repose sur une preuve, quand, au contraire, toute preuve s'appuie sur une vérité indémontrée. »

Nous savons en effet tous dans cette salle que la preuve judiciaire n'est pas nécessairement la manifestation de la vérité, mais aussi que la vérité – autre que judiciaire – ne peut pas toujours être prouvée ; le fait que la plupart des conférences d'aujourd'hui portent sur le rôle de l'expert démontre déjà en soi les limites de la vérité, avec un grand « V », face à la preuve, avec un « p »... minuscule. Le praticien du droit doit pourtant s'accommoder de cette réalité et savoir manier avec dextérité l'art. 8 du Code civil, non seulement pour prouver ce qu'il allègue mais aussi pour éviter de donner l'occasion à son adversaire de prouver le contraire et de mettre à mal son argumentation. Le justiciable trouvera peu de consolation dans le *Discours d'Oxford* de Jean COCTEAU, lorsque celui-ci affirmait que :

« Tout ce qui se prouve est vulgaire, agir sans preuve exige un acte de foi. »

Notre droit a cependant mis en place un mécanisme qui, pour certaines parties, est une consolation, alors que pour d'autres, il n'est pas éloigné de l'acte de foi. C'est l'art. 42 al. 2 CO, qui prévoit que :

« Lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. »

Il y a cependant une série de preuves qui n'ont pas échappé à mon attention ce matin :

- D'abord celle de votre présence nombreuse, qui témoigne de l'intérêt du sujet et de votre fidélité à notre Faculté.
- Ensuite celle de la participation de praticiens au côté de professeurs – notamment du commandant de la police cantonale vaudoise que je tiens à saluer chaleureusement et à remercier de sa présence.

* Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

- Enfin la preuve de l'engagement de mes deux collègues qui organisent cette série de conférences et d'ateliers, ainsi que des assistants et secrétaires de leurs départements.

A tous, je tiens à exprimer de tout cœur la reconnaissance de notre Faculté et à dire à quel point je me réjouis personnellement, chaque fois, de recevoir le nouveau volume noir et rouge de ces très belles journées.

Mesdames et Messieurs, je vous remercie de votre attention et de votre présence et vous souhaite un excellent colloque. Vous verrez, il sera excellent... ce sera la preuve par l'acte!

La preuve en droit de la responsabilité civile: panorama de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et questions choisies

CHRISTINE CHAPPUIS* & FRANZ WERRO**

Table des matières

I.	La perte d'une chance	14
A.	Le rappel de la doctrine de la perte d'une chance: la valeur d'une chance perdue ou une forme spéciale de dommage	14
B.	La réception de la doctrine en droit suisse?	15
C.	Notre appréciation	16
II.	L'état de nécessité en matière de preuve	17
A.	L'affaire de la cafetière	17
B.	Une appréciation	18
III.	La preuve en matière médicale	18
A.	Le fardeau de la preuve en matière de responsabilité médicale	19
1.	La preuve de l'erreur technique	19
2.	La preuve de l'information donnée par le médecin au patient	21
3.	La preuve du consentement hypothétique	22
4.	La sanction du défaut d'information	23
5.	Une comparaison avec le droit français et les enseignements à en tirer pour le droit suisse	25
6.	En conclusion	26
B.	La portée d'une expertise	27
1.	Une expertise valablement écartée sur un point	27
2.	Une expertise écartée à tort	30
3.	La prudence est de mise	31
IV.	La difficulté de prouver le dommage en matière contractuelle	31
V.	Conclusions	33

La présente contribution entend présenter un bref commentaire de quelques arrêts, parmi les cent collectés¹, qui traitent de la preuve en relation avec

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center, à Washington.

¹ Voir résumé en Annexe.

le droit matériel de la responsabilité civile, entre 2006 et 2010. L'objet de l'étude est de faire ressortir quelques aspects saillants de la jurisprudence, successivement en matière de dommage (I.) et en matière de responsabilité médicale (II.). Il est aussi d'examiner quelques questions choisies (III.) et de présenter des conclusions (IV.).

I. La perte d'une chance

En raison de son actualité et de son importance théorique et pratique, la perte de chance fera l'objet du premier point de notre analyse. On sait qu'il y a trois ans, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas arbitraire de ne pas indemniser la perte d'une chance². Dans la même logique, nous proposons de considérer qu'il ne serait pas arbitraire de l'indemniser. Nous pensons même qu'il y a de bonnes raisons pour admettre la réparation de la perte d'une chance en droit suisse³.

A. Le rappel de la doctrine de la perte d'une chance : la valeur d'une chance perdue ou une forme spéciale de dommage

Celui qui réclame une indemnité pour le dommage qu'il a subi doit en principe prouver son dommage et le lien de causalité existant entre ce dommage

² ATF 133 III 462, avec commentaire de MÜLLER C., La perte d'une chance n'a pas perdu sa chance en droit suisse: commentaire de l'ATF 133 III 463, REAS 2008, p. 55 ss.

³ La doctrine majoritaire est également de cet avis depuis plus de dix ans: notamment BREHM R., Berner Kommentar, CO 42 N 56a; GÜNTHER P.-Y., La responsabilité du médecin en Suisse, RSJ 1993, p. 97; MÜLLER C., La perte d'une chance: étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale, thèse, Neuchâtel 2002; THÉVENOZ L., La perte d'une chance et sa réparation, in Werro F. (édit.), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives, Colloque du droit de la responsabilité civile 2001, Université de Fribourg, Berne 2002, p. 237 ss; WIDMER P., Privatrechtliche Haftung, in Münch P./Geiser T. (édit.), Handbücher für die Anwaltspraxis, tome V: Schaden – Haftung – Versicherung, Bâle/Genève/Münich 1999, n. 2.61, 2.64. Voir aussi, plus récemment, les contributions de KADNER T., GRAZIANO T., HIRSCH L., HIRSCH A. et CHAPPUIS C. à la Journée de la responsabilité civile 2006, in Chappuis C./Winiger B. (édit.), Les causes du dommage, Genève/Zurich/Bâle 2007, p. 217 ss, 249 ss, 279 ss, 295 ss, ainsi que les nombreux auteurs qui se sont exprimés récemment sur ce sujet: MÜLLER C., REAS 2008, p. 57 n. 13 et 14; LE TENDRE L., Chance qui peut!, in Fuhrer S. (édit.), Mélanges, Société suisse du droit de la responsabilité civile, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 355 ss; HERRMANN J., Die «verlorene Heilungs-Chance» als erstzähliges Rechtsgut im schweizerischen Arztpflichtrecht, in Fuhrer S. (édit.), Mélanges, Société suisse du droit de la responsabilité civile, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 233 ss; WERRO F., Le mandat dans la jurisprudence fédérale récente: questions choisies, in Il contratto di mandato nell'ordinamento giuridico, vol. 43, Lugano 2009, 14 ss.

et l'acte générateur de responsabilité. Dans un contexte simple, dans lequel le processus engagé est certain, cette preuve ne pose aucun problème. L'individu qui raie la portière d'une voiture avec son parapluie devra répondre du dommage qui découle de son comportement. La situation est différente lorsque le fait générateur de responsabilité vient perturber l'obtention d'un résultat aléatoire, tel que la guérison du patient ou le gain d'un procès⁴.

Lorsque le fait générateur de responsabilité est prouvé, la doctrine de la perte d'une chance considère comme un dommage réparable, la perte d'une chance mesurable de réaliser un gain ou d'éviter une perte à un moment donné⁵. Le dommage imputable à l'auteur n'est pas le résultat favorable perdu (la guérison, p. ex.), mais la valeur que représente la chance (ou la probabilité) d'obtenir cette issue favorable, évaluée au jour de la perte de cette chance. En effet, dans la doctrine de la perte d'une chance, le lien de causalité est retenu, non pas entre l'acte illicite et le préjudice subi, mais bien entre l'acte illicite et la perte d'une chance réelle et sérieuse⁶.

Ainsi conçue, la perte d'une chance relève bien de l'évaluation du dommage, et non de celle d'un lien de causalité incertain. Le fait générateur de responsabilité ne fait pas perdre l'enjeu, qui est aléatoire, mais une certaine probabilité d'obtenir cet enjeu et c'est cette probabilité qu'il s'agit d'évaluer et de prouver.

B. La réception de la doctrine en droit suisse ?

La conception esquissée rejoint celle qu'a suggérée la Cour de Justice genevoise dans un arrêt impliquant la responsabilité d'un avocat, à qui son client (victime d'une erreur médicale) reprochait d'avoir omis de transiger⁷. Si les juges ont retenu qu'il n'y avait pas lieu d'indemniser le demandeur, ce n'est pas tant par rejet de la doctrine de la perte d'une chance, que parce que les juges ont considéré en l'occurrence que «les chances d'obtenir quelque chose étaient trop minces»⁸. Remarquant que le Tribunal fédéral était jusqu'à présent resté hermétique à la doctrine de la perte d'une chance⁹, la Cour a pris la peine d'exposer très précisément cette doctrine et a même semblé faire sienne l'idée que, contrairement à l'avis du Tribunal fédéral, les droits perdus

⁴ THÉVENOZ L., p. 238.

⁵ ATF 133 III 462.

⁶ WERRO F., *La responsabilité civile*, 2^e éd. Berne 2011, n. 141; THÉVENOZ L., p. 242, 254 s.

⁷ Cour de Justice de Genève, arrêt ACJC/936/2009 du 3 septembre 2009, consid. 5.2. Pour une discussion de la question en matière de responsabilité de l'avocat, cf. HIRSCH L., *Le procès manqué*, in Chappuis C. / Winiger B. (édit.), *Les causes du dommage*, Genève/Zurich/Bâle 2007, p. 249 ss.

⁸ Arrêt ACJC/936/2009, consid. 5.2.4.

⁹ Arrêt ACJC/936/2009, consid. 5.2.3.

ont une valeur patrimoniale, nonobstant l'aléa qui entoure leur réalisation, et qu'on peut l'évaluer en fonction de la chance qui existe (en l'occurrence, la chance de gagner un procès)¹⁰.

C. Notre appréciation

Dans l'arrêt 133 III 462, on l'a dit, le Tribunal fédéral s'est exprimé pour la première fois sur la réception de cette doctrine d'origine française en droit suisse et l'a rejetée. Nous estimons que c'est à tort. Pour se consoler, on observera que le Tribunal fédéral n'a pas examiné les mérites de cette doctrine de façon très approfondie. Il n'a pas pris non plus en compte les arguments des nombreux auteurs qui ont montré que la perte d'une chance avait sa place en droit suisse. Cette décision ne doit toutefois pas préjuger de la reconnaissance future possible de cette doctrine dans notre droit¹¹. En effet, dans cet arrêt, le Tribunal fédéral ne pouvait examiner l'application de la loi cantonale que sous l'angle restreint de l'arbitraire. Lorsque le Tribunal fédéral aura l'occasion d'exercer un plein pouvoir de cognition, peut-être acceptera-t-il de revoir son point de vue. Nous sommes de l'avis qu'il devrait le faire, tant la situation consacrée du « tout ou rien » donne lieu à des résultats insatisfaisants.

Comparaison n'est pas raison. On notera cependant que le droit français a développé cette doctrine à partir d'une notion du préjudice et de la causalité proche de celle que nous retenons; en tous les cas, il n'y a pas apparemment d'objection conceptuelle ou systémique qu'on puisse invoquer pour empêcher la reprise de cette doctrine en droit suisse¹². On peut certes craindre que pour des raisons pratiques cette doctrine ne soit pas toujours la bienvenue. Il est vrai que l'évaluation par le tribunal de la chance perdue est délicate et que la doctrine de la perte d'une chance risque en effet de servir de prétexte pour réduire des indemnités dues. Cette crainte n'est pas infondée, mais il faut ad-

¹⁰ Arrêt ACJC/936/2009, consid. 5.2.1. C'est dans ces termes que, dans une affaire récente, le Tribunal fédéral aurait bien fait d'analyser les conséquences de la faute avérée d'un avocat, consistant à déposer tardivement un recours, plutôt que d'écarter, comme il l'a fait, la prétention du client pour le motif qu'il n'était pas établi qu'un recours déposé en temps utile « devait indiscutablement être admis » (TF, arrêt 4A_493/2009 du 1^{er} décembre 2009); on notera au surplus que cette affirmation contredit la jurisprudence constante en matière d'omission (ATF 132 III 715 consid. 3.2, JdT 2009 I 183).

¹¹ Cf. MÜLLER C., REAS 2008, p. 55 ss; CHAPPUIS C., Les causes du dommage: entre incertitudes et évolution, in Chappuis C. / Winiger B. (édit.), Les causes du dommage, Genève/Zurich/Bâle 2007, p. 295 ss, 300 s.; WERRO F., Lugano, 14 ss.

¹² A ce sujet, cf. MÜLLER C., REAS 2008, p. 58 ss, qui met en évidence la faiblesse des arguments utilisés par le Tribunal fédéral pour mettre en doute la recevabilité de la théorie de la perte d'une chance en droit suisse.

mettre qu'il n'en va pas différemment aujourd'hui déjà¹³. En tous les cas, cette doctrine aurait au moins le mérite d'éviter que la victime se retrouve sans rien, là où la faute du défendeur est acquise et lui a fait perdre une chance réelle et sérieuse de réaliser un gain ou d'éviter une perte.

A cela s'ajoute que, dans les faits, cette évaluation de la chance perdue est déjà prise en compte dans les transactions passées entre assureurs et victimes. L'objection prise du caractère incertain de l'évaluation est dès lors sans pertinence. Reconnaître la doctrine de la perte d'une chance reviendrait donc à légitimer en droit une pratique déjà consacrée dans les faits.

II. L'état de nécessité en matière de preuve

Une autre affaire sur laquelle il convient de s'arrêter concerne un cas d'état de nécessité en matière de preuve (« Beweisnot »). Ce problème se présente par exemple lorsque le demandeur ne peut apporter la preuve parce que celle-ci a été détruite ou qu'une violation de ses devoirs par le responsable empêche la preuve d'un fait pertinent¹⁴. Dans ce cas, on doit admettre la preuve sous l'angle de la vraisemblance prépondérante: c'est précisément ce qu'a retenu le Tribunal fédéral dans l'affaire de la cafetière¹⁵.

A. L'affaire de la cafetière

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral avait à juger de la demande d'indemnisation contre le producteur d'une personne que l'explosion d'un pot de café bouillant avait blessée à la main. La victime invoquait le défaut de la cafetière alors que le défendeur faisait valoir qu'elle ne l'avait pas prouvé. Le Tribunal fédéral est parti de la règle correcte selon laquelle il appartient à la victime de prouver l'existence du défaut du produit¹⁶. Il a toutefois reconnu que, lorsqu'un accident survient en rapport avec l'usage d'un produit, le consommateur ne disposera souvent que de ses propres déclarations pour reconstituer le déroulement des événements. Dans ce cas, les faits allégués par la victime ne pourront être établis qu'indirectement ou à l'aide d'indices seulement. Se fondant sur ce constat, il a appliqué la règle qui veut que lorsqu'il

¹³ CHAPPUIS C., La faute concomitante de la victime, in Werro F. (édit.), La fixation de l'indemnité, Berne 2004, p. 29 ss, 50 s.

¹⁴ Voir *infra* III.B, p. 27 ss, la discussion de l'arrêt du TF, 4A_48/2010 du 9 juillet 2010.

¹⁵ ATF 133 III 81.

¹⁶ ATF 133 III 81, consid. 3.3; cf. ég. WERRO F., Le défaut du produit, ses catégories, sa preuve et les instructions du fabricant, RSJ 2008, p. 257 ss, 259.

n'est raisonnablement pas possible d'exiger une preuve stricte de l'enchaînement des faits ayant conduit à la survenance du dommage subi, on doit venir en aide à la victime et se contenter de la vraisemblance prépondérante des preuves¹⁷. Cet état de nécessité en matière de preuve, qui conduit à alléger la charge de la preuve, exige au demeurant que des motifs importants plaident, d'un point de vue objectif, pour l'exactitude d'une allégation sans que d'autres éventualités qui la contrediraient ne rentrent raisonnablement en considération¹⁸.

B. Une appréciation

Le résultat emporte la conviction et se justifie pleinement, surtout si on songe aux considérations qui doivent dominer un procès relevant du droit de la consommation. En l'occurrence, l'arrêt de la cafetière n'appelait toutefois pas ces développements: on aurait pu se contenter de lire la mise en garde et retenir que la preuve du défaut était acquise. Il ressortait en effet des instructions du producteur que la carafe risquait de se briser – et donc de brûler ou de blesser son usager – si, remplie de café chaud, elle était posée sur un plan de travail froid ou mouillé! En prévenant l'usager que la carafe ne pouvait être déposée sur une telle surface sans risquer d'exploser, le producteur reconnaissait ouvertement que son produit était impropre à l'emploi auquel il était destiné, révélant du même coup la preuve du défaut. Sa déclaration était aussi contraire à la loi, qui interdit d'exclure la responsabilité résultant de la LRFP (art. 8 LRFP). Dès lors que la cafetière ne remplissait pas les attentes de sécurité légitimes du consommateur moyen, le Tribunal fédéral pouvait simplement constater le caractère défectueux de la cafetière et retenir la responsabilité du producteur¹⁹.

III. La preuve en matière médicale

La responsabilité du médecin ou de l'établissement hospitalier est fréquemment le terrain d'âpres batailles d'experts sur les questions de la violation des règles de l'art, du préjudice ou de la causalité. Nous examinerons d'abord la répartition entre le patient et le médecin (ou l'établissement hospitalier) de la preuve des différents faits sur lesquels se fonde la demande d'indemnisation

¹⁷ ATF 133 III 81, consid. 4.2.2; ATF 132 III 715, JdT 2009 I 183, consid. 3.1; cf. ég. WALTER H.-P., Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess, in Haftpflichtprozess 2009, Zurich 2009, p. 47 ss, 55.

¹⁸ ATF 133 III 81, consid. 4.2.2.

¹⁹ Cf. ég. WERRO F., RSJ 2008, p. 264.

du patient (A.), puis nous pencherons sur la portée de l'expertise, élément clé du procès en responsabilité civile (B.).

A. Le fardeau de la preuve en matière de responsabilité médicale

Un arrêt récent permet de faire le point sur la question du fardeau de la preuve en matière de responsabilité médicale²⁰.

Les faits du litige étaient en bref les suivants. La demanderesse, une employée de commerce d'une cinquantaine d'année, souffrait d'une nécrose aseptique des deux hanches. En 1994, elle a subi une première opération, qui a conduit à la pose d'une prothèse totale de la hanche gauche et permis une nette amélioration de son état de santé. En 1996, elle a souffert d'intenses douleurs à la hanche droite, ensuite desquelles un autre médecin a procédé à la pose d'une prothèse totale de la hanche droite. Au cours de cette opération, la demanderesse a subi une lésion du nerf crural droit. Elle souffre depuis d'une faiblesse de la jambe droite qui la contraint à utiliser des béquilles pour se déplacer.

La demanderesse a fait valoir que la lésion du nerf crural était liée à une erreur technique commise au cours de l'opération. Elle a en outre allégué qu'elle n'avait pas été informée de ce risque préalablement à l'intervention; quant au médecin, il a objecté que même informée, la patiente aurait accepté le traitement. En nous éloignant du commentaire d'arrêt à proprement parler, nous prendrons appui sur celui-ci pour revenir sur les questions qui entourent les questions de preuve en relation avec l'erreur technique (1.), l'information donnée au patient (2.) et le consentement hypothétique (3.). Nous compléterons notre exposé en abordant la question de la sanction adéquate du défaut d'information (4.) et nous comparerons brièvement le droit suisse avec le droit français en cette matière (5.). Nous terminerons avec une brève appréciation (6.).

1. La preuve de l'erreur technique

Dans un premier moyen de l'arrêt qui sert de support à notre exposé, la demanderesse a allégué qu'au vu du résultat malheureux de l'opération et qu'en présence d'expertises contradictoires sur le bon déroulement de celle-ci, on devait présumer la violation des règles de l'art par le médecin. Elle a invoqué un arrêt du Tribunal fédéral, qui avait autorisé cette présomption de fait, en

²⁰ ATF 133 III 121.

présence d'une conséquence anormale immédiatement consécutive à l'acte du médecin²¹.

Dans l'affaire ici rapportée, le Tribunal fédéral a rejeté l'argument et affirmé que le précédent invoqué ne devait pas être isolé de son contexte et du traitement particulier qu'il concernait. Le Tribunal fédéral a retenu que le principe demeure qu'il appartient au patient d'apporter la preuve de l'erreur technique, soit du défaut de diligence dont le médecin a fait preuve²².

Même si elle paraît souvent rigoureuse, cette affirmation n'en demeure pas moins fondée au regard du droit en vigueur. En effet, le contrat de soin est en principe soumis aux règles du mandat. En raison de son aléa, le résultat escompté de l'opération et des soins ne fait dès lors pas partie du contrat. Celui-ci a pour objet la seule diligence du débiteur. Sauf exception, l'absence du résultat espéré par les parties au contrat ne saurait impliquer l'absence de diligence du médecin; cette absence n'emporte pas non plus la présomption d'une faute professionnelle de ce dernier²³.

Il ne suffit donc pas de constater que l'état de la demanderesse s'est péjoré suite à l'intervention médicale pour pouvoir présumer que le médecin a manqué à ses obligations. A moins que « le résultat ne parle de lui-même » (*res ipsa loquitur*), la violation de celles-ci ne peut pas non plus être présumée. En cas d'incertitude sur le déroulement de l'opération (expertises contradictoires), on retiendra donc que le médecin n'a pas violé les règles de l'art applicables.

Comme le Tribunal fédéral l'a souligné dans l'arrêt ici discuté, le manque de diligence dont répond le médecin constitue à la fois une mauvaise exécution du contrat de soin et un acte illicite au sens de l'art. 41 CO²⁴. En matière contractuelle, la violation du contrat conduit en principe à présumer la faute du débiteur, qui peut toutefois s'exonérer (art. 97 CO). Appliquant cette règle au mandat, le Tribunal fédéral a donc jugé que le patient peut obtenir la réparation de son dommage lorsque le défaut de diligence « se double d'une faute du médecin », ce dernier ayant la possibilité de s'exonérer « s'il prouve à son tour que sa méconnaissance des règles de l'art ne constitue pas une faute dans les circonstances de l'espèce »²⁵.

On observera que cette possibilité est en réalité théorique seulement et conceptuellement douteuse: lorsque le médecin viole les règles de l'art applicables dans un cas donné, il commet en même temps une faute objective qu'aucune circonstance subjective ne peut excuser (sauf l'incapacité

²¹ ATF 120 II 248, JdT 1995 I 559, consid. 2.

²² ATF 133 III 121, consid. 3.1; TF, arrêt 4C.53/2000 du 13 juin 2000, consid. 2b.

²³ ATF 133 III 121, consid. 3.4.

²⁴ ATF 133 III 121, consid. 3.1.

²⁵ ATF 105 II 284, consid. 1.

de discernement, qui n'est, la plupart du temps, pas en cause). Dans notre conception, il n'est donc pas impropre d'assimiler le manque de diligence à la faute²⁶.

2. *La preuve de l'information donnée par le médecin au patient*

Dans un deuxième moyen, la demanderesse a fait valoir que même si l'on retenait que la complication dont elle avait souffert relevait d'un risque inhérent à l'opération, et non d'une erreur professionnelle, le médecin aurait dû l'informer de ce risque, ce qu'il n'avait pas fait. Le Tribunal fédéral a donc examiné la question de savoir si la patiente avait valablement consenti à l'opération et plus particulièrement à qui il revenait d'apporter la preuve de ce consentement.

Les juges ont rappelé qu'il est de jurisprudence constante que le médecin doit obtenir le consentement éclairé de son patient à l'intervention médicale²⁷. En vertu de ce devoir, le médecin doit donner, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, des informations sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les données de guérison, les éventuels effets secondaires du traitement ou les aspects financiers de celui-ci²⁸. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a de plus affirmé que le devoir d'information trouve son fondement à la fois dans la loi et le contrat²⁹. Cette affirmation est fondée, dans la mesure où l'existence d'un contrat n'a aucune influence sur le devoir d'information à la charge du médecin.

Le Tribunal fédéral a aussi clairement répété qu'il appartient au médecin de prouver qu'il a correctement informé son patient³⁰. Si la règle est parfaitement juste, sa justification est moins claire. Traditionnellement, on considère qu'il en est ainsi parce que l'opération représente une atteinte à

²⁶ De l'avis de Franz Werro, pour être conséquent, il faudrait même admettre que l'art. 97 CO qui présume la faute ne peut s'appliquer que lorsque l'obligation est de résultat; lorsque celle-ci est de moyens, on ne peut pas à la fois demander au lésé de prouver l'absence de diligence et exiger du défendeur qu'il prouve le contraire, comme on le ferait en exigeant du défendeur de prouver son absence de faute; la pratique montre au demeurant qu'aucun arrêt qui admis la preuve d'un manque diligence n'a admis l'absence de faute: cf. WERRO F., Commentaire romand, CO 41 n. 74. A noter qu'en droit français, on voit bien que l'art. 1147 CC (faute présumée que seule la force majeure peut excuser) s'applique à la seule obligation de résultat; pour la sanction des obligations de moyens, on se fonde en revanche sur l'art. 1137 CC (faute à prouver par la victime).

²⁷ ATF 117 Ib 197, consid. 2a; ég. TF, arrêt 4P.265/2002 du 28 avril 2003, consid. 4.3; ROGGO A., *Ärztliche Haftung aus Auftrag: Aufklärungspflicht des Arztes und Einwilligung des Patienten*, «Hypothetische Einwilligung», ATF 133 III 121, PJA 2008, p. 913 ss.

²⁸ ATF 133 III 121, consid. 4.1.2.

²⁹ ATF 133 III 121, cons. 4.1.1.

³⁰ ATF 133 III 121, cons. 4.1.3, et les réf. citées.

l'intégrité corporelle du patient et qu'elle doit donc reposer sur un motif justificatif, en l'espèce, le consentement du patient. Ce raisonnement n'est pas vraiment convaincant³¹. A notre avis, le devoir d'information mis à la charge du médecin découle avant tout du respect de la liberté personnelle et de la dignité du patient³²; il repose en ce sens sur le même fondement que le devoir d'informer à la charge du banquier (cf. art. 11 LBVM), de l'avocat ou de l'assureur (cf. art. 3 LCA). Si la preuve de l'information donnée est à la charge du médecin, c'est tout simplement parce que celui-ci peut facilement l'apporter, en faisant signer un document au patient, alors qu'il est impossible de fait pour ce dernier d'établir la preuve négative inverse, celle de l'absence d'information³³.

3. *La preuve du consentement hypothétique*

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a aussi redit que lorsque le médecin ne parvient pas à prouver qu'il a correctement informé son patient et obtenu le consentement de celui-ci préalablement à l'intervention, le médecin a la faculté de prouver le consentement hypothétique du patient³⁴. Le médecin devra alors prouver que le patient aurait accepté l'opération même s'il avait été dûment informé. S'il y parvient, le consentement hypothétique se substituera au consentement effectif du patient et lèvera l'illicéité du traitement médical prodigué. Le fardeau de la preuve incombe ici aussi au médecin: il s'agit d'un cas d'objection du comportement de substitution licite, dans lequel on admet que la preuve de l'absence de causalité entre le défaut de diligence et le résultat qui s'est produit est à la charge de celui auquel le demandeur reproche une violation de ses devoirs (contractuels ou légaux)³⁵. Le médecin peut ainsi établir que le patient n'aurait rien changé à son comportement et aurait accepté l'opération s'il avait été en possession de toutes les informations utiles; il prouve ainsi que son comportement n'est pas en rapport de causalité avec

³¹ Cf. notamment HONSELL H., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2005, § 5 n. 22 ss; ég. ROBERTO V., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich 2002, n. 96.

³² Le TF admet d'ailleurs un double fondement au devoir d'information (intégrité corporelle et liberté personnelle), cf. ATF 108 II 59, consid. 4. Sur ce point, voir CHAPPUIS C., *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel: vers un droit subjectif absolu à être informé?*, in Chappuis C. / Winiger B. (édit.) *La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 11 ss, 29 s.; cf. ég. WERRO F., *La responsabilité civile*, n. 382 ss.

³³ WERRO F. / HAAS J., *La preuve de l'information donnée par le médecin à son patient: arrêt du TF*, du 27 novembre 2001 (4C.229/2000), REAS 2002, p. 208 ss, 211 et les réf. citées.

³⁴ ATF 133 III 121, consid. 4.1.3; cf. ég. TF, arrêt 4A.604/2008 du 19 mai 2009, consid. 2.2.

³⁵ Sur cette notion, cf. TF, arrêt 2C.260/2008 du 20 novembre 2009, SJ 2010 I 449, consid. 5; ATF 122 III 229, consid. 5a; WERRO F., *L'objection du comportement de substitution licite: de son utilité et de sa place*, in Chappuis C. / Winiger B. (édit.), *Les causes du dommage*, Journée de la responsabilité civile 2006, Zurich 2007, p. 53 ss.

la décision du patient d'accepter l'opération et les complications inhérentes à celle-ci.

Si le fardeau de la preuve du consentement hypothétique incombe au médecin, le patient doit toutefois collaborer à cette preuve en alléguant les motifs personnels qui l'auraient incité à refuser l'opération s'il en avait connu les risques. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a ainsi rappelé avec raison qu'on ne doit pas se fonder sur l'attitude qu'aurait adoptée le « patient raisonnable », mais bien sur la situation personnelle et concrète du patient en question³⁶. Ce n'est que dans l'hypothèse où ce patient ne fait état d'aucun motif personnel qui l'aurait vraisemblablement conduit à refuser l'intervention proposée qu'il convient de considérer objectivement si un patient sensé et raisonnable se serait opposé à l'opération. Selon le Tribunal fédéral, il ne faut en principe pas admettre le consentement hypothétique lorsque le genre et la gravité du risque encouru appellent une information plus complète que le médecin n'a pas fournie. Dans un tel cas, on doit retenir au contraire que si le patient avait reçu cette information, il se serait trouvé dans un réel conflit quant à la décision à prendre et aurait sollicité un temps de réflexion³⁷.

Dans l'arrêt ici discuté, les juges ont considéré que, compte tenu des circonstances mises en évidence par la procédure – la patiente avait déjà subi une intervention similaire avec de très bons résultats, il n'y avait pas de réelle alternative à l'intervention chirurgicale pour remédier à ses souffrances, le médecin n'avait pas exercé la moindre pression sur sa décision –, la demanderesse aurait en tout état de cause accepté l'opération litigieuse. La preuve d'un consentement hypothétique ayant été apportée par le médecin, les juges ont pu retenir que ce dernier ne pouvait se voir reprocher aucun comportement illicite.

Les principes qui se dégagent de l'arrêt sont aujourd'hui classiques et ils n'appellent pas d'observation critique particulière.

4. La sanction du défaut d'information

Le point qui mérite en revanche discussion est celui de la sanction du défaut d'information. Dans l'arrêt ici présenté, le Tribunal fédéral a retenu que le médecin avait violé son devoir d'information, mais que la patiente n'avait droit à aucune réparation du préjudice subi, puisque même informée des risques de l'intervention subie, elle y aurait consenti. En l'absence de la preuve d'une

³⁶ ATF 133 III 121, consid. 4.1.3.

³⁷ ATF 133 III 121, consid. 4.1.3; TF, arrêt 4P.265/2002, SJ 2004 I 117, consid. 6.1; WERRO F., La responsabilité civile, n. 375; GEISSELER R., Aufklärungspflicht des Arztes, in Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, St-Gall 1995, p. 171.

faute technique, la demanderesse ne pouvait donc rien obtenir. Cette manière de voir n'emporte pas complètement la conviction. Lorsqu'un patient n'a pas été informé, il est atteint dans les droits de sa personnalité. Selon nous, on doit ainsi se poser la question de la sanction du défaut d'information, qu'elle que soit l'issue du traitement et le consentement hypothétique n'y change rien.

Il est vrai qu'en droit suisse, la sanction de la violation du devoir d'information est en principe sévère : depuis 1982, le Tribunal fédéral considère en effet que lorsque le médecin n'obtient pas le consentement éclairé de son patient préalablement à l'intervention chirurgicale, le traitement prodigué est illicite³⁸. Quand un dommage corporel résulte de l'échec de ce traitement, le médecin est tenu de le réparer et ce, même si les soins prodigués l'ont par ailleurs été dans le respect des règles de l'art ou que la preuve de la violation de celles-ci n'a pas été apportée par le patient. Celui-ci est ainsi dispensé de l'obligation d'apporter la preuve de l'erreur technique qui est peut-être à l'origine de l'échec thérapeutique³⁹.

De cette conception, il résulte que le contentieux récent en matière de responsabilité médicale place un accent important sur la question de l'information ou du défaut d'information donnée par le médecin à son patient⁴⁰. Cette préoccupation prend peut-être même parfois le pas sur l'importance à donner au respect des règles de l'art⁴¹. Cette conception a par ailleurs pour conséquence que lorsque l'existence d'un rapport de causalité entre le préjudice corporel et le défaut d'information est rejetée (par exemple parce que le médecin a prouvé le consentement hypothétique), le patient n'obtient aucune indemnité.

Au demeurant, il serait selon nous plus convaincant d'admettre que lorsque le patient n'a pas été informé, l'atteinte qu'il subit à ses droits entraîne en principe le droit à une indemnité pour tort moral. La preuve du consentement hypothétique ne devrait rien changer à ce droit ; elle pourrait tout au plus moduler l'obligation de réparer le dommage corporel résultant de l'intervention médicale faite sans le consentement du patient, comme nous allons le voir.

³⁸ ATF 108 II 59, consid. 3.

³⁹ WERRO F., La responsabilité civile, n. 375 ; HONSELL H., § 5 n. 22 ss.

⁴⁰ MÜLLER C., La responsabilité civile du médecin, in Bohnet F. (édit.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, p. 99 ss, 116.

⁴¹ Cf. ég. GUILLOD O., Responsabilité médicale : de la faute objectivée à l'absence de faute, in Chappuis C. / Winiger B. (édit.), Responsabilités objectives, Genève/Zurich/Bâle 2003, p. 155 ss, 162.

5. *Une comparaison avec le droit français et les enseignements à en tirer pour le droit suisse*

La jurisprudence française offre une comparaison intéressante en cette matière. Dans un arrêt du 3 juin 2010, la Cour de cassation a en effet jugé que même si les juges estiment que le patient informé aurait accepté de courir le risque grave qui s'est finalement réalisé, le manquement au devoir d'information doit être réparé en tant que tel⁴². Ainsi, le respect de la liberté personnelle impose au médecin de recueillir le consentement éclairé de son patient par l'information. S'il ne le fait pas, il porte atteinte aux droits de son patient et manque ainsi à ses devoirs médicaux; la preuve du consentement hypothétique du patient n'y change rien.

On notera qu'en droit français, cette jurisprudence – remarquée – n'a pas la même portée que celle qu'elle aurait en droit suisse, car le droit français n'admet pas la réparation du dommage corporel découlant d'une intervention à laquelle le patient n'a pas consenti, mais seulement celle de la perte d'une chance d'échapper au risque qui s'est réalisé, dont la preuve, délicate, est à la charge du patient⁴³.

A notre avis, l'approche du droit français qui veut que le manquement au devoir d'information doit être indemnisé en tant que tel est au demeurant convaincante. En effet, dans la mesure où ce devoir tend à garantir la libre détermination du patient⁴⁴, on ne voit pas pourquoi la preuve du consentement hypothétique libérerait le médecin de toute responsabilité: la seule atteinte portée à la libre détermination justifie au contraire que l'on sanctionne en tant que tel le tort moral qui peut en résulter⁴⁵. Que le médecin puisse apporter la preuve que le patient aurait consenti à l'opération s'il avait été correctement informé ne devrait rien changer à l'atteinte subie à cette libre détermination.

Il serait ainsi juste de retenir, comme en droit français, que la violation du devoir d'information entraîne en principe le droit à une indemnité pour tort moral; à celle-ci pourrait sans doute s'ajouter l'indemnisation du dommage corporel, comme le veut la jurisprudence du Tribunal fédéral, mais

⁴² Cour de cassation (Première chambre civile), arrêt du 3 juin 2010 (09-13591), disponible sur: www.courdecassation.fr.

⁴³ Cour de cassation (Première chambre civile), arrêt du 7 février 1990 (88-14797).

⁴⁴ TF, arrêt 4P.265/2002, consid. 4.1, SJ 2004 I 117; ATF 117 Ib 197, JdT 1992 I 214, consid. 2a.

⁴⁵ L'ATF 133 III 121 rejette entièrement les prétentions en tort moral de la patiente; on peut toutefois supposer que cette dernière n'avait pas allégué ni prouvé un tort moral en relation avec le défaut d'information mais seulement avec le préjudice corporel en résultant, dont on a vu qu'il n'était pas en rapport de causalité avec le manquement du médecin; dans un arrêt de 1982 (108 II 59, consid. 4), le TF semble au contraire admettre que la violation de la liberté personnelle que subit une patiente qui n'a pas valablement donné son consentement peut être réparée par une indemnité pour tort moral.

dans certaines limites toutefois⁴⁶. Il faudrait en effet restreindre cette seconde indemnisation et plus strictement circonscrire le rapport de causalité entre le défaut d'information et le dommage corporel. Ainsi, le médecin qui ne pourrait prouver le consentement hypothétique du patient devrait pouvoir faire valoir que l'intervention médicale que le patient aurait refusée s'il avait été informé a néanmoins permis de préserver ce dernier d'un dommage qui aurait été plus grand que celui résultant de l'échec thérapeutique. Le médecin devrait ainsi réparer le dommage corporel subi par le patient, mais à l'exclusion de celui qui serait survenu en raison du refus du patient de consentir à l'intervention médicale.

Admettons par exemple qu'un patient aurait refusé une intervention chirurgicale s'il avait su qu'elle comportait un risque non négligeable, de nature à diminuer sa capacité de travail ; admettons aussi que cette intervention chirurgicale était indispensable pour préserver la capacité de travail du patient à brève échéance et que, sans elle, celui-ci serait devenu entièrement invalide dans un délai de deux ans. Si l'intervention chirurgicale échoue et conduit à l'invalidité partielle (50%) du patient en question, le médecin devrait répondre du défaut d'information et réparer, mais partiellement seulement, le dommage corporel découlant de son intervention. Il devrait ainsi pouvoir faire valoir que ce dommage ne comprend pas celui qui serait inévitablement produit, même sans échec de l'intervention⁴⁷. Il devrait donc réparer le seul dommage lié à l'invalidité partielle (50%) du patient pendant les deux années au cours desquelles il aurait disposé, sans l'intervention, d'une pleine capacité ; il ne devrait en revanche pas répondre de l'invalidité totale après deux ans, qu'il faudrait, elle, considérer comme la conséquence du refus du patient de subir l'intervention.

6. *Une brève appréciation*

L'importance prise par la question du devoir d'information en matière médicale est en partie liée à la difficulté pour le patient de prouver l'erreur technique du médecin ; il est souvent impossible de déterminer exactement *a posteriori* la manière dont s'est déroulée l'opération et les experts sont souvent partagés sur la question du contenu même des règles de l'art dans un cas d'espèce. Cette importance nous paraît au demeurant en adéquation avec celle qu'on accorde de manière grandissante aux droits de patients, et, de manière peut-être plus générale, au droit de celui qui entre dans une relation avec

⁴⁶ Critique, WERRO F., La responsabilité civile, n. 396.

⁴⁷ On note que le raisonnement est admis en matière de prédisposition constitutionnelle indépendante, cf. par ex. TF, arrêt 4A.481/2009 du 26 janvier 2010, consid. 4.2.6 ; ATF 131 III 12, JdT 2005 I 488, consid. 4.

un professionnel sans disposer par définition des mêmes connaissances que son partenaire, de recevoir toutes les informations utiles pour consentir de manière éclairée aux termes de cette relation.

Quoi qu'il en soit, il se pose la question de savoir quel est le préjudice réparable lorsqu'un médecin viole son devoir d'information ; à notre avis, cette violation doit d'abord être sanctionnée par le versement d'une indemnité pour tort moral, et cela même lorsque le médecin établit que le patient aurait consenti à l'intervention. En revanche, la réparation du dommage corporel habituellement accordée ne devrait pas l'être sans un examen précis de la causalité entre l'absence d'information et la perte subie. Le médecin devrait ainsi réparer le dommage corporel subi par le patient, mais à l'exclusion de celui qui serait survenu en raison du refus du patient de consentir à l'intervention médicale.

On observe enfin que, du point de vue du fondement de la responsabilité, cette évolution entraîne un glissement de la faute médicale vers l'absence de consentement du patient. Elle implique du même coup une modification du thème de la preuve : au lieu d'exiger du patient qu'il prouve une violation des règles de l'art médical, on demande au médecin (ou à l'établissement hospitalier) de prouver qu'il a donné au patient toute l'information requise.

B. La portée d'une expertise

Le procès en responsabilité médicale est dominé par les expertises sur la violation des règles de l'art par le médecin, le dommage et le lien de causalité. La question de l'appréciation de l'expertise joue par conséquent un rôle déterminant dans ce domaine. La jurisprudence récente a clarifié la question de savoir dans quelle mesure le juge est lié par l'avis des experts. Deux exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral illustreront les pouvoirs du juge de s'écarter des conclusions d'une expertise.

1. Une expertise valablement écartée sur un point

Un arrêt non publié de 2010⁴⁸ a pour objet une pénible affaire de césarienne pratiquée tardivement. Entrée à l'hôpital à 1h50 du matin, une femme a donné naissance un peu moins de cinq heures plus tard à un bébé (fille), atteinte d'un dommage irréversible au cerveau en raison d'un manque d'oxygène et d'alimentation sanguine. Dans la procédure limitée au principe de la responsabilité, l'instance cantonale a retenu tant la faute médicale, consistant

⁴⁸ TF, arrêt 4A_48/2010 du 9 juillet 2010.

notamment en une omission de procéder à une césarienne en temps utile, que la causalité entre l'omission et le handicap du nouveau-né sur la base de plusieurs expertises : une expertise extrajudiciaire d'accord entre les parties, une expertise judiciaire accompagnée d'un complément d'expertise et, enfin, une expertise privée. L'établissement hospitalier défendeur s'est plaint d'arbitraire dans l'admission par l'instance cantonale d'une faute médicale et d'un lien de causalité.

Un rappel de la jurisprudence constante sur la valeur probante d'une expertise s'impose. Le Tribunal fédéral distingue l'expertise privée (extrajudiciaire) de l'expertise ordonnée par le juge dans le cadre d'une procédure. Alors que les tribunaux ne peuvent pas accorder à une expertise privée plus de force probante qu'à de simples allégations d'une partie⁴⁹, ils ne doivent pas s'écarter d'une expertise judiciaire sans motifs pertinents et encourrent le reproche d'arbitraire s'ils ne motivent suffisamment leur opinion divergente⁵⁰. Au contraire, la seule invocation d'une expertise privée à titre de preuve ne procède pas déjà d'une application arbitraire du droit de procédure, en particulier lorsque l'expertise n'est pas contestée, qu'elle se révèle convaincante – comme peut l'être une déclaration de partie – ou encore que l'expert privé est entendu comme témoin et confirme des éléments de fait précis de son rapport⁵¹.

Pour en revenir à l'affaire de la césarienne tardive, il était reproché à l'instance cantonale de s'être écartée de l'expertise judiciaire sans justification en faisant reproche au médecin assistant de n'avoir pas recherché un second avis à 3h du matin. En effet, l'expertise n'avait pas considéré cette omission comme constitutive d'une violation des règles de l'art. Le Tribunal fédéral a admis que la cour cantonale s'était écartée de l'expertise d'une manière complète et convaincante (*eingehend und nachvollziehbar*), raison pour laquelle sa décision ne pouvait pas être attaquée sur ce point⁵². L'instance cantonale s'était fondée par ailleurs sur les déclarations concordantes de l'expert judiciaire et de l'expert privé pour retenir un suivi médical et infirmier insuffisant, donc l'existence d'une faute médicale ; sur ce point, l'instance cantonale avait repris sans arbitraire l'avis des experts⁵³.

⁴⁹ ATF 135 III 670, consid. 3.3.1; ATF 132 III 83, consid. 3.4, SJ 2006 I 233, JdT 2006 I 334; TF, SJ 1997 58; ATF 95 II 364, consid. 2. Dans le même sens, Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 p. 6841, 6933.

⁵⁰ ATF 130 I 337, consid. 5.4.2, JdT 2005 I 95, 103 s.; ATF 128 I 81, consid. 2, JdT 2004 IV 55, 58 ss; TF, arrêt 4A_48/2010 du 9 juillet 2010, consid. 6.3.2.

⁵¹ TF, arrêt 4A_58/2008 du 28 avril 2008, consid. 5.3.

⁵² Décision commentée, consid. 6.3.2.

⁵³ Décision commentée, consid. 6.4.

Sur la condition de la causalité, examinée au considérant 7 de la décision, le Tribunal fédéral a commencé par rappeler le critère de la vraisemblance prépondérante régissant l'examen de la causalité naturelle lorsque l'acte reproché consiste en une omission (ici, une césarienne entreprise en temps utile), un raisonnement qui fait intervenir un jugement de valeur au stade de la causalité naturelle déjà. L'établissement hospitalier avait cherché à tirer argument du fait que le fœtus était peut-être déjà atteint au moment où la mère était arrivée à l'hôpital du fait d'un manque d'oxygène préexistant⁵⁴. On se trouvait ici dans une situation typique d'état de nécessité en matière de preuve (*Beweisnot*)⁵⁵, les demandeurs n'étant pas en mesure de prouver quel était l'état préexistant du fœtus. Or, comme l'impossibilité d'apporter cette preuve résultait précisément du fait que le personnel hospitalier n'avait pas fait les examens nécessaires lors de l'entrée de la mère à l'hôpital, les juges ont admis, sous l'angle de la vraisemblance prépondérante, que si le nécessaire avait été fait à temps l'enfant n'aurait pas été atteint dans sa santé ou du moins pas aussi gravement. Il serait contraire aux principes fondamentaux de la responsabilité civile, ajoutent les juges, de nier l'existence d'un lien de causalité lorsque l'impossibilité de prouver le fait générateur de responsabilité résulte précisément d'une omission de faire les recherches médicalement indiquées qui auraient permis d'établir l'état du patient, autrement dit, de la faute médicale⁵⁶.

L'établissement hospitalier reprochait à la cour cantonale de s'être contentée de la simple possibilité que le fœtus fût en bonne santé à son entrée à l'hôpital. La certitude quant à l'état du fœtus ne pouvait effectivement pas être acquise sur la base du dossier. Le Tribunal fédéral remédie à la causalité incertaine en recourant au critère de la vraisemblance prépondérante. La question de la perte de chance aurait pu se poser en l'espèce, la faute médicale ayant fait perdre au fœtus une chance de naître sans handicap suite à une césarienne pratiquée à temps. En l'espèce cependant, une omission étant reprochée à l'établissement hospitalier, les juges pouvaient se contenter de la vraisemblance prépondérante pour admettre le lien de causalité naturelle, ce qu'ils font d'autant plus volontiers que la faute médicale était grave et avérée («*äusserst mangelhaft[e] Geburtsüberwachung und -betreuung*»⁵⁷). En conclusion, nonobstant les difficultés de preuve, le principe de la responsabilité a pu être admis.

⁵⁴ Décision commentée, consid. 7.4.

⁵⁵ Cf. *supra*, II, p. 17 s.

⁵⁶ Décision commentée, consid. 7.4.

⁵⁷ Décision commentée, consid. 7.5.6 (mise en évidence ajoutée).

2. Une expertise écartée à tort

Dans une autre affaire⁵⁸, la cour cantonale (Genève) avait retenu l'existence d'un lien de causalité naturelle entre deux gastroscopies avec biopsie pratiquée au moyen d'une pince jetable dans les locaux d'un service d'urgences privé, et une hépatite B que le patient était convaincu d'avoir contractée à cette occasion. S'agissant à nouveau d'un cas où le lien de causalité naturelle ne pouvait raisonnablement être établi avec certitude, le Tribunal fédéral, par référence à l'affaire de la cafetière⁵⁹, a considéré le test de la vraisemblance prépondérante comme suffisant⁶⁰. Le patient devait par conséquent démontrer, avec un degré de vraisemblance prépondérante, qu'il avait été infecté par le virus de l'hépatite B lors de l'une des gastroscopies subies dans les locaux du service d'urgences privé⁶¹.

L'expert commis par le tribunal inférieur avait écarté tout lien de causalité du fait que le risque de contamination par endoscope avec pince à biopsie à usage unique était nul selon certaines études publiées, ce risque étant qualifié d'extrêmement faible (14 cas sur 10 millions) selon d'autres études. Quant à la cour cantonale, elle avait considéré que ce risque, bien que faible (1 cas sur 100 000 examens), s'était réalisé en l'espèce et qu'il n'était pas prouvé que le patient eût été infecté par le virus de l'hépatite B avant les examens litigieux⁶².

Le Tribunal fédéral a retenu que la cour cantonale ne pouvait s'écarter de l'expertise judiciaire sur des questions dont la réponse demande des connaissances particulières que pour des motifs sérieux et sur la base d'une motivation convaincante⁶³. En l'espèce, vu le risque extrêmement faible de transmission nosocomiale en cas de gastroscopie et le fait que les autres modes de transmission habituels du virus de l'hépatite (transmissions horizontale et sexuelle) ne pouvaient être exclus catégoriquement, le Tribunal fédéral a jugé que la cour cantonale était tombée dans l'arbitraire en s'écartant de l'expertise judiciaire pour privilégier la thèse de la contamination par le gastroscopie jugée à tort comme plus vraisemblable⁶⁴.

⁵⁸ TF, arrêt 4D_151/2009 du 15 mars 2010.

⁵⁹ Cf. *supra*, II, p. 17 s.

⁶⁰ TF, arrêt 4D_151/2009 du 15 mars 2010, consid. 2.4.

⁶¹ Décision commentée, consid. 2.5.

⁶² Décision commentée, consid. 2.3.

⁶³ ATF 128 I 81 consid. 2, JdT 2004 IV 55, 60. Voir *supra*, n. 51.

⁶⁴ Décision commentée, consid. 2.5.

3. *La prudence est de mise*

Deux cours cantonales s'écartent d'une expertise judiciaire, la première à juste titre sur l'existence d'une faute médicale, la seconde à tort sur l'exigence de la causalité naturelle. Ces affaires montrent, si besoin était, qu'aucune certitude ne résulte a priori d'une expertise, même si celle-ci émane d'un expert commis par le tribunal. Il incombe à celui-ci de motiver sa décision de suivre une expertise qu'il considère comme complète, compréhensible et convaincante, tout comme il doit motiver sa décision de s'écarter d'une expertise dont le résultat ne le convainc pas⁶⁵.

IV. La difficulté de prouver le dommage en matière contractuelle

Deux affaires tirées de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral⁶⁶ laissent le lecteur perplexe, du moins au premier abord. Le client d'un transporteur et celui d'un entrepreneur ont fait valoir une violation contractuelle établie, du contrat de transport, respectivement d'entreprise, ainsi qu'un dommage certain, mais dont le montant n'est pas établi. Tous deux ont été déboutés malgré l'allègement du fardeau de la preuve qu'autorise l'art. 42 al. 2 CO.

Y. SA a été chargée de transporter six tableaux d'une galerie de New-York à Genève. L'une de ces œuvres était le *Pèlerin de l'absolu* du peintre belge Marc Eemans. Les tableaux ont été enlevés de la galerie new-yorkaise en août 1999 et placés dans une caisse réalisée spécialement pour leur transport. Le *Pèlerin de l'absolu* ne s'y trouvait pas lorsque la caisse a été ouverte au début de novembre 1999 à Genève. Les recherches faites pour le retrouver sont restées infructueuses. La valeur du tableau indiquée au transporteur était de 50 000 fr. Le tableau avait été précédemment mis en vente au prix de 250 000 dollars sans trouver preneur. Le client a réclamé 375 000 fr. à titre d'indemnisation pour la perte du tableau et obtenu 50 000 fr. en première instance. Sur appel du propriétaire du tableau et appel incident de la société de transport, l'autorité cantonale a confirmé le principe de la responsabilité. Considérant que le propriétaire du tableau n'avait pas apporté les éléments nécessaires à l'évaluation du dommage correspondant à la valeur du tableau disparu, que les pièces produites en appel étaient insuffisantes et que l'offre de preuve portant sur l'audition de témoins et sur une expertise était tardive,

⁶⁵ Sur ces questions, voir les contributions de BRULHART V., BOVEY B., JEANNERET V., GUYAZ A. et FAUCHÈRE P.-A. au présent ouvrage.

⁶⁶ TF, arrêt 4A_154/2009 du 9 septembre 2009; TF, arrêts 4A_294/2009 et 4A_296/2009 du 25 août 2009.

la Cour a annulé le jugement et rejeté l'action. Le Tribunal fédéral a confirmé cette décision avec pour résultat que le transporteur répondait de la perte du tableau, mais, le dommage n'étant pas établi, ne devait aucune indemnisation au client.

Le demandeur invoquait une violation de l'art. 42 al. 2 CO. Il était en effet dans l'incapacité de prouver son dommage – qui était on ne peut plus certain – du fait que le tableau avait disparu, ce en quoi consistait précisément la violation des obligations du transporteur. Le Tribunal fédéral ne s'est pas laissé arrêter ici par l'idée qu'il serait contraire aux principes fondamentaux de la responsabilité civile de nier un dommage lorsque l'impossibilité de prouver celui-ci est une conséquence de la violation par le débiteur de ses obligations⁶⁷. Peut-être l'instruction avait-elle été insuffisamment menée en première instance. Le jugement de première instance paraissait cependant raisonnable lorsqu'il considérait que le prix de vente demandé à New-York ne prouvait pas que l'œuvre perdue valût effectivement ce montant, et que les dommages-intérêts devaient être limités à la valeur (50 000 fr.) annoncée dans les documents de transport⁶⁸.

Dans un contrat portant sur la construction d'une halle industrielle, le client a fait valoir un dommage consécutif à un défaut avéré: un manque de planéité du radier avait nécessité des réparations qui, à leur tour, avait entraîné retard et inconvénients pour le client. Le défaut n'étant plus contesté devant le Tribunal fédéral, il appartenait au maître d'ouvrage qui réclamait des dommages-intérêts sur la base de l'art. 368 CO de prouver l'existence et l'étendue de son dommage ainsi que le rapport de causalité avec le défaut, conformément aux art. 42 al. 1 CO et 8 CC⁶⁹. A l'appui de son préjudice, le maître de l'ouvrage avait produit deux rapports établis par la fiduciaire en charge de la comptabilité de l'entreprise. Ces rapports considérés comme des expertises privées valant simple allégué d'une partie, contenaient des postes posant problème. Le maître d'ouvrage, après avoir proposé l'administration d'une expertise judiciaire, y a renoncé sans fournir d'explications; une telle expertise aurait pu confirmer ou infirmer les évaluations faites par la fiduciaire dans les rapports versés au dossier cantonal⁷⁰. Le Tribunal fédéral a écarté l'application de l'art. 42 al. 2 CO en retenant que la preuve du préjudice allégué aurait été possible par l'administration de preuves appropriées (pièces ou témoignages)⁷¹. Le maître d'ouvrage a été débouté de son action en dommages-intérêts malgré le défaut avéré de l'ouvrage.

⁶⁷ Cf. *supra*, n. 55.

⁶⁸ Arrêt commenté, B.

⁶⁹ Arrêt commenté, consid. 3.2.

⁷⁰ Arrêt commenté, consid. 5.2.

⁷¹ Arrêt commenté, consid. 5.3.

Il paraît bien difficile de prouver un dommage patrimonial dont l'existence est pourtant certaine. Faute de tables *Stauffer & Schaezle* ou de *Cote Argus* pour évaluer celui-ci, le propriétaire du tableau perdu ou le maître de l'ouvrage doivent se garder de se reposer sur le pouvoir du juge de déterminer équitablement le dommage en considération du cours ordinaire des choses selon l'art. 42 al. 2 CO – dont chacun sait qu'il n'est pas un « oreiller de paresse » pour le plaideur⁷². On se souviendra aussi que l'estimation du dommage selon l'art. 42 al. 2 CO repose sur le pouvoir d'apprécier les faits. Relevant de la constatation des faits, elle est soustraite au contrôle du Tribunal fédéral⁷³.

V. Conclusions

Au terme de notre analyse, nous retenons les conclusions suivantes :

1.

Pour faire aboutir une demande d'indemnisation, la victime doit convaincre le tribunal de l'existence de certains faits – ceux sur lesquels elle fonde sa demande. En matière de responsabilité civile, il convient d'observer trois règles notamment, qui s'adressent tant aux tribunaux (de première instance) qu'aux plaideurs. La première est une règle générale de procédure, les deux autres sont spécifiques à la responsabilité civile :

- a. On ne saurait s'écarter d'une expertise judiciaire sans justification ; quant à l'expertise privée, elle ne suffit pas, à elle seule, à emporter la conviction.
- b. La victime doit établir le montant exact de son dommage et ne se fonder sur le pouvoir d'appréciation du juge qu'en dernière extrémité.
- c. La vraisemblance prépondérante ne suffit que pour prouver la causalité naturelle (hypothétique) ou remédier à un état de nécessité en matière de preuve.

Les règles paraissent claires. Leur application dans un cas particulier l'est moins. La justification nécessaire pour s'écarter d'une expertise judiciaire est-elle donnée en l'espèce ? L'expertise privée est-elle convaincante même si elle n'émane pas d'un expert judiciaire ? Le juge acceptera-t-il de considérer que les conditions de l'exercice de son pouvoir d'apprécier le dommage selon

⁷² CHAIX F., La fixation du dommage par le juge (art. 42 al. 2 CO), in Chappuis C. / Winiger B. (édit.), *Le préjudice, Une notion en devenir*, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 39 ss, n. 22.

⁷³ ATF 131 III 360, consid. 5.1; ATF 126 III 388, consid. 8a; ATF 122 III 219, consid. 3b.

l'art. 42 al. 2 CO sont réunies ? La thèse de la victime sur le déroulement causal est-elle plus vraisemblable que celle de la partie qui nie sa responsabilité ?

Dans l'affaire de l'hépatite B, on peut comprendre que la cour cantonale n'ait pas pu simplement substituer sa propre appréciation à celle de l'expert sur le risque de contamination ensuite d'une gastroscopie⁷⁴. Tout comme il est compréhensible que, dans l'affaire de la prothèse totale de hanche, face à deux expertises extrajudiciaires parvenant à des conclusions opposées, le tribunal s'en soit remis à une troisième expertise, judiciaire celle-ci, pour conclure que la lésion du nerf crural droit survenue au cours de l'opération ne pouvait pas être évitée, donc ne constituait pas une erreur médicale⁷⁵.

2.

La pratique a trouvé un remède de droit matériel aux difficultés de prouver l'erreur technique du médecin en passant par la voie du défaut de consentement du patient⁷⁶, qui modifie à la fois le thème et le fardeau de la preuve⁷⁷. Lorsque le patient ne parvient pas à prouver l'erreur technique, il pourra tenter d'invoquer le défaut de consentement résultant d'une information insuffisante fournie par son médecin sur les risques de l'opération, à charge pour le médecin de tenter de prouver, à son tour, qu'il a correctement informé son patient.

Malgré les progrès réalisés dans ce domaine, il n'est pas certain que la culture médicale ait toujours bien intégré la nécessité pour le médecin de se placer au niveau du patient afin de donner à celui-ci une information lui permettant de prendre une décision éclairée relative à sa propre santé. La botte du médecin, qui vient corriger les excès possibles de la violation du devoir d'informer⁷⁸, consiste à invoquer le consentement hypothétique du patient, une contre-objection de droit matériel dont la preuve reste à la charge du médecin⁷⁹.

Quoi qu'il en soit, la sanction du défaut d'information n'est toutefois pas réglée de manière convaincante. Selon nous, le défaut d'information devrait entraîner le droit à une indemnité pour tort moral, indépendamment de

⁷⁴ Cf. *supra*, n. 64.

⁷⁵ Cf. *supra*, n. 20.

⁷⁶ Cf. *supra*, III.A.1, p. 19 ss.

⁷⁷ Voir *supra*, III.A.4-5, p. 23 ss, pour la critique de cette construction concernant les sanctions de la violation du devoir d'informer du médecin.

⁷⁸ Exigence qui tient, parfois, du prétexte : CHAPPUIS C., La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel : vers un droit subjectif absolu à être informé?, in Chappuis C. / Winiger B. (édit.), La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Genève/Zurich/Bâle 2009, p. 11 ss, 21 s.

⁷⁹ L'objection a été admise dans l'affaire commentée ici : ATF 133 III 132, consid. 3. Cf. *supra* III.A.3, p.22 s.

l'issue de l'intervention médicale et du consentement hypothétique du patient. Quant au dommage corporel en l'absence d'une information adéquate, il devrait en principe aussi faire l'objet d'une indemnisation lorsque le médecin ne parvient pas à prouver le consentement hypothétique du patient ; à notre avis, le médecin devrait cependant pouvoir opposer au patient le dommage que celui-ci aurait subi en refusant l'intervention et le faire déduire du dommage réparable.

3.

Par ailleurs, une autre difficulté fréquente de preuve est celle du dommage lorsque le résultat visé par l'activité dommageable était aléatoire. Cette difficulté devrait conduire à faire admettre selon nous la doctrine de la perte d'une chance⁸⁰. Là où un fait générateur de responsabilité est acquis, cette doctrine apporterait une solution qui tient compte des intérêts des deux parties. En effet, elle permettrait au demandeur de faire admettre qu'en présence d'un fait générateur de responsabilité prouvé, celui-ci lui a fait perdre une chance d'obtenir le résultat espéré. Il appartiendrait au demandeur de démontrer que cette chance était sérieuse et réelle et donc d'en fournir l'évaluation. Malgré le refus du Tribunal fédéral dans l'affaire de la méningite d'accepter cette doctrine, nous pensons que le dernier mot n'a pas été dit à ce sujet⁸¹.

4.

L'examen de la jurisprudence par le prisme de la preuve révèle une dernière règle dont l'énonciation reste plus hasardeuse que les trois mentionnées plus haut, lesquelles sont fondées sur la loi ou sur une jurisprudence bien établie : dans les affaires où le demandeur est un consommateur ou une partie faible, il convient en principe de protéger le demandeur contre les rigueurs excessives du droit de la preuve.

Cette dernière règle trouve sa place dans la zone grise des éléments déterminants pour emporter la conviction du juge. Il n'est ainsi pas étonnant que la cristallisation des exceptions à l'exigence d'une preuve stricte se soit faite dans l'affaire de la cafetière explosive⁸², ni que la jurisprudence admette certains aménagements en faveur du patient⁸³. Dans d'autres affaires en revanche, contractuelles en l'occurrence, les rigueurs de la preuve du dommage sont restées entières, que ce soit pour le client du transporteur ou celui de

⁸⁰ Cf. *supra*, I, p. 14 ss.

⁸¹ Cf. *supra*, I.A. et n. 2 et 3, p. 14.

⁸² Cf. *supra*, II, p. 17 s.

⁸³ Cf. *supra*, III, p. 18 ss.

l'entrepreneur ; peut-être ceux-là ne méritaient-il pas en l'espèce d'être assimilés à des parties faibles⁸⁴.

5.

Notre panorama de la jurisprudence récente sur la preuve en droit de la responsabilité civile confirme que la preuve est un art. Un art difficile !

⁸⁴ Cf. *supra*, IV, p. 31 ss.

Le juge et l'expert – Que vaut la séparation des pouvoirs en droit de la responsabilité civile ?

VINCENT BRULHART*

Table des matières

I.	Introduction	37
II.	L'indépendance du juge en droit positif	38
	A. Le juge	39
	B. L'expert	40
III.	Le procès en RC	41
	A. Généralités	41
	B. Qualité de l'expertise	43
	C. Appréciation par le juge	44
	1. Réduire le champ de l'appréciation	44
	2. Offrir un soutien au juge	45
	3. Les compétences de l'expert	45
	D. Conclusion provisoire	45
IV.	Compétences du juge et du législateur	46
V.	Conclusion	50

I. Introduction

L'expertise imprègne de son autorité nombre de nos institutions. En matière d'œuvre d'art, par exemple, on sait que les prix sont avant tout fixés par les experts, à telle enseigne que d'aucuns combattent cette position dominante en prenant appui sur la législation cartellaire¹. Dans le diagnostic préimplantatoire, l'élaboration de la loi a été marquée à ce point de la patte d'experts que certains ont cru à l'avènement d'un quatrième pouvoir. Le problème s'est posé de surcroît avec le génie génétique : la loi doit-elle être le fait d'experts, seuls vraiment à même de saisir les enjeux scientifiques, ou du peuple et de

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne. Je remercie M. Rémy ZGRAGGEN, assistant diplômé à l'Unil, pour son soutien dans l'élaboration de ce texte.

¹ Cf. F. G. VON BRÜHL, *Marktmacht von Kunstexperten als Rechtsproblem*, thèse Lausanne, 2008, p. 2 ss.

ses représentants en tant qu'il leur appartient de déterminer les orientations fondamentales de nos sociétés².

Le juge et l'expert, voilà donc les deux protagonistes de notre apologue. Si les détails de l'intrigue nous échappent encore, d'ores et déjà nous en connaissons la morale: la démocratie ne saurait le céder face à la technocratie; mais en même temps le pouvoir judiciaire ne saurait ignorer le progrès scientifique.

Le problème est donc le suivant: le juge doit être indépendant; en même temps il doit considérer dans sa décision des aspects techniques déterminants sur lesquels il n'a pas de maîtrise, que seuls des tiers experts peuvent lui apporter. Il en résulte un champ de tension dont nous allons tenter d'identifier les forces en débutant par quelques réflexions relatives à l'indépendance du juge en général (II.), avant d'aborder la situation particulière du procès en RC (III.). Nous terminerons par quelques aspects des relations entre le juge et le législateur (IV.).

II. L'indépendance du juge en droit positif

La justification d'un pouvoir judiciaire indépendant a inspiré quelques-unes des plus belles pages de la littérature politique du XVIII^e siècle. Evoqué par ARISTOTE, le principe a été repris par les Classiques et les Romantiques qui le déduisent tantôt de la loi de Nature (MONTESQUIEU), tantôt de la nécessité de combattre les excès du féodalisme ou encore de la liberté individuelle (KANT et ROUSSEAU par exemple)³.

Dans la législation positive, le principe est fixé dans la CEDH (art. 6), qui a donné lieu à une jurisprudence abondante⁴, également relative aux relations entre le juge et l'expert. Deux exemples à cet égard:

- Il a été jugé qu'un tribunal dont une partie des membres revêt qualité d'expert (en l'occurrence il s'agissait de médecins) n'est pas contraire aux

² Cf. P. SUTTER, *Wissenschaft und Ethik in der Rechtsetzung – Eine Untersuchung über die Legitimation nicht-juristischer Expertise am Beispiel der Präimplantationsdiagnostik (PID)*, thèse St-Gall, 2006, pp. 25 ss, 197 ss; cf. p. ex. D. THÜRER, *Der Experte: Eine "vierte Gewalt"? – Seine Rolle im Gemeinwesen zwischen Sachverstand und demokratischer Legitimität*, in T. MARAHUN (éd.), *Recht, Politik und Rechtspolitik in den internationalen Beziehungen*, Tübingen, 2005, p. 45 ss.

³ Cf. ARISTOTE, *Politique*, livre VI, chap. 4; cf. p. ex. M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, 1980; cf. C.-L. DE MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, Paris, 1867, livre XI.

⁴ Pour une liste de la jurisprudence, cf. p. ex. C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Bâle/Munich/Vienne, 2008, p. 308 ss; cf. également J.-L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 2005, p. 76 ss.

exigences d'impartialité, dans le domaine il est vrai de la privation de liberté à des fins d'assistance, là en d'autres termes où l'avis de l'expert psychiatre est déterminant. Ce qui revient à dire que dans ces cas, l'expert est susceptible de participer à l'élaboration de la décision⁵.

On peut franchir encore un pas dans cette logique :

- A été jugé contraire à la CEDH le fait qu'un Tribunal administratif ait refusé la prise en charge d'une opération de conversion sexuelle au motif que le délai de deux ans, imposé normalement par la jurisprudence avant la mise en œuvre d'une telle intervention, n'était pas écoulé. La Cour a considéré que le juge s'était à tort substitué à l'expert alors que la situation de la requérante eût exigé la prise en compte des réalités médicales, biologique et psychologique exprimées clairement par les experts médicaux, pour éviter une application mécanique du délai de deux ans. Ce qui revient à dire que la détermination de l'expert aurait dû prévaloir pour justifier la prise en charge de l'opération dont il était question⁶.

Ces décisions illustrent l'influence que l'expert est susceptible d'exercer sur la détermination du juge et sur l'issue de la cause, une évolution visible, il est vrai, avant tout dans le domaine médical, mais non pas exclusivement (droit de la construction). Revenons pour un instant sur la situation du juge et celle de l'expert.

A. Le juge

Dans nos lois d'organisation judiciaire et nos codes de procédure, le principe du juge indépendant se concrétise, sous sa forme la plus visible, au travers de règles sur la récusation dont les motifs s'imposent d'ailleurs pareillement pour l'expert⁷.

Nombreux sont les facteurs susceptibles de menacer l'indépendance du juge. La littérature juridique en mentionne de classiques au nombre desquels on compte, par exemple, le rôle des médias, les incidences liées aux voies de recours ou encore à la surveillance des tribunaux⁸. En matière de RC, se présentent non rarement des situations qui opposent un particulier de condition modeste à une compagnie organisée et financièrement puissante. Ce déséquilibre apparent est-il susceptible d'influencer le juge ? C'est le lieu de rappeler que le droit à un procès équitable a notamment accouché du principe

⁵ Cour EDH, arrêt D.N. c. Suisse, du 29 mars 2001, requête n° 27154/95, CEDH 2001-III.

⁶ Cour EDH, arrêt SCHLUMPF c. Suisse du 8 janvier 2009, requête n° 29002/06.

⁷ Art. 47 CPC ; cf. art. 18 ss LOJ/VD ; art. 53 ss LOJ/FR ; cf. également p. ex. § 92 GOG/SO.

⁸ Cf. p. ex. R. KIENER, *Richterliche Unabhängigkeit*, Berne, 2001, p. 198 ss ; cf. également K. EICHENBERGER, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Berne, 1960, p. 49 ss.

de l'égalité des armes, lequel requiert que chaque partie dispose d'une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. Ce principe s'applique à toutes les procédures civiles, pénales et administratives. Le TF le déduit de l'art. 29 Cst⁹.

Certains auteurs tirent un parallèle entre le principe de l'égalité des armes et l'exigence d'impartialité: il doit exister une égale distance des parties à l'égard du tribunal, seul moyen de garantir une justice indépendante. Cela ne saurait cependant être confondu avec les règles matérielles, dont certaines visent à protéger, sur le plan du résultat et non celui de la procédure, la partie faible (consommateur). Il existe de pareilles règles dans la LCA, par exemple. Le droit de la RC est à cet égard plus sibyllin, bien qu'au moment de fixer les principes de la réparation, la situation particulière de la victime ait été naturellement considérée, aussi si bien d'ailleurs par le législateur que par le juge. A noter dans ce contexte que l'art. 42 CO ne compte pas directement au nombre des règles visant à protéger la partie faible: les exigences réduites en matière de preuve s'imposent en présence de difficultés objectives, mais non pas lorsque les problèmes ont pour origine la différence de connaissances des protagonistes. La question a toutefois été discutée dans différents contextes de savoir si une inversion du fardeau de la preuve pourrait se justifier lorsqu'il s'agit de prendre en compte la situation de certaines parties en position d'infériorité¹⁰.

B. L'expert

Quant à l'expert, il doit également offrir toute garantie d'indépendance, d'impartialité et d'objectivité.

- L'indépendance, constitue le « trait congénital » de l'expertise (MOTULSKY)¹¹. Elle doit être distinguée de l'impartialité. L'indépendance de l'expert s'apprécie dans les rapports qu'il entretient avec les personnes concernées par l'expertise, qu'il s'agisse du commanditaire, de l'auteur de la décision ou des personnes qui seront affectées par cette dernière. L'expert ne doit être engagé avec aucun d'entre eux dans des liens personnels, contractuels, familiaux ou encore économiques.

⁹ ATF 133 I 1, c. 5.3.1; cf. Cour EDH arrêt ANKERL c. Suisse du 23 octobre 1996, requête n° 17748/91, CEDH 1996-V p. 1553, ch. 38; Cf. R. KIENER, *op. cit.* (n. 8), p. 134.

¹⁰ Cf. A. ILERI, *Der Richter und sein Denker*, HAVE/REAS 4/2009, p. 4 ss; cf. ATF 122 II 219, c. 3 ss; 4C.74/2005 du 16 juin 2005.

¹¹ H. MOTULSKY, *Notions générales*, in *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Travaux de recherche de l'Institut de droit comparé de Paris, Paris, 1969, p. 18.

- L'impartialité suppose que les conclusions de l'expert sont guidées par la seule appréciation de la situation, sans faveur artificielle à l'égard d'une des personnes à départager¹².
- Indépendance et impartialité sont des concepts relationnels en ce sens qu'ils se conçoivent dans les rapports avec un tiers. L'objectivité quant à elle renvoie à la manière; elle impose à l'expert d'apprécier la situation de façon complète, sans omettre aucun aspect et en exposant les éventuelles controverses existant dans sa discipline¹³.

La question s'est posée notamment dans ce contexte de savoir si le fait, pour un expert, d'avoir exprimé une opinion sur une controverse particulière, notamment scientifique, peut justifier la récusation. Selon la jurisprudence et la doctrine, la récusation peut être considérée si les avis exprimés par l'expert sont liés à la cause, mais non pas s'il s'agit d'avis exprimés de façon générale, sans rapport avec un litige déterminé. Ce résultat se conçoit, notamment si l'on considère l'exigence d'objectivité telle que nous venons de la décrire et qui doit guider l'élaboration du rapport d'expertise¹⁴.

III. Le procès en RC

A. Généralités

Les caractéristiques du procès en RC sont nécessairement liées aux conditions dont dépend la réparation du dommage. Nous les examinons successivement en considérant les tâches du juge et de l'expert.

La constatation du *dommage* est en première ligne une question de fait, relève partant de l'activité de l'expert, bien que le juge puisse être appelé à la rescousse pour certaines questions, notamment en application de l'art. 42 CO (preuve du dommage) ou pour l'imputation des effets d'une prédisposition constitutionnelle en application de l'art. 44 CO¹⁵. Un des principaux problèmes que posent ces situations tient à la qualité de l'expertise dont dépend le plus souvent la détermination du préjudice.

¹² O. LECLERC, L'indépendance de l'expert, in K. FAVRO, L'expertise: enjeux et pratiques, Paris, 2009, p. 1.

¹³ O. LECLERC, *op. cit.* (n. 12), p. 1 et les références.

¹⁴ ATF 136 V 279; U. MEYER, Das Schleudertrauma, anders betrachtet, in G. RIEMER-KAFKA/A. RUMO JUNGO, Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, FS für ERWIN MURER zum 65. Geburtstag, Berne, 2010, p. 473 ss; cf. Tages-Anzeiger, 16.09.2010, Zurich, pp. 1 et 5; cf. également T. GÄCHTER/D. TREMP, Praxisänderung zur Invalidenrente nach einem HWS-Trauma, Jusletter, 27.09.2010. Sur la récusation de l'expert en matière d'assurances sociales, cf. notamment J. O. PIGUET, Le choix de l'expert et sa récusation: le cas particulier des assurances sociales, HAVE/REAS 2/2011, p. 127 ss.

¹⁵ ATF 129 III 135 c. 4.2.1; 127 III 73 c. 3c; 122 III 219 c. 3b; cf. C. J. CARRANZA/S. MICOTTI, Gestion de fortune et dommage causé au client, Jusletter 26.05.2008, p. 3.

L'illicéité est en principe une question de droit, bien que l'attitude à l'origine d'un comportement illicite relève du domaine des faits, et donc de l'expert (notamment en matière médicale). Nous reviendrons sur cet aspect en relation avec la faute objective¹⁶.

La *causalité naturelle* relève des faits¹⁷. A nouveau, la qualité de l'expertise peut être déterminante si l'état de fait doit être apprécié par un spécialiste.

Quant à la *causalité adéquate*, elle relève du droit¹⁸. L'imputation juridique en d'autres termes d'un comportement dommageable à un responsable est affaire du juge, en considération de l'expérience générale de la vie. Cependant, le critère de référence doit être pris du domaine de la vie en question dans l'affaire considérée. Or le magistrat, en dépit de toutes ses qualités, n'est pas omniscient. Il devra sans doute recourir sur ce point à des avis de tiers, lesquels seront susceptibles d'influencer de manière déterminante le résultat judiciaire¹⁹.

Il en va un peu de même pour l'appréciation de la *faute objective*, en ce sens que le juge doit se référer à une attitude modèle qu'il ne peut connaître, en certaines matières, qu'avec l'aide de l'expert. De surcroît, ces standards ne sont pas toujours définis de façon claire et précise. On attend donc du spécialiste qu'il fixe, selon les cas, des normes de comportement d'après son appréciation personnelle. Quant à la subsomption, une tâche par nature judiciaire, elle intervient dans ces domaines complexes également par l'expert, souvent seul en mesure d'apprécier la situation et le comportement du responsable. Certains ont considéré pour cette raison que celui-là se substitue parfois au législateur (normes), puis au juge (subsomption). Le débat s'est notamment porté sur la RC médicale²⁰. De fait, il est vrai qu'en pratique ces affaires sont réglées le plus souvent en accord avec les constatations de l'expert médical, quand ce dernier ne donne pas lui-même la solution juridique du litige; selon la formulation des questions qui lui sont adressées, la tentation pourrait être plus ou moins grande pour lui d'intervenir en effet sur le terrain juridique.

Quant à la *faute subjective*, le reproche moral, elle peut faire l'objet d'une appréciation du juge en fonction de l'ensemble des circonstances.

¹⁶ Cf. par ex. ATF 4C.366/2006 du 9 février 2007.

¹⁷ ATF 132 III 715 c. 2.2, p. 718; 8C.465/2010 du 24 novembre 2010, c. 4.1; cf. par ex. G. CHAPPUIS / B. SOLTERMANN, La sinistralité des lésions bénignes du rachis cervical: une spécificité suisse?, in Forum Med Suisse 6/2006, p. 402.

¹⁸ ATF 9C.242/2010 du 29 novembre 2010, c. 3.4; 119 IB 334, p. 343; 116 II 519 c. 4a; 113 II 52 c. 2; cf. p. ex. P. GAUCH / W. R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht AT, Zurich, 2008, N 2948 ss.

¹⁹ A. ILERI, *op. cit.* (n. 10), p. 7 ss.

²⁰ Cf. notamment A. ILERI, *op. cit.* (n. 10).

	Expert	Juge	Remarques
Dommage	X	42 CO	problème de la qualité de l'expertise
Illicéité		X	mais de fait appréciation de l'attitude du responsable par l'expert
Causalité naturelle	X		cas douteux : règles sur la preuve ; problème de la qualité de l'expertise
Causalité adéquate		X	mais qui est en mesure de rendre compte de l'expérience générale ?
Faute objective (standard de comportement)		X	mais, souvent, seul l'expert connaît les règles professionnelles (quand il ne doit pas les définir lui-même)
Faute subjective (jugement moral)		X	

Il résulte de cette analyse deux séries de problèmes qui portent

- sur la qualité de l'expertise, et
- sur la difficulté pour le juge d'apprécier les règles du comportement attendu dans certains domaines de la vie.

Quelles solutions ?

B. Qualité de l'expertise

La question a fait l'objet de diverses réflexions déjà. Désormais, c'est un sujet de préoccupation aussi bien auprès des victimes et avocats qu'aux yeux des juges et assureurs, notamment dans le vaste domaine des préjudices corporels. Certaines propositions ont été émises qui tendent par exemple à la mise en place d'*expertises médicales conjointes*, sur le modèle français. De tels procédés doivent permettre de saisir aussi rapidement que possible, et de façon multidisciplinaire, les enjeux liés à une atteinte à l'intégrité corporelle, en accord avec la partie lésée et le responsable ou l'institution d'assurance cas échéant. Comme a pu l'affirmer Guy CHAPPUIS, il s'agit là sans doute d'une « voie prometteuse »²¹. De plus, des efforts considérables ont été entrepris, sur un plan universitaire et spécialement dans le domaine médical, qui veulent

²¹ Pour la qualité de l'expertise, diverses réflexions ont été menées et des mesures prises, spécialement dans le domaine médical. Nous renvoyons également aux propositions qui avaient été émises pour la mise en place d'expertises médicales conjointes, par G. CHAPPUIS, *L'expertise médicale conjointe : une voie prometteuse*, in *Journées du droit de la circulation routière* (Université de Fribourg), Berne, 2008, pp. 121-154.

faire de l'expertise une discipline à part entière²². Ces mesures doivent être soutenues et poursuivies.

C. Appréciation par le juge

Plusieurs voies paraissent envisageables dans ce contexte : elles vont des mesures tendant à réduire le champ de l'appréciation jusqu'à celles qui doivent renforcer l'indépendance et l'impartialité, en passant par diverses formes de soutien dans l'exercice de l'art de juger, lequel reste à la fois aussi difficile qu'essentiel.

1. Réduire le champ de l'appréciation

L'objectif vise ici à favoriser la mise en place de mécanismes où la tâche du juge serait simplifiée à mesure que le système prévoirait lui-même, en application de critères aussi objectifs que possible, les modalités de prise en charge.

La volonté de définir un «tableau clinique caractéristique»²³ s'inscrit dans le fil de cette tendance. En normant en quelque sorte l'expérience générale de la vie par la mise en œuvre d'une méthode inductive, on réduit le champ de l'appréciation du juge. Les possibilités de prise en compte des circonstances concrètes sont réduites d'autant. De surcroît, ce type de procédé pose la question de savoir qui, du juge ou du législateur, reçoit la compétence de définir de tels schémas. Nous y reviendrons.

Dans la même conception s'inscrit le développement possible de modalités de prise en charge reposant sur les mécanismes de l'assurance. Les assurances sociales dont l'intervention est fondée sur le résultat relèvent de cette idée. En assurance privée, on la trouve notamment au travers de certaines formes d'assurances de somme.

Enfin, en droit de la responsabilité civile, on peut imaginer des normes de réparation définissant le champ de protection, plutôt que reposant sur un mécanisme d'imputation dépendant d'une relation de causalité. Si le concept existe, sa mise en œuvre est à ce jour restée marginale²⁴.

²² L'Université de Bâle a mis sur pied une chaire de l'expertise médicale [www.asim.unibas.ch].

²³ Cf. M. BERGER, Unfallanalytik und Biomechanik – beweisrechtliche Bedeutung, SJZ/RSJ, 2006, pp. 25-33; cf. G. CHAPPUIS, La biomécanique – un outil précieux au service de la médecine et du droit, HAVE/REAS 4/2010, p. 386 ss.

²⁴ V. ROBERTO, Schadensrecht, Basel, 1997, p. 83 ss et les références; H. DESCHENAUX/P. TERCIER, La responsabilité civile, Berne, 1982, p. 61 et les références; cf. P. SOURLAS, Adäquanztheorie und Normzwecklehre bei der Begründung der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB, Berlin, 1974.

2. *Offrir un soutien au juge*

- On peut penser par exemple à doter le juge d'un expert dédié qui lui permette de saisir tous les enjeux de la cause.
- Ou encore inclure un ou des experts dans le Collège du tribunal sur le modèle par exemple des Commissions chargées de statuer sur la privation de liberté à des fins d'assistance. Pour certains auteurs, la participation de l'expert à la discussion du jugement requiert une base légale. D'autres craignent une forme de « démission » du juge, une réserve qui ne nous paraît pas nécessairement justifiée. A noter que dans l'arbitrage de tels procédés sont courants : les parties peuvent désigner en qualité d'arbitres des experts particulièrement qualifiés dans une branche déterminée²⁵.
- Mettre en place des tribunaux spécialisés sur le modèle par exemple du Tribunal de Commerce de Zurich²⁶.

3. *Les compétences de l'expert*

Enfin, on peut porter l'attention sur la personnalité de l'expert :

- Notamment en précisant et renforçant les exigences d'indépendance et d'impartialité.
- En créant, pourquoi pas, un système d'experts agréés par la Cour sur le modèle français. A noter que dans ce contexte se pose notamment la question de savoir s'il est admissible de faire figurer sur la liste des experts agréés un médecin-conseil d'assurance. Certains sont d'avis que tel ne devrait pas être le cas²⁷.

D. *Conclusion provisoire*

Il faut naturellement veiller à ce que la solution soit proportionnelle à l'ampleur du problème. Il nous semble pour notre part qu'en intervenant sur la qualité de l'expertise, en mettant un poids sur les exigences d'impartialité et d'indépendance de l'expert, on peut déjà obtenir des résultats appréciables pour la plus grande majorité des affaires. La question pourrait se poser de

²⁵ Cf. B. BETTEX, thèse Lausanne, 2006, p. 16 ss et les références.

²⁶ Cf. D. SCHWANDER, *Das Zürcher Handelsgericht und die branchenspezifische Zusammensetzung seines Spruchkörpers*, Berlin, 2009 ; cf. également R. STAUBLI, *Fremde Richter am Zürcher Handelsgericht*, *Tages-Anzeiger*, Zurich, 09.11.2009 ; ATF 136 I 213, c. 3.5.

²⁷ N. CHABRUX, *L'expert judiciaire dans la réparation du dommage corporel des accidentés de la route : Dérapages non contrôlés*, *Gazette du Palais*, Paris, 2005, p. 3 ; cf. O. LECLERC, *op. cit.* (n. 12), p. 10.

surcroît d'une forme de spécialisation des juges, tendance déjà amorcée dans certains cantons²⁸.

Il est encore une préoccupation, exprimée dans d'autres contextes, qui vise à éviter une complexification des règles relatives à la fixation du dommage, particulièrement dans le domaine des préjudices corporels²⁹. Cela pourrait être un facteur susceptible de favoriser l'accès à la justice et de faciliter le travail du juge. Cette réflexion s'impose à plus forte raison si l'analyse devait révéler que des méthodes simplifiées de calcul du dommage conduisent à des résultats au fond assez peu différents de ceux qui résultent de la mise en œuvre de systèmes plus perfectionnés. Très naturellement, le souci de la justice matérielle doit cependant prévaloir³⁰.

IV. Compétences du juge et du législateur

Le principe de la séparation des pouvoirs n'est sans doute pas un dogme intangible. Jean-François AUBERT lui-même constatait que la délimitation est parfois difficile, notamment entre l'administration et la juridiction. Il serait illusoire selon lui de penser que la justice appartient au seul juge et la législation au Parlement exclusivement. Il y aurait lieu bien plutôt de rechercher une forme d'équilibre entre des fonctions certes distinctes à titre principal, mais appelée à coopérer dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'Etat.

Cette idée se retrouve dans les principes relatifs aux sources du droit: le législateur et le juge coopèrent, bien que l'un et l'autre aient *a priori* des champs d'activité distincts. Les conceptions jacobines de la Révolution française ont vécu. Elles faisaient du juge un exécutant servile et conférait un pouvoir sans partage au législateur³¹. Cette attitude a conduit vers une jurisprudence frappée du sceau d'un rationalisme rigoureux (*Begriffsjurisprudenz*). La situation a évolué; on a peu à peu reconnu que la loi ne peut tout régler, qu'elle comprend par conséquent des lacunes que la jurisprudence doit tendre à compléter en prenant en compte les intérêts en présence; ainsi s'est développée la jurisprudence dite « des intérêts » dès les années 1920³².

²⁸ Cf. par ex. les tribunaux de commerce (Handelsgerichte) dans les cantons de BE, AG, SG et ZH; art. 6 CPC fédéral.

²⁹ R. BREHM, *Einige herausfordernde Gedanken zu den Grenzen des Schadenersatzrechts*, ZBJV 4/2006, p. 325 ss; G. CHAPPUIS, *Les tables de capitalisation. Le calcul des dommages corporels en évolution*, in P. TERCIER, *Capitalisation – Nouvelles voies*, Fribourg, 1998, p. 121 ss.

³⁰ S.WEBER/M. SCHAETZLE, *Personenschaden im Rück- und Ausblick: eine kritische Standortbestimmung*, *Personen-Schaden-Forum* 2010, Zurich, p. 281 ss.

³¹ « Mais les juges de la nation (...) ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » (C.-L. DE MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XI, chap. 6, Bibliothèque de la Pléiade, tome II, Paris, 1951, p. 404).

³² Cf. H. SCHOPMEYER, *Juristische Methode als Lebensaufgabe*, Tübingen, 2001, p. 179 ss.

Pour autant, le juge reste tenu par la loi. S'il peut certes créer des règles de droit, reste à fixer l'étendue de son domaine de compétence. La question rappelle celle des frontières d'interprétation ; car là où cette dernière atteint ses limites, peut débiter la création de droit par le juge³³.

Si l'interprétation doit être regardée comme un moyen de retrouver le sens d'un écrit, il faut alors nécessairement considérer sa provenance ; le texte est en effet la représentation d'un message dont la communication initiale est intervenue oralement. On sait les difficultés que comporte la traduction d'une idée ainsi exprimée dans une forme textuelle. Le législateur n'y échappe pas. Marc AMSTUTZ le remarque, en même temps qu'il analyse les conséquences qui découlent de la forme codifiée que prend le droit dans les sociétés modernes. Difficultés d'une tradition écrite où il s'agit de retrouver la part du message originel perdue au cours des tentatives de formalisation. D'où cette conception selon laquelle le libellé de l'art. 1 al. 1 CC conduirait à des ambiguïtés : la loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre *et* l'esprit de l'une de ses dispositions, plutôt que la lettre *ou* l'esprit³⁴.

Il est une autre difficulté dans ce contexte qui tient au caractère incomplet de notre code. Le législateur consacre certes le primat de la loi, mais il reconnaît aussi « que son œuvre peut n'être pas complète et il autorise le juge à en combler les lacunes »³⁵. Ariane MORIN rappelle que la genèse du Code civil suisse repose sur la volonté d'en faire une « loi populaire » ; elle montre que de cette intention découle, parmi d'autres conséquences, l'adoption d'un texte volontairement lacunaire visant pour l'essentiel à traiter les situations jugées les plus importantes de la vie quotidienne. Par ailleurs, les normes sont formulées en termes généraux ; il a été renoncé à régler tous les détails des états de fait susceptibles de tomber sous le coup de la loi ; nombre de dispositions restent intentionnellement imprécises³⁶.

Dans une approche plus sociologique, d'aucuns se sont demandés si le droit répond aujourd'hui encore aux fonctions qui étaient les siennes autrefois. Le sociologue Giovanni BUSINO rappelle qu'il est devenu difficile de fournir des critères juridiques appropriés à la solution de conflits sociaux, à maîtriser les crises selon les méthodes juridiques. En tous les cas, la fonction du juriste change : « Il n'est plus le (...) conservateur des modèles normatifs. Désormais il transforme, intègre, donne des significations précises aux

³³ Art. 1 II CC ; H. DESCHENAUX, *Le Titre préliminaire du Code civil*, Fribourg, 1969, p. 45.

³⁴ M. AMSTUTZ, *Der Text des Gesetzes, Genealogie und Evolution von Art. 2 ZGB*, RDS 2007 II, pp. 237 ss, 244 et 248.

³⁵ H. DESCHENAUX, *op. cit.* (n. 34), p. 65.

³⁶ A. MORIN, *Les articles 2 et 4 CC : deux règles dans l'esprit du Code civil suisse*, RDS, 2007, II, pp. 203 ss, 219-220.

règles et cela grâce aussi aux variables institutionnelles, sociales, culturelles, idéologiques»³⁷.

De toutes les manières, lorsqu'il entreprend de créer une règle de droit, le juge doit tenir compte d'un principe fondamental indispensable à la sécurité juridique : nous faisons référence à la *prévisibilité*. Le juge doit à cet égard dérouler son raisonnement à partir de critères simples ; le recours à l'analogie se révèle à cet égard un des moyens les plus appropriés³⁸. Certains auteurs ont d'ailleurs craint la généralisation de méthodes fondées sur la pure casuistique³⁹.

Ces remarques résonnent spécialement en droit de la responsabilité civile. La codification en cette matière est en effet particulièrement « légère » (« besonders lockerer Kodifikationsstil »). Ce résultat tient pour partie non négligeable au fait que le législateur marquait assez peu d'intérêt pour le droit de la responsabilité civile au début du siècle passé, son attention ayant été plutôt retenue par l'unification et la modification du droit civil qui relevait jusque-là des compétences cantonales⁴⁰.

On comprend de ce point de vue par exemple que la notion de dommage se soit développée ; on conçoit également la justification des principes relatifs à la prédisposition constitutionnelle en tant qu'ils se rapportent à la compréhension du rapport de causalité ou à la notion du dommage réparable.

Est plus discutable à cet égard la reconnaissance d'une RC fondée sur la confiance ou encore la reconnaissance d'un tableau clinique caractéristique.

La *responsabilité fondée sur la confiance* a beaucoup fait parler d'elle au moment où le Tribunal fédéral publiait deux arrêts très remarquables : *Swissair* et *Grossen*, des jugements qui datent aujourd'hui déjà de plus de quinze ans⁴¹. La question a été posée de savoir si le pouvoir judiciaire disposait de la légitimité nécessaire pour ouvrir cette nouvelle voie. « Les types de responsabilités doivent être du ressort du législateur » a-t-on proclamé⁴². Rien n'indique, poursuivait-on, que « notre législateur ait rédigé le Code des obligations en

³⁷ G. BUSINO, Le droit et la jurisprudence, science storicosociale?, Mélanges Pierre MOOR, Berne, 2005, p. 36.

³⁸ A. MORIN, *op. cit.* (n. 37), p. 224 s. ; A. MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar Artikel 1-10 ZGB, Berne, 1962, N 346 ss *ad art.* 1 CC.

³⁹ Cf. p. ex. A. MEIER-HAYOZ, *op. cit.* (n. 39), N 340 ss *ad art.* 1 CC.

⁴⁰ P. WIDMER / P. WESSNER, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Berne, 2000, p. 1 ss ; cf. p. ex. M. BORS, Zur « Volkstümlichkeit » des ZGB, in P. GAUCH / F. WERRO / P. PICHONNAZ, Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genève/Zurich/Bâle, 2008, p. 135.

⁴¹ ATF 120 II 331/JdT 1995 I 359 ; ATF 121 III 350 ; cf. p. ex. R. BREHM, La responsabilité fondée sur la confiance dans le domaine des assurances, Journée de la responsabilité civile, 2000, C. CHAPPUIS et B. WINIGER (éds), Genève, Zurich, Bâle, 2001, p. 95.

⁴² R. BREHM, *op. cit.* (n. 42), p. 95 ; ATF 74 II 106.

«oubliant» un type de responsabilité, oubli qui ne serait apparu qu'après plus de quatre-vingts ans». Ou encore: «Il s'agit là (...) d'une question trop essentielle pour être décidée par l'autorité judiciaire – si bien inspirée soit-elle»⁴³.

Par ailleurs, regarder le concept comme constituant une responsabilité d'un troisième type, sise entre contrat et délit, échappant à l'art. 97 CO, a pu conduire certains à se demander si le Tribunal fédéral, dans son activité créatrice de droit, a tenu un juste compte du critère de l'insertion, à savoir le principe selon lequel la solution doit s'insérer logiquement et harmonieusement dans l'ordre juridique⁴⁴.

De fait, on trouve dans la doctrine récente une réflexion intéressante sur le fondement et la source de la responsabilité fondée sur la confiance. Selon l'ancien Juge fédéral Hans-Peter WALTER, toute la discussion sur la «nouvelle voie» découlerait en réalité d'un malentendu. Son raisonnement repose sur la distinction entre le fondement de l'obligation et les conséquences de sa violation. Le dommage doit être réparé en raison d'une mauvaise exécution d'un devoir de comportement, ce dernier étant qualifié d'«obligation primaire». Celle-ci peut trouver son origine dans un contrat ou dans l'existence d'une relation particulière en application du principe de la confiance. Dans cette seconde hypothèse, l'injonction d'agir découle des règles de la bonne foi. L'art. 2 CC n'engendre alors que la naissance de la prétention; ainsi considérée, cette disposition est une «norme de protection», pas une «norme de responsabilité». L'art. 97 I CO régit quant à lui les conséquences de la violation en tant qu'il doit se comprendre, non comme une règle du droit des contrats, mais bien comme une disposition visant les conséquences de l'inexécution d'obligations. La disposition s'appliquerait aussi bien à toute obligation, quel qu'en soit le fondement, pas seulement aux obligations contractuelles⁴⁵.

Le problème du tableau *clinique caractéristique* s'est spécialement posé dans le contexte des lésions bénignes du rachis cervical. En raison de l'absence de tout déficit organique objectivement constatable, il est médicalement et juridiquement très hasardeux de tenter d'établir si tel accident (bénin) est à l'origine des plaintes durables de la victime. Le Tribunal fédéral des assurances a cependant cru reconnaître l'existence d'un «tableau clinique caractéristique» (qui inclut des troubles tels que vertiges, céphalées, malaises, problème de vision et de mémoire, etc.), lequel tableau affecterait précisément

⁴³ Cf. R. BREHM, *loc. cit.*

⁴⁴ Cf. A. MORIN, *op. cit.* (n. 37), p. 230.

⁴⁵ Cf. H.-P. WALTER, Responsabilité fondée sur la confiance et devoir d'information, in La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel, Journée de la responsabilité civile, 2008, C. CHAPPUIS et B. WINIGER (éds), Genève, Zurich, Bâle, 2009, pp. 158-159; également sur la question du champ d'application de l'art. 97 CO, P. TERCIER, Abus de confiance?, La responsabilité fondée sur la confiance, Journée de la responsabilité civile, 2000, C. CHAPPUIS et B. WINIGER (éds), Genève, Zurich, Bâle, 2001, pp. 72-73.

les victimes de lésions non objectivables⁴⁶. Le concept a déjà été critiqué, notamment en raison de son imprécision et d'une spécificité médicalement douteuse⁴⁷. Là n'est pas l'objet de notre discours. La question, dans le présent contexte, est plutôt de savoir si le juge est autorisé à normer ainsi l'expérience générale de la vie. Le législateur, en imposant l'exigence d'un rapport de causalité, entend bien que l'appréciation de chaque cas intervienne de façon individualisée. Lorsqu'il pose une telle condition, il ne vise pas le résultat en tant que tel, mais entend bien que l'analyse porte sur le point de savoir si tels effets peuvent être attribués à telle cause. Passer outre les caractéristiques du cas d'espèce, en imputant d'emblée sur la base d'une appréciation *a priori*, tels symptômes à telle cause, revient à inclure d'autorité certaines situations dans le champ de protection d'une institution juridique. Telle n'était pas l'intention du législateur en matière d'assurance accident selon la LAA, laquelle est bien qualifiée d'assurance « causale »⁴⁸. Au surplus, les expertises biomécaniques permettent aujourd'hui des analyses fiables qui tiennent un juste compte des contraintes mécaniques sur la physiologie des êtres humains. Pour n'être pas une science exacte, la biomécanique n'en contribue pas moins de façon déterminante à statuer sur l'existence d'un rapport de causalité naturelle⁴⁹. La tendance actuelle du Tribunal fédéral est bien désormais de faire primer les circonstances concrètes sur les données purement médicales, et de considérer à cet égard les apports de la biomécanique en tant qu'instrument reconnu au service du juge et du médecin⁵⁰.

V. Conclusion

Notre exposé aurait pu, aurait dû même peut-être, s'intituler « le juge *ou* l'expert ». Il aurait ainsi mis en évidence que le champ de l'un est distinct de celui de l'autre. Le premier décide en application du droit, tandis que le second apporte les éléments de fait nécessaires à la subsomption. Pour séduisante qu'elle soit en théorie, cette conception ne rend pourtant pas un juste compte de la réalité : en dépit de toutes ses qualités, le juge n'est pas om-

⁴⁶ Cf. ATF 117 V 359 c. 4, p. 360 ; 119 V 335 c. 2, p. 338 ss ; 134 V 110.

⁴⁷ Cf. p. ex. P. JÄGER, Darstellung und Kritik der neueren Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum adäquaten Kausalzusammenhang beim Schleudertrauma der Halswirbelsäule, HAVE/REAS 4/2003, p. 291 ss et les références ; cf. également R. P. STEINER, Verschärfte « Schleudertrauma »-Praxis – Steife Bise von vorne oder von hinten?, HAVE/REAS 4/2010, p. 402 s.

⁴⁸ Cf. A. RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, Fribourg, 1998, p. 87 ss.

⁴⁹ Cf. Biomechanik und Unfallanalyse als Grundlage der Haftungsbeurteilung, Forum HAVE/REAS 4/2010, p. 374 ss avec des contributions de M. VOISARD / A. FLORIN / M. MUSER / F. WALZ, M. WEBER, A. BEELER, G. CHAPPUIS et B. STUDHALTER.

⁵⁰ Cf. ATF 4A.540/2010 du 8 février 2011.

niscient. L'expert, compte tenu de son expérience, peut apporter quant à lui les éléments indispensables à l'appréciation finale. La tendance se renforce en même temps que progressent la technologie et la spécialisation. Dès lors, l'alternative est la suivante: soit les juges sont confinés à certains domaines particuliers et deviennent hautement spécialisés, soit ils doivent collaborer étroitement avec l'expert, tout en gardant une vue générale sur l'impact des décisions de justice à l'endroit des évolutions sociales. La seconde voie nous paraît préférable; d'où le titre de notre contribution («le juge *et* l'expert») et notre conclusion: il faut admettre le principe d'une étroite et indispensable collaboration dont les modalités, loin de reposer sur de seules distinctions théoriques, doivent tenir également compte des spécificités concrètes liées à certaines matières d'appréhension difficile.

Responsabilité de l'expert dans un procès civil

ARIANE MORIN*

Table des matières

I.	Introduction	54
II.	La responsabilité de l'expert privé	55
	A. La notion d'expert privé	55
	B. La responsabilité contractuelle de l'expert privé envers la partie qui l'a engagé	56
	1. Responsabilité du mandataire ou de l'entrepreneur	56
	2. Conditions spécifiques de la responsabilité contractuelle	57
	a) En général	57
	b) Responsabilité pour auxiliaires	58
	C. L'absence de responsabilité de l'expert privé envers la partie adverse	59
	1. L'absence de responsabilité contractuelle	59
	2. Les limites de la responsabilité civile	60
	3. L'absence de responsabilité fondée sur la confiance	61
III.	La responsabilité de l'expert-arbitre	62
IV.	La responsabilité de l'expert judiciaire	63
	A. La notion d'expert judiciaire	63
	1. En général	63
	2. Les devoirs de l'expert judiciaire	63
	B. La réparation du préjudice causé par l'expert judiciaire	65
	1. Principe	65
	2. Les conditions de la responsabilité de l'Etat envers la partie lésée	65
	a) Acte illicite de l'expert	66
	b) Caractère objectif de la responsabilité de l'Etat	66
	C. La responsabilité de l'expert-judiciaire envers l'Etat	67
V.	Conclusion	68
VI.	Bibliographie	68

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne.

I. Introduction

Dans un procès en responsabilité civile¹, l'expert joue souvent un rôle fondamental dans l'établissement des faits, en particulier en ce qui concerne le calcul du dommage (cf. not. art. 42 al. 2 CO) et la détermination de la causalité naturelle².

Mais il peut arriver que dans ce contexte, l'expert se comporte de façon préjudiciable pour l'une des parties au litige (lésé ou responsable potentiel). Il peut par exemple contribuer à augmenter les frais de procès, parce qu'il faut compléter ou renouveler son rapport pas clair ou insuffisamment motivé (art. 188 al. 2 CPC), ou parce que son inaction ou son retard rend nécessaire la désignation d'un nouvel expert (art. 188 al. 1 CPC). Cela peut causer un dommage à l'une des parties, dans la mesure où ces frais ne sont pas mis à la charge de l'expert ou de la partie adverse (art. 106 et 108 CPC)³. Une expertise erronée peut également causer un dommage à l'une des parties, par exemple parce qu'elle conduit à un jugement qui lui est défavorable, ou parce que cette partie se fie à tort à cette expertise et prend sur cette base des dispositions qui s'avèrent ensuite préjudiciables pour elle, telle une transaction, un passé expédient ou un acquiescement (cf. art. 106 et 241 CPC)⁴. Enfin, on peut envisager qu'un expert cause un tort moral à l'une des parties au litige par les affirmations qu'il formule à son égard dans son rapport.

La partie ainsi lésée ne peut évidemment obtenir réparation de son préjudice que s'il existe un rapport de causalité naturelle et adéquate entre celui-ci et le comportement de l'expert⁵. Cas échéant, il reste à déterminer le chef de responsabilité que peut invoquer cette partie. Dans la mesure où l'expert est intervenu dans le cadre d'une procédure civile, sa responsabilité suit-elle les seules règles du droit privé, contractuel ou extracontractuel? Ou la réparation du préjudice qu'il a causé à l'une des parties dépend-elle du droit public, soit d'une responsabilité de l'Etat? – C'est à ces questions que l'on se propose de répondre dans la présente contribution, en distinguant selon que l'expert a agi en tant qu'expert privé, expert-arbitre (art. 189 CPC) ou expert judiciaire (art. 183-188 CPC).

En revanche, il ne sera pas spécialement question par la suite du témoin-expert (art. 175 CPC), car on peut l'assimiler à l'expert judiciaire, dans la mesure où les art. 183 ss CPC lui sont opposables⁶.

¹ On se référera ci-après au Code de procédure civile suisse (CPC) du 19 janvier 2008, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

² BÜHLER, pp. 5-9; id., *Zivilprozess*, pp. 86, 94 et 104; WALTER, pp. 60-66.

³ ZR 2001 N 22 c. V; FF 2006, p. 6933; BSK-Dolge, CPC 184 N 27, CPC 188 N 6 et 11.

⁴ KLOPFER, p. 54 s.; ORTHMANN, p. 235.

⁵ KLOPFER, pp. 37 et 44; ORTHMANN, p. 215 ss.

⁶ BSK-GRUYON, CPC 175 N 1; v. aussi BETTEX, p. 22.

C'est également à dessein que l'on renonce à traiter ici de la responsabilité de l'expert dans un litige d'assurances sociales : la présente contribution se concentre sur le procès en responsabilité civile, qui concerne le principe et l'étendue de la responsabilité de l'auteur du préjudice, non sur les modalités de la réparation, par exemple sur une éventuelle prise en charge du préjudice par une assurance privée ou sociale. Cela étant, les développements sur la responsabilité de l'expert qui interviennent dans le procès civil valent *mutatis mutandis* pour son éventuelle responsabilité dans le contexte d'un procès en assurances sociales

Enfin, la réparation du tort moral causé par l'expert, la fixation de l'indemnité et la prescription ne nous paraissent pas mériter de développements spécifiques ci-après : en droit privé, on se reportera à l'art. 49 CO pour le tort moral (applicable soit directement, soit par analogie dans le cadre de l'art. 99 al. 3 CO), aux art. 43 et 44 CO pour la fixation de l'indemnité (p. ex. pour savoir dans quelle mesure réduire l'indemnité lorsque l'expert a remis un rapport erroné parce qu'une des parties a mal répondu à ses questions) et aux art. 60 et 127 CO pour la prescription. En droit public, ces questions sont réglées soit directement par le droit cantonal (p. ex. : art. 6 al. 2 et 7 LRECA), soit par le droit privé applicable par analogie à titre supplétif (p. ex. : art. 6 LREC).

II. La responsabilité de l'expert privé

A. La notion d'expert privé

L'expert privé est engagé par un contrat conclu avec l'une des parties au litige⁷. L'expertise privée peut en effet aider cette partie à s'orienter dans le procès, notamment à contester les faits retenus dans une expertise judiciaire. Elle ne constitue pas un moyen de preuve au sens des art. 183 ss CPC, mais est admissible en tant qu'allégation d'une partie aux conditions de recevabilité de celle-ci. A ce titre, son contenu est susceptible d'influencer le comportement de l'autre partie ou la décision du tribunal⁸.

⁷ BSK-DOLGE, CPC 183 N 17; HÜRLIMANN, p. 136.

⁸ ATF 132 III 82 c. 3.4 et 3.5; FF 2006, p. 6933; BSK-DOLGE, CPC 183 N 17, CPC 189 N 56; HÜRLIMANN, p. 137; PERROULAZ, CPC 183 N 4; WEIBEL, CPC 177 N 4 5.

B. La responsabilité contractuelle de l'expert privé envers la partie qui l'a engagé

1. Responsabilité du mandataire ou de l'entrepreneur

Le contrat passé entre l'expert privé et la partie qui l'engage est en principe un mandat (art. 394 CO). Dans le contexte de la responsabilité civile, l'expert doit en général répondre à des questions d'appréciation sur des circonstances sur lesquelles sa volonté n'a pas de prise, ou choisir entre plusieurs solutions possibles. Il exécute donc la plupart du temps une prestation de moyens, en vue d'un certain résultat dont il ne peut pas garantir entièrement la réalisation⁹. Ainsi, l'expert chargé de se prononcer sur les faits relatifs au calcul du dommage corporel (art. 46 CO) va dans bien des cas être amené à évaluer l'invalidité du lésé en posant un diagnostic et un pronostic sur l'évolution future de son état (expertise médicale) ou en évaluant son aptitude à compenser le handicap dû à la lésion (expertise psychotechnique)¹⁰. S'il doit déterminer la causalité naturelle entre un accident et des lésions corporelles, il ne pourra très souvent pas donner d'affirmation absolue, mais se prononcera sur le degré de vraisemblance d'une relation de cause à effet entre cet événement et ce résultat¹¹.

Par conséquent, si l'expert privé cause un préjudice à la partie qui l'a engagé, sa responsabilité s'assimilera dans la règle à celle d'un mandataire¹².

Il faudra toutefois appliquer les règles relatives à la responsabilité de l'entrepreneur si l'expert doit répondre à des questions purement techniques, de sorte que son travail doit aboutir à un résultat susceptible d'être vérifié selon des critères objectifs et d'être qualifié de juste ou de faux, et peut à ce titre être qualifié d'ouvrage¹³. Tel sera par exemple le cas de l'expert chargé d'évaluer le coût du traitement de lésions corporelles passées (art. 46 CO) ou les frais de réparation d'un bien matériel abîmé.

Enfin, si le contrat d'expertise est un contrat mixte (ou composé), parce que l'expert privé doit à la fois répondre à des questions d'appréciation (mandat) et à des questions purement techniques (entreprise), sa responsabilité envers son cocontractant sera soit celle d'un mandataire, soit celle d'un entrepreneur, suivant le contenu de l'obligation violée (et sous réserve d'une

⁹ ATF 127 III 328 c. 2, JdT 2001 I 254; ATF 130 III 458 c. 4; ATF 134 III 361 c. 6.2.3; BÜHLER, Stellung, p. 324; TERCIER/FAVRE, N 5009 ss.

¹⁰ BREHM, N 489 et 491.

¹¹ ATF 133 III 81 c. 4.2.2; ATF 133 III 462 c. 4.4.2; BÜHLER, p. 6 s.; WALTER, p. 65 s.

¹² ATF 127 III 453 c. 2; TERCIER/FAVRE, N 5015.

¹³ ATF 127 III 328 c. 2, JdT 2001 I 254; ATF 127 III 543 c. 2; ATF 130 III 458 c. 4; ATF 134 III 361 c. 5.1; BÜHLER, Zivilprozess, p. 17 s.; id., Stellung, p. 325; BSK-DOLGE, CPC 184 N 1; TERCIER/FAVRE, N 4228 ss, 5011 et 5013. Pour le surplus, cf. BÜHLER, Beweis, pp. 91-94.

convention contraire valide des parties). Par exemple, l'art. 398 CO s'appliquera si l'expert a incorrectement apprécié la situation. En revanche, il faut appliquer les règles du contrat d'entreprise pour régler les conséquences de l'exécution imparfaite d'une question purement technique¹⁴.

2. Conditions spécifiques de la responsabilité contractuelle

a) En général

L'expert privé et la partie qui l'a engagé peuvent déterminer librement le régime de la responsabilité pour inexécution, dans les limites de la loi (cf. not. art. 100 et 163 CO). En l'absence d'un règlement conventionnel, il faut s'en remettre en principe au régime légal supplétif de la responsabilité contractuelle, qui ne sera pas tout à fait identique selon que l'expert privé apparaît comme mandataire ou comme entrepreneur.

En matière de mandat, l'art. 398 CO renvoie aux art. 97 ss CO pour les conditions de la responsabilité et à la prescription décennale de l'art. 127 CO¹⁵. La responsabilité de l'entrepreneur suit en principe également le régime général des art. 97 ss CO, sauf si son inexécution se traduit par un défaut de l'ouvrage (p. ex. si l'expert remet à son client un rapport dans lequel il a répondu de façon incomplète ou inexacte à une question technique). Cas échéant, il ne répond du dommage consécutif au défaut (art. 368 al. 1 et 2 CO) que si le maître n'a pas accepté l'ouvrage (art. 370 CO) et s'il a respecté les incombances de l'art. 367 CO. Sa responsabilité se prescrit en outre dans les délais très courts de l'art. 371 CO (soit normalement une année, cf. art. 371 al. 1 CO). Les conditions de l'action en dommages-intérêts fondée sur l'art. 368 CO correspondent pour le surplus à celles de l'art. 97 CO¹⁶.

On peut en conclure qu'outre le préjudice et la causalité, la responsabilité contractuelle de l'expert privé suppose en principe dans tous les cas la violation d'une obligation et une faute.

Le comportement de l'expert à l'origine du préjudice de son cocontractant doit donc être contraire à l'une des obligations qu'il assume dans le cadre de leur contrat. A cet égard, la distinction entre mandat et contrat d'entreprise peut jouer un rôle lorsque le dommage du cocontractant résulte du caractère erroné de l'expertise. Si l'expert a rédigé son rapport dans le cadre d'un mandat, soit en exécution d'une obligation de moyens, de telles erreurs ne pourront en effet lui être reprochées que s'il n'a pas fait preuve de toute la

¹⁴ ATF 115 II 452, JdT 1990 I 303; ATF 127 III 453 c. 2; ATF 130 III 362 c. 4.1; ATF 131 III 528 c. 7.1.1; ATF 134 III 361 c. 6.2.3; CR CO-THÉVENOZ, Intro 184-529 CO, N 19; voir aussi BÜHLER, Stellung, p. 324.

¹⁵ ATF 133 III 121 c. 3.1; TERCIER/FAVRE, N 5195 ss.

¹⁶ ATF 130 III 458 c. 5; ATF 130 III 361 c. 4; ATF 134 III 361 c. 5.2; TERCIER/FAVRE, N 4621 et 5015.

diligence objectivement requise (cf. art. 398 al. 2 CO) dans l'établissement de ce document, par exemple s'il n'a pas, comme médecin, observé toutes les règles de l'art pour poser un pronostic sur l'évolution future de l'état de la victime¹⁷. En revanche, s'il a rédigé son rapport dans le cadre d'un contrat d'entreprise, soit en exécution d'une obligation de résultat, son erreur s'assimilera comme telle à un défaut de l'ouvrage¹⁸.

L'expert doit en outre avoir fautivement violé son obligation envers son cocontractant, soit intentionnellement, soit par négligence. L'art. 97 al. 1 CO pose une présomption de faute. Si l'expert était capable de discernement au moment de la violation du contrat, il lui sera très difficile de renverser cette présomption, notamment dans l'hypothèse la plus fréquente en pratique où on lui reproche une négligence. En effet, selon la conception « objectivée » de la négligence que suit le Tribunal fédéral, celle-ci est donnée si l'expert aurait pu prévoir la violation de l'obligation s'il avait fait preuve de l'attention et de la réflexion que l'on pouvait attendre d'une personne idéale de sa catégorie, ce qui l'empêche en principe de se disculper en invoquant des excuses strictement personnelles, comme le stress, la colère ou la maladie¹⁹. Par conséquent, dans la plupart des cas, les faits qui auront conduit à constater la violation de l'obligation de diligence de l'expert (art. 398 al. 2 CO) empêcheront celui-ci de renverser la présomption de faute posée à l'art. 97 al. 1 CO²⁰.

b) *Responsabilité pour auxiliaires*

L'exécution personnelle est la règle en matière d'expertise, puisque l'expert est en général engagé en raison de ses compétences de spécialiste (art. 68, 364 al. 2 et 398 al. 3 CO)²¹. Il n'en va autrement que pour l'exécution de tâches accessoires sous son autorité. Ainsi, l'expert peut déléguer sans l'accord du créancier la mise en forme de son rapport à une secrétaire, ou demander des recherches documentaires à un collaborateur²². Cas échéant, sa responsabilité sera soumise au seul art. 101 CO.

Si l'expert a confié à un tiers tout ou partie du travail qu'il devait exécuter en personne, il engagera sa responsabilité objective du fait d'autrui pour les actes de ce tiers (art. 101 CO), en concours avec sa responsabilité subjective pour son fait propre (art. 97 CO), puisqu'en utilisant illicitement un

¹⁷ ATF 127 III 357, JdT 2002 I 192; ATF 133 III 121 c. 3.1 et 3.4; ATF 134 I 159 c. 4.4; BÜHLER, Stellung, p. 330; TERCIER / FAVRE, N 4988.

¹⁸ ATF 127 III 328, JdT 2001 I 254; ATF 130 III 458 c. 4; TERCIER / FAVRE, N 5009.

¹⁹ ATF 116 Ia 162 c. 2c, JdT 1992 IV 52; ATF 117 II 563 c. 2a; ATF 124 III 155 c. 3b, JdT 1999 I 125; GAUCH / SCHLUEP / EMMENEGGER, N 2989 ss; REY, N 844 ss.

²⁰ ATF 133 III 121 c. 3.3 et 3.4; GAUCH / SCHLUEP / EMMENEGGER, N 2994 ss.

²¹ BK-WEBER, CO 68, N 27.

²² *Infra*, p.64 s.

auxiliaire, il a violé son obligation de s'exécuter en personne²³. Pour choisir entre l'art. 97 et l'art. 101 CO, le créancier tiendra notamment compte d'une éventuelle clause limitative de la responsabilité de l'expert incluse dans le contrat d'expertise. En effet, une telle clause sera soumise à des conditions de validité plus strictes dans le cadre de l'art. 97 CO (art. 100 CO) que dans celui de l'art. 101 CO (art. 101 al. 2 CO).

C. L'absence de responsabilité de l'expert privé envers la partie adverse

L'expert privé n'assume sauf exception aucune responsabilité contractuelle ou extracontractuelle envers la partie adverse.

1. L'absence de responsabilité contractuelle

Si la partie lésée n'est pas celle qui a engagé l'expert, celui-ci n'assume aucune responsabilité contractuelle envers elle. Cette partie n'est pas sa créancière, car il n'est pas possible de retenir une stipulation pour autrui parfaite, même implicite (art. 112 al. 2 CO)²⁴, en sa faveur, puisque l'expert doit en principe remettre son rapport à son cocontractant, qui le communiquera ensuite à l'autre partie par l'intermédiaire du tribunal, comme pièce produite à l'appui de ses allégations (cf. art. 221 s. CPC)²⁵.

Aucun autre motif ne permet de restreindre la portée de la relativité des conventions dans le contexte de l'expertise privée. Ainsi, il n'est pas possible de reconnaître au contrat d'expertise privée un effet protecteur en faveur de la partie adverse, qui donnerait à celle-ci une prétention en responsabilité contractuelle contre l'expert²⁶. En effet, on conçoit mal que ce contrat impose comme tel à l'expert des obligations accessoires de protection à l'égard de la partie adverse, puisqu'elle se trouve en conflit avec le cocontractant de l'expert²⁷.

Ce conflit empêche également l'application de la théorie du déplacement de l'intérêt (*Drittschadensliquidation*)²⁸ pour conférer une prétention

²³ BK-WEBER, CO 101 N 87 s.

²⁴ ATF 83 II 277, JdT 1958 I 170; ATF 121 III 310, JdT 1996 I 359; BÄRTSCHI, p. 312.

²⁵ HIRSCH, p. 78.

²⁶ Sur la notion discutable de contrat avec effet protecteur pour les tiers (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritten*), cf. not. SJ 2000 I 549 c. 3b; ATF 130 III 345 c.1, JdT 2004 I 207; GAUCH / SCHLUEP / EMMENEGGER, N 3911 ss.

²⁷ ATF 130 III 345 c. 1, JdT 2004 I 207; BÄRTSCHI, p. 298 s.; HIRSCH, p. 78 s.; LOSER, N 1014; voir aussi STILLIG, pp. 102-105; FAUST, pp. 568-570.

²⁸ Sur cette notion, cf. ATF 117 II 315 c. 5c/aa; GAUCH / SCHLUEP / EMMENEGGER, N 2882 ss.

contractuelle à la partie adverse, car il est exclu que la partie qui a engagé l'expert ait agi comme représentante indirecte de la personne contre laquelle elle est en procès.

2. *Les limites de la responsabilité civile*

Le préjudice causé dans le cadre d'un procès par l'expert privé est en général purement économique: il ne résulte pas d'une lésion corporelle ou matérielle, mais d'une atteinte au seul patrimoine de la partie lésée, qui se trouve contrainte, à la suite de l'expertise, à assumer des frais qu'elle n'aurait pas dû supporter autrement, ou qui est amenée à prendre des dispositions d'ordre économique qu'elle n'aurait pas assumées sans l'expertise²⁹.

Dès lors, il sera extrêmement difficile de lui opposer un acte illicite au sens de l'art. 41 al. 1 CO, du moins si l'on s'en tient à la théorie objective de l'illicéité, faute de pouvoir reprocher à l'expert privé la violation d'une norme qui tendrait à protéger les intérêts purement patrimoniaux qui ont été lésés (illicéité dite de comportement)³⁰. En effet, les art. 183 ss CPC 307 et 320 CP visent certes à protéger les intérêts aux parties au procès, mais ne concernent que l'expert judiciaire³¹.

La théorie objective de l'illicéité est critiquable³². Il paraît toutefois difficile de l'écarter aujourd'hui au profit de la théorie subjective (*neminem laedere*), dans la mesure où le Tribunal fédéral l'applique depuis plus d'un siècle (art. 1 al. 3 CC)³³. On pourrait en revanche envisager d'élargir la conception objective de l'illicéité en admettant qu'il existe un devoir général de protéger les intérêts purement patrimoniaux d'autrui qui apparaissent d'emblée et comme tels particulièrement exposés à des comportements de tiers propres à les léser, dont le contenu pourrait être précisé par une analogie globale des cas où le Tribunal fédéral a retenu un acte illicite en rapport avec un préjudice purement économique. Mais cette solution ne permettrait pas pour autant de retenir une responsabilité civile de l'expert privé envers la partie adverse. En effet, même dans cette perspective, on ne voit pas à quel titre un expert privé devrait respecter un devoir général de ne pas léser les intérêts patrimoniaux des tiers avec lesquels son cocontractant se trouve précisément en procès.

²⁹ Cf. les ex. donnés *supra*, p. 54.

³⁰ ATF 119 II 127, IdT 1994 I 298; ATF 132 III 122 c. 4.1; ATF 133 III 323 c. 5.1; BÄRTSCHI, p. 168 s.; ORTHMANN, p. 79 ss.

³¹ *Infra*, p. 64.

³² A ce propos, cf. p. ex. WERRO, N 326 ss; BÄRSTCHI, p. 122.

³³ Pour des ex. récents, cf. not. ATF 132 III 122 c. 4.1; ATF 133 III 323 c. 5; pour une justification dogmatique de la théorie objective de l'illicéité, cf. p. ex. FELLMANN, p. 494 s.; FAUST, pp. 558-560. Sur la force des précédents, cf. STEINAUER, N 456.

Par conséquent, l'expert privé ne commet en définitive un acte illicite que si la partie adverse a été lésée à la suite d'informations inexactes qu'il a dolosivement mentionnées dans son rapport. L'illicéité réside alors dans le fait de mentir, ce qui conduira de surcroît à retenir la faute intentionnelle de l'expert³⁴. L'art. 44 CO sera toutefois opposable au lésé, dans la mesure où il n'est pas censé se fier à une expertise que la personne avec laquelle il se trouve en procès a sollicitée à l'appui de ses allégations.

Quant à l'art. 41 al. 2 CO, il ne s'appliquera que dans les cas exceptionnels où l'expert privé a agi intentionnellement dans le seul but de nuire à la partie qu'il a lésée³⁵.

3. *L'absence de responsabilité fondée sur la confiance*

Selon le Tribunal fédéral, la responsabilité fondée sur la confiance est la responsabilité autonome qu'encourt celui qui éveille en dehors de tout contrat la confiance digne de protection d'autrui si, par la suite, il déçoit cette confiance. Elle intervient à titre subsidiaire, lorsqu'aucune responsabilité contractuelle (art. 97 CO) ou délictuelle (art. 41 CO) n'est envisageable³⁶.

La responsabilité fondée sur la confiance suppose tout d'abord l'existence d'une relation personnelle étroite, c'est-à-dire des contacts sociaux extra-contractuels, mais suffisamment individualisés et spécifiques pour amener une personne à soumettre largement ses biens juridiques à l'influence d'une autre personne et à lui manifester ainsi sa confiance particulière³⁷. A l'ATF 130 III 345, le Tribunal fédéral a reconnu que ces contacts sociaux pouvaient être indirects. Ainsi, d'après le Tribunal fédéral, lorsqu'un expert remet un rapport à son mandant et que celui-ci communique à son tour le rapport avec un tiers avec lequel il négocie la conclusion d'un contrat sur lequel cette expertise peut exercer une influence, il se crée une relation personnelle étroite entre l'expert et le tiers, si le mandant a transmis le rapport au tiers avec l'accord de l'expert, ou alors que celui-ci pouvait et devait raisonnablement se douter qu'il donnerait ce rapport au tiers, vu le but de l'expertise ou ses relations avec le tiers³⁸.

Or, lorsqu'il intervient dans le contexte d'une procédure, l'expert privé sait ou doit savoir que le rapport qu'il communique à la partie qui l'a engagé sera ensuite remis à la partie adverse, en tant que pièce du dossier

³⁴ Cf. ATF 108 II 421, JdT 1983 I 205.

³⁵ ATF 124 III 297, JdT 1999 I 268; BÄRTSCHI, p. 169 ss; ORTHMANN, p. 86 s.

³⁶ ATF 130 III 345, JdT 2004 I 207; ATF 133 III 449 c. 4.1.

³⁷ ATF 120 II 331 c. 5a, JdT 1995 I 359; ATF 128 III 324 c. 2.2, JdT 2005 I 35; ATF 130 III 345 c. 2.2, JdT 2004 I 207; ATF 134 III 390 c. 4.3.2, SJ 20008 I 361; LOSER, N 191 et 206-208; MORIN, p. 43 s.

³⁸ ATF 130 III 345 c. 2.1, JdT 2004 I 207; BÄRTSCHI, p. 365; MORIN, p. 55 s.

(art. 221 s. CPC). Dans cette mesure, on peut admettre qu'il existe des contacts sociaux indirects entre l'expert privé et la partie adverse³⁹.

Cela ne suffit toutefois pas pour retenir une responsabilité fondée sur la confiance de l'expert privé envers la partie adverse.

Cette responsabilité implique en effet que les attentes suscitées puis déçues dans le cadre de contacts sociaux directs ou indirects soient dignes de protection. Elles doivent correspondre aux attentes qu'aurait développées une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances matérielles et personnelles que celui qui a confiance (cf. art. 3 al. 2 CC)⁴⁰. Tel ne sera en général pas le cas des attentes que le rapport de l'expert privé peut susciter chez la partie adverse: puisque ce rapport a été sollicité par la partie avec laquelle elle se trouve en procès et ne constitue pas un mode de preuve, la partie adverse doit partir de l'idée qu'elle ne peut pas se fier aux affirmations qui y sont contenues. Sa position ne saurait donc se comparer avec celle de la personne qui reçoit de son partenaire à des négociations un rapport d'expertise que celui-ci a fait établir sur des faits propres à influencer la conclusion du contrat: il y a ici un élément de coopération qui manque dans les relations entre des parties à un procès⁴¹.

III. La responsabilité de l'expert-arbitre

L'expert-arbitre est désigné d'entente entre les parties (art. 189 al. 1 et 2 CPC), afin de procéder à la constatation, obligatoire pour elles, de faits pertinents. L'expertise-arbitrage lie définitivement le tribunal, dans les limites de l'art. 189 al. 3 CPC. Elle le dispense donc de procéder à l'administration des preuves concernant ces faits. Suivant son contenu, elle peut également dissuader une partie d'ouvrir ou de poursuivre un procès dépourvu de chance de succès⁴².

L'expert-arbitre est engagé par un contrat d'expertise-arbitrage passé avec les parties aux litige⁴³. Par conséquent, s'il cause un préjudice à l'une d'elles, il en répondra en principe selon les règles de la responsabilité contractuelle (art. 97 ss CO). Pour savoir si sa responsabilité sera celle d'un mandataire ou

³⁹ ATF 130 II 345 c. 2.2, JdT 2004 I 207.

⁴⁰ ATF 120 II 331 c. 5a, JdT 1995 I 359; ATF 121 III 350 c. 5b et 6; ATF 130 III 345 c. 2, JdT 2004 I 207; ATF 133 III 449 c. 4.1., JdT 2008 I 325; BÄRTSCHI, p. 369 s.; LOSER, N 214; MORIN, p. 45 s.

⁴¹ BÄRTSCHI, p. 369; LOSER, N 807. Voir aussi HIRSCH, p. 83.

⁴² FF 2006, p. 6933 s.; BSK-DOLGE, CPC 183 N 18, CPC 189 N 38 ss et 57.

⁴³ ATF 129 III 535 c. 2, JdT 2003 I 590; FF 2006, p. 6933; BETTEX, p. 16 s.; BSK-DOLGE, CPC 189 N 1; HÜRLIMANN, p. 142 s.; PERROULAZ, CPC 189 N 15; WEIBEL, CPC 189 N 8.

d'un entrepreneur, il faut se rapporter aux mêmes critères que ceux retenus pour qualifier le contrat d'engagement d'un expert privé⁴⁴.

IV. La responsabilité de l'expert judiciaire

A. La notion d'expert judiciaire

1. *En général*

L'expert judiciaire est nommé par le tribunal, soit d'office, soit sur réquisition des parties (art. 183 al. 1 CPC). Son expertise est un moyen de preuve (art. 168 al. 1 lit. d CPC), que le tribunal apprécie librement (art. 157 CPC)⁴⁵. Elle peut servir à établir ou à apprécier un état de fait grâce aux connaissances spéciales de l'expert (p. ex. à déterminer, dans le cadre d'un procès relatif à un accident de la circulation, à quelle vitesse roulait un véhicule, ou à déterminer si cette vitesse était adaptée aux circonstances), ou à communiquer au tribunal des règles générales d'expérience (p. ex. à déterminer en matière de responsabilité médicale quelles sont les règles de l'art de la profession)⁴⁶.

L'expert judiciaire est un auxiliaire de la justice, ce qui ressort notamment du fait que les règles sur la récusation et sur le secret de fonction lui sont applicables (art. 183 al. 2 et 184 al. 2 CPC)⁴⁷. Il n'est pas lié aux parties, mais au tribunal qui le désigne, avec lequel il se trouve dans une relation juridique de droit public⁴⁸.

2. *Les devoirs de l'expert judiciaire*

La question de savoir si les rapports entre le tribunal et l'expert judiciaire se fondent sur une décision ou sur un contrat de droit administratif est controversée⁴⁹. Cette controverse n'a toutefois guère d'importance pratique. En effet, quel que soit le fondement de la relation entre l'expert judiciaire et le tribunal, son expertise n'a force de preuve que s'il a observé certains devoirs tant formels que matériels⁵⁰. Ces devoirs se déduisent des art. 183 ss CPC, du

⁴⁴ BSK-DOLGE, CPC 189 N 28.

⁴⁵ FF 2006, p. 6932; BSK-DOLGE, CPC 183 N 1 et 15; BÜHLER, p. 12.

⁴⁶ BETTEX, p. 7; BSK-DOLGE CPC 183 N 4.

⁴⁷ BOSSHARD, p. 208; BÜHLER, Stellung, p. 319 s.; BSK-DOLGE, CPC 183 N 28.

⁴⁸ BSK-DOLGE, CPC 183 N 33, CPC 184 N 1 s.; BÜHLER, Stellung, p. 323; SALADIN, p. 662. Voir aussi BETTEX, pp. 13 et 271 ss.

⁴⁹ A ce propos, cf. ATF 134 I 159, c. 3; BETTEX, pp. 271-275; BSK-DOLGE, CPC 184 N 2; SALADIN, p. 662.

⁵⁰ BOSSHARD, p. 209 ss; BSK-DOLGE, CPC 183 N 7; PERROULAZ, CPC 187 N 12; WEIBEL, CPC 184 N 4.

droit cantonal supplétif et, subsidiairement, des règles du mandat voire du contrat d'entreprise, applicables selon les mêmes critères de choix qu'en droit privé⁵¹, mais seulement par analogie, puisque l'activité de l'expert vise des buts d'intérêts public⁵².

Il s'agit principalement des devoirs suivants :

- L'expert judiciaire doit exécuter sa mission dans le respect des règles sur la récusation (art. 47 et 183 al. 2 CPC), sur l'égalité de traitement entre les parties⁵³ et sur le secret de fonction (art. 184 al. 2 CPC et art. 320 CP)⁵⁴. Il doit déposer son rapport dans le délai prescrit (art. 184 al. 1 et 188 al. 1 CPC).
- Puisqu'il est désigné en fonction de ses connaissances spéciales, l'expert judiciaire doit en principe établir son rapport personnellement, sauf si le tribunal l'a autorisé à recourir aux services d'un auxiliaire (art. 398 al. 3 CO et 364 al. 2 CO p. an.)⁵⁵, ou s'il confie à ce tiers des tâches purement accessoires (p. ex. des recherches documentaires ou la dactylographie du rapport d'expertise)⁵⁶.
- L'expert judiciaire doit rechercher la vérité (art. 184 al. 1 et 2 CPC et art. 307 CP). Cela lui impose d'établir son rapport avec toute la diligence requise, compte tenu des règles de l'art suivies en la matière (art. 398 al. 2 CO p. an.). S'il constate qu'il n'a pas les connaissances suffisantes pour respecter cette exigence (p. ex. qu'il lui manque certaines connaissances nécessaires à l'établissement de son rapport), il doit immédiatement en informer le tribunal, pour que celui-ci puisse, s'il y a lieu, faire appel à un autre expert (cf. art. 188 al. 2 CPC)⁵⁷.
- Le rapport d'expertise doit être complet, clair et convaincant (art. 184 al. 2, 186 al. 2 et 188 al. 2 CPC). L'expert judiciaire doit répondre à toutes les questions soumises à expertise. Il doit décrire les fondements de l'objet à expertiser et les investigations effectuées (cf. art. 186 al. 1 CPC) et exposer ses constatations personnelles. Son rapport doit être compréhensible par le juge et les parties. L'expert doit motiver ses conclusions de façon

⁵¹ *Supra*, p. 56 s.; ATF 134 I 159, c. 3 et 4.4; BSK-DOLGE, CPC 184 N 1; PERROULAZ, CPC 185 N 2; WEIBEL, CPC 185 N 1.

⁵² BSK-DOLGE, CPC 183 N 3; MOOR, p. 388; WALDMANN, p. 12 s. Cela exclut par exemple l'application de l'art. 404 CO à l'extinction des rapports entre l'expert et l'Etat, cf. BSK-DOLGE, CPC 184 N 3; *contra*: BÜHLER, *Zivilprozess*, p. 20.

⁵³ BSK-DOLGE, CPC 183 N 22, CPC 184 N 8; SALADIN, p. 671.

⁵⁴ BÜHLER, p. 19; BSK-DOLGE, CPC 184 N 8.

⁵⁵ ZR 2001 N 22, p. 72; BÜHLER, p. 18 s.; *id.*, *Stellung*, p. 326 ss; BSK-DOLGE, CPC 184 N 5, CPC 185 N 4; SALADIN, p. 675.

⁵⁶ ZR 2001 N 22, p. 72; PERROULAZ, CPC 183 N 10; BÜHLER, p. 22; cf aussi *supra*, p. 58 s.

⁵⁷ ATF 134 I 159 c. 4; ZR 2001, N 22, p. 76; BÜHLER, p. 18; *id.*, *Stellung*, p. 330 s.; BSK-DOLGE, CPC 184 N 6; PERROULAZ, CPC 184 N 6; SALADIN, p. 671.

cohérente et précise. Il doit mentionner ses sources ; s'il y a une controverse scientifique en la matière, il doit présenter les différentes thèses en présence et indiquer si et pourquoi il opte en faveur de l'une d'elles⁵⁸.

B. La réparation du préjudice causé par l'expert judiciaire

1. Principe

En tant qu'auxiliaire de la justice, l'expert judiciaire exécute une charge de droit public au sens de l'art. 61 al. 1 CO⁵⁹.

Par conséquent, la réparation du préjudice qu'il a causé à une des parties au litige ne s'opère en principe pas selon les art. 41 ss CO, car la majorité des cantons a fait aujourd'hui usage de la possibilité de soumettre la responsabilité des personnes visés à l'art. 61 al. 1 CO à un régime spécial de droit public (p. ex. art. 1 et 3 al. 1 ch. 13 LRECA pour le canton de Vaud ; art. 2 LREC pour le canton de Genève)⁶⁰. Sur le modèle de la LRCF (cf. art. 3 et 7 LRCF), ces législations cantonales prévoient pour la plupart que la partie lésée par l'expert judiciaire doit en principe agir contre l'Etat qui pourra ensuite se retourner contre l'expert⁶¹.

L'action de la partie lésée contre l'Etat a une portée subsidiaire : elle ne peut être exercée que si cette partie a épuisé toutes les voies de procédure visant à éviter ou limiter son préjudice (p. ex. les voies de recours contre la décision fondée sur une expertise erronée)⁶².

2. Les conditions de la responsabilité de l'Etat envers la partie lésée

Pour illustrer les conditions de la responsabilité de l'Etat pour les actes préjudiciables de l'expert judiciaire, on s'en remettra ci-après aux dispositions vaudoises (art. 1 ss LRECA) et genevoises (art. 1 ss LREC) en la matière.

⁵⁸ BÜHLER, Zivilprozess, pp. 61-65; BOSSHARD, p. 211; BSK-DOLGE, CPC 183 N 11- 13; PERROULAZ, CPC 187 N 2 s.

⁵⁹ BSK-DOLGE, CPC 183 N 28 s.; MOOR, p. 703 ss; SALADIN, p. 663; voir aussi ORTHMANN, pp. 22 et 52 ss.

⁶⁰ Pour les autres cantons, cf. GROSS, p. 55 ss; MOOR, p. 715.

⁶¹ TANQUEREL, p. 354.

⁶² BÜHLER, Zivilprozess, p. 115 s.; GROSS, p. 353 s.; JAAG, N 124.

a) *Acte illicite de l'expert*

Comme le montrent les législations vaudoise (art. 4 LRECA) et genevoise (art. 2 LREC), l'Etat ne répond du dommage causé par l'expert judiciaire que si celui-ci a commis un acte illicite. La notion d'acte illicite est ici la même que dans le cadre de l'art. 41 CO (cf. art 8 LRECA ; art. 6 LREC). Dans la mesure où le dommage causé par l'expert est en principe purement économique, on ne retiendra donc un acte illicite de sa part que si on peut lui reprocher la violation d'une norme qui tendait à protéger les intérêts purement patrimoniaux de la partie lésée (illicéité de comportement)⁶³.

Si un tel reproche ne peut pratiquement jamais être fait à l'expert privé⁶⁴, il n'en va pas de même de l'expert judiciaire. En effet, les devoirs qui s'imposent à ce dernier dans le cadre de sa relation de droit public avec le tribunal (p. ex. le devoir de rechercher la vérité, celui de respecter le secret de fonction ou celui de remettre son expertise à temps) visent à assurer l'établissement correct des faits de la cause. Ils tendent donc en priorité à protéger les intérêts des parties, en particulier leur intérêt à ne pas être lésées par une mauvaise administration des preuves. Cela revient à dire que l'expert judiciaire qui a causé un préjudice (purement patrimonial) à l'un des parties en violation des devoirs qui lui incombent dans l'exercice de son activité d'auxiliaire de la justice commet toujours un acte illicite⁶⁵.

b) *Caractère objectif de la responsabilité de l'Etat*

En principe, la responsabilité de l'Etat est objective. Il doit donc réparer le dommage causé par l'expert dès que celui-ci a commis un acte illicite, indépendamment de toute faute de sa part⁶⁶.

En tant que titulaire de la puissance publique, l'Etat ne peut pas s'exonérer en démontrant sur la base de l'art. 55 CO par analogie qu'il a correctement choisi, instruit et surveillé l'expert⁶⁷. Il faut en déduire par extension que les preuves libératoires de l'art. 55 CO ne valent pas non plus par analogie lorsque le dommage a été causé par un auxiliaire auquel l'expert a licitement recouru (p. ex. : le rapport n'est pas déposé dans le délai prescrit parce que la secrétaire de l'expert a omis de le mettre en forme). On imputera donc sans restriction à l'expert, et par voie de conséquence à l'Etat, le comportement de cet auxiliaire si celui-ci a commis un acte illicite dans l'exécution de la tâche que l'expert lui avait confiée.

⁶³ ATF 132 II 305 c. 4.1; TANQUEREL, p. 356; GROSS, p. 166 ss; JAAG, N 97; MOOR, p. 718 ss.

⁶⁴ *Supra*, p. 60 s.

⁶⁵ KLOPFER, pp. 42 s., 68 s., 78 s. et 84 s.; ORTHMANN, p. 84; SALADIN, p. 664.

⁶⁶ GROSS, pp. 113 et 257; MOOR, p. 717 s.; v. aussi JAAG, N 45 et 157.

⁶⁷ GROSS, pp. 251 s. et 270; JAAG, N 157.

La solution de la responsabilité objective de l'Etat est retenue dans la majorité des cantons, par exemple dans le canton de Vaud, comme le montre l'art. 4 LRECA⁶⁸.

Il en va différemment à Genève, où l'Etat ne répond qu'en cas de faute de ses fonctionnaires ou agents (cf. art. 2 al. 1 LREC). Quoique discutable, cette condition supplémentaire ne limite pratiquement pas la responsabilité de l'expert judiciaire, du moins si l'on retient comme en droit privé une conception « objectivée » de la négligence. En effet, dans la plupart des cas, les faits qui auront conduit à reprocher un acte illicite à l'expert permettront également de dire qu'il n'a pas non plus fait preuve de l'attention et de la réflexion que l'on pouvait attendre d'une personne idéale de sa catégorie⁶⁹.

C. La responsabilité de l'expert-judiciaire envers l'Etat

Si l'Etat doit réparer le dommage causé à l'une des parties par l'expert judiciaire, il bénéficie ensuite d'une action récursoire contre celui-ci. Les conditions de cette action sont réglées par le droit public cantonal⁷⁰. Dans les cantons de Vaud et de Genève, l'Etat ne peut se retourner contre l'expert que si celui-ci a commis l'acte dommageable intentionnellement ou par négligence grave (art. 10 LRECA ; art. 3 LREC)⁷¹. Pour le surplus, on devrait pouvoir s'en remettre par analogie aux art. 97 ss CO, puisque les règles du droit des contrats sont applicables à titre supplétif aux relations entre l'expert judiciaire et l'Etat (cf. aussi art. 6 LREC)⁷². Cela permettra par exemple de retenir une présomption de faute (qui ne concerne pas le degré de la faute, vu l'art. 99 al. 1 CO)⁷³.

L'Etat dispose d'autres moyens contre l'expert judiciaire, qu'il peut exercer à côté ou à la place de l'action récursoire. Il peut notamment révoquer l'expert (cf. art. 188 CPC), refuser de lui verser une rémunération (art. 184 al. 3 CPC)⁷⁴ ou encore, dans les cas graves, le condamner à une amende d'ordre (art. 128 CPC)⁷⁵. Enfin, comme l'indique l'art. 184 al. 2 CPC, il faut réserver les sanctions pénales contre l'expert qui a établi un faux rapport (art. 307 CP) ou qui a violé le secret de fonction (art. 320 CPC)⁷⁶.

⁶⁸ GROSS, p. 84.

⁶⁹ GROSS, pp. 63 et 229 ss ; TANQUEREL, p. 356 ; *supra*, p. 58.

⁷⁰ GROSS, p. 210 ; JAAG, N 250 ; MOOR, p. 713.

⁷¹ TANQUEREL, p. 354. L'art. 7 LRFC pose la même exigence en droit fédéral, cf. JAAG N 250 ; MOOR, p. 713.

⁷² V. aussi *supra*, p. 63 s.

⁷³ ATF 133 III 121 c. 3.1.

⁷⁴ ZR 2001 N 22 p. 79 ; BSK-DOLGE, CPC 184 N 12 et 25.

⁷⁵ BSK-DOLGE, CPC 184 N 26 ; WEIBEL, CPC 188 N 3 ; PERROULAZ, CPC 184 N 8.

⁷⁶ BSK-DOLGE, CPC 184 N 28 ; PERROULAZ, CPC 184 N 8 ; WEIBEL, CPC 184 N 4.

V. Conclusion

La responsabilité de l'expert privé et celle de l'expert-arbitre sont soumises au droit privé. L'expert privé engage sa responsabilité contractuelle envers la partie qui l'a engagé. L'expert-arbitre engage la même responsabilité envers chaque partie au litige, puisqu'il est engagé par un contrat passé avec les deux parties au litige. On s'en remettra donc dans ces cas aux art. 97 ss CO, complétés par les règles du mandat (art. 394 ss CO) ou du contrat d'entreprise (art. 363 ss CO). En revanche, l'expert privé n'assume en principe aucune responsabilité contractuelle ou extracontractuelle envers la partie adverse, dans la mesure où le conflit qui oppose cette partie à la partie qui a engagé l'expert empêche une convergence de leurs intérêts. Dans la plupart des cantons, la réparation du préjudice causé à l'une des parties par l'expert judiciaire est soumise au droit public. Pour obtenir réparation de ce préjudice, la partie lésée doit donc agir contre l'Etat, qui se retournera ensuite contre l'expert judiciaire. Ce régime soumis au droit public se rapproche toutefois dans une certaine mesure de celui de la responsabilité de droit privé de l'expert privé et de l'expert arbitre, puisque les règles du CO s'appliquent subsidiairement et par analogie à la responsabilité de l'Etat.

VI. Bibliographie

- BÄRTSCHI Harald, *Verabsolutierte Relativität*, Zurich 2009.
- BETTEX Bjorn, *L'expertise judiciaire*, Berne 2006.
- BREHM Roland, *La réparation du dommage corporel en responsabilité civile*, Berne 2002.
- BOSSHARD Pierre-Yves, *La « bonne » expertise judiciaire*, RSPC 2009 II 207.
- BÜHLER Alfred, *Beweissmass und Beweisswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung*, Jusletter 21. Juni 2010.
- BÜHLER Alfred, *Gerichtsgutachter und –gutachten im Zivilprozess*, in Heer Marianne/Schöbi Christian, *La justice et l'expertise*, Berne 2005, p. 11 ss (cité Zivilprozess).
- BÜHLER Alfred, *Die Stellung von Expertinnen und Experten in der Gerichtsverfassung – insbesondere das Rechtsverhältnis zwischen Gericht und Gutachter*, in Schindler Benjamin / Sutter Patrick (éd.), *Akteure der Gerichtsbarkeit*, Zurich 2007, p. 319 ss (cité Stellung).

- BÜHLER Alfred, *Beweis und Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in Fellmann Walter / Weber Stephan (éd.), *Haftpflichtprozess 2010, Unbezifferte Forderungsklage, Teilklage, Streitverkündungsklage, Beweis und Sammelklage im Lichte der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich 2010, p. 79 ss (cité Beweis).
- FAUST Florian, *Der Schutz vor reinen Vermögensschaden – illustriert am Beispiel der Expertenhaftung*, AcP 2010 pp. 555-579.
- FELLMANN Walter, *Widerrechtlichkeit: drei Theorien für ein Problem – Versuch ein Zwischenbilanz*, RDS 2009 I 473.
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter R. / EMMENEGGER Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, 9^e éd. Zurich 2008.
- GROSS Jost, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen*, 2^e éd. Berne 2001.
- HIRSCH Alain, *La responsabilité des experts envers les tiers*, in Chappuis Christine / Winiger Bénédict (éd.), *La responsabilité fondée sur la confiance*, Zurich 2001, p. 77 ss.
- HÜRLIMANN Roland, *Der Experte – Schlüsselfigur des Bauprozess*, in Tercier Pierre / Hürlimann Roland (éd.), *In Sachen Baurecht, FS zum 50. Geburtstag von Gauch Peter*, Fribourg 1989 p. 129 ss.
- JAAG Tobias, *Organisationsrecht, Staats- und Beamtenhaftung, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, vol. I.3.2, Bâle/Genève/Munich 2006.
- KLOPFER Rainer, *Die Haftung des Zeugen und des gerichtlichen Sachverständigen im Zivil- und Strafprozess von Bund und Kanton Zurich*, Zurich 1977.
- LOSER Peter, *Die Vertrauenshaftung im schweizerischen Recht*, Berne 2006.
- MORIN Ariane, *Les caractéristiques de la responsabilité fondée sur la confiance, note à propos des ATF 128 III 324 et 130 III 345*, JdT 2005 I 41.
- MOOR Pierre, *Droit administratif*, volume II, 2^e éd. Berne 2002.
- ORTHMANN Annette Carolin, *Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen im Zivilprozess in Deutschland, der Schweiz und den USA*, Aachen 2005.
- PERROULAZ Kilian, in Baker & McKenzie (éd.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, Stämpis Handkommentar, Berne 2010.
- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^e éd. Zurich 2008.
- SALADIN Peter, *Rechtstaatliche Anforderungen an Gutachten*, in Merz Hans / Schlupep Walter R. (éd.), *Recht und Wirtschaft heute*, Festgabe Max Kummer, Berne 1980, p. 657 ss.

- SPÜHLER Karl / TENCHIO Luca / INFANGER Dominik (éd.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bâle 2010 (cité BSK-auteur).
- STEINAUER Paul-Henri, *Le Titre préliminaire du Code civil suisse, Traité de droit privé suisse*, vol. II/1, Bâle 2009.
- STILLIG Mario, *Haftung des gerichtlich bestellten Sachverständigen*, Francfort 2007.
- TANQUEREL Thierry, *La responsabilité de l'Etat sous l'angle de la loi genevoise sur la responsabilité de l'Etat et des communes du 24 février 1989*, SJ 1997 p. 345 ss.
- TERCIER Pierre / FAVRE Pascal G., *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Zurich 2009.
- WALDMANN Bernhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag – Eine Einführung*, in Häner Isabelle / Waldmann Bernhard, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag in der Praxis*, Zurich 2007, p. 1 ss.
- WALTER Hans Peter, *Beweis und Beweislast im Haftpflichtrecht*, in Fellmann Walter / Weber Stephan (éd.), *Haftpflichtprozess 2009*, Zurich 2009, p. 47 ss.
- WEBER Rolf H., *Die Erfüllung der Obligation*, Art. 68-96 OR, Berner Kommentar vol. VI.1.4, Berne 2005 (cité BK-Weber).
- WEBER Rolf H., *Die Folgen der Nichterfüllung*, Art. 97-109 OR, Berner Kommentar vol. VI.1.5, Berne 2000 (cité BK-Weber).
- WEIBEL Thomas, in Sutter-Somm Thomas / Hasenböhler Franz / Leuenberger Christoph (éd.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnungen (ZPO)*, Zurich 2010.
- WERRO Franz, *La responsabilité civile*, Berne 2005.

Incidence des nouvelles règles de procédure sur le procès en responsabilité civile

NICOLAS JEANDIN*

Table des matières

I.	Introduction	72
II.	Quelques grands principes en matière de preuve	73
A.	L'art. 8 CC, norme pivot en relation avec l'art. 41 CO	73
B.	L'objet de la preuve	73
1.	Maxime des débats – maxime inquisitoire	74
2.	Faits notoires	74
C.	La preuve illicite	75
D.	Libre appréciation des preuves	76
E.	Dispositions générales de procédure	76
1.	Ordonnance de preuves	76
2.	Sauvegarde d'intérêts dignes de protection	77
3.	Preuves à futur	78
III.	Les moyens de preuve	79
A.	<i>Numerus clausus</i>	79
B.	Moyens de preuve «classiques»	79
1.	Le témoignage	79
2.	Les titres	81
3.	L'inspection	81
4.	L'expertise	82
C.	Moyens de preuve «novateurs»	82
1.	Le témoignage-expertise	82
2.	L'expertise-arbitrage	83
3.	Les renseignements écrits	83
4.	Les dires des parties	84
a)	L'interrogatoire (<i>Parteibefragung</i>)	85
b)	La déposition (<i>Beweisaussage</i>)	85
IV.	Obligation et refus de collaborer	85
A.	Portée du devoir de collaborer	86
B.	Les parties	86
C.	Les tiers	87

* Avocat, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

1. Le droit de refus absolu	87
2. Le droit de refus restreint	88
D. Le refus de collaborer	89
1. Le refus justifié	89
2. Le refus injustifié des parties et des tiers	89
V. Fixation dans le temps de l'objet du litige et des moyens de preuve	90
A. En première instance	91
B. En cas d'appel et en cas de recours	92
VI. <i>Excursus</i> sur les frais	93
VII. Conclusion	94

I. Introduction

Dès le 1^{er} janvier 2011 entrera en vigueur le Code de procédure civile, qui consacre la mise en œuvre de l'unification de la procédure décidée en mars 2000 par le peuple et les cantons. Cette disparition des 26 codes actuels de procédure cantonaux¹ met fin à une situation en soi insolite si on se réfère à ce qui prévaut dans la majorité des pays qui nous entourent : le fait que le législateur en charge du droit de fond ne soit pas le même que celui en charge de la procédure ce qui, en Suisse, a pour conséquence supplémentaire que le même droit de fond est mis en œuvre de façon différente selon le canton en charge de trancher un litige.

Le propos n'est pas théorique. On peut penser au litige pour lequel un fait pertinent et contesté, fondamental, ne peut être établi que grâce au témoignage d'un banquier : ce dernier peut opposer son secret bancaire à Genève², ne peut le faire à Bâle-Campagne³, tandis qu'à Fribourg⁴ la solution dépendra de la pesée d'intérêts à laquelle procèdera le juge entre la découverte de la vérité et la protection du secret⁵.

L'incidence que le CPC est appelé à déployer sur le procès en responsabilité civile dépend, à la réflexion, des points de comparaison avec les codes de procédure cantonaux, un exercice auquel chacun est tenté de se livrer par rapport à ses habitudes pratiques qui dépendent de la procédure avec laquelle il est familiarisé. Cet exposé se consacrera en conséquence à décrire les caractéristiques essentielles de la procédure d'administration des preuves

¹ Ceux-ci vont continuer à s'appliquer aux procédures pendantes au 1^{er} janvier 2011 (art. 404 al. 1 CO).

² Art. 227 LPC GE.

³ Art. 161 § 2 ZPO BL.

⁴ Art. 214 al. 2 CPC FR.

⁵ C'est la solution préconisée par le CPC (art. 166 al. 2 CPC).

auxquels seront confrontés, dès 2011, l'assureur RC et ceux qui font valoir leur dommage par une action en justice.

II. Quelques grands principes en matière de preuve

A. L'art. 8 CC, norme pivot en relation avec l'art. 41 CO

Le législateur helvétique n'a pas attendu l'unification de la procédure civile appelée à entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2011 pour édicter des règles de droit matériel ayant une incidence directe en matière procédurale. Ainsi l'article 8 CC selon lequel « *chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit* ». Cette norme instaure le fardeau de la preuve objectif, en ce sens qu'elle désigne la partie qui supporte le risque lié au non apport de la preuve⁶. Le demandeur en responsabilité civile devra ainsi – dans une optique de schématisation – établir que les quatre conditions prévues à l'article 41 CO sont réalisées, à savoir un acte illicite, un dommage, un lien de causalité et l'existence d'une faute.

Ces deux règles de droit matériel que sont les articles 8 CC et 41 CO demeurent intouchées avec l'entrée en vigueur du CPC. En revanche, comme déjà évoqué, la façon de « *prouver les faits* » (au sens de l'art. 8 CC) et les moyens mis à la disposition des parties à ces fins relèvent de la procédure. En d'autres termes, la partie en charge du fardeau de la preuve devra user de procédés qui, désormais, relèveront du CPC, un constat qui n'est pas neutre et que les plaideurs doivent prendre en considération lorsqu'il évalue l'opportunité d'opter pour une solution transactionnelle en lieu et place d'un litige judiciaire.

B. L'objet de la preuve

Le procès en responsabilité civile débute, en procédure ordinaire, par un échange d'écritures, à savoir une demande (art. 221 CPC) suivie d'une réponse (art. 222 CPC). La demande doit contenir notamment les allégations de faits et l'indication – pour chacune d'elle – des moyens de preuve proposés (art. 221 al. 1 lit. d et e CPC). Les mêmes principes s'appliquent par analogie concernant la réponse (art. 222 al. 2 CPC). Quoi qu'il en soit, à l'issue de ce premier échange d'écritures, le juge et les parties sont en mesure de déterminer quels sont les faits pertinents et contestés sur lesquels portera – en principe – l'administration des preuves (art. 150 al. 1 CPC). Le propos doit

⁶ O. VOGEL / K. SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8^e éd., Berne, 2006, 10 N 29 ss.

être précisé en ce sens que l'objet de la preuve dépendra principalement de la maxime applicable quant à l'établissement des faits.

1. *Maxime des débats – maxime inquisitoire*

La question de la maîtrise des faits se résout en fonction de la procédure applicable. La maxime des débats consacre l'autonomie des parties qui – seules – ont la possibilité (mais aussi la charge) d'alléguer les faits sur la base desquels le juge tranchera : « *quod non est in actis non est in mundo* »⁷. C'est avant tout dans le cadre de la maxime des débats qu'on retient le précepte selon lequel « *les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent des preuves qui s'y rapportent* » (art. 55 al. 1 CPC). Dans cette optique, le juge n'a pas le choix : il ne prend en compte des faits que dans la mesure où ils sont allégués, est lié dès lors qu'une partie allègue un fait et que l'autre le reconnaît, et ne peut en conséquence faire porter l'administration des preuves que sur des faits à la fois pertinents et contestés. C'est ce principe que rappelle l'article 150 al. 1 CPC⁸.

A l'opposé de la maxime des débats, on trouve la maxime inquisitoire en vertu de laquelle le juge doit procéder d'office à l'établissement des faits et à l'administration des preuves⁹ : le CPC réserve un tel cas de figure dès lors que des dispositions spécifiques de droit fédéral le prévoiraient (art. 55 al. 2 CPC). On trouve ces dispositions spéciales, notamment, à l'article 247 al. 2 CPC ou encore à l'article 277 al. 3 CPC. C'est à la maxime inquisitoire que se réfère l'article 153 al. 1 CPC aux termes duquel « *le tribunal administre les preuves d'office lorsque les faits doivent être établis d'office* »¹⁰.

Il convient encore de relever que le CPC offre une sorte de « *garde-fou* » permettant au juge de se prémunir contre une mise en œuvre absolue de la maxime des débats, laquelle pourrait dans certains cas mener à des situations absurdes, voire abusives. L'article 153 al. 2 CPC permet ainsi au juge d'administrer les preuves d'office « *lorsqu'il existe des motifs sérieux de douter de la véracité d'un fait non contesté* »¹¹.

2. *Faits notoires*

Le législateur a tout d'abord jugé utile de préciser qu'il convenait d'assimiler à des faits l'usage, les usages locaux et, dans les litiges patrimoniaux, le

⁷ VOGEL/SPÜHLER, 6 N 18 ss.

⁸ F. VOUILLOZ, La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC), AJP 7/2009 p. 830-848/813.

⁹ VOGEL/SPÜHLER, 6 N 54 ss.

¹⁰ VOUILLOZ, p. 833.

¹¹ VOUILLOZ, p. 833.

droit étranger (art. 150 al. 2 CPC). En soi rien de « renversant ». Dans la même ligne, le législateur prend la peine de préciser que certains faits n'ont pas à être établis dès lors qu'ils sont « *notoires ou notoirement connus du tribunal* » ou encore lorsqu'il s'agit de « *règles d'expérience généralement reconnues* » (art. 151 CPC). La jurisprudence a eu l'occasion de préciser la notion de faits notoires ; récemment, elle a assimilé à de tels faits le taux de conversion d'une monnaie étrangère par rapport au franc suisse¹². Quant aux règles tirées de l'expérience générale de la vie, on citera le fait que le créancier qui reçoit une somme d'argent en monnaie étrangère la convertit dans la monnaie de son pays de résidence¹³.

C. La preuve illicite

Faut-il prendre en considération un moyen de preuve illicite ? La question est délicate et mène souvent à des situations paradoxales dans la mesure où il est difficile d'attendre d'un juge ayant eu accès à un moyen de preuve aussi percutant qu'illicite d'en faire totalement abstraction au moment où il devra procéder à l'appréciation des preuves selon son intime conviction¹⁴.

En l'occurrence, le législateur fédéral a renoncé à adopter une position absolutiste tout en adoptant la solution de la pesée d'intérêts : « *le tribunal ne prend en considération les moyens de preuves obtenus de manière illicite que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant* » (art. 152 al. 2 CPC). On peut ainsi penser au cas dans lequel le demandeur plaide en dommages intérêts en alléguant des actes de concurrence déloyale et produit, à l'appui de ses allégués, un listing de clients généré sur la base de données informatiques qu'il a obtenues illicitement chez son concurrent.

A propos de preuves susceptibles d'être inutilisables, on relèvera que l'article 161 al. 1 CPC impose au tribunal de rendre les parties et les tiers attentifs à leur obligation de collaborer tout comme à leur droit de refuser de collaborer, ainsi qu'aux conséquences du défaut de collaboration. Or, à supposer que le tribunal omette de fournir une telle information, il ne pourra tenir compte des preuves ainsi administrées « *à moins que la personne concernée n'y consente ou que son refus de collaborer n'ait été injustifié* » (art. 161 al. 2 CPC)¹⁵. Dans un tel cas, les preuves ainsi obtenues seront assimilées à des preuves

¹² ATF 135 III 88 consid. 4.1: le taux de conversion en EUR est un fait notoire qui n'a pas à être établi par celui qui s'en prévaut (« *faits dont l'existence est certaine au point d'emporter la conviction du juge, qu'il s'agisse de faits connus de manière générale du public ... ou seulement du juge* »).

¹³ ATF 123 III 241 consid. 3a.

¹⁴ Sur la problématique: L. GAILLARD, Le sort des preuves illicites dans le procès civil, SJ 1998 p. 649-670.

¹⁵ VOUILLOZ, p. 836.

illicites. Même si la loi ne le précise pas, il nous semble que le tempérament prévu au principe de la non prise en compte par l'article 152 al. 2 CPC (caractère prépondérant de l'intérêt à la manifestation de la vérité) devrait être appliqué par analogie dans le cadre de l'article 161 al. 2 CPC¹⁶.

D. Libre appréciation des preuves

L'article 157 CPC pose un principe fondamental propre à toute procédure moderne: celui de la libre appréciation des preuves. Ainsi, le juge n'est pas tenu de donner la priorité à certains moyens de preuves par rapport à d'autres, n'est tenu par aucune règle de pondération et forgera sa conviction sur la base de sa seule appréciation de toutes les preuves qui auront été réunies au cours de la phase probatoire. Le juge se trouve certes affranchi de systèmes de pondération entre moyens de preuves qu'on pouvait trouver par le passé, ce qui ne le dispense pas en revanche de tenir compte de certaines présomptions légales (p. ex. art. 930 CC et 97 CO), du respect du *numerus clauses* en matière de preuves (art. 168 CPC), de l'interdiction de prendre en compte un témoignage indirect (art. 169 CPC *a contrario*) ou une preuve illicite (art. 152 al. 1 CPC), ou encore de tenir compte d'un refus de collaborer injustifié de l'une des parties (art. 164 CPC)¹⁷.

E. Dispositions générales de procédure

1. Ordonnance de preuves

Avant que ne débute la phase d'administration des preuves proprement dite, il est souhaitable que le juge et les parties connaissent précisément le champ sur lequel porteront ces investigations, ce qui est le corollaire indispensable à une saine administration de la justice.

Autant dire que les pratiques varient d'un canton à l'autre sur ce point. Les juges et avocats vaudois sont aujourd'hui rompus à ce type d'exercice, parfois envisagé de manière fort rigide; on ne saurait en dire autant à Genève où prévaut en pratique un laxisme certain¹⁸.

¹⁶ Il serait surprenant que les preuves obtenues en violation de l'art. 161 al. 1 CPC soient frappées d'une interdiction d'usage absolue tandis que des preuves illicites au sens de l'art. 151 al. 1 CPC ne le seraient pas.

¹⁷ D. GASSER / B. RICKLI, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, St Gall, 2010, art. 157 N 2.

¹⁸ Ce laxisme provenait du manque de rigueur dans lequel s'étaient installés magistrats et avocats. A teneur de l'art. 192 al. 1 LPC GE, resté lettre morte pour ainsi dire: « *Le juge, en statuant sur les conclusions des parties relatives aux mesures probatoires, retient les faits qu'il considère comme constants, soit à raison des déclarations des parties, soit en vertu d'une présomption légale* »...

Le nouveau droit fédéral de procédure civile prévoit en l'occurrence que des ordonnances de preuves devront être rendues « *avant l'administration des preuves* », tout en en précisant le contenu : « *elles désignent en particulier les moyens de preuves admis et déterminent pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve* » (art. 154 CPC)¹⁹. En procédure ordinaire, l'ordonnance de preuve pourra être rendue lors des débats d'instruction (art. 226 CPC) ou lors des débats principaux (art. 228 ss CPC)²⁰.

L'ordonnance de preuve doit être mise en relation avec les obligations faites aux plaideurs relativement au contenu de leurs écritures. Comme déjà relevé en effet, à teneur de l'article 221 al. 1 lit. d et e CPC, il incombe au demandeur d'alléguer les faits et de procéder à l'indication « *pour chaque allégation, des moyens de preuves proposés* », ce qui prévaut avec d'autant plus d'acuité lorsque s'applique la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC)²¹. Cette disposition s'applique par analogie à la réponse, dans laquelle le défendeur doit notamment exposer « *quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés* » (art. 222 al. 2 CPC).

L'ordonnance de preuves peut être modifiée ou complétée en tout temps (art. 154 CPC dernière phrase) si bien qu'elle ne lie pas le juge et s'assimile en réalité à une « *ordonnance préparatoire* » par laquelle le tribunal détermine le cadre et le cours de l'administration des preuves. Ce type de décision ne pourra faire l'objet d'un recours immédiat que dans les limites prévues à l'article 319 lit. b ch. 2 CPC (« *lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable* »); dans les autres cas, elle ne sera remise en cause qu'avec le jugement au final²².

2. Sauvegarde d'intérêts dignes de protection

Il se peut que l'administration des preuves soit susceptible de porter à la connaissance des parties des faits dont la divulgation pourra porter atteinte « *à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, notamment à des secrets d'affaires* » (art. 156 CPC). Dans ce cas, le CPC fait obligation au tribunal d'ordonner les mesures propres à éviter la survenance de telles atteintes (art. 156 CPC). On peut penser, par exemple, à la production de pièces dont certaines

¹⁹ VOUILLOZ, p. 833 ss.

²⁰ D. HOFMANN / C. LÜSCHER, Le Code de procédure civile, Berne, 2009, p. 81.

²¹ Etant rappelé que le juge doit procéder d'office à la recherche des faits et à l'administration des preuves lorsque s'applique la maxime inquisitoire (art. 55 al. 2 CPC).

²² GASSER/RICKLI, art. 154 N 1 (par ex. lorsque l'ordonnance de preuves prévoit une répartition du fardeau de la preuve erronée); HOFMANN / LÜSCHER, *op. cit.*, p. 81. Le recours immédiat pourra se justifier lorsque l'ordonnance de preuves admet un moyen de preuve contraire à la loi.

données seraient caviardées, voire même à l'audition d'un témoin par le juge seul et à l'issue de laquelle le juge rédigerait un rapport d'interrogatoire circonstancié permettant aux parties de se prononcer néanmoins sur cette mesure d'administration des preuves²³.

3. *Preuves à futur*

L'administration des preuves, pour ce qui concerne la procédure ordinaire, se déroule après les premières plaidoiries (art. 231 CPC). Des situations peuvent toutefois survenir dans lesquelles on ne saurait attendre cette étape procédurale, voire même attendre qu'une procédure ne soit déjà introduite, pour administrer certaines preuves. On peut penser à la nécessité d'inspecter une chose dans son état à un moment donné (inspection d'une construction présentant un risque d'effondrement), de même qu'à l'audition d'un témoin essentiel se trouvant à l'article de la mort ou sur le point de partir durablement pour l'étranger. Dans de telles situations, les preuves doivent pouvoir être administrées afin d'être utilisées dans une future procédure ou encore dans la même procédure mais à un stade ultérieur²⁴.

L'article 158 CPC régleme cette question et rend la preuve à futur possible « *en tout temps* » :

- soit lorsque la loi confère le droit d'en faire la demande (lit. a), ce que le droit matériel prévoit dans certains types de contrats (art. 204 et 367 CO p. ex.);
- soit lorsque la mise en danger des preuves ou un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable par le requérant (lit. b)²⁵.

Comme le prévoit l'article 158 al. 2 CPC, l'administration des preuves à futur se déroulera selon les dispositions applicables aux mesures provisionnelles (art. 261 ss CPC), lesquelles relèvent de la procédure sommaire (art. 248 CPC)²⁶. En soi, l'article 158 CPC s'applique à tout moyen de preuve prévu par la loi (art. 168 CPC)²⁷.

²³ J. HALDY, *La nouvelle procédure civile suisse*, Bâle, 2009, p. 50. Voir aussi Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (ci-après Message), FF 2006 6841 ss, p. 6924.

²⁴ Message, p. 6924 s.

²⁵ GASSER / RICKLI, art. 158 N 2 s.

²⁶ VOUILLOZ, p. 835.

²⁷ GASSER / RICKLI, art. 158 N 8.

III. Les moyens de preuve

A. *Numerus clausus*

Le CPC pose le principe du *numerus clausus* des moyens de preuves, ce qu'indique l'article 168 al. 1 CPC par le biais d'une énumération exhaustive desdits moyens²⁸. Comme le relèvent GASSER et RICKLI, le *numerus clausus* se situe au carrefour entre le droit à la preuve prévu à l'article 152 al. 1 CPC et le principe de la libre appréciation des preuves issu de l'article 157 CPC²⁹. En l'occurrence, le législateur propose six moyens de preuves mis à la disposition des parties. Quatre d'entre eux peuvent être considérés comme « classiques » (le témoignage, les titres, l'inspection et l'expertise), tandis que les autres revêtent un caractère que l'on qualifiera de « novateur », du moins en ce qui concerne certains cantons (le témoignage-expertise [art. 175 CPC], l'expertise-arbitrage [art. 189 CPC], les renseignements écrits [art. 190 CPC] et les dires des parties [art. 191 ss CPC]).

B. Moyens de preuve « classiques »

1. Le témoignage

Prévu aux articles 169 ss CPC, le témoignage figure sans surprise parmi les moyens de preuve « classiques ». Ainsi, l'article 169 CPC énonce le principe en vertu duquel « toute personne qui n'a pas la qualité de partie peut témoigner sur des faits dont il a eu une perception directe ». Le défaut de la qualité de partie d'une part, l'exigence d'une perception directe des faits d'autre part, sont des attributs essentiels du témoignage³⁰; il n'y a ici pas de surprise par rapport à ce qui prévaut à ce jour dans les procédures cantonales.

On relèvera la disparition de l'assermentation du témoin³¹, prévue par certains codes de procédure civile³², qui consacre l'abandon d'un certain rituel, ce qu'on peut regretter à certains égards³³. L'article 171 al. 1 CPC se contente en effet d'une exhortation à répondre conformément à la vérité, tout

²⁸ GASSER / RICKLI, art. 168 N 1.

²⁹ GASSER / RICKLI, art. 168 N 1.

³⁰ HOFMANN / LÜSCHER, *op. cit.*, p. 89.

³¹ HOFMANN / LÜSCHER, *op. cit.*, p. 90.

³² Ainsi l'art. 231 LPC GE.

³³ Il est vrai que le principe de l'assermentation obligatoire est considéré par certains auteurs comme contraire à l'art. 15 al. 4 Cst: BERTOSSA B. / GAILLARD L. / GUYET J. / SCHMIDT A., Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, art. 231 N 1; BSK ZPO – P. GUYAN, art. 171 N 2 (et références).

en stipulant que le témoin âgé d'au moins 14 ans sera rendu attentif aux conséquences pénales du faux témoignage prévues par l'article 307 al. 1 CP³⁴. Le témoin surpris à ne pas dire la vérité demeurera punissable pour faux témoignage, sans toutefois que n'intervienne le faux témoignage qualifié prévu à l'article 307 al. 2 CP, faute d'assermentation³⁵.

L'audition du témoin se déroulera en principe dans les locaux du pouvoir judiciaire, demeurant ouverte la possibilité pour le tribunal de prévoir l'audition au lieu de résidence du témoin (art. 170 al. 3 CPC)³⁶. Les témoins seront en principe entendus séparément (art. 171 al. 2 CPC) ; ils pourront toutefois être confrontés entre eux, de même qu'avec les parties, dans la mesure où le tribunal le jugerait opportun (art. 174 CPC).

Contrairement à ce qui prévalait dans certains cantons, le procès-verbal, qui devra ténoriser «*l'essentiel des dépositions*» sera signé par le témoin (art. 176 al. 1 CPC). A noter que, sur demande de l'une des parties, les questions complémentaires posées par l'une d'entre elles et qui auront été rejetées seront également portées au procès-verbal (art. 176 al. 1 CPC, 2^e phrase).

Le CPC offre en outre la possibilité pour le tribunal – en sus de l'établissement du procès-verbal – d'enregistrer les dépositions d'un témoin «*sur bandes magnétiques vidéo ou par tout autre moyen technique approprié*» (art. 176 al. 2 CPC).

La loi résout en outre la fameuse problématique de l'audition de certains organes de la personne morale à propos de laquelle les parties s'écharpent souvent pour savoir si elle doit avoir lieu sous forme de témoignage ou de comparaison personnelle des parties. L'article 159 CPC prévoit que les organes d'une personne morale partie au procès «*sont traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves*», ce qui revient à exclure qu'ils soient entendus en qualité de témoin. Le champ d'application de cette disposition devra sans doute être précisé par la jurisprudence. Le législateur ne se limite pas aux organes dirigeants, la simple qualité d'organe étant suffisante pour exclure son audition en qualité de témoin. Toute personne habilitée à extérioriser la volonté de la personne morale sera considérée comme organe

³⁴ L'art. 307 al. 1 CP prévoit une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire : BSK ZPO – GUYAN, art. 171 N 2.

³⁵ A teneur de l'art. 307 al. 2 CP : «*Si le déclarant a prêté serment ou s'il a promis solennellement de dire la vérité, la peine sera une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins*». L'art. 307 al. 1 CP prévoit la même peine privative de liberté maximale, tout comme l'alternative de la peine pécuniaire mais sans minimum.

³⁶ HOFMANN/LÜSCHER, *op. cit.*, p. 89, soulignant que l'audition du témoin hors les locaux du tribunal devrait rester l'exception, tout en donnant l'exemple du témoin qui serait interrogé à l'occasion d'une inspection de son bien-fonds.

(ainsi celui qui dispose de la signature au Registre du commerce, mais aussi dans certaines circonstances l'organe de fait)³⁷.

2. *Les titres*

Le législateur érige le titre en deuxième moyen de preuve. Il le définit comme étant «*des documents, tels des écrits, des dessins, des plans, des photographies, des films, des enregistrements sonores, des fichiers électroniques et des données analogues propres à prouver des faits pertinents*» (art. 177 CPC)³⁸. En d'autres termes, il s'agit des pièces que les parties doivent joindre à leur demande, respectivement à leur réponse (art. 221 al. 2 lit. c et art. 222 al. 2 CPC). Ces documents peuvent en principe être produits sous forme de copie, en lieu et place de l'original (art. 180 al. 1 CPC, 1^{re} phrase). Le législateur confère toutefois la faculté au tribunal ou aux parties d'exiger la production d'un original ou d'une copie certifiée conforme «*lorsqu'il y a des raisons fondées de douter de l'authenticité du titre*» (art. 180 al. 1 CPC, 2^e phrase)³⁹. Cette faculté devrait aussi s'étendre au cas dans lequel une partie produit la copie d'un papier valeur au porteur dont elle se prétend titulaire: à défaut d'une telle production, l'effet de légitimation propre à ce genre de titre ne saurait être établi.

Le CPC ne répond pas à la question de savoir si on peut envisager de produire un support électronique en lieu et place d'un document imprimé qui en reflète le contenu (ainsi, une disquette ou une clé USB). On devrait répondre à cette question par l'affirmative, compte tenu des développements technologiques ambiants et de la place qu'entend donner le législateur à la voie électronique, en matière de respect des délais (art. 130 CPC)⁴⁰.

3. *L'inspection*

L'inspection, prévue aux articles 181 et 182 CPC, ne nécessite pas de commentaire particulier. Elle vise, par exemple, le cas d'un transport sur place, ou encore l'expertise de l'état de santé de la partie qui se prévaudrait de dommages et intérêts pour atteinte à son avenir économique⁴¹.

³⁷ GASSER/RICKLI, art. 159 N 1; HASENBÖHLER F., in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., art. 159 N 7 ss.

³⁸ Message, p. 6931 s.

³⁹ GASSER/RICKLI, art. 180 N 1 ss.

⁴⁰ BSK ZPO – A. DOLGE, art. 180 N 10; HOFMANN/LÜSCHER, *op. cit.*, p. 93.

⁴¹ Message, p. 6932.

4. *L'expertise*

Il s'agit de l'expertise classique par laquelle le juge commet un expert aux fins de l'aider à apprécier des faits dont la compréhension nécessite des connaissances techniques spécifiques⁴². Il en va ainsi de la question de savoir si tel ou tel édifice a été érigé selon les règles de l'art, de la fixation de la valeur d'un objet immobilier ou d'une œuvre d'art, ou encore d'une analyse en écriture. En responsabilité civile, des aspects techniques concernant les circonstances d'un accident ou l'incidence d'atteintes à l'intégrité corporelle sur la capacité de travailler de la victime doivent bien souvent faire l'objet d'une expertise.

Les diverses dispositions du CPC (art. 183 à 188) en rapport avec l'expertise n'emportent point de commentaire particulier, et il convient de s'y référer.

A relever que le CPC prévoit la faculté pour le tribunal, lorsque l'occasion se présente, de faire appel aux connaissances spéciales de l'un de ses membres en lieu et place d'un expert, pourvu qu'il en ait informé au préalable les parties afin qu'elles puissent se déterminer à ce sujet (art. 183 al. 3 CPC)⁴³. Il arrive que l'expert soit amené à procéder personnellement à des investigations (ainsi un transport sur place, l'audition de tel ou tel responsable de chantier ou d'un médecin traitant). Ce type d'investigation nécessite toutefois l'autorisation préalable du tribunal, charge à l'expert d'en exposer les résultats dans son rapport (art. 186 al. 1 CPC)⁴⁴. Selon les circonstances, que ce soit à la demande de l'une des parties ou d'office, le tribunal pourra ordonner que lesdites investigations soient effectuées une nouvelle fois selon les dispositions applicables à l'administration des preuves (ainsi l'audition du responsable de chantier ou du médecin en qualité de témoin, ou encore une inspection)⁴⁵.

C. Moyens de preuve « novateurs »

1. *Le témoignage-expertise*

Le CPC innove avec l'apparition de cette race parfois honnie qui est celle du « *témoin expert* » : l'article 175 CPC prévoit en effet que « *lorsqu'un témoin possède des connaissances spéciales, le tribunal peut également l'interroger aux fins d'apprécier les faits de la cause* ». A rigueur de texte légal (voir l'adverbe « *également* »), il n'est pas possible de convoquer un « *témoin expert* » aux seules fins

⁴² VOGEL/SPÜHLER, chap. 10 § 151 s.; WEIBEL TH., in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., art. 183 N 4 ss.

⁴³ GASSER/RICKLI, art. 183 N 7.

⁴⁴ BSK ZPO – DOLGE, art. 186 N 1 ss.

⁴⁵ Voir l'art. 186 al. 2 CPC; BSK ZPO – DOLGE, art. 186 N 7.

de l'entendre sur ses connaissances spéciales. En revanche, une fois interrogé sur les faits dont il aura eu la perception directe, le témoin pourra l'être au regard des connaissances spéciales prévues par l'article 175 CPC⁴⁶. Une telle déposition ne saurait toutefois être confondue avec un rapport d'expert présenté oralement au sens de l'article 187 al. 1 CPC.

2. *L'expertise-arbitrage*

L'article 189 CPC prévoit que les parties peuvent convenir que des faits contestés soient établis par un expert arbitre (art. 189 al. 1). Dans un tel cas de figure l'expert non seulement apporte ses connaissances spécifiques, mais encore tranche lui-même (en lieu et place du juge) des faits contestés y relatifs, de façon à lier les parties. L'expertise arbitrage relève d'une convention de procédure passée par les parties, laquelle est soumise aux exigences de forme applicables à l'élection du for (art. 189 al. 2 renvoyant à l'art. 17 al. 2 CPC)⁴⁷.

Le tribunal est lié par les faits ainsi constatés pour autant que les conditions cumulatives prévues à l'article 189 al. 3 CPC soient réalisées : le litige est laissé à la libre disposition des parties (lit. a), l'expert arbitre n'était pas récusable (lit. b), le rapport a été établi avec impartialité et n'est entaché d'aucune erreur manifeste (lit. c).

L'article 189 CPC ne s'applique que dans la mesure où l'appréciation des faits contestés nécessite des connaissances techniques particulières⁴⁸.

3. *Les renseignements écrits*

En doctrine traditionnelle, les renseignements qu'un tiers fournit en souscrivant à une déclaration que l'une ou l'autre des parties porte à la procédure sous forme de pièces sont dépourvus de valeur probatoire tant que ce souscripteur n'en confirme pas le contenu par le biais d'un témoignage. En l'occurrence, l'article 190 al. 1 CPC – qui revêt manifestement une grande importance pratique – permet au tribunal de «*requérir des renseignements écrits de services officiels*». Par ce biais, et dans ces limites, le renseignement écrit est désormais érigé en véritable moyen de preuve⁴⁹. Les services officiels visés seront les services de l'administration fédérale, cantonale ou communale⁵⁰. On

⁴⁶ BSK ZPO – GUYAN, art. 175 N 1 ss; VOUILLOZ, p. 842 s.

⁴⁷ Voir à ce propos: Message, p. 6933 s.; BSK ZPO – DOLGE, art. 189 N 5 ss; VOUILLOZ, p. 846 s.; WEIBEL TH., in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, ZPO Komm., art. 189 N 3 ss.

⁴⁸ Message, p. 6933 s.

⁴⁹ Message, p. 6934.

⁵⁰ GASSER / RICKLI, art. 190 N 2.

peut aussi songer à certaines entreprises publiques ou agissant au bénéfice de concession, à l'instar de la Poste.

Le législateur élargit toutefois le champ d'application de cette disposition aux personnes « dont la comparution au titre de témoin ne semble pas nécessaire ». Cet élargissement doit s'interpréter de façon restrictive⁵¹ : le Message donne l'exemple d'un médecin qui, ayant rédigé un certificat médical, ne doit pas nécessairement être entendu comme témoin pour en confirmer le contenu⁵². La jurisprudence aura l'occasion de préciser les contours de cet élargissement. Il est toutefois exclu que les juridictions civiles cantonales ne deviennent submergées d'affidavit en tout genre à l'instar de ce qui prévaut dans les procédures de type anglo-américaines...

4. *Les dires des parties*

Elever les dires des parties au rang de moyen de preuve ne coule pas de source, bien loin de là. Les clichés veulent que de telles dépositions sont bien souvent inutiles dès lors qu'une partie fera rarement autre chose que de confirmer ce qu'elle a déjà exposé par écrit sous la plume de son avocat. Pourtant, la comparution personnelle n'est pas sans fournir d'utiles éléments d'appréciation au juge quant à la crédibilité des plaideurs. Le tribunal peut en effet en apprécier la spontanéité, et tirer de précieuses indications sur la façon dont telle ou telle partie aura réagi, placée devant certaines contradictions ou à l'occasion d'une confrontation avec la partie adverse voire encore avec tel ou tel témoin⁵³.

Cette élévation de la comparution personnelle au rang de moyen de preuve est conforme à une mise œuvre plus moderne des règles de procédure ; elle intervient par ailleurs fréquemment en matière d'arbitrage.

Il convient de rappeler qu'en application de l'article 157 CPC, le juge fait usage du principe de la libre appréciation des preuves, ce qui lui permettra en tout état de cause de donner la pondération qu'il jugera nécessaire à ce moyen de preuve confronté à d'autres.

Le CPC prévoit deux modes d'audition des parties aux articles 191 à 193 CPC. Il importe de souligner que ces auditions ne doivent pas être confondues avec la participation des plaideurs à la phase de préparation des débats principaux (art. 219 à 227 CPC) ou aux débats d'instruction ordonnés en application de l'article 226 CPC.

⁵¹ BSK ZPO - HAFNER P., art. 190 N 4.

⁵² Message, p. 6934.

⁵³ BSK ZPO - HAFNER, art. 191 N 4 ss.

a) *L'interrogatoire (Parteibefragung)*

L'article 191 al. 1 CPC prévoit la faculté pour le tribunal d'auditionner les deux parties ou l'une d'entre elles sur les faits de la cause. Au début de l'audience, les parties seront exhortées à répondre conformément à la vérité (art. 191 al. 2 CPC). Elles n'encourront toutefois aucune sanction pénale si elles disent (involontairement) faux. En revanche, le tribunal rendra les parties attentives au fait qu'en cas de « mensonge délibéré », elles peuvent être punies d'une contravention de procédure, à savoir une amende disciplinaire de CHF 2000 au plus et, en cas de récidive, de CHF 5000 au plus (art. 191 al. 2 CPC). On se trouve ici dans le contexte d'une audition ordinaire et de sanctions disciplinaires⁵⁴.

b) *La déposition (Beweisaussage)*

On franchit ici un stade supplémentaire pour passer à une audition qualifiée, que le législateur appelle « *déposition des parties* ». Dans ce cas, le tribunal peut en effet contraindre les deux parties ou l'une d'entre elles à faire une déposition, sous menace de sanctions pénales (art. 192 al. 1 CPC). La menace de sanctions pénales se rapporte non pas au faux témoignage (les parties ne peuvent témoigner) mais aux conséquences d'une fausse déclaration prévues par la sanction pénale de l'article 306 CP: les éléments constitutifs de cette infraction sont en effet réalisés dès lors qu'à teneur de l'article 192 al. 2 CPC (lequel renvoie explicitement à l'art. 306 CP), les parties « *sont exhortées au préalable à répondre conformément à la vérité* »⁵⁵.

En revanche, le tribunal ne saurait faire usage de la contrainte pour amener les parties à témoigner, qu'elle soit directe ou même psychologique (par l'usage de l'art. 292 CP [menace de sanctions]). La partie qui refuserait de comparaître alors qu'elle est citée en application de l'article 192 CPC s'expose toutefois aux conséquences prévues par le CPC en cas de refus injustifié de l'une des parties de collaborer (art. 164 CPC)⁵⁶.

IV. Obligation et refus de collaborer

Tous les moyens de preuve exhaustivement prévus par l'article 168 al. 1 CPC⁵⁷ nécessitent la collaboration, sous une forme ou sous une autre, des parties

⁵⁴ GASSER/RICKLI, art. 191 N 2; VOUILLOZ, p. 847 s.

⁵⁵ VOUILLOZ, p. 848.

⁵⁶ BSK ZPO – HAFNER, art. 192 N 9.

⁵⁷ L'art. 168 al. 2 CPC réserve toutefois les dispositions régissant le sort des enfants dans les procédures relevant du droit de la famille, un aspect qui ne concerne pas les litiges en responsabilité civile.

elles-mêmes (production de pièces, déposition) ou de tiers (témoins, experts). Dans quelle mesure, alors qu'elles en sont requises, ces personnes sont-elles tenues de collaborer et de participer à l'administration des preuves ? Ce sont à ces questions que répondent les articles 160 à 167 CPC, lesquels constituent le chapitre 2 (« *Obligation de collaborer et droit de refus de collaborer* » du titre 10 du CPC consacré à la preuve).

A. Portée du devoir de collaborer

Le CPC pose le principe selon lequel « *les parties et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves* » (art. 160 al. 1 CPC *in initio*). Cette obligation de collaborer porte sur trois objets décrits par l'article 160 al. 1 CPC :

- faire une déposition laquelle doit être conforme à la vérité, que ce soit en qualité de partie ou de témoin (lit. a) ;
- produire les documents requis (lit. b). A relever que la loi mentionne explicitement l'exception de la correspondance d'avocat, dans la mesure où celle-ci concerne la représentation à titre professionnel d'une partie ou d'un tiers⁵⁸ ;
- tolérer un examen de leur personne ou une inspection de leurs biens par un expert (lit. c)⁵⁹.

On relèvera que le tribunal statue librement sur le devoir de collaborer des mineurs sans qu'une limite d'âge ne soit précisée, tout en tenant compte du bien de l'enfant (art. 160 al. 2 CPC)⁶⁰.

La loi prévoit l'obligation par le tribunal de rendre les parties et les tiers attentifs à leur obligation de collaborer, à leur droit de refuser de collaborer et aux conséquences du défaut (art. 161 al. 1 CPC). Il est important que le juge se conforme à cette obligation, à défaut de quoi les preuves administrées ne pourraient pas être prises en compte, à moins que la personne concernée n'y consente ou que son refus de collaborer n'eût été injustifié (art. 161 al. 2 CPC)⁶¹.

B. Les parties

La loi prévoit deux cas de figure dans lesquels une partie peut refuser de collaborer. Tout d'abord, le législateur envisage le cas de figure dans lequel

⁵⁸ GASSER / RICKLI, art. 160 N 8 ss.

⁵⁹ Pour un aperçu général : HOFMANN / LÜSCHER, p. 83 ss ; VOUILLOZ, p. 835 s.

⁶⁰ GASSER / RICKLI, art. 160 N 4.

⁶¹ Voir à ce propos *supra*, p. 75 s.

l'administration des preuves pourrait exposer l'un des proches d'une partie à une poursuite pénale, ou encore engager sa responsabilité civile (art. 163 al. 1 lit. a CPC). Ce n'est pas elle-même que la partie est ainsi légitimée à préserver, mais un tiers, pour autant que celui-ci entre dans le cercle de personnes visées à l'article 165 CPC⁶².

La partie peut aussi refuser de collaborer lorsque la révélation d'un secret serait punissable en vertu de l'article 321 CP (art. 163 al. 1 lit. b CPC)⁶³. Les réviseurs ne peuvent se prévaloir de leur secret professionnel dans ce type de situation⁶⁴, tandis que pour le surplus l'article 166 al. 1 lit. b CPC *in fine* est applicable par analogie (art. 163 al. 1 lit. b *in fine*). Lorsque la partie est dépositaire d'autres secrets protégés par la loi (à l'instar du secret bancaire), c'est en fonction d'une pondération entre l'intérêt à garder le secret (à rendre vraisemblable par la partie qui s'en prévaut) et l'intérêt à la manifestation de la vérité que le tribunal tranchera (art. 163 al. 2 CPC).

C. Les tiers

1. Le droit de refus absolu

L'article 165 CPC prévoit le droit pour le tiers appelé à collaborer de s'y refuser en raison de liens qu'il a avec l'une ou l'autre des parties à la procédure. Ce droit de refuser est absolu dès lors que ce lien seul suffit en dehors de toute autre considération. Ainsi, à teneur de l'article 165 al. 1 CPC, ce droit de refuser de collaborer (qui n'est pas une obligation) échoit au conjoint, à l'ex-conjoint ou encore à la personne qui mène de fait une vie de couple avec l'une des parties (lit. a), la personne qui a des enfants communs avec l'une des parties (lit. b), les parents et alliés en ligne directe jusqu'au 3^e degré, les parents et alliés à ligne collatérale (lit. c), les parents nourriciers, enfant recueilli ou élevé comme frère et sœur d'une partie (lit. d), et enfin à la personne désignée comme tuteur, conseil légal ou curateur d'une partie (lit. e)⁶⁵.

La loi précise encore que le partenariat enregistré est assimilé au mariage (art. 165 al. 2), tandis que les demi frères et sœurs sont assimilés aux frères et sœurs (art. 165 al. 3 CPC).

⁶² BSK ZPO – SCHMID E., art. 163 N 5 s.

⁶³ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm / Hasenböhler / Leuenberger, ZPO Komm., art. 163 N 14 s.

⁶⁴ BSK ZPO – SCHMID, art. 163 N 4.

⁶⁵ Message, p. 6927.

2. *Le droit de refus restreint*

Dans certaines circonstances, le tiers appelé à collaborer peut refuser non pas à raison de liens avec l'une des parties mais à raison de faits spécifiques qu'il ne peut être tenu de révéler. Ce droit de refus n'est pas absolu mais restreint, en ce sens que, sur d'autres faits, le même tiers ne serait pas habilité à refuser de collaborer⁶⁶.

L'article 166 al. 1 CPC mentionne toute une série de situations qui dispensent le tiers de collaborer⁶⁷, lesquelles peuvent s'énumérer comme suit :

- Les faits similaires à ceux permettant à une partie de refuser de collaborer au sens de l'article 163 al. 1 lit. a CPC⁶⁸. A relever que, contrairement à une partie à la procédure, le tiers peut se prévaloir non seulement du besoin de protéger un proche, mais aussi de se protéger lui-même⁶⁹.
- Tout fait dont la révélation serait punissable en vertu d'une obligation de garder le secret au sens de l'article 321 CP, les réviseurs n'étant toutefois pas habilités à s'en prévaloir. A relever que le détenteur du secret soumis à une obligation de dénoncer ou qui en a été délié doit collaborer, à moins qu'il ne rende vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 166 al. 1 lit. b in fine). Cela étant, les avocats et les ecclésiastiques conservent en toutes circonstances la maîtrise absolue de leur secret (art. 166 al. 1 lit. b CPC)⁷⁰.
- Les faits couverts par le secret de fonction au sens de l'article 110 ch. 4 CP, le tiers étant tenu de collaborer toutefois lorsqu'il est soumis à une obligation de dénoncer ou que l'autorité dont il relève l'y a habilité (art. 166 lit. c CPC)⁷¹.
- Les faits dont l'Ombudsman ou le médiateur ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction (art. 166 al. 1 lit. d CPC)⁷².
- Des faits dont la révélation porterait atteinte au droit d'un média à caractère périodique de ne pas révéler l'identité de l'auteur ou le contenu et les sources des ses informations (art. 168 al. 1 lit. e CPC)⁷³.

⁶⁶ VOUILLOZ, p. 837.

⁶⁷ Message, p. 6927 ss.

⁶⁸ Voir *supra*, p. 86 s.

⁶⁹ GASSER / RICKLI, art. 166 N 3.

⁷⁰ JEANDIN N., Secret de la confession et justice laïque, in : *Transparence et secret dans l'ordre juridique, Liber amicorum* pour M^e Vincent Jeanneret, B. Foëx et L. Hirsch (éd.), Genève, 2010, p. 223-241, N 24 s. ; VOUILLOZ, p. 838.

⁷¹ VOUILLOZ, *ibidem*.

⁷² VOUILLOZ, p. 838 s.

⁷³ VOUILLOZ, p. 839.

Le droit de refus restreint est de surcroît relativisé s'agissant de faits couverts par «*d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi*», tel le secret bancaire (art. 47 LB). En effet, c'est ici la solution de la pesée d'intérêts qui prévaut, en vertu de laquelle le tiers doit rendre vraisemblable que son intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 166 al. 2 CPC)⁷⁴. On constate que parmi les diverses solutions en vigueur à ce jour dans les législations cantonales, c'est précisément celle – intermédiaire – de la pesée d'intérêts qu'a adoptée le législateur fédéral⁷⁵.

D. Le refus de collaborer

1. *Le refus justifié*

L'article 162 CPC pose le principe général selon lequel «*le tribunal ne peut inférer d'un refus légitime de collaborer d'une partie ou d'un tiers que le fait allégué est prouvé*». Le législateur fait ainsi clairement interdiction au juge de déduire quoi que ce soit sur le plan de l'administration des preuves d'un refus de collaborer justifié. Dans un tel cas, le refus est justifié, un point c'est tout. Le juge ne saurait se livrer à des procès d'intention en spéculant sur les raisons pour lesquelles le tiers ou la partie a décidé de faire usage de son droit de refus de collaborer⁷⁶.

2. *Le refus injustifié des parties et des tiers*

Si le refus injustifié émane d'une partie, le juge ne dispose d'aucune mesure de pression ou d'exécution forcée en vue de contraindre la partie à s'exécuter, qu'il s'agisse, par exemple, d'un interrogatoire, d'une déposition ou encore d'une production de pièces.

En revanche, le tribunal prendra en compte un tel refus «*lors de l'appréciation des preuves*» (art. 164 CPC). Cette règle découle de la mise en œuvre du principe de la bonne foi consacré à l'article 52 CPC, et est similaire à ce que prévoyaient certaines législations cantonales dans des situations du même type⁷⁷. Cette absence d'exécution forcée à l'égard des parties distingue le CPC de la *Discovery* du droit anglo-américain.

⁷⁴ VOUILLOZ, p. 839.

⁷⁵ Voir à ce propos JEANDIN N., La production de pièces protégées par le secret bancaire en procédure civile, Journée 2002 de droit bancaire et financier, Berne, 2003, p. 107-142/129 ss.

⁷⁶ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., art. 162 N 4.

⁷⁷ Voir l'art. 186 al. 2 CPC GE: BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, art. 186 N 5.

Lorsqu'il émane d'un tiers, le refus injustifié permet en revanche au tribunal de prendre diverses mesures coercitives et/ou punitives prévues par l'article 167 al. 1 CPC, à savoir :

- le prononcé d'une amende d'ordre de CHF 1000 au plus (lit. a);
- la menace des sanctions prévues à l'article 292 CP (lit. b);
- la mise en œuvre de la force publique (lit. c);
- la mise des frais causés par le refus de collaborer à la charge du tiers (lit. d)⁷⁸.

Le défaut (absence de comparution en vue d'une audition en qualité de témoin ou absence de production de pièces sans qu'il n'ait été précédé d'un refus explicite) est assimilé à un refus de collaborer injustifié (art. 167 al. 2 CPC). A relever que toute mesure prononcée par le tribunal en application de l'article 167 CPC pourra faire l'objet d'un recours (art. 167 al. 3 et 319 lit. b ch. 1 CPC)⁷⁹.

V. Fixation dans le temps de l'objet du litige et des moyens de preuve

On le sait, la vie ne s'arrête pas du fait de la création d'un lien de litispendance... Cela vaut en particulier pour certains procès en responsabilité civile, parfois appelés à perdurer (notamment du fait de certaines expertises qui peuvent prendre du temps) ou ayant pour objet des situations qui évoluent dans le temps (p. ex. l'évolution de l'état de santé de la victime demanderesse à une action en indemnisation). Ici surgit le conflit inéluctable entre deux perspectives. D'une part toute loi de procédure doit avoir le souci d'aboutir à des décisions faisant coïncider la vérité judiciaire avec la réalité, ce qui conduit à prendre en compte tout changement intervenu avant que le juge ne tranche. D'autre part, le souci d'aboutir à un jugement dans des délais raisonnables mène le législateur à figer l'objet du litige à partir d'un moment donné, avec pour conséquence qu'au-delà, la prise en compte de faits ou moyens de preuve nouveaux n'est plus possible⁸⁰.

⁷⁸ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., art. 167 N 9 ss.

⁷⁹ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., art. 167 N 17 ss; BSK ZPO – SCHMID, art. 167 N 4.

⁸⁰ Voir à ce sujet LEUENBERGER C., in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., art. 227 N 2.

A. En première instance

La demande peut être modifiée dans la phase des échanges d'écritures liminaires et de préparation des débats (art. 220 à 227 CPC). Il en va ainsi dans la mesure où la prétention nouvelle (p. ex. une demande visant un poste supplémentaire du dommage) présente un lien de connexité avec la prétention initialement formulée, ou – à défaut d'une telle connexité – lorsque la partie adverse y consent (art. 227 al. 1 CPC). La loi apporte deux précisions : si du fait de l'augmentation de la valeur litigieuse la demande dépasse la compétence matérielle du tribunal, ce dernier transmet d'office la cause au tribunal compétent (al. 2), tandis qu'une diminution des prétentions demeure possible « *en tout état de la cause* » (al. 3)⁸¹.

Une fois amorcée la phase des débats principaux (art. 228 à 234 CPC), la loi distingue le contenu des conclusions elles-mêmes d'une part, les faits et les moyens de preuve d'autre part. Ainsi, à teneur de l'article 230 al. 1 CPC, toute demande additionnelle n'est possible qu'à la condition de respecter l'exigence de connexité ou de recueillir le consentement de la partie adverse (lit. a)⁸² et pour autant qu'elle repose sur des faits et moyens de preuve nouveaux (lit. b)⁸³. Au surplus les principes sus-évoqués en relation avec l'article 227 al. 2 et 3 demeurent applicables (art. 230 al. 2 CPC)⁸⁴.

Quant aux faits et moyens de preuve nouveaux (on peut certes douter de l'opportunité de traiter sur le même pied faits et moyens de preuve nouveaux), ils sont recevables une fois amorcée la phase des débats principaux pour autant qu'ils remplissent certaines conditions, lesquelles sont différentes selon la nature de la nouveauté en cause ainsi que le prévoit l'article 229 al. 1 CPC :

- s'il s'agit de vrais *nova* (la notion s'appliquant tant aux faits qu'aux moyens de preuve), ce qui se détermine par référence au dernier échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction s'étant tenue, ils sont admis jusqu'aux délibérations (lit. a)⁸⁵;

⁸¹ Avec la précision qu'à supposer que la baisse de valeur litigieuse situe celle-ci en deçà de la compétence matérielle du tribunal, ce dernier reste compétent (art. 227 al. 3 CPC *in fine*).

⁸² Le consentement doit prévaloir quant au principe du dépôt d'une demande additionnelle, non quant à la demande elle-même...

⁸³ Peu importe qu'il s'agisse de vrais ou de faux *nova* : ils doivent être recevables au sens de l'art. 229 CPC. Voir BSK ZPO – FREI S. / WILLISEGGER D., art. 230 N 5.

⁸⁴ BSK ZPO – FREI / WILLISEGGER, art. 230 N 10.

⁸⁵ Le maintien de la dernière partie de l'art. 229 al. 1 lit. a CPC, à savoir « *ou ont été découverts postérieurement* » relève d'une inadvertance rédactionnelle du législateur faisant suite à plusieurs discussions devant les Chambres fédérales sur le sujet ; il ne faut pas en tenir compte : GASSER / RICKLI, art. 229 N 5.

- s’il s’agit de faux *nova*, leur admissibilité est subordonnée à la condition qu’ils n’aient pu être invoqués antérieurement « *bien que la partie qui s’en prévaut ait fait preuve de la diligence requise* » (lit. b)⁸⁶.

B. En cas d’appel et en cas de recours

L’appel (art. 308 ss CPC) et le recours (art. 319 ss CPC) représentent respectivement les voies ordinaires et extraordinaires de remise en cause des jugements, une distinction qui appelle des différences marquées quant aux possibilités de modifier l’objet du litige en seconde instance cantonale.

La voie de l’appel habilite le juge à connaître tant des faits que du droit (art. 310 CPC). Dans ce contexte, il est possible de soumettre au juge d’appel des faits et moyens de preuve nouveaux – peu importe qu’il s’agisse de vrais ou de faux *nova*⁸⁷ – aux conditions prévues à l’article 317 al. 1 CPC : d’une part ils doivent être invoqués ou produits sans retard durant la procédure d’appel (lit. a), d’autre part la partie qui s’en prévaut doit établir qu’elle ne pouvait s’en prévaloir devant la première instance en dépit du fait qu’elle avait fait preuve de toute la diligence requise (lit. b). Tout comme pour la première instance, on peut émettre des doutes quant au bien-fondé de l’assimilation des faits aux moyens de preuve puisque les premiers remettent en cause l’objet du litige proprement dit, contrairement aux seconds⁸⁸.

En sus, l’article 317 al. 2 CPC prévoit l’admissibilité de conclusions nouvelles en appel aux conditions prévues à l’article 227 al. 1 CPC (à savoir lien de connexité ou alors consentement de la partie intimée), mais – ainsi le précise l’article 317 al. 2 lit. b CPC – à la condition supplémentaire que lesdites conclusions reposent sur des faits ou moyens de preuve nouveaux. Ces derniers, pour être pris en considération, doivent être recevables en application de l’article 317 al. 1 CPC⁸⁹.

Les choses sont plus radicales s’agissant du recours, dans la mesure où le juge n’a qu’un pouvoir de cognition limité au droit (art. 320 CPC). Dans ce contexte, les conclusions, faits et moyens de preuve nouveaux sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC)⁹⁰.

⁸⁶ A noter que les *nova*, peu importe qu’ils soient vrais ou faux, sont admissibles en tout état de cause jusqu’aux délibérations lorsque la maxime inquisitoire s’applique (art. 229 al. 3 *cum* art. 153 CPC).

⁸⁷ BSK ZPO – SPÜHLER K., art. 317 N 7.

⁸⁸ Comparer à cet égard avec l’art. 308 al. 2 LPC GE qui admet les moyens de preuve nouveaux en appel mais « *sanctionne* » la partie négligente en lui faisant supporter en tout ou partie les dépens de première instance et d’appel.

⁸⁹ BSK ZPO – SPÜHLER, art. 317 N 9.

⁹⁰ L’art. 326 al. 2 CPC réserve les dispositions spéciales de la loi (p. ex. l’art. 174 LP en matière de faillite) : voir BSK ZPO – SPÜHLER, art. 326 N 1 ss.

VI. *Excursus sur les frais*

Ce n'est le lieu ici que d'aborder en détail la thématique des frais au sens des articles 95 et suivants CPC, en dépit de son importance lorsqu'il s'agit d'évaluer l'opportunité d'envisager un procès dans les matières relevant de la responsabilité civile. A ce stade, on évoquera quelques principes : le tribunal statue sur les frais « *en règle générale dans la décision finale* » (art. 104 al. 1 CPC), tandis que ceux-ci sont répartis d'office (art. 105 al. 1 CPC)⁹¹ et mis à la charge de la partie succombante (art. 106 CPC), sous réserve des cas dans lesquels la loi autorise le juge à procéder à une répartition en équité (art. 107 CPC)⁹² ou de frais causés inutilement par l'attitude de l'une des parties (art. 108 CPC)⁹³.

Les frais (art. 95 CPC) comprennent les frais judiciaires (al. 2) et les dépens (al. 3). En l'occurrence, ce sont les frais judiciaires (dont la finalité consiste à couvrir – parfois forfaitairement, parfois au centime près – les dépenses assumées par le tribunal) qui nous intéressent, puisqu'ils comprennent notamment « *les frais d'administration des preuves* » (art. 95 al. 2 lit. c CPC). La norme générale prévoit que « *le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés* » (art. 98 CPC).

Toutefois, la loi prévoit une disposition particulière concernant l'avance de frais de l'administration des preuves, à savoir l'art. 102 CPC. Le principe général veut que chaque partie avance les frais d'administration des preuves qu'elle requiert (al. 1), tandis que chacune des parties avance la moitié des frais lorsqu'elles requièrent la mise en œuvre du même moyen de preuve (al. 2)⁹⁴. A supposer que la partie en charge d'avancer les frais ne s'exécute pas, l'avance « *peut* » être faite par l'autre partie, à défaut de quoi les preuves ne sont pas administrées (al. 3). Ces principes prévalent pour tous les moyens de preuve, y compris l'expertise. A relever que ces règles divergent de certaines réglementations de droit cantonal en vigueur jusqu'ici⁹⁵. En outre, ces principes ne s'appliquent pas dans toute leur rigueur lorsque la procédure

⁹¹ Ainsi comme le prévoyait l'art. 176 al. 1 LPC GE.

⁹² Ainsi lorsqu'une partie obtient gain de cause sur le principe de ses conclusions mais non sur leur montant (al. 1 lit. a), qu'elle a intenté le procès de bonne foi (al. 1 lit. b), que le litige relève du droit de la famille (al. 1 lit. c), que la procédure est devenue sans objet (al. 1 lit. e), ou à raison de circonstances particulières (al. 1 lit. f).

⁹³ P. ex. le défendeur refuse de produire une pièce qu'il détient, ce qui contraint le juge à ordonner à un tiers de faire de coûteuses recherches dans ses archives contre versement d'une indemnité équitable (art. 160 al. 3 CPC).

⁹⁴ La question se pose de savoir comment l'art. 102 al. 2 CPC devra être interprété lorsque plusieurs consorts de part et d'autre de la barre requerront la même mesure.

⁹⁵ Voir p. ex. l'art. 268 al. 1 LPC GE (« *Les frais de l'expertise sont, en règle générale, avancés par la partie dans l'intérêt de laquelle la preuve par expertise doit être administrée* »).

est gouvernée par la maxime inquisitoire, le juge devant alors établir les faits d'office (art. 102 al. 3 *in fine* et art. 153 CPC).

S'agissant de l'expertise en particulier, la loi prévoit que l'expert a droit à une rémunération (art. 184 al. 3 CPC)⁹⁶, tout en habilitant parties et experts à recourir contre la décision y relative (art. 184 al. 3 *in fine cum* art. 319 lit. b ch. 1 CPC)⁹⁷.

VII. Conclusion

Le CPC n'apporte rien de révolutionnaire à la problématique de l'administration des preuves. Il présente en tout état de cause le mérite d'instaurer l'unification dans toute la Suisse d'une partie essentielle du droit de la procédure laquelle touche directement à la mise en œuvre de l'article 8 CC, une règle de droit matériel qui constitue la pierre angulaire du droit privé.

La présentation à la fois pédagogique et structurée à laquelle se livre le CPC pour ce qui concerne les principes gouvernant l'administration des preuves offre une base de travail nouvelle à la partie (particulier, juriste d'assurance) qui doit évaluer les risques liés à l'hypothèse d'une procédure contentieuse. On peut noter de ce point de vue un certain renforcement de l'obligation de collaborer des parties et des tiers, qui offre l'avantage de permettre aux tribunaux et aux parties une approche plus efficace de la vérité, avantage auquel vient s'ajouter une plus grande souplesse quant aux moyens de preuve à la disposition des plaideurs et à leur mise en œuvre...

⁹⁶ Ce qui précise sans doute la portée de l'art. 160 al. 3 CPC, lequel ne prévoit qu'une « *indemnité équitable* » en faveur des tiers appelés à collaborer: l'art. 184 al. 3 CPC parle en effet de « *rémunération* ».

⁹⁷ GASSER / RICKLI, art. 184 N 3.

Le juge face à l'expert

GRÉGORY BOVEY*

Table des matières

I. Remarques liminaires	96
II. Notion d'expertise judiciaire	96
III. Objet de l'expertise judiciaire	97
A. En général – établissement de faits complexes et techniques	97
B. En matière de responsabilité civile (au sens large) : exemples	98
IV. Choix de l'expert	99
A. En général – compétences reconnues et utilisables	99
B. Indépendance et impartialité – Récusation	101
V. Mission d'expertise	102
A. Nomination de l'expert et champ de l'expertise	102
B. Rappel des dispositions pénales applicables, avance de frais et délai pour la reddition du rapport	104
VI. Exécution de l'expertise	105
A. En général	105
B. Investigations de l'expert	106
C. Reddition du rapport	107
1. Forme	107
2. Contenu formel et matériel	107
3. Transmission du rapport – Déterminations des parties	108
VII. Appréciation de l'expertise	108
A. Principe de la libre appréciation des preuves	108
B. Limites au principe	109
C. Examen par le juge du caractère complet, compréhensible et convaincant du rapport	110
D. Eclaircissements, complément d'expertise ou nouvelle expertise	111
VIII. Conclusion	112
IX. Bibliographie	113

* Docteur en droit, LL.M., Juge au Tribunal de première instance de Genève.

I. Remarques liminaires¹

«L'expertise est au cœur de l'administration de la preuve»². La technicité accrue des litiges, spécialement dans le domaine de la responsabilité civile, conduit de plus en plus le juge à recourir, d'office ou sur requête des parties, à l'avis d'experts. Théoriquement, l'expert est là pour mettre à disposition du juge des connaissances scientifiques nécessaires à la constatation des faits. L'expert ne saurait exercer les fonctions du juge. Il ne peut qu'éclairer la décision judiciaire, non la former³. Il n'en demeure pas moins que l'intervention de techniciens équivaut souvent à «déplacer le débat du terrain judiciaire vers le terrain scientifique»⁴, ce qui peut avoir pour conséquence de «modifier l'implication du magistrat dans la prise de décision»⁵. Afin d'éviter, autant que faire se peut, qu'une telle tendance prenne une ampleur incontrôlée, l'importance de la manière dont les experts sont choisis et instruits apparaît cruciale. Il en va de même de l'attention critique que portera le juge sur le rapport d'expertise ainsi que du respect du principe du contradictoire qui permet aux parties de discuter, voire de contester le résultat de l'expertise.

II. Notion d'expertise judiciaire

L'expertise est un moyen de preuve, à l'instar de l'interrogatoire des parties, de la production de titres, du témoignage et de l'inspection⁶; elle constitue une preuve parmi d'autres, dont le juge apprécie librement la valeur probante⁷.

L'expertise a pour but de faciliter au juge la constatation des faits lorsque celle-ci nécessite certaines connaissances spéciales, en particulier dans les domaines scientifiques et techniques. Selon le Tribunal fédéral, «l'expert judiciaire a pour tâche d'informer le juge sur des règles d'expérience ou sur des notions relevant de son domaine d'expertise, d'élucider pour le tribunal des questions de fait dont la vérification et l'appréciation exigent des connais-

¹ Les opinions ci-après exprimées n'engagent que leur auteur.

Que Messieurs Edgar PHILIPPIN, professeur et avocat à Lausanne, et Patrick CHENAUX, Président du Tribunal civil de Genève, trouvent ici l'expression de notre sincère gratitude pour la bienveillante attention qu'ils ont portée lors de la relecture du présent texte. Nos remerciements vont également à notre collègue Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, sans qui nous n'aurions pas donné la conférence à la base de la présente contribution.

² ROUSSEAU / DE FONTBRESSIN, p. 207.

³ LECLERC, p. 125.

⁴ DEHARO, in *Journal International de Bioéthique* 2006/1-2, p. 39.

⁵ DEHARO, in *Journal International de Bioéthique* 2006/1-2, p. 54.

⁶ Art. 168 al. 1 CPC; DOLGE, in *Basler Kommentar*, n. 1 ad art. 183 CPC; GASSER / RICKLI, n. 2 ad art. 183 CPC; HOFMANN / LÜSCHER, p. 95; BOSSHARD, RSPC 2007, p. 322; BETTEX, p. 65 et les références citées; ZUFFEREY, p. 26. Il en va de même en droit français, cf. LECLERC, p. 268 ss.

⁷ Cf. *infra* VII, p. 108 ss.

sances spéciales – scientifiques, techniques ou professionnelles – ou de tirer, sur la base de ces connaissances, des conclusions sur des faits existants ; il est l'auxiliaire du juge, dont il complète les connaissances par son savoir de spécialiste »⁸.

L'expertise est en principe subsidiaire à l'enquête par témoins. Il est en particulier prohibé de recourir à l'expertise pour pallier l'absence de preuve portant sur des faits de nature non technique. L'expertise ne saurait ainsi servir à compléter les allégations des parties ou à suppléer l'absence de preuve⁹.

III. Objet de l'expertise judiciaire

A. En général – établissement de faits complexes et techniques

L'expertise n'a pour objet que d'établir des faits, dont la constatation nécessite des connaissances spéciales, scientifiques, techniques ou professionnelles¹⁰. L'expert assiste le juge au stade de la constatation des faits en complétant les connaissances qui seront nécessaires au jugement¹¹. Il ne saurait trancher des questions de droit. Il n'appartient en effet qu'au juge d'interpréter et d'appliquer le droit¹².

La limite entre fait et droit est toutefois bien souvent difficile à tracer. Il est en effet rare que les faits puissent être totalement débarrassés de leurs attaches juridiques¹³.

⁸ ATF 4A_478/2008 c. 4.1 et l'arrêt cité.

⁹ Interdiction de l'expertise dite « investigatoire ». Sur tous ces points : BERTOSSA et al., n. 4 ad art. 255 LPC/GE. A notre sens, ces considérations gardent toute leur pertinence sous l'empire du CPC.

¹⁰ DOLGE, in Basler Kommentar, n. 1 et 2 ad art. 183 CPC ; GASSER / RICKLI, n. 4 ad art. 183 CPC ; BOSSHARD, RSPC 2007, p. 322.

¹¹ WEIBEL, in ZPO Komm., n. 4 ad art. 183 CPC ; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 2 et 6 ad art. 183 CPC ; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, n. 9.105, p. 245 ; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 844 ; CASTELLA, p. 11 ; LECLERC, pp. 84 s., 125, 199.

¹² Selon l'adage « *Ad questionem facti respondent iuratores ; ad questionem juris respondent iudices* » (LECLERC, p. 69). ATF 4A_478/2008 c. 4.1 et les arrêts cités ; HOHL, Tome I, n. 1043, p. 197 ; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, n. 9.105, p. 245 ; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 5 ad art. 183 CPC ; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 3 ad art. 183 CPC ; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 844 ; BOSSHARD, RSPC 2009, p. 208 ; BETTEX, p. 65 ss ; BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 50 ; LE MÊME, PJA 1999, p. 574 ; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 5 ad art. 183 CPC, qui réserve l'hypothèse d'une expertise portant sur le contenu du droit étranger. Dans le même sens : WEIBEL, in ZPO Komm., n. 4 ad art. 183 CPC ; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 3 ad art. 183 CPC. Sur cette question – controversée –, cf. BETTEX, p. 69 ss.

¹³ LECLERC, p. 69 ss ; BETTEX, p. 66 ; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 6 ad art. 183 CPC ; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 5 ad art. 183 CPC ; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 3 ad art. 183 CPC ; SPÜHLER / DOLGE / GEHRI, n. 210 s., p. 263 ; ZUFFEREY, p. 28 s.

Dans le domaine spécifique du droit de la responsabilité civile, il convient en particulier de clairement distinguer le dommage de la fixation du montant des dommages-intérêts. Le premier correspond à l'événement objectivement constatable et relève du fait¹⁴. La seconde appartient au droit et, par conséquent, au juge: elle « exprime l'atteinte aux droits subjectifs patrimoniaux ou extra-patrimoniaux qui appellent une réparation dès lors qu'un tiers en est responsable. »¹⁵ En d'autres termes, une limite doit être tracée entre le constat du dommage et la fixation des dommages-intérêts.

B. En matière de responsabilité civile (au sens large): exemples

Il n'est pas possible de donner une liste exhaustive de tous les états de fait susceptibles de donner lieu à une expertise judiciaire en matière de responsabilité civile (au sens large). On se contentera donc d'en indiquer quelques cas fréquents.

Le recours à l'expertise apparaît, dans la règle, nécessaire dans le cadre d'actions en dommages-intérêts dirigées contre l'assureur RC du responsable d'un accident (notamment de la route). Dans ce contexte, le juge, pour savoir si l'événement dommageable et l'atteinte à la santé sont liés par un rapport de causalité naturelle, se fondera essentiellement sur des expertises médicales¹⁶. Outre la détermination du lien de causalité naturelle, de telles expertises serviront aussi à identifier d'éventuelles prédispositions constitutionnelles du lésé, ainsi qu'à déterminer le taux d'invalidité médico-théorique de la victime comme conséquence de l'accident et à chiffrer l'importance (en pourcentage) de l'accident sur l'incapacité de travail¹⁷. Enfin, elles permettront d'établir si l'état du lésé est susceptible de s'aggraver ou de s'améliorer et si, en dépit de son incapacité, la victime est médicalement en mesure de reprendre ses activités antérieures et dans quelles conditions¹⁸. « Le rôle du médecin-expert est d'objectiver et de quantifier les séquelles, et d'en déterminer l'imputabilité à l'accident; c'est une fonction de constat du dommage corporel, limité à

¹⁴ Cf. LAMBERT-FAIVRE, Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, p. 9.

¹⁵ LAMBERT-FAIVRE, Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, p. 9.

¹⁶ Cf., par ex., Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/1491/2008 du 5 décembre 2008 c. 3.2.1; CHAPPUIS, p. 207.

¹⁷ Cf. par ex. Arrêts de la Cour de justice de Genève ACJC/442/2007 du 20 avril 2007; ACJC/561/2006 du 18 mai 2006. FMH, Le médecin en tant qu'expert, www.fmh.ch/fr/services/droit/expertises.html; CHAPPUIS, pp. 207-208. Ce dernier point se situe toutefois à la limite du droit, le chiffrage du préjudice demeurant l'apanage du juge, qui n'est pas lié par l'avis de l'expert.

¹⁸ Cf. PECKELS, La revue Experts n° 10-03/1991.

son évaluation médicale »¹⁹. Sur la base des éléments révélés par l'expertise, il appartiendra exclusivement au juge de fixer le montant de l'indemnité. C'est donc à ce dernier de donner une valeur monétaire au pourcentage du taux d'invalidité médico-théorique.

L'expertise s'avérera également nécessaire dans le cadre de la responsabilité médicale. L'expert sera en général mis en œuvre aux fins de déterminer si les actes médicaux en cause ont été effectués conformément aux règles de l'art²⁰. A cet égard, l'expert ne devra qu'exposer les règles professionnelles communément admises, quel était l'état du patient et comment l'acte médical s'est déroulé, dès lors que la question de savoir si le médecin a violé son devoir de diligence relève du droit²¹.

Dans le domaine de la construction, l'expert sera nommé pour « établir un constat de l'état actuel de l'ouvrage, mais aussi déterminer s'il présente des malfaçons au regard du standard de qualité généralement admis dans la profession concernée, expliciter l'origine technique des problèmes constatés, proposer des mesures de réparation et estimer le coût de leur réalisation »²². Il n'appartiendra en revanche qu'au juge de dire si la malfaçon constatée constitue un défaut au sens juridique du terme.

Comme autre exemple, l'on peut enfin citer l'hypothèse du dommage causé à une œuvre d'art, par exemple lors du transport de celle-ci. L'expert sera amené à déterminer si l'œuvre peut être restaurée et, dans l'affirmative, à estimer la valeur vénale résiduelle après restauration²³.

IV. Choix de l'expert

A. En général – compétences reconnues et utilisables

Il n'existe pas de listes d'experts agréés auprès des tribunaux, comme c'est le cas par exemple en France²⁴.

Toute personne qui possède les connaissances professionnelles et les moyens techniques lui permettant de mener à bien une expertise peut en

¹⁹ LAMBERT-FAIVRE, Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, p. 10.

²⁰ Cf. par ex. Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/432/2010 du 16 avril 2010.

²¹ ATF 133 III 121 c. 3.1; JÄGER / SCHWEITER, REAS 2004, p. 290.

²² ZUFFEREY, p. 28 s.

²³ Cf. par ex. Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/809/2008 du 20 juin 2008 c. 8.2.

²⁴ BETTEX, p. 102 ss. Cf. ég. ROUSSEAU / DE FONTBRESSIN, p. 85 ss; LECLERC, p. 200 ss; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 7 ad art. 183 CPC.

principe être désignée comme expert par le juge, qui dispose d'un large pouvoir d'appréciation²⁵.

Le critère principal devant présider au choix d'un expert est la compétence²⁶. Faute de listes d'experts agréés, le juge ne dispose que de peu de moyens pour sélectionner utilement la personne de l'expert qu'il entend désigner. L'expérience et la renommée acquises, de même que les diplômes obtenus, seront autant de signes lui indiquant que la personne envisagée possède les compétences voulues²⁷. Pour faciliter la tâche du juge, la Chambre suisse des experts judiciaires techniques et scientifiques tient à jour une liste d'experts dans différents domaines sur son site Internet www.swiss-experts.ch²⁸. La procédure stricte d'admission comme membre de cette chambre permet en principe de garantir la compétence et l'intégrité des experts sélectionnés²⁹. En outre, depuis 2003, la société Swiss Experts Certification SA (SEC) est accréditée par l'Office fédéral de métrologie et d'accréditation (METAS) pour la certification des experts judiciaires. Selon son règlement d'examen, le certificat délivré par la SEC garantit la compétence professionnelle, l'expérience et l'indépendance de l'expert³⁰. BÜHLER relève toutefois, à juste titre, que la présence d'un expert sur une liste certifiée ne libère pas le juge de son devoir de vérifier concrètement si l'expert dispose des compétences utiles au cas d'espèce et s'il offre des garanties suffisantes d'indépendance³¹.

Dans la règle, l'expert sera une personne physique³², qui pourra avoir son domicile en dehors du territoire cantonal³³. Cela découle notamment du caractère éminemment personnel de la prestation fournie par l'expert et de la responsabilité qui y est liée³⁴. L'expert désigné peut toutefois, à certaines conditions, faire appel à des auxiliaires ou déléguer certaines tâches à des tiers³⁵. La délégation à des tiers, par exemple à des médecins spécialistes,

²⁵ BERTOSSA et al., n. 1 ad art. 256 LPC/GE; JATON, p. 37; ZUFFEREY, p. 19. BÜHLER, in *Gericht und Expertise*, p. 39, souligne que suivant les cas, il n'y aura pas forcément besoin de désigner une personne disposant d'une formation pointue ou de diplômes spécialisés, une expérience pratique éprouvée dans un certain domaine étant parfois suffisante. Tel pourra par exemple être le cas en matière de construction.

²⁶ BETTEX, p. 91. Cf. ég. SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 219, p. 264.

²⁷ Cf. ZUFFEREY, p. 19; BÜHLER, in *Gericht und Expertise*, p. 39 s.

²⁸ DOLGE, in *Basler Kommentar*, n. 7 ad art. 183 CPC.

²⁹ LANFRANCONI, in *Gericht und Expertise*, p. 133.

³⁰ Pour plus de détails, cf. LANFRANCONI, in *Gericht und Expertise*, p. 133 ss; HOFER, in *Revue de l'avocat* 3/2004, p. 88 s.; www.experts-certification.ch.

³¹ BÜHLER, in *Gericht und Expertise*, p. 45.

³² WEIBEL, in *ZPO Komm.*, n. 30 ad art. 183 CPC; PERROULAZ, in *Stämpflis Handkommentar*, ZPO, n. 8 ad art. 183 CPC; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, n. 9.107, p. 246.

³³ BETTEX, p. 101.

³⁴ BÜHLER, in *Gericht und Expertise*, pp. 20 s. et 41. Cf. ég. WEIBEL, in *ZPO Komm.*, n. 30 ad art. 183 CPC; PERROULAZ, in *Stämpflis Handkommentar*, ZPO, n. 8 et 10 ad art. 183 CPC.

³⁵ WEIBEL, in *ZPO Komm.*, n. 33 ad art. 183 CPC.

de tout ou partie de l'exécution de la mission d'expertise nécessite l'accord préalable du juge³⁶. En revanche, la collaboration de tiers, qui sont dans un rapport de subordination avec l'expert, est en principe autorisée pour autant que la réponse aux questions ainsi que les conclusions de l'expertise ne leur soient pas déléguées³⁷.

Le CPC ne précise pas si une personne morale peut être désignée comme expert. Il ne l'interdit à notre sens pas. La question est toutefois controversée en doctrine³⁸. La désignation d'une personne morale apparaît en tous les cas possible dans la mesure où le collaborateur exécutant l'expertise est clairement nommé dans le rapport, qu'il le (co-)signe personnellement et qu'il a été dûment informé des conséquences pénales d'un faux rapport au sens de l'art. 307 CP et de la violation du secret de fonction au sens de l'art. 320 CP³⁹.

B. Indépendance et impartialité – Récusation

L'expert doit être indépendant et impartial⁴⁰. Les experts sont soumis aux mêmes règles de récusation que les magistrats et fonctionnaires de l'ordre judiciaire⁴¹. Les experts désignés par le juge peuvent ainsi être récusés par les parties s'il existe des circonstances de nature à compromettre leur indépendance ou leur impartialité⁴². Cette exigence implique, notamment, que

³⁶ BÜHLER, in *Gericht und Expertise*, pp. 22 et 41; LE MÊME, in *Jusletter* du 21 juin 2010, n. 118; BETTEX, p. 164 s.; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 220, p. 264.

³⁷ BÜHLER, in *Gericht und Expertise*, pp. 22 et 42; LE MÊME, in *Jusletter* du 21 juin 2010, n. 119. Cf. ég. BETTEX, p. 164; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 220, p. 264. En matière médicale, il est toutefois toléré que le chef de clinique délègue des pans entiers de l'expertise par exemple à des médecins assistants et ne fasse que viser le rapport d'expertise; cela n'affranchit toutefois pas le médecin désigné de solliciter et d'obtenir l'assentiment du juge pour ce faire; cf. BÜHLER, in *Jusletter* du 21 juin 2010, n. 120 s.

³⁸ Cf. DOLGE, in *Basler Kommentar*, n. 27 ad art. 183 CPC; WEIBEL, in *ZPO Komm.*, n. 31 ad art. 183 CPC; BETTEX, p. 92 ss. Selon HALDY, p. 54, le texte du CPC semble indiquer que les experts doivent être des personnes physiques.

³⁹ BÜHLER, in *Gericht und Expertise*, p. 21 et la note 17. Cf. ég. WEIBEL, in *ZPO Komm.*, n. 32 ad art. 183 CPC; PERROULAZ, in *Stämpflis Handkommentar*, ZPO, n. 9 ad art. 183 CPC; GASSER/RICKLI, n. 6 ad art. 183 CPC; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 222, p. 265; VOUILLOZ, *PJA* 2009, p. 844 s.; LE MÊME, *ECS* 2009, p. 583; BETTEX, p. 92 s.

⁴⁰ WEIBEL, in *ZPO Komm.*, n. 19 ad art. 183 CPC.

⁴¹ Art. 183 al. 2 CPC; ATF 4P.254/2006 c. 2; 1P.651/2003 et 1P.653/2003 c. 5.2; 126 III 249 c. 3c; DOLGE, in *Basler Kommentar*, n. 20 ad art. 183 CPC; WEIBEL, in *ZPO Komm.*, n. 20 ad art. 183 CPC; PERROULAZ, in *Stämpflis Handkommentar*, ZPO, n. 16 ad art. 183 CPC; GASSER/RICKLI, n. 6 ad art. 183 CPC; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, n. 9.107, p. 246; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 215, p. 263 s.; HOFMANN/LÜSCHER, p. 95; HALDY, p. 54; VOUILLOZ, *PJA* 2009, p. 845; BÜHLER, in *Gericht und Expertise*, p. 25 s.; LE MÊME, *PJA* 1999, p. 567 s.; BETTEX, p. 115.

⁴² Cf. par ex. ATF 5A_35/2010 c. 3.2; 125 II 541 c. 4a.

l'expert n'ait aucun intérêt personnel dans la cause et qu'il ne soit pas, à quelque titre que ce soit, lié à l'une des parties⁴³.

Pour éviter autant que possible tout problème de récusation, il est important que le juge prenne préalablement contact avec l'expert pressenti pour vérifier qu'il n'existe pas de motifs pouvant mettre en doute son indépendance ou son impartialité⁴⁴.

La partie qui entend récuser l'expert désigné par le tribunal doit le faire sans délai, soit aussitôt qu'elle a eu connaissance du motif de récusation⁴⁵.

V. Mission d'expertise

A. Nomination de l'expert et champ de l'expertise

L'expert est nommé par le juge, d'office ou sur requête des parties⁴⁶. Celles-ci doivent en tous les cas être préalablement entendues⁴⁷.

Cela implique notamment que les parties doivent avoir l'occasion de présenter au juge des propositions quant à la personne de l'expert. Celles-ci n'ont toutefois aucun caractère contraignant, mais si elles sont concordantes, le juge ne s'en écartera pas sans motif⁴⁸.

Le droit d'être entendu réservé par le CPC comporte également pour les parties celui de présenter leurs motifs de récusation à l'encontre de la per-

⁴³ Cf. art. 47 al. 1 CPC; ATF 1P.294/2002 c. 4 et 5; BETTEX, p. 125 ss. HOFMANN/LÜSCHER, p. 95, ainsi que HALDY, p. 54, considèrent que les experts devraient être récusables de manière plus large, soit pour des motifs ne figurant pas forcément à l'art. 47 al. 1 CPC.

⁴⁴ CASTELLA, p. 14.

⁴⁵ Art. 49 CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 20 ad art. 183 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 22 ad art. 183 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 18 ad art. 183 CPC.

⁴⁶ Art. 183 al. 1 CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 2 ad art. 183 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 8 s. ad art. 183 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 5 ad art. 183 CPC; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, n. 9.106, p. 245; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 212, p. 263. Nommé par le juge, l'expert est soumis au secret de fonction: DOLGE, in Basler Kommentar, n. 28 ad art. 183 CPC et n. 8 ad art. 184 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 5 ad art. 184 CPC. Le rapport entre l'Etat agissant par le juge et l'expert peut être qualifié de contrat de droit administratif. Cf. à cet égard: ZUFFEREY, p. 27 s. et les références citées; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 2 ad art. 185 CPC; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 223, p. 265.

⁴⁷ Art. 183 al. 1 2^e phr. CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 2 et 29 ad art. 183 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 11 ad art. 183 CPC; GASSER/RICKLI, n. 3 ad art. 183 CPC; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 229, p. 266.

⁴⁸ DOLGE, in Basler Kommentar, n. 29 ad art. 183 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 15 ad art. 183 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 14 ad art. 183 CPC (pour qui le juge n'est, en tout état, pas lié par les suggestions des parties); BETTEX, p. 87; BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 45 in fine.

sonne de l'expert choisi par le juge⁴⁹, ainsi que celui de se déterminer sur les coûts de l'expertise⁵⁰.

Enfin, les parties ont le droit de se prononcer sur la mission d'expertise proprement dite, soit sur le questionnaire qui sera soumis à l'expert. Selon le texte clair du CPC, la mission d'expertise est en effet définie par le juge et non par les parties⁵¹, qui ont le droit de s'exprimer sur les questions que le juge entend soumettre à l'expert et en demander des modifications ou des compléments⁵². La systématique de la loi veut ainsi qu'en pratique, le juge rédige lui-même un projet de questionnaire, qu'il soumet aux parties⁵³. Le juge statue sur les demandes de modifications ou de compléments selon son libre pouvoir d'appréciation et n'a pas besoin de motiver la décision qu'il prend sur le vu des demandes émanant des parties⁵⁴.

En formulant les questions soumises à expertise, le juge devra se garder de céder à la « tentation de confier à l'expert une mission qui implique l'appréciation de questions juridiques »⁵⁵ afin d'éviter que ses attributions juridictionnelles soient, de facto, transférées à l'expert⁵⁶. Cela implique nécessairement un effort rédactionnel de la part du juge, qui, s'il reprend les questions suggérées par les parties, se doit de les réorganiser, voire de les reformuler, pour éliminer toute contradiction ou tout glissement vers une mission poussant l'expert à se déterminer sur le plan juridique⁵⁷.

Les questions devront également être formulées de manière à tenir compte du degré de la preuve requis dans le cas particulier (certitude ou

⁴⁹ Il peut s'agir de griefs liés tant à l'indépendance qu'aux compétences de l'expert. Cf. WEIBEL, in ZPO Komm., n. 13 et 21 ss ad art. 183 CPC; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 844; BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 42 s.

⁵⁰ Les parties doivent en effet être préalablement entendues au sujet du montant de l'avance de frais. Cf. Message du CF, p. 6932; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 12 ad art. 183 CPC; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 844. Les parties auront également l'occasion de se déterminer plus tard sur la note d'honoraires finale de l'expert. Sur la répartition de l'avance de frais, cf. *infra* V.B., p. 105.

⁵¹ WEIBEL, in ZPO Komm., n. 2 ss ad art. 185 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 6 ad art. 185 CPC.

⁵² Art. 185 al. 2 CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 2 ad art. 185 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 6 ss ad art. 185 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 7 ad art. 185 CPC; GASSER/RICKLI, n. 1 s. ad art. 185 CPC; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 230, p. 266; HOFMANN/LÜSCHER, p. 96; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 845; CASTELLA, p. 14; BETTEX, p. 143.

⁵³ BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 49. Il est actuellement plutôt rare, en pratique, que le juge rédige lui-même le questionnaire, se limitant, dans la plupart des cas, à reproduire dans son ordonnance les questions que les parties lui auront soumises ou à simplement charger l'expert de se déterminer sur les allégués (cf., pour ce qui concerne le canton de Vaud, JATON, p. 39; BETTEX, p. 144). Cette pratique est toutefois à éviter (cf. BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 49). A notre avis, elle n'apparaît en tout cas plus compatible avec le texte clair du CPC.

⁵⁴ DOLGE, in Basler Kommentar, n. 2 ad art. 185 CPC; BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 51.

⁵⁵ LECLERC, p. 161. Sur la limite entre fait et droit, cf. *supra* III.A. et B., p. 97 ss.

⁵⁶ Cf. *infra* VII.B., p. 109 s.

⁵⁷ Cf. BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 50 s.

vraisemblance confinante à la certitude, vraisemblance prépondérante ou haute vraisemblance, simple vraisemblance)⁵⁸. Ainsi, en matière de responsabilité civile, la vraisemblance prépondérante suffit s'agissant de la preuve du lien de causalité naturelle⁵⁹.

Du point de vue de la procédure, le juge impartira, par voie d'ordonnance⁶⁰, un délai aux parties pour faire des propositions d'expert et leur permettre de se déterminer sur les coûts de l'expertise ainsi que sur les questions à soumettre à l'expert⁶¹. Lesdites propositions et déterminations pourront être communiquées et discutées lors des débats d'instruction⁶².

Une fois les parties entendues sur les points susvisés, le juge nommera l'expert⁶³ et lui assignera sa mission, en l'invitant à se prononcer sur un questionnaire⁶⁴.

La décision qui nomme l'expert et arrête la mission d'expertise est une ordonnance d'instruction⁶⁵ sujette à recours dans un délai de dix jours si elle crée un préjudice difficilement réparable⁶⁶.

B. Rappel des dispositions pénales applicables, avance de frais et délai pour la reddition du rapport

Le juge devra encore exhorter l'expert à répondre conformément à la vérité et le rendre attentif aux conséquences pénales d'un faux rapport au sens de

⁵⁸ A ce sujet, cf. BÜHLER, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 59 ss. Sur le degré de la preuve, cf. not. GUYAN, in Basler Kommentar, n. 7 ss ad art. 157 CPC et les références citées.

⁵⁹ HOHL, in Der Beweis im Zivilprozess, p. 131 et les arrêts cités; GUYAN, n. 11 ad art. 157 CPC.

⁶⁰ Cette invitation pourra notamment être insérée dans l'ordonnance de preuves (art. 154 CPC).

⁶¹ Conformément à la systématique du CPC, le juge devrait, à notre avis, joindre à son ordonnance un projet de questionnaire sur lequel les parties sont invitées à se déterminer.

⁶² Art. 226 CPC. Cf. FREI / WILLISEGGER, in Basler Kommentar, n. 14 ad art. 226 CPC; LEUENBERGER, in ZPO Komm., n. 10 ad art. 226 CPC; DÜRR, in Stämplis Handkommentar, ZPO, n. 3 ad art. 226 CPC.

⁶³ L'art. 183 al. 1 CPC laisse le juge libre de nommer un ou plusieurs experts. Selon le Message du CF, p. 6933, « l'expertise collective se justifie lorsque l'état de fait relève de plusieurs spécialités ou pose une question controversée dans une spécialité ». Tel sera notamment le cas dans le domaine médical. Cf. à ce propos: BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 39 s.; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 34 ad art. 183 CPC; PERROULAZ, in Stämplis Handkommentar, ZPO, n. 12 ad art. 183 CPC.

⁶⁴ Art. 185 al. 1 CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 1 ad art. 185 CPC; BETTEX, p. 143 s.; JATON, p. 39.

⁶⁵ Art. 124 al. 1 LPC; HOFMANN / LÜSCHER, p. 96; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, n. 9.108 s., p. 246. GUYAN, in Basler Kommentar, n. 5 ad art. 154 CPC, envisage la possibilité d'intégrer la mission d'expertise dans l'ordonnance de preuves au sens de l'art. 154 CPC. Cf. ég. à ce sujet: HASENBÖHLER, in ZPO Komm., n. 12 ad art. 154 CPC. Dans le cas, rare, d'une mission d'expertise donnée oralement, celle-ci sera consignée au procès-verbal de l'audience d'instruction: cf. LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, n. 9.109, p. 246.

⁶⁶ Art. 319 let. b ch. 2 CPC; HOFMANN / LÜSCHER, p. 96; GASSER / RICKLI, n. 1 ad art. 154 CPC. *Contra*: DOLGE, in Basler Kommentar, n. 32 ad art. 183 CPC et n. 2 ad art. 185 CPC; BÜHLER, in Gericht und Expertise, pp. 47 et 51.

l'art. 307 CP et de la violation du secret de fonction au sens de l'art. 320 CP. Il conviendra en outre que l'expert soit averti des conséquences d'un défaut ou d'une exécution lacunaire du mandat⁶⁷.

Le juge arrêtera par ailleurs dans son ordonnance l'avance de frais d'expertise et impartira un délai aux parties pour effectuer cette avance⁶⁸. Les frais d'expertise seront en principe avancés par la partie qui l'a sollicitée, et si l'expertise a été requise par les deux parties, l'avance du coût du rapport doit être faite par moitié chacune⁶⁹. Dans l'hypothèse où l'expertise est ordonnée d'office, le juge statue sur la prise en charge de l'avance des frais selon son pouvoir d'appréciation, en tenant compte des règles sur le fardeau de la preuve⁷⁰.

Le juge fixera enfin un délai à l'expert pour le dépôt de son rapport⁷¹. Il s'agit d'un délai librement prolongeable⁷². Le juge accède en général facilement à la demande de report, souvent du reste avec l'accord des parties⁷³.

VI. Exécution de l'expertise

A. En général

Comme indiqué précédemment, l'expert doit exécuter personnellement⁷⁴ la mission qui lui est assignée, à savoir répondre aux questions qui lui

⁶⁷ Art. 184 al. 1 et 2 CPC; HOFMANN / LÜSCHER, p. 95; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, n. 9.110, p. 247; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 4 ss ad art. 184 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 9 ad art. 184 CPC; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 845; BETTEX, p. 147 s.; BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 52, selon qui l'omission de ces indications ne rend pas la mission d'expertise nulle à la forme. Lesdites exhortations peuvent également être insérées dans une circulaire générale du tribunal, qui sera annexée à l'ordonnance; cf. WEIBEL, in ZPO Komm., n. 5 ad art. 184 CPC.

⁶⁸ Art. 102 CPC *cum* art. 184 al. 3 CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 34 ad art. 183 CPC; BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 53 s.

⁶⁹ Art. 102 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 16 ad art. 183 CPC.

⁷⁰ WEIBEL, in ZPO Komm., n. 17 ad art. 183 CPC. Ce qui implique qu'en principe, les frais seront avancés par la partie qui supporte le fardeau de la preuve.

⁷¹ Art. 185 al. 3 CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 8 ad art. 185 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 10 ad art. 185 CPC; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, n. 9.109, p. 247. Sur les critères présidant à la détermination du délai, cf. WEIBEL, in ZPO Komm., n. 7 ad art. 184 CPC. Il conviendra également que l'expert soit invité à déposer, dans le même délai, une note détaillée de ses honoraires et débours.

⁷² Aux conditions de l'art. 144 al. 2 CPC (demande motivée et présentée en temps utile).

⁷³ JATON, p. 39. A noter toutefois que l'expert retardataire peut être révoqué sans indemnité s'il n'observe pas le délai impartit (art. 188 al. 1 CPC; HOFMANN / LÜSCHER, p. 97; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 3 ad art. 188 CPC; SPÜHLER / DOLGE / GEHRI, n. 238, p. 268).

⁷⁴ Il ne peut s'adjoindre l'aide de tiers et leur déléguer tout ou partie de l'expertise qu'avec l'autorisation expresse du tribunal (cf. *supra* IV.A., p. 100 s. et DOLGE, in Basler Kommentar, n. 25 ad art. 183 CPC; BÜHLER, in Gericht und Expertise, pp. 22, 41 et 55). L'expert peut toutefois travailler sans autorisation avec des collaborateurs, qui se trouvent dans un rapport de subordination, pour l'exécution de tâches mineures.

sont posées par le juge en s'abstenant de porter des appréciations d'ordre juridique.

Pour ce faire, le dossier de la cause, en tant qu'il est nécessaire à l'expert pour rendre son rapport, est mis à disposition de l'expert par le tribunal⁷⁵. Pendant l'exécution de l'expertise, le juge n'est pas dessaisi du litige. L'expertise est en effet exécutée sous son contrôle. A cet égard, il est absolument nécessaire et indispensable que la communication entre expert et juge demeure constante durant toute l'exécution de l'expertise⁷⁶.

B. Investigations de l'expert

L'expert peut procéder à des investigations⁷⁷. Cela signifie qu'il peut requérir des parties ou de tiers la production de pièces utiles à la réalisation des opérations d'expertise, effectuer une inspection, s'entretenir avec les parties ou entendre des témoins⁷⁸. L'autorisation du tribunal est toutefois nécessaire pour toute investigation de l'expert⁷⁹. Il apparaît donc judicieux, comme le relevait opportunément l'ancien juge fédéral CASTELLA, que « dans la définition de la mission de l'expert, le juge indique si et dans quelle mesure celui-là sera appelé à participer à l'instruction de la cause (notamment audition de témoins, de parties, inspection) et mentionne les mesures que l'expert est habilité à prendre, selon sa prudence, pour recueillir les informations nécessaires auprès des parties, de tiers, d'autorités, et pour procéder aux constatations que commande l'exécution de son mandat »⁸⁰.

Le principe du contradictoire s'applique aux investigations de l'expert. Les parties ont donc le droit de participer auxdites investigations⁸¹. Cela veut notamment dire que l'expert doit en principe convoquer les parties et leurs

⁷⁵ Art. 185 al. 3 CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 15 ad art. 184 CPC et n. 3 ad art. 185 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 9 ad art. 185 CPC; GASSER/RICKLI, n. 3 ad art. 185 CPC; HOFMANN/LÜSCHER, p. 96; BETTEX, p. 148 s.

⁷⁶ LANFRANCONI, Gericht und Expertise, p. 130. Tel n'est toutefois, en règle générale, pas le cas en pratique, les rapports entre juge et expert étant plutôt rares, voire inexistant.

⁷⁷ Art. 186 al. 1 CPC.

⁷⁸ HOFMANN/LÜSCHER, p. 97; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 1 ad art. 186 CPC (qui exclut toutefois la possibilité d'entendre des témoins); GASSER/RICKLI, n. 1 ad art. 186 CPC; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, n. 9.112, p. 247; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 845; BETTEX, p. 151 s.

⁷⁹ Art. 186 al. 1 CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 1 ad art. 186 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 1 et 3 ad art. 185 CPC; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 233, p. 267; HOFMANN/LÜSCHER, p. 97; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 845; BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 56.

⁸⁰ CASTELLA, p. 15. Du même avis: BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 56 s.

⁸¹ DOLGE, in Basler Kommentar, n. 36 ad art. 183 CPC et n. 2 ad art. 186 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 7 ad art. 183 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 5 ad art. 186 CPC; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, n. 9.113, p. 248; BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 56.

avocats aux opérations qu'il réalise⁸². De plus, l'art. 186 al. 2 CPC prévoit que le tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, ordonner que les investigations de l'expert soient effectuées une nouvelle fois selon les dispositions applicables à l'administration des preuves⁸³.

Cela implique notamment que lorsque l'expert se fonde sur des déclarations, il doit préciser de qui elles émanent et quels éléments il tient pour déterminants. Il n'est toutefois pas tenu de reproduire intégralement les déclarations qu'il a recueillies, un résumé des propos importants étant suffisant. Il faut en tous les cas que les plaideurs soient en mesure de requérir l'audition par le juge des personnes entendues par l'expert ou leur récolement⁸⁴.

C. Reddition du rapport

1. *Forme*

Le rapport de l'expert est en principe donné par écrit⁸⁵. 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 procès-verbal⁸⁶. Il s'agit là toutefois d'une hypothèse largement théorique, jadis prévue par certains codes cantonaux et que le CPC a conservée⁸⁷.

2. *Contenu formel et matériel*

Dans la règle, le rapport d'expertise rappellera la date de la décision qui a ordonné l'expertise, l'énoncé des parties à la procédure, ainsi que la mission d'expertise. Il exposera ensuite une chronologie précise et détaillée des

⁸² Cf. WEIBEL, in ZPO Komm., n. 7 ad art. 186 CPC. Cet auteur relève que la participation des parties peut être exclue s'il s'agit de protéger des secrets d'affaires ou si les investigations portent sur l'examen corporel ou psychiatrique d'une partie ou d'un tiers. Dans le même sens: PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 5 in fine ad art. 186 CPC.

⁸³ DOLGE, in Basler Kommentar, n. 7 ad art. 186 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 11 ad art. 186 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 9 s. ad art. 186 CPC; GASSER/RICKLI, n. 2 ad art. 186 CPC; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, n. 9.112, p. 247; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 234, p. 267; HOFMANN/LÜSCHER, p. 97; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 845 s.; BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 56.

⁸⁴ ATF 4A_77/2007 c. 4.2.1 et les références citées; 4P.172/2003 c. 2.7; BÜHLER, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 81. Cf. ég. DOLGE, in Basler Kommentar, n. 1 ad art. 186 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 8 ad art. 186 CPC.

⁸⁵ Art. 187 al. 1 CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 1 ad art. 187 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 1 ad art. 187 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 4 ad art. 187 CPC; BETTEX, p. 175.

⁸⁶ Art. 187 al. 2 CPC; HOFMANN/LÜSCHER, p. 97; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 5 s. ad art. 187 CPC; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 236, p. 267.

⁸⁷ Art. 187 al. 1, 1^{re} phrase in fine CPC; BOSSHARD, RSPC 2008, p. 337; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 1 ad art. 187 CPC; BETTEX, p. 175. Selon le Message du CF, p. 6933, « l'expertise orale [est] admissible dans les affaires relativement simples seulement ».

opérations de l'expertise. Puis, il donnera une réponse motivée à chaque question posée et, enfin, énoncera une conclusion⁸⁸.

Le rapport doit être complet, compréhensible et convaincant⁸⁹, conditions que le juge doit vérifier⁹⁰.

3. *Transmission du rapport – Déterminations des parties*

Le rapport est adressé au juge⁹¹. Celui-ci en communiquera un exemplaire aux parties en leur donnant l'occasion de faire valoir leurs observations⁹². En effet, le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst., compris comme le droit de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leurs propos⁹³, implique nécessairement que les parties puissent s'exprimer sur le résultat de l'expertise⁹⁴.

VII. *Appréciation de l'expertise*

A. *Principe de la libre appréciation des preuves*

Selon un principe fondamental des procédures modernes, le juge apprécie librement les preuves selon son intime conviction⁹⁵.

⁸⁸ ROUSSEAU / DE FONTBRESSIN, p. 239 ss; BETTEX, p. 176 s. Pour plus de détails, cf. BOSSHARD, RSPC 2009, p. 210 et DOLGE, in Basler Kommentar, n. 10 ad art. 183 CPC, qui reprennent le contenu suggéré par BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 58 ss et in PJA 1999, p. 572 ss.

⁸⁹ DOLGE, in Basler Kommentar, n. 11 ad art. 183 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 4 ad art. 188 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 2 ad art. 187 CPC; SPÜHLER / DOLGE / GEHRI, n. 239, p. 268; BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 61; LE MÊME, in PJA 1999, p. 573; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 846.

⁹⁰ Cf. *infra* VII.C, p. 110 s.

⁹¹ En cas d'expertise collective, chaque expert doit faire rapport (art. 187 al. 3 CPC). Le tribunal peut toutefois aussi exiger un rapport d'expertise commun des experts (Message du CF, p. 6933; HOFMANN / LÜSCHER, p. 97; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 5 ad art. 187 CPC). En principe, l'expert joindra en outre sa note d'honoraires à son rapport.

⁹² Pratiquement, il conviendra de fixer aux parties un délai pour procéder selon l'art. 187 al. 4 CPC. Cf. GASSER / RICKLI, n. 4 ad art. 187 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 9 ad art. 185 CPC; BETTEX, p. 178. Les parties devraient également être invitées à faire valoir, dans le même délai, leurs observations sur la note d'honoraires de l'expert. A l'issue de ce délai, le juge statuera sur cette note. La décision relative à la rémunération de l'expert pourra faire l'objet d'un recours des parties ou de l'expert (art. 184 al. 3 *cum* art. 319 let. b ch. 1 CPC; HOFMANN / LÜSCHER, p. 96; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 14 ad art. 184 CPC; SPÜHLER / DOLGE / GEHRI, n. 226, p. 265).

⁹³ ATF 129 II 497 c. 2.2.

⁹⁴ DOLGE, in Basler Kommentar, n. 38 ad art. 183 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 12 et 15 ad art. 187 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 9 ad art. 187 CPC; CASTELLA, p. 17. A notre sens, le droit d'être entendu est suffisamment respecté si les parties ont la possibilité de s'exprimer sur le résultat de l'expertise lors des plaidoiries finales (art. 232 CPC).

⁹⁵ Art. 157 CPC; BOSSHARD, RSPC 2007, p. 323; BETTEX, p. 197.

Ce principe a pour corollaire que le juge n'est, dans la règle, pas lié par le résultat d'une expertise, qu'il doit apprécier en tenant compte des autres preuves recueillies⁹⁶.

B. Limites au principe

Le principe de la libre appréciation des preuves connaît certaines limites. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, si le juge entend s'écarter du résultat d'une expertise, il doit motiver sa décision et ne saurait, sans motifs déterminants, substituer son appréciation à celle de l'expert, sous peine de verser dans l'arbitraire⁹⁷.

Seules des circonstances bien établies venant sérieusement ébranler la crédibilité de l'expertise permettent au juge de s'en distancier sans violer l'art. 9 Cst.⁹⁸. Tel sera notamment le cas, selon le Tribunal fédéral, «si l'expert n'a pas répondu aux questions, si ses conclusions sont contradictoires ou si, de quelque autre manière, l'expertise est entachée de défauts à ce point évidents et reconnaissables, même en l'absence de connaissances ad hoc, qu'il n'était tout simplement pas possible de les ignorer»⁹⁹. Il revient donc au juge de contrôler si l'expertise répond à toutes les questions, se fonde sur l'état de fait pertinent et motive suffisamment ses conclusions¹⁰⁰. Dans la mesure où les conclusions de l'expertise ne paraissent ni manifestement contradictoires ni reposer sur des constatations de faits erronées, le juge doit, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, s'en tenir à l'avis de l'expert¹⁰¹.

⁹⁶ ATF 5A_223/2009 c. 2 et les arrêts cités; 4A_204/2010 c. 3.1.1; 133 II 384 c. 4.2.3; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 15 ad art. 183 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 7 ad art. 187 CPC; PERROULAZ, in Stämpfli Handkommentar, ZPO, n. 11 ad art. 187 CPC; GASSER/RICKLI, n. 3 ad art. 188 CPC; HOHL, Tome I, n. 1113, p. 214; BÜHLER, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 74 s.; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 844; LE MÊME, ECS 2009, p. 583; BOSSHARD, RSPC 2007, p. 324; BETTEX, p. 199.

⁹⁷ ATF 4A_478/2008 c. 4.1 et les arrêts cités; 4P.169/2003 c. 2.3.1 et les arrêts cités; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 15 ad art. 183 CPC et les arrêts cités; GUVAN, in Basler Kommentar, n. 6 ad art. 157 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 7 ad art. 187 CPC; PERROULAZ, in Stämpfli Handkommentar, ZPO, n. 11 ad art. 187 CPC; BÜHLER, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 79 et 96 et les arrêts cités; BOSSHARD, RSPC 2007, p. 325 et les arrêts cités; LE MÊME, RSPC 2009, p. 208; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 844; LE MÊME, ECS 2009, p. 583 et les références citées; CASTELLA, p. 19.

⁹⁸ ATF 4P.169/2003 c. 2.3.1 et les arrêts cités; 4P.17/2006 c. 3.1 et les arrêts cités; 4P.291/2006 c.3; 4A_204/2010 c. 3.1.1 et les arrêts cités; HOHL, Tome I, n. 1114, p. 214; GASSER/RICKLI, n. 3 ad art. 188 CPC; BÜHLER, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 96; CASTELLA, p. 19.

⁹⁹ ATF 5A_839/2008 c. 3.2 et les arrêts cités. Cf. ég. ATF 5P.206/2006 c. 3.1; BÜHLER, in Jusletter du 21.06.2010, n. 92; BOSSHARD, RSPC 2007, p. 325; LE MÊME, RSPC 2009, p. 209; CASTELLA, p. 19. Le juge n'a toutefois pas à contrôler l'exactitude scientifique des avis de l'expert à l'aide d'ouvrages spécialisés; cf. ATF 5P.206/2006 précité et les arrêts cités.

¹⁰⁰ Cf. ATF 5A_223/2009 c. 2 (résumé in FamPra.ch 2009, p. 776, n. 74).

¹⁰¹ ATF 5A_223/2009 c. 2. Cf. ég. BOSSHARD, RSPC 2009, p. 209. Critique: BETTEX, pp. 203 et 206 s.

La possibilité pour le juge de s'écarter du résultat d'une expertise est ainsi subordonnée à de très strictes conditions. Il est indéniable que, pour éviter tout grief d'arbitraire, la motivation du juge qui estime que l'expertise ne mérite pas de fonder sa décision devra répondre à des exigences accrues¹⁰². Il est ainsi rare, en pratique, que les conclusions de l'expert judiciaire ne soient pas suivies par le juge. La tendance, fort répandue, est ainsi d'adopter purement et simplement les conclusions d'expertise, ce qui peut engendrer une véritable délégation du pouvoir judiciaire à l'expert¹⁰³.

A cet égard, se pose naturellement la question de savoir si l'expertise influence directement la genèse de la décision et, partant, l'issue du litige. Dès lors que l'expert joue un rôle actif dans les prémisses du processus décisionnel, voire dans la construction de la solution judiciaire, force est de reconnaître que la liberté d'appréciation du juge est grandement limitée et que la décision n'est plus son monopole¹⁰⁴. Cela ne veut pas pour autant dire qu'il y a déplacement du pouvoir décisionnel vers l'expert. D'une part, le juge doit nécessairement recueillir des preuves complémentaires s'il a des doutes s'agissant du caractère concluant d'une expertise. D'autre part, les règles essentielles de la procédure moderne, en particulier celle du contradictoire, empêchent que le juge ne démissionne et s'abandonne aux mains de l'expert. Les parties ont en effet le droit d'interroger ce dernier, de solliciter un complément d'expertise ou une nouvelle expertise¹⁰⁵.

C. Examen par le juge du caractère complet, compréhensible et convaincant du rapport

Ce qui vient d'être dit implique que le juge ne peut se cantonner dans un rôle passif à l'égard de l'expertise qu'il a sollicitée.

Il doit en effet 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 convaincant¹⁰⁶.

Pour être complet, le rapport d'expertise doit non seulement répondre de manière motivée à toutes les questions posées, mais aussi indiquer toutes

¹⁰² ZUFFEREY, p. 27; cf. ég. WEIBEL, in ZPO Komm., n. 8 ad art. 187 CPC.

¹⁰³ LECLERC, p. 161; BETTEX, p. 116.

¹⁰⁴ DEHARO, in Journal international de bioéthique, 2006/1-2, p. 35.

¹⁰⁵ Art. 187 al. 4 et 188 al. 2 CPC.

¹⁰⁶ Cf. ATF 4A_77/2007 c. 4.2.1 et les références citées; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 9, 11 et 15 ad art. 183 CPC et n. 7 ad art. 188 CPC; GUYAN, in Basler Kommentar, n. 6 ad art. 157 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 4 ad art. 188 CPC; BÜHLER, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 81; BOSSHARD, RSPC 2009, p. 210 s.; JÄGER/SCHWEITER, REAS 2004, p. 291; BETTEX, p. 176.

les pièces et autres sources utilisées et détailler les investigations menées¹⁰⁷. En outre, il doit mentionner clairement l'identité des auxiliaires et tiers dont l'expert s'est adjoint les services pour mener à bien sa mission. Enfin, les fondements de l'analyse doivent être explicités. En particulier, si, sur un point donné, il existe dans la littérature scientifique des avis divergents, l'expert doit les mentionner et expliquer pourquoi il se rallie à l'un plutôt qu'à l'autre¹⁰⁸.

Un rapport d'expertise est compréhensible, s'il est clair, précis et dépourvu de contradictions. Le juge – et les parties – doivent pouvoir comprendre aisément les bases de l'analyse de l'expert et comment ce dernier est arrivé au résultat présenté. A cet égard, le rapport doit pouvoir être lu « par n'importe quelle personne ne possédant pas de compétences spécifiques dans le domaine en question »¹⁰⁹. Cela implique notamment que l'expert explique en quelques mots les notions scientifiques ou techniques qu'il utilise et qui ne relèveraient pas des connaissances usuelles.

Enfin, le rapport sera convaincant si la conclusion présentée est la résultante logique et dépourvue de toute contradiction des investigations de l'expert¹¹⁰.

D. Eclaircissements, complément d'expertise ou nouvelle expertise

En présence d'un rapport lacunaire, peu clair ou insuffisamment motivé, il conviendra de solliciter des éclaircissements ou des explications de la part de l'expert. Ceux-ci peuvent être apportés soit par écrit, au moyen d'un rapport explicatif, soit – et ce sera la règle – oralement lors d'une audience¹¹¹.

Si l'audition de l'expert (ou le rapport explicatif) ne suffit pas à réparer les vices de l'expertise, le juge doit nécessairement¹¹² recueillir des preuves

¹⁰⁷ Sur ce point, cf. WEIBEL, in ZPO Komm., n. 10 ad art. 186 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 2 ad art. 187 CPC.

¹⁰⁸ Sur tous ces points: DOLGE, in Basler Kommentar, n. 11 s. ad art. 183 CPC et les références citées. Cf. ég. WEIBEL, in ZPO Komm., n. 5 ss ad art. 188 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 2 s. ad art. 187 CPC; BÜHLER, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 83 ss; BOSSHARD, RSPC 2009, p. 211.

¹⁰⁹ BOSSHARD, RSPC 2009, p. 211. Cf. ég. DOLGE, in Basler Kommentar, n. 12 ad art. 183 CPC; BÜHLER, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 91 ss; BETTEX, p. 176 s.

¹¹⁰ DOLGE, in Basler Kommentar, n. 13 ad art. 183 CPC; BOSSHARD, RSPC 2009, p. 211; BÜHLER, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 94 ss.

¹¹¹ Cf. art. 187 al. 1, 2^e phr. cum art. 188 al. 2 CPC. BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 65 s.; LE MÊME, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 134 s.; BETTEX, p. 193 s. Cf. ég. BÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. 239, p. 268.

¹¹² A savoir d'office et, partant, même si les parties renoncent à solliciter un complément d'expertise; cf. DOLGE, in Basler Kommentar, n. 9 ad art. 187 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 12 ad art. 187 CPC.

complémentaires pour dissiper ses doutes¹¹³. Il pourra le faire notamment par le biais d'un complément d'expertise, voire d'une nouvelle expertise¹¹⁴. A défaut, en se fondant sur une expertise non concluante, il pourrait commettre une appréciation arbitraire des preuves et violer l'art. 9 Cst.¹¹⁵ Concrètement, si le juge considère que le rapport n'est pas suffisamment explicite ou s'il est incomplet, il ordonnera un complément d'expertise, lequel sera en principe rendu par écrit¹¹⁶. Ce n'est que si le rapport présente des lacunes grossières que l'expert en cause n'est manifestement pas en mesure de combler, ou lorsqu'il révèle que l'expert ne disposait pas des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, qu'une nouvelle expertise (contre-expertise ou surexpertise) sera ordonnée¹¹⁷.

Les parties ont également le droit de requérir un complément d'expertise¹¹⁸ ou une nouvelle expertise¹¹⁹. Cette prérogative découle directement du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. et rappelé à l'art. 53 CPC¹²⁰. Elle apparaît comme le rempart contre le risque que le juge démissionne sans motif face au rapport d'expertise qui lui est rendu. Elle permettra en effet aux parties de mettre le doigt sur les éventuelles carences de l'expertise judiciaire, par exemple au moyen d'une expertise privée qui viendra jeter un doute sur sa pertinence et contraindra le juge à solliciter une contre-expertise¹²¹.

VIII. Conclusion

L'expertise tend à prendre une place considérable dans le procès, particulièrement en matière de responsabilité civile. Aujourd'hui, elle ne peut raison-

¹¹³ Cf. ATF 132 II 257 c. 4.4.1; 130 I 337 c. 5.4.2; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 7 ad art. 187 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 12 ad art. 187 CPC.

¹¹⁴ Art. 188 al. 2 CPC; cf., par ex., Arrêt de la Cour de justice de Genève ACJC/630/2010 du 21 mai 2010; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 14 ad art. 183 CPC, n. 5 ad art. 187 CPC et n. 8 s. ad art. 188 CPC; LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, n. 9.117, p. 248; BOSSHARD, RSPC 2009, p. 208 s.

¹¹⁵ ATF 4P.169/2003 c. 2.3.1 et les arrêts cités; 4A_319/2009 c. 4.

¹¹⁶ BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 66; LE MÊME, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 136; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 10 ad art. 187 CPC.

¹¹⁷ BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 67; LE MÊME, in Jusletter du 21 juin 2010, n. 128 s.; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 9 ad art. 188 CPC; WEIBEL, in ZPO Komm., n. 10 ad art. 188 CPC; PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 6 et 9 ad art. 188 CPC.

¹¹⁸ Art. 187 al. 4 et 188 al. 2 CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 7 s. ad art. 187 CPC; VOUILLOZ, ECS 2009, p. 584.

¹¹⁹ Art. 188 al. 2 CPC; DOLGE, in Basler Kommentar, n. 8 ad art. 187 CPC et n. 9 ad art. 188 CPC; VOUILLOZ, PJA 2009, p. 846; LE MÊME, ECS 2009, p. 584. S'agissant de la nouvelle expertise, ce droit n'est pas absolu, mais dépend d'une appréciation du même type que celle décrite plus haut (ch. VII. C.). Il n'existe donc pas de droit à la mise en œuvre d'une nouvelle expertise: cf. BÜHLER, in Gericht und Expertise, p. 69.

¹²⁰ DOLGE, in Basler Kommentar, n. 7 ad art. 187 CPC.

¹²¹ PERROULAZ, in Stämpflis Handkommentar, ZPO, n. 8 ad art. 188 CPC. Cf. ég. DEHARO, in Journal International de Bioéthique 2006/1-2, p. 51 s.

nablement plus être vue comme faisant office de simple « rôle d'assistance neutre au service du juge »¹²². Sa contribution à la décision est au contraire déterminante compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Le juge ne doit toutefois pas abdiquer face à l'expert. S'il ne lui est pas forcément possible de contrôler le bien-fondé des raisonnements de l'expert vu la technicité et la complexité des questions en jeu, il doit en tout cas veiller à la clarté et à la cohérence du rapport¹²³. Il doit aussi éviter qu'une partie de son rôle juridictionnel soit amputé. Il lui incombe donc impérativement « de se réserver les questions de droit, y compris celles de la qualification juridique des faits »¹²⁴.

Eu égard à l'incidence de l'expertise sur le jugement, il importe que celle-ci respecte les règles propres au procès équitable et notamment le principe du contradictoire¹²⁵. Ce droit ne saurait être garanti efficacement que si les parties sont mises en mesure de participer pleinement à l'élaboration du rapport lui-même et d'en discuter les conclusions¹²⁶. Le juge doit y veiller strictement. Le CPC lui en donne manifestement les moyens.

IX. Bibliographie

BAKER & MCKENZIE (éd.), *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO*, Berne 2010 (cité : auteur, in *Stämpflis Handkommentar, ZPO*, n. ... ad art. ... CPC)

BERTOSSA Bernard / GAILLARD Louis / GUYET Jacques / SCHMIDT André, *Commentaire de la loi de procédure civile du Canton de Genève du 10 avril 1987*, Genève 1989- (cité : BERTOSSA et al., n. ... ad art. ... LPC)

BETTEX Björn, *L'expertise judiciaire : Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise*, thèse, Berne 2006 (cité : BETTEX, p. ...)

BOSSHARD Pierre-Yves, « L'appréciation de l'expertise par le juge », in *SZZP/RSPC* 2007, p. 321 ss (cité : BOSSHARD, *RSPC* 2007, p. ...)

BOSSHARD Pierre-Yves, « La réglementation de la preuve par expertise dans le projet de Code de procédure civile suisse », in *SZZP/RSPC* 2008, p. 333 ss (cité : BOSSHARD, *RSPC* 2008, p. ...)

BOSSHARD Pierre-Yves, « La « bonne » expertise judiciaire », in *SZZP/RSPC* 2009, p. 207 ss (cité : BOSSHARD, *RSPC* 2009, p. ...)

¹²² LECLERC, pp. 188 et 406.

¹²³ Cf. WEIBEL, in *ZPO Komm.*, n. 9 ad art. 187 CPC.

¹²⁴ COSTA Jean-Paul, in *ROUSSEAU / DE FONTBRESSIN*, p. 12.

¹²⁵ Cf. *ROUSSEAU / DE FONTBRESSIN*, pp. 49 ss et 57 s.

¹²⁶ LECLERC, p. 406.

- BÜHLER Alfred, «Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten», in Fellmann Walter / Weber Stephan (éd.), *Der Haftpflichtprozess – Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung*, Zurich 2006, p. 37 ss
- BÜHLER Alfred, «Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess», in Heer Marianne / Schöbi Christian (éd.), *Gericht und Expertise*, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung der schweizerischen Richterinnen und Richter SWR/Band 6, Berne 2005, p. 11 ss (cité: BÜHLER, in *Gericht und Expertise*, p. ...)
- BÜHLER Alfred, «Die Beweiswürdigung», in Leuenberger Christoph (éd.), *Der Beweis im Zivilprozess – La preuve dans le procès civil*, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung der schweizerischen Richterinnen und Richter SWR/Band 1, Berne 2000, p. 71 ss
- BÜHLER Alfred, «Die Stellung von Experten in der Gerichtsverfassung – insbesondere im Spannungsfeld zwischen Gericht und Anwaltschaft», in SJZ/RSJ 2009, p. 329 ss
- BÜHLER Alfred, «Erwartungen des Richters an den Sachverständigen», in AJP/PJA 2009, p. 567 ss (cité: BÜHLER, PJA 2009, p. ...)
- BÜHLER Alfred, «Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten – unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung», in Jusletter du 21 juin 2010 (cité: BÜHLER, Jusletter du 21 juin 2010, n. ...)
- BÜHLER Alfred, «Beweis und Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung», in Fellmann Walter / Weber Stephan (éd.), *Haftpflichtprozess 2010*, Zurich 2010, p. 79 ss
- CASTELLA Jean, «Le juge et l'expert: modalités de leur collaboration», in *Mélanges en l'honneur de Louis Lombard*, Genève 1992, p. 9 ss (cité: CASTELLA, p. ...)
- CHAPPUIS Guy, «Le calcul du dommage: L'état des difficultés», in *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualités et perspectives*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2001, Berne 2002, p. 171 ss (cité: CHAPPUIS, p. ...)
- CONSEIL FÉDÉRAL, *Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC)*, FF 2006, p. 6841 ss (cité: Message du CF, p. ...)
- DEHARO Gaëlle, «La science est-elle un instrument de pouvoir concurrent dans l'exercice de l'activité juridictionnelle?», in *Journal International de Bioéthique* 2006/1-2, Vol. 17, p. 33 ss (cité: DEHARO, in *Journal International de Bioéthique* 2006/1-2, p. ...)
- GASSER Dominik / RICKLI Brigitte, *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar*, Zurich 2010 (cité: GASSER/RICKLI, n. ... ad art. ... CPC)

- HALDY Jacques, *La nouvelle procédure civile suisse*, Bâle 2009 (cité: HALDY, p. ...)
- HOFER Ueli, «Die Zertifizierung von Gerichtsexperten: eine schweizerische Neuheit», in *Revue de l'avocat* 3/2004, p. 88 s. (cité: HOFER, in *Revue de l'avocat* 3/2004, p. ...)
- HOFMANN David / LÜSCHER Christian, *Le Code de procédure civile*, Berne 2009 (cité: HOFMANN/LÜSCHER, p. ...)
- HOHL Fabienne, «Le degré de la preuve dans le procès au fond», in Leuenberger Christoph (éd.), *Der Beweis im Zivilprozess – La preuve dans le procès civil*, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung der schweizerischen Richterinnen und Richter SWR/Band 1, Berne 2000, p. 127 ss
- HOHL Fabienne, *Procédure civile, Tome I: Introduction et théorie générale*, Berne 2001 (cité: HOHL, Tome I, n. ..., p. ...)
- JÄGER Peter / SCHWEITER Angela, «Die Interpretation medizinischer Gutachten in Arzthaftpflicht- und Arztstraftprozessen», in HAVE/REAS 2004, p. 290 ss (cité: JÄGER/SCHWEITER, HAVE 2004, p. ...)
- JATON Jean-Noël, «L'expertise comptable ordonnée par le juge en procédure civile vaudoise», in *Mélanges en l'honneur de Louis Lombard*, Genève 1992, p. 35 ss (cité: JATON, p. ...)
- LAMBERT-FAIVRE Yvonne (dir.), *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, Paris, Ministère de la Justice, 2003 (disponible sur le site Internet www.justice.gouv.fr; cité: Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel, p. ...)
- LANFRANCONI Guy, «Gericht und Expertise», in Heer Marianne / Schöbi Christian (éd.), *Gericht und Expertise*, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung der schweizerischen Richterinnen und Richter SWR/Band 6, Berne 2005, p. 127 ss (cité: LANFRANCONI, Gericht und Expertise, p. ...)
- LANFRANCONI Guy, «Die Zertifizierung von Gerichtsexperten: eine schweizerische Neuheit» in Heer Marianne / Schöbi Christian (éd.), *Gericht und Expertise*, Schriften der Stiftung für die Weiterbildung der schweizerischen Richterinnen und Richter SWR/Band 6, Berne 2005, p. 133 ss (cité: LANFRANCONI, p. ...)
- LECLERC Olivier, *Le juge et l'expert: contributions à l'étude des rapports entre le droit et la science*, thèse, Paris (LGDJ) 2005 (cité: LECLERC, p. ...)
- LEUENBERGER Christoph / UFFER-TOBLER Beatrice, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Berne 2010 (cité: LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, n. ..., p. ...)

- PECKELS Bernard, «Réflexions sur l'expertise judiciaire de dommage corporel ou droit commun français», in *La Revue Experts* n° 10-03/1991 (disponible sur le site Internet www.revue-experts.com)
- ROUSSEAU Gérard / DE FONTBRESSIN Patrick, *L'expert et l'expertise judiciaire en France: Théorie – pratique – formation*, 2^e éd., Bruxelles (Bruylant) 2008 (cité: ROUSSEAU/DE FONTBRESSIN, p. ...)
- SPÜHLER Karl / TENCHIO Luca / INFANGER Dominik (éd.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Basler Kommentar, Bâle 2010 (cité: auteur, in Basler Kommentar, n. ... ad art. ... CPC)
- SPÜHLER Karl / DOLGE Annette / GEHRI Myriam, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Berne 2010 (cité: SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, n. ..., p. ...)
- SUTTER-SOMM Thomas / HASENBÖHLER Franz / LEUENBERGER Christoph (éd.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zurich 2010 (cité: auteur, in ZPO Komm., n. ... ad art. ... CPC)
- VOUILLOZ François, «La preuve dans le Code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC)», in *AJP/PJA* 2009, p. 830 ss (cité: VOUILLOZ, PJA 2009, p. ...)
- VOUILLOZ François, «L'expert-comptable appelé comme expert judiciaire selon le nouveau Code de procédure civile suisse», in *L'Expert-comptable suisse (ECS)* 2009, p. 581 ss (cité: VOUILLOZ, ECS 2009, p. ...)
- ZUFFEREY, Jean-Baptiste, «L'expert: clé des procédures dans l'immobilier et la construction – Des catégories générales aux problèmes concrets», in *Le perizie giudiziarie: atti della giornata di studio del 29 maggio 2006*, Lugano 2008, p. 17 ss (cité: ZUFFEREY, p. ...)

Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'avocat

ALEXANDRE GUYAZ^{*/**}

Table des matières

I. Introduction	117
II. Le contexte juridique	120
A. Légalité des parties	120
B. Le droit de fond	121
III. Le choix de l'expert	124
A. Les compétences de l'expert	125
B. Expertise pluridisciplinaire ou expertises multiples ?	127
C. L'indépendance de l'expert	128
1. La situation en droit des assurances sociales	128
2. Les exigences d'indépendance en procédure civile	132
IV. La mise en œuvre de l'expert	136
A. La rédaction du questionnaire	137
B. Les premiers contacts et la séance de mise en œuvre	138
C. La présence d'un tiers lors de l'examen médical ?	140
V. L'appréciation du rapport d'expertise	141
A. Les critères applicables en droit des assurances sociales	141
B. La situation en procédure civile	143
VI. Exemple de questionnaire en vue d'une expertise médicale	145
VII. Bibliographie	148

I. Introduction

En matière de préjudice corporel, le juge pourra difficilement évaluer les éléments constitutifs d'un éventuel dommage, ni résoudre les questions souvent

* Docteur en droit, avocat spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, Lausanne.

** La présente contribution se fonde sur la jurisprudence et la doctrine publiées jusqu'au 20 décembre 2010, à l'exception de l'arrêt 9C_243/2010 rendu le 28 juin 2011 par la IIe Cour de droit social du Tribunal Fédéral, destiné à la publication. Comme cet arrêt modifie sensiblement la jurisprudence en ce qui concerne les expertises médicales confiées par les offices AI aux COMAI, il nous est apparu important d'en faire brièvement mention, sans procéder pour autant à une adaptation complète et systématique de notre texte.

déliçates qui se posent en matière de causalité, sans recourir aux services d'un expert. L'existence d'une atteinte à la santé, son origine et sa portée exacte sur la capacité de travail du lésé sont autant de questions que l'on ne peut aborder sans connaissances spéciales. Ainsi, dès qu'une lésion corporelle présente un tant soit peu de complexité, les éléments précités devront dans la plupart des cas être établis par la voie de l'expertise. Il n'est par ailleurs pas exclu à nos yeux que le dommage corporel complexe constitue un état de fait pour lequel le juge, en application du nouveau Code de procédure civile suisse (CPC), devra le cas échéant ordonner d'office un tel moyen de preuve, comme le prévoit le nouvel art. 183 al. 1 CPC¹.

La présente contribution n'a pas pour objet de présenter de façon exhaustive tous les aspects de l'expertise judiciaire médicale; elle ne constitue ainsi pas une étude de procédure civile à proprement parler, mais davantage une réflexion de praticien sur les problèmes concrets qui se posent quand il s'agit de prouver par expertise un fait de nature médicale. C'est dire que nous aborderons notre sujet essentiellement sous l'angle de la preuve du dommage corporel et du lien de causalité, et moins sous celui de la responsabilité médicale, autre cas typique où le recours à une expertise est très souvent indispensable². Surtout, il nous est apparu important de traiter également de cette problématique dès l'instant où elle se présente aux praticiens, soit la plupart du temps de nombreux mois avant qu'une procédure judiciaire ne soit envisagée. Dans la plupart des cas, les parties tenteront en effet de trouver une solution amiable à leur litige, ce qui impliquera qu'elles aient une vision précise de l'état de fait, y compris sous l'angle médical. Dans ce contexte *l'expertise extrajudiciaire* est très courante, et soulève un certain nombre de problèmes qui méritent que l'on s'y attarde. Il s'agira notamment d'examiner dans quelle mesure les règles de procédure civile en matière de preuve par expertise s'imposent aux parties qui veulent mettre sur pied une expertise hors procès, ou à tout le moins dans quelle mesure celles-ci devraient s'en inspirer si elles souhaitent que le rapport à intervenir permette véritablement d'établir les faits de manière claire et objective, de façon à ce qu'aucune d'entre elles ne soit ensuite tentée d'en contester le résultat par voie de justice.

Il est sans doute utile de rappeler ici qu'en sa qualité de moyen de preuve, l'expertise – notamment médicale – a pour seule et unique fonction d'établir des *faits*, respectivement d'éclaircir l'état de fait, à la lumière de l'expérience et des connaissances scientifiques de l'expert. A contrario, le rapport d'expertise

¹ BOSSHARD: *La réglementation*, p. 336; TH. WEIBEL, in *ZPO Kommentar*, ch. 9 ad art. 183 CPC; DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 2 ad art. 183 CPC; HALDY: p. 54; HOFMANN / LÜSCHER: p. 95.

² Concernant l'expertise en matière de responsabilité médicale, on renverra le lecteur aux articles de WERNER E. OTT et de MICHEL BÖGLI.

ne doit pas se prononcer sur des questions de droit³. Cette distinction, qui semble aller de soi pour le juriste, est pourtant souvent mal comprise par le médecin, essentiellement en matière de causalité. Il n'est pas rare en effet de lire sous la plume d'un expert que la causalité naturelle a pris fin (ce qui est déjà en soi incompatible avec la nature même de la notion de causalité naturelle) parce qu'on a dépassé la durée pendant laquelle un événement du type de celui qui a été causé par le responsable a en général des conséquences par exemple sur la capacité de travail du patient⁴. Il y a donc fréquemment confusion chez l'expert entre causalité naturelle (une question de fait) et causalité adéquate (une question de droit)⁵. Les parties doivent en être conscientes et en tenir compte aussi bien dans le cadre de la rédaction des questions posées à l'expert que dans celui de sa mise en œuvre.

C'est notamment pour cette raison que nous doutons qu'en matière médicale, la nouvelle (en tous les cas en Suisse romande) institution de l'*expertise-arbitrage* prévue à l'art. 189 CPC, devienne un outil souvent utilisé en pratique. Par cette démarche, les parties font établir des faits contestés par un tiers, dont les conclusions lient le tribunal dans la mesure où les conditions de l'art. 189 al. 3 CPC sont remplies⁶. C'est dire que l'expert-arbitre doit avoir toute la confiance tant du lésé que du responsable, ce qui pourrait bien s'avérer assez rare dans la plupart des cas où les conséquences médicales d'un acte dommageable sont litigieuses. En effet, un tel litige reflète souvent une vive querelle de doctrine au sein du corps médical, et il sera alors ardu de trouver un expert neutre dont l'avis puisse à l'avance être accepté par les tenants des deux courants opposés. En outre, plusieurs questions de nature médicale ne peuvent pas être résolues de façon purement scientifique, mais impliquent nécessairement une certaine appréciation subjective de la part de l'expert. On pense notamment au principe et au taux de l'incapacité de travail, à propos desquels les parties préféreront sans doute que les nombreux avis divergents figurant déjà au dossier soient tranchés par le juge lui-même, dans le cadre d'une libre appréciation des preuves qui tienne compte des règles juridiques matérielles applicables à de telles questions.

³ ATF 130 I 337, cons. 5.4.1.

⁴ On citera pour illustrer cette tendance la réponse suivante, donnée par un médecin disposant pourtant d'une grande expérience en matière d'expertise: «*Etant donné le type d'événement accidentel subi par M^{me} X, on sait bien qu'une proportion non négligeable de patients continue à souffrir à moyen et long terme de quelques plaintes modestes. Néanmoins, dans le cours ordinaire des choses, l'évolution devrait être suffisamment favorable pour autoriser la reprise d'une activité professionnelle normale au terme d'une période de quelques mois, voire au plus tard 1 à 2 ans*».

⁵ Voir par exemple l'arrêt U.150/2006 du 7 février 2007, cons. 5.

⁶ Selon le texte clair de l'art. 189 al. 1 CPC, seules des questions de fait peuvent être soumises à l'expert-arbitre, contrairement semble-t-il à la pratique développée jusqu'à ce jour dans les cantons qui connaissaient déjà cette institution (voir à ce sujet DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 12 ss. ad art. 189 CPC). L'objet de l'expertise-arbitrage est donc le même que celui de l'expertise, dont il diverge essentiellement par ses conséquences juridiques.

II. Le contexte juridique

Publiée suite à une journée consacrée au droit de la responsabilité civile, la présente contribution aborde tout naturellement la question de l'expertise médicale dans ce seul contexte. Cette précision a son importance si l'on sait qu'une grande partie des expertises médicales effectuées dans notre pays sont mises sur pied en matière d'assurances sociales, c'est-à-dire dans le cadre d'une procédure administrative dont les règles divergent sensiblement de celles de la procédure civile.

A. L'égalité des parties

En droit privé domine le principe cardinal de *l'égalité des parties*, principe que l'expert doit respecter tout autant que le juge⁷. C'est pour cette raison notamment qu'il reçoit ses instructions du magistrat directement, à qui il doit rendre compte et dont il doit demander l'autorisation avant de procéder à des investigations personnelles⁸. Dans ce contexte, l'assureur du responsable, qu'il soit lui-même partie dans le cadre d'une action directe ou qu'il gère le procès pour le compte de son assuré, est donc en procédure civile sur un strict plan d'égalité avec le lésé.

Il en va différemment lorsque ce même assureur intervient en qualité d'assureur social, notamment dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire, où il occupe alors une fonction administrative. En sa qualité d'autorité soumise à une obligation d'objectivité, il instruit les dossiers dans le respect des règles de procédure posées par la Loi sur la partie générale des assurances sociales (LPGA) et la Loi sur la procédure administrative (PA), avant de rendre une décision sujette à opposition, puis à recours⁹. Dans ce contexte, il appartient à l'assureur social de décider s'il convient ou non de mettre en œuvre une expertise, sachant qu'il peut se prononcer sur la base des seuls rapports établis par ses médecins internes. Il n'y a donc en soi pas de droit absolu à une expertise médicale indépendante en assurances sociales¹⁰. Par ailleurs, quand une telle expertise est mise en œuvre, s'applique l'art. 44 LPGA, qui n'accorde pas à l'assuré le droit de choisir l'expert, mais uniquement de présenter des contre-propositions et de demander la récusation du spécialiste désigné par l'assureur social. Une telle récusation n'est admise que

⁷ BÜHLER: *Gerichtsgutachter*, p. 35.

⁸ Art. 185 al. 1, 186 al. 1 et 188 CPC.

⁹ Art. 49, 52 et 56 LPGA.

¹⁰ ATF 122 V 157, cons. 1c; ATF 135 V 465, cons. 4.3.

très restrictivement par la jurisprudence, à tout le moins en ce qui concerne la question de l'indépendance de l'expert¹¹. En pratique, celui-ci est désigné très souvent unilatéralement par l'assureur, sans que l'assuré ne puisse exercer une réelle influence sur ce choix¹². Il se peut que le récent arrêt rendu par le Tribunal Fédéral le 28 juin 2011, qui invite les offices AI à privilégier un accord quant à la désignation des experts, change quelque peu cette réalité¹³.

Cette différence fondamentale entre expertise de droit social et expertise en matière de responsabilité civile a une influence directe sur le rôle de l'expert, et plus particulièrement dans le cadre d'une expertise extrajudiciaire commune. En pareil cas, l'assureur RC du responsable n'est plus une autorité administrative, mais une partie comme une autre, respectivement son représentant. Dans la mesure où l'on considère qu'un contrat d'expertise médicale est un contrat de mandat¹⁴, cela signifie que lésé et responsable sont les commanditaires de l'expert, dont l'une des obligations primordiales sera le respect scrupuleux de ce principe de l'égalité des parties. Cette précision a son importance si l'on sait qu'en pratique, la plupart des compagnies d'assurances sont actives aussi bien dans la responsabilité civile que dans l'assurance-accidents obligatoire. Il est donc impératif que l'expert soit renseigné au préalable sur le rôle exact que joue en l'espèce l'assureur impliqué, surtout s'il a l'habitude, comme cela est très souvent le cas, de fonctionner également comme expert en matière d'assurances sociales.

B. Le droit de fond

Une autre raison de rendre l'expert attentif au contexte juridique applicable à sa mission est la *différence matérielle* que l'on rencontre à propos de certaines notions de droit, selon que l'on se trouve dans le domaine des assurances sociales ou dans celui de la responsabilité civile.

¹¹ Ne constitue notamment pas à lui seul, selon le Tribunal fédéral de Lucerne, un motif suffisant pour conclure au manque d'objectivité et à la partialité de l'expert le fait qu'il est régulièrement chargé par des compagnies d'assurances d'établir des rapports d'expertise (voir par exemple l'arrêt 8C_112/2010 du 17 août 2010, cons. 4.1, y compris les références).

¹² A ce sujet, voir notamment la critique d'АЛИОТТА, p. 69.

¹³ Arrêt 9C_243/2010, cons. 3.4.2.6.

¹⁴ Selon le TF, le contrat d'expertise doit être qualifié de mandat, et non de contrat d'entreprise, chaque fois que l'exactitude du travail de l'expert ne peut pas être appréciée selon des critères objectifs, et notamment quand sa mission implique, de par la nature des questions qui lui sont posées, une certaine marge d'appréciation (ATF 127 III 328, cons. 2c). A tout le moins dans les cas où l'expert médical doit se prononcer sur des questions de causalité, y compris de statu quo sine ou quo ante, de capacité de travail ou d'activité raisonnablement exigible, son travail implique essentiellement un jugement de valeur et une appréciation subjective, qui impliquent nécessairement l'application des règles sur le contrat de mandat.

En effet, l'art. 46 CO prévoit l'indemnisation de tout dommage découlant de «lésions corporelles», notion que la doctrine et la jurisprudence interprètent de façon relativement large¹⁵. On doit ainsi comprendre par ce terme n'importe quelle atteinte à l'intégrité physique ou mentale. Un trouble de l'équilibre psychique, même sans blessure physique simultanée, constitue une lésion corporelle au sens du droit privé. BREHM cite à cet égard la fatigabilité intellectuelle, les angoisses, les dépressions et l'hystérie, comme autant de conséquences possibles d'un accident¹⁶. C'est dire que l'incapacité de travail liée aux diverses névroses que peut développer un lésé suite à un acte illicite devra également être indemnisée¹⁷. Il n'est par ailleurs pas nécessaire que l'atteinte à la santé nécessite des soins médicaux pour entrer dans le champ d'application de l'art. 46 CO¹⁸.

En matière d'assurances sociales par contre, se fondant notamment sur les concepts de maladie, d'incapacité de travail et d'invalidité définis aux art. 3, 6, 8 LPGA et 4 LAI, le Tribunal fédéral de Lucerne a développé une jurisprudence relativement restrictive en matière d'atteinte à la santé susceptible d'entraîner une diminution de la capacité de travail.

Tout d'abord notre Haute Cour considère que le droit des assurances sociales – en tant qu'il a pour objet la question de l'invalidité – s'en tient à une conception essentiellement biomédicale de la maladie, dont sont exclus les facteurs psychosociaux ou socioculturels¹⁹. On s'écarte ainsi explicitement de la conception bio-psycho-sociale de la santé, qui fait pourtant foi dans la médecine moderne²⁰. En d'autres termes, on se réfère en droit des assurances sociales à une notion normative, et non pas médicale, de l'atteinte à la santé. Faute de base légale correspondant aux dispositions précitées, on voit mal comment une telle notion pourrait prévaloir en responsabilité civile.

Cette jurisprudence a une portée pratique particulièrement importante en matière de douleurs peu ou pas objectivables. Le Tribunal fédéral exige à cet égard que les explications de l'assuré quant à ses douleurs soient confirmées par des observations médicales concluantes²¹. Les plaintes subjectives de l'intéressé sont donc insuffisantes à fonder une invalidité en assurances

¹⁵ Voir KELLER : p. 52 ; SCHMID : p. 14.

¹⁶ BREHM : *Berner Kommentar*, ch. 6 ad art. 26 CO, y compris les références.

¹⁷ REY : ch. 224. Dans le même sens : OFTINGER / STARK : § 6 ch. 95 ss.

¹⁸ LANDOLT : *Zürcher Kommentar* : ch. 14 ad art. 46 CO.

¹⁹ ATF 127 V 294, cons. 5 ; jurisprudence confirmée à de nombreuses reprises, par exemple dans l'arrêt 9C_881/2009 du 1^{er} juin 2010, cons. 4.2.3.

²⁰ Arrêt I.629/2006 du 6 juillet 2007, cons. 5.4. Cette large conception de la santé trouve notamment écho dans la Constitution de l'OMS, qui définit la santé comme un « état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consistant pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ».

²¹ ATF 130 V 396 cons 5.3.2 ; arrêt 9C_405/2008 du 29 septembre 2008, cons. 4.4.

sociales, même dans les cas où il n'est clairement pas question d'exagération volontaire ou de fraude à l'assurance. Dès lors, contrairement à ce qui est admis en responsabilité civile, la douleur n'est pas en soi une atteinte à la santé dans ce domaine du droit.

L'exemple le plus connu de cette approche restrictive est certainement la jurisprudence du Tribunal fédéral de Lucerne relative aux troubles somatoformes douloureux et aux pathologies assimilées, dont on admet par ailleurs qu'ils peuvent parfaitement constituer un diagnostic formel remplissant des critères objectifs d'un système de classification reconnu²². C'est davantage sur le plan de l'incapacité de travail²³, respectivement de l'invalidité, que notre Haute Cour a introduit une règle tout à fait particulière, en posant la présomption que ce type de troubles et leurs effets peuvent être surmontés par un effort de volonté raisonnablement exigible. Le caractère non exigible de la réintégration dans le processus de travail peut résulter de facteurs déterminés qui, par leur intensité et leur constance, rendent la personne incapable de fournir cet effort de volonté. Au premier rang de ces critères figure la présence d'une comorbidité psychiatrique importante par sa gravité, son acuité et sa durée. D'autres peuvent être déterminants, comme des affections corporelles chroniques, un processus malade s'étendant sur plusieurs années sans rémission durable, une perte d'intégration sociale dans toutes les manifestations de la vie, un état psychique cristallisé, ou l'échec de traitements ambulatoires ou stationnaires conformes aux règles de l'art. Plus ces critères se manifestent et imprègnent les constatations médicales, moins on admettra l'exigibilité d'un effort de volonté²⁴.

Dans un tel contexte, ce n'est plus l'expert qui détermine en principe s'il y a ou non incapacité de travail, mais le juge, qui devra de cas en cas examiner si les critères permettant de renverser la présomption d'un effort de volonté exigible sont réunis dans un cas d'espèce²⁵. Or, le médecin consulté par l'assureur social ou le tribunal a souvent tendance en pratique à anticiper l'application de la jurisprudence précitée et à décider lui-même s'il y a capacité de travail résiduelle au vu de la jurisprudence, à laquelle il se réfère parfois expressément²⁶. Le danger, en matière de responsabilité civile, est bien sûr

²² ATF 130 V 396, cons. 5.3 et 6.

²³ ATF 136 V 279, cons. 3.1. Voir aussi l'ATF 135 V 215, cons. 6.1.2.

²⁴ ATF 130 V 352, confirmé à de nombreuses reprises depuis lors, par exemple en français dans l'arrêt I.539/2004 du 16 août 2005, cons. 3.2.

²⁵ Voir dans ce sens ATF 136 V 279, cons. 3.3.

²⁶ Ainsi a-t-on lu par exemple dans un rapport d'expertise commune en responsabilité civile: «*Les limitations dues au syndrome douloureux somatoforme persistant sont difficiles à apprécier, car les manifestations du trouble sont purement subjectives. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'incapacité durable, c'est-à-dire l'invalidité, ne doit pas être appréciée sur la base du taux de capacité médicalement exigible, comme pour les autres affections médicales. Elle doit l'être en fonction de critères spécifiés dans une jurisprudence de 2000, modifiée en 2004*».

que l'expert applique sans le dire clairement une jurisprudence développée exclusivement dans le cadre des assurances sociales et qui ne s'applique en aucun cas en droit des obligations²⁷.

En résumé, l'atteinte à la santé et l'incapacité de travail sont des notions qui n'ont pas la même signification en responsabilité civile et en droit des assurances sociales²⁸. Ainsi, doit être indemnisé en droit de la responsabilité civile, *tout dommage* résultant d'une atteinte à la santé physique ou mentale. Peu importe que cette lésion débouche ensuite sur des troubles moins objectifs, qui ne sont peut-être plus couverts par les assurances sociales, mais qui existent bel et bien, portent effectivement atteinte à la capacité de travail et sont une conséquence naturelle au moins partielle de la lésion originelle.

Il s'agit là d'une différence essentielle dont l'expert doit impérativement être informé, surtout lorsqu'il a l'habitude, comme très souvent en pratique, de rendre régulièrement des rapports d'expertise en assurances sociales.

III. Le choix de l'expert

Dans le cadre d'une procédure, l'expert sera désigné par le tribunal. Néanmoins, celui-ci doit entendre préalablement les parties (art. 183 al. 1 CPC). Ce droit d'être entendu porte non seulement sur la personne de l'expert, sur ses compétences et son indépendance, mais aussi sur sa mission et le coût de l'expertise²⁹. Vraisemblablement, le nouveau Code de procédure n'oblige

²⁷ Contra: SCHATZMANN, p. 57. Or, cette jurisprudence se veut une précision des art. 7 et 8 LPGa (ATF 136 V 279, cons. 3.1), dont on sait qu'ils se fondent sur une conception propre aux assurances sociales de la capacité de gain, qui intègre notamment la notion de marché du travail équilibré, laquelle ne s'applique pas en responsabilité civile. SCHATZMANN lui-même l'admet (p. 56), comme il reconnaît que c'est sur la base de la situation concrète du lésé que le juge doit examiner si celui-ci peut encore mettre à profit une capacité de travail résiduelle. Dans un tel contexte, poser la présomption que des douleurs chroniques sont sans autre raisonnement surmontables n'est pas soutenable.

²⁸ Dans ce sens: LANDOLT: *Zürcher Kommentar*: ch. 13 ad art. 46 CO; BREHM: *Berner Kommentar*, ch. 69a ad art. 26 CO; SCHMID: p. 14. SCHATZMANN (p. 55 ss) appelle de ses vœux une transposition pure et simple en responsabilité civile de la jurisprudence développée en assurances sociales à propos de la notion d'atteinte à la santé invalidante, selon laquelle il convient de faire abstraction des facteurs psychosociaux et socioculturels dans le calcul de l'invalidité. Cette question relève en réalité de la causalité et de la problématique des prédispositions constitutionnelles. On ne saurait dès lors introduire un régime s'écartant de la jurisprudence constante du TF en la matière par une restriction de la notion d'atteinte à la santé. Si une névrose déclenchée par un accident s'explique chez un lésé principalement par des facteurs psycho-sociaux, l'acte dommageable reste une cause naturelle au moins partielle d'une atteinte à la santé au sens de l'art. 46 CO. Se posera alors éventuellement la question d'une réduction de l'indemnité selon les critères posés à ce sujet par le TF (sur cette question, voir par exemple l'ATF 131 III 12, cons. 4, et en français l'arrêt 4A_45/2009 du 25 mars 2009, cons. 3.3.3).

²⁹ TH. WEIBEL, in *ZPO Kommentar*, ch. 12 et 13 ad art. 183 CPC.

pas le juge à donner aux parties la possibilité de déposer des propositions d'experts³⁰, mais il est fort probable que, à tout le moins dans les cantons où cette pratique est bien installée, cette façon de faire perdure. Ainsi, très concrètement, que l'expertise intervienne ou non dans le cadre d'une procédure judiciaire, les parties ne peuvent se contenter de requérir ce moyen de preuve. Elles doivent encore participer activement à sa mise en œuvre et au choix de l'expert, qui jouera souvent un rôle décisif pour l'issue du procès. On sait en effet que si le tribunal peut à certaines conditions s'écarter des conclusions de l'expertise, il s'y rallie très souvent, et en particulier en matière médicale. Le choix de l'expert médical est donc une étape cruciale dans le litige en responsabilité civile.

A. Les compétences de l'expert

De par la nature même de l'institution, une expertise n'a de sens que si elle est confiée à une personne qui dispose de toutes les connaissances spéciales, scientifiques ou techniques nécessaires pour répondre aux questions qui lui sont posées³¹. Cela signifie en principe que, dans le domaine médical, on désignera un praticien de la spécialité concernée, étant précisé que la médecine générale constitue une formation médicale postgraduée à part entière, et qu'il peut parfaitement se justifier dans certains cas de faire appel à un tel spécialiste.

En droit des assurances sociales, le Tribunal fédéral considère que la valeur probante d'une expertise dans une discipline médicale particulière dépend en effet du point de savoir si l'expert dispose d'une formation spécialisée dans le domaine concerné. Le titre de spécialiste FMH n'en est en revanche pas une condition³². Ce qui est déterminant pour le juge, lorsqu'il a à apprécier un rapport médical, ce sont les compétences professionnelles de son auteur, sur lesquelles on doit pouvoir se reposer. Aussi, le rôle de l'expert dans une discipline médicale spécifique suppose-t-il des connaissances correspondantes bien établies de la part de l'auteur du rapport médical, ou du moins du médecin qui vise celui-ci³³. En bref, la qualification spécialisée du médecin désigné comme expert joue un rôle particulièrement important en ce qui concerne la force probante de ses explications³⁴. Sur ce point bien

³⁰ DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 29 ad art. 183 CPC.

³¹ Voir par exemple DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 25 ad art. 183 CPC.

³² Arrêt 9C_270/2007 du 12 août 2008, cons. 3.3; arrêt 9C_359/2009 du 26 mars 2010, cons. 4.3; arrêt 9C_59/2010 du 11 juin 2010, cons. 4.1; arrêt 8C_253/2010 du 15 septembre 2010, cons. 5.2.

³³ Arrêt 9C_53/2009 du 29 mai 2009, cons. 4.2; arrêt 9C_59/2010 du 11 juin 2010, cons. 4.1.

³⁴ Arrêt 8C_83/2010 du 22 mars 2010, cons. 3.2.3.

précis, il n'y a aucune raison à nos yeux pour que ces principes ne s'appliquent pas également en droit des obligations.

Dans les cas les plus complexes, il peut parfois être ardu pour les parties et le juge d'identifier avec précision les connaissances et la spécialisation exactes qui sont nécessaires pour mener à bien l'expertise envisagée. Les conseils des parties seront alors bien inspirés de se faire assister à ce sujet par un médecin-conseil, dont les explications et arguments pourront être transmis au juge dans le cadre du droit d'être entendu prévu par l'art. 183 al. 1 CPC.

Certains auteurs considèrent que l'expert doit également disposer de quelques compétences juridiques de base et connaître les notions de droit utiles à sa mission, comme par exemple celles d'invalidité, d'incapacité de travail ou de causalité naturelle et adéquate³⁵. Ce souhait est parfaitement compréhensible, mais peut déboucher sur d'importantes difficultés en pratique. Comme nous l'avons exposé ci-dessus, la plupart de ces notions juridiques n'ont pas le même contenu en assurances sociales et en droit privé. Or, les experts disposant d'une formation juridique ont été dans l'écrasante majorité des cas formés à ce sujet dans un contexte d'assurances sociales, soit parce qu'ils sont ou ont été actifs dans ce domaine ou dans un Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité (COMAI), soit par ce qu'ils disposent d'une formation dispensée par la Swiss Insurance Medicine – SIM, dont l'indépendance et la neutralité sont contestées³⁶. Il est donc important à nos yeux que ses éventuelles connaissances juridiques de base, dans un domaine politiquement aussi délicat, soient à chaque fois clairement exposées par l'expert lors de sa mise en œuvre. S'il apparaît que la définition de certaines notions juridiques applicables dans un cas particulier ne fait pas l'objet d'un consensus entre les parties, il conviendra de formuler les questions adressées à l'expert de façon à ce que son rapport puisse fournir une réponse utilisable par le juge quelle que soit la façon dont ce dernier entend trancher la controverse.

³⁵ Voir notamment DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 25 ad art. 183 CPC; BÜHLER: *Gerichtsgutachter*, p. 40.

³⁶ Voir ΑΛΙΩΤΤΑ, p. 87, qui relève notamment que le président de la SIM est en même temps le chef du service médical de l'association faîtière des assureurs privés (ASA- Association Suisse d'Assurances), et que sont représentés au sein de cette institution privée aussi bien l'OFAS que la Conférence des offices AI. Pour notre part, nous relevons que lors de la première formation d'experts médicaux organisée par la SIM en Suisse romande, les conférences juridiques ont été pour l'essentiel présentées par des juristes actifs en assurances sociales ou des juristes d'assurances. Or, en responsabilité civile, les assureurs militent activement pour une large transposition de la jurisprudence des Cours de droit social en responsabilité civile (voir notamment l'article de SCHATZMANN, chef du service des sinistres de personnes de l'Allianz Suisse, p. 55 ss).

B. Expertise pluridisciplinaire ou expertises multiples ?

Comme nous venons de l'indiquer, le choix du bon spécialiste est essentiel quand il s'agit de désigner un expert médical. Or très souvent, il apparaît bien vite que les troubles présentés par le lésé ressortissent de plusieurs disciplines. Se pose donc pour le juge et les parties la question de savoir s'il convient de désigner un collège d'experts ou un centre d'expertise, dans le cadre d'une *expertise pluridisciplinaire*, ou s'il est au contraire préférable de ne nommer qu'un seul spécialiste, à charge pour lui de s'adjoindre les services d'un ou de plusieurs autres praticiens (*expertise principale*), ou enfin si la mise en œuvre de plusieurs *expertises parallèles* paraît plus opportune.

Dans le domaine des assurances sociales, la préférence est souvent donnée au rapport ou à l'expertise pluridisciplinaire³⁷, ce qui s'explique notamment par le fait que les assureurs concernés ont à leur disposition des structures comprenant des spécialistes de plusieurs disciplines, telles que les Services médicaux régionaux (SMR), les COMAI ou les cliniques de réadaptation de la Suva. Un certain nombre d'instituts privés sont également présents sur ce marché, offrant les services de plusieurs spécialistes travaillant sous la direction d'un médecin-coordonateur.

En procédure civile, la seule restriction à ces différentes approches est constituée par le caractère strictement personnel de la mission d'expert, qui ne peut en principe être qu'une personne physique. Il est néanmoins généralement admis que soit nommé le cas échéant le médecin-coordonateur d'un centre d'expertise, qui est ainsi expressément autorisé à déléguer tout ou partie de son travail aux autres membres du centre³⁸. Une autre façon de procéder consiste à désigner nominalement au sein de l'institut concerné une équipe d'experts dirigés par un coordinateur³⁹. Selon nous, la nomination d'un centre d'expertise en tant que tel n'est pas concevable, puisque les parties ignorent ainsi quels médecins de quelle spécialité se chargeront véritablement de l'expertise, rendant ainsi impossible l'application des règles sur la récusation et les sanctions pénales rappelées à l'art. 184 al. 2 CPC⁴⁰. Fait exception naturellement la délégation de certains examens ou analyses accessoires dont l'exécution nécessite un matériel ou des connaissances que l'expert lui-même n'a pas.

³⁷ Voir PAYCHÈRE : *Le juge*, p. 139.

³⁸ Telle est notamment la solution préconisée par BÜHLER (*Gerichtsgutachter*, p. 40) et PERGOLIS (pp. 134-135). D'autres auteurs ont une approche plus libérale et ne s'opposent pas, dans certains cas, à ce qu'une personne morale soit désignée en qualité d'expert. Voir notamment DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 27 ad art. 183 CPC, y compris les références.

³⁹ BÜHLER : *Gerichtsgutachter*, pp. 21 et 40.

⁴⁰ PERGOLIS : pp. 134-135. Dans le même sens : TH. WEIBEL, in *ZPO Kommentar*, ch. 32 ad art. 183 CPC.

Sur le plan pratique, la mise en œuvre de centres d'expertises institutionnalisés en responsabilité civile pose aujourd'hui à la fois un problème de formation, comme exposé ci-dessus, et un problème d'indépendance, comme nous le verrons plus bas. Notre expérience montre également que tous ces centres ne procèdent pas nécessairement à une coordination et à une synthèse minutieuse des conclusions de chacun des spécialistes mis en œuvre, ce qui constitue pourtant l'objectif essentiel de l'exercice. Des exigences spécifiques devraient alors à tout le moins être formulées dans le mandat confié à l'institut concerné. Dans ce contexte, la solution de l'expert principal nous paraît être souvent la plus opportune, sachant que les parties ou le juge peuvent d'emblée lui adjoindre des experts auxiliaires ou se réserver le droit de valider les propositions que pourrait faire à cet égard l'expert principal.

C. L'indépendance de l'expert

1. *La situation en droit des assurances sociales*

La jurisprudence a défini de façon relativement précise le rôle du médecin en droit des assurances sociales. Sa tâche consiste à porter un jugement sur l'état de santé et à indiquer dans quelle mesure et pour quelles activités l'assuré est incapable de travailler. En outre, les données médicales constituent un élément utile pour déterminer quels travaux on peut encore, raisonnablement, exiger de l'assuré⁴¹.

Cela ne signifie pas encore que l'assuré pourra exiger dans tous les cas une expertise médicale neutre et indépendante. Bien au contraire, se fondant sur le principe cardinal de la libre appréciation des preuves, le Tribunal fédéral des assurances a admis dès 1996 que l'administration et le juge peuvent statuer uniquement sur la base de rapports émanant du dossier de l'assureur, des exigences sévères devant toutefois être posées selon lui quant à l'impartialité et à la fiabilité de telles données⁴². Plus précisément, la jurisprudence considère qu'en pareil cas, de tels soupçons de prévention ne peuvent être retenus que s'ils reposent sur des éléments objectifs, et pas uniquement sur les impressions de l'assuré⁴³. En réalité, le Tribunal fédéral n'admet que très rarement le grief de partialité, qui est pourtant régulièrement soulevé par les

⁴¹ ATF 125 V 256, cons. 4, ainsi que les autres arrêts cités par CATTANEO, ch. 7. Cette conception a été confirmée depuis lors à de nombreuses reprises, par exemple dans l'arrêt 8C_862/2008 du 19 août 2009, cons. 4.2.

⁴² ATF 122 V 157, cons. 2c en matière d'assurance-accidents, confirmé in ATF 123 V 175 en matière d'assurance-invalidité. Voir encore sur ce point l'ATF 135 V 465, cons. 4.

⁴³ Par exemple : arrêt U.234/2005 du 17 février 2006, cons. 2.1.; arrêt 9C_844/2009 du 29 mars 2010, cons. 4.1.

assurés⁴⁴. Il a par contre rappelé récemment que, même si l'on doit admettre en général que le médecin traitant, en raison du rapport de confiance qui le lie à son patient, sera dans le doute enclin à prendre parti pour ce dernier⁴⁵, un rapport émanant du médecin de famille reste en soi susceptible d'éveiller un doute quant à la fiabilité et la pertinence des conclusions du médecin interne de l'assureur. Si ce doute existe, une expertise indépendante au sens de l'art. 44 LPGa devra être mise en œuvre⁴⁶.

Comme il ne s'agit précisément pas d'expertises au sens de cette disposition, les examens du dossier et de l'assuré par des médecins internes à l'assureur social n'ont pas besoin de respecter les garanties prévues par l'art. 44 LPGa⁴⁷. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral de Lucerne, cette dispense vaut également pour les Services médicaux régionaux (SMR) de l'AI⁴⁸, et pour la clinique de réadaptation de Bellikon lorsqu'elle doit rendre un avis médical à la demande de la CNA⁴⁹. Dès lors, à chaque fois que l'assureur social rend sa décision uniquement sur la base de rapports médicaux internes, l'assuré est privé de tout droit de participer à l'instruction de son dossier⁵⁰.

Les droits en question ont été longtemps relativement limités lorsqu'une expertise indépendante au sens de l'art. 44 LPGa était mise sur pied. En effet, cette disposition légale mentionne uniquement pour l'assureur l'obligation de donner connaissance du nom de l'expert à l'assuré, qui peut le récuser pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions. Ainsi, l'assuré n'avait pas dans ce cadre la possibilité de s'exprimer à l'avance sur les questions posées à l'expert, ni de demander des modifications ou un complément du questionnaire⁵¹. En pratique, cette faculté était cependant offerte aux assurés par la plupart des assureurs, à tout le moins dans le cadre de l'assurance-accidents, dans le but évident de renforcer la confiance de l'assuré dans le résultat de la future expertise. Dans un arrêt du 28 juin 2011, le Tribunal Fédéral a finalement reconnu ce droit aux assurés, lesquels peuvent désormais s'exprimer préalablement au sujet du questionnaire soumis aux experts⁵².

La jurisprudence est par ailleurs extrêmement large en ce qui concerne l'indépendance et l'impartialité de l'expert, pourtant garantie par l'art. 30 al. 1

⁴⁴ Voir à ce sujet CATTANEO : ch. 23 ss.

⁴⁵ S'agissant de la valeur probante en droit des assurances sociales des rapports rédigés par le médecin traitant de l'assuré, voir notamment ATF 125 V 351, cons. 3b cc et CATTANEO : ch. 19.

⁴⁶ ATF 135 V 465, cons. 4.6.

⁴⁷ ATF 135 V 254, cons. 3.4.1.

⁴⁸ ATF 135 V 254, cons. 3.4.2.

⁴⁹ ATF 136 V 117, cons. 3.4.

⁵⁰ BÜHLER : *Rechtliche Rahmen*, p. 32.

⁵¹ ATF 133 V 446, cons. 7 ; BÜHLER : *Rechtliche Rahmen*, p. 31 ; KIESER : ch. 12 ad art. 44 LPGa.

⁵² Arrêt 9C_243/2010 du 28 juin 2011, cons. 3.4.2.9.

Cst et l'art. 6 ch. 1 CEDH. En théorie, il est admis qu'un expert passe pour prévenu lorsqu'il existe des circonstances propres à faire naître un doute sur son impartialité. Dans ce domaine, il s'agit toutefois d'un état intérieur dont la preuve est difficile à rapporter, raison pour laquelle il n'est pas nécessaire de prouver que la prévention est effective pour récuser un expert. Il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle de l'expert⁵³. Le Tribunal fédéral précise même que, étant donné la portée considérable des expertises médicales dans le domaine du droit des assurances sociales, l'impartialité de l'expert doit être appréciée selon des critères rigoureux⁵⁴.

En pratique, la jurisprudence estime pourtant que le seul fait qu'un expert médical externe à l'administration soit fréquemment mandaté par un assureur social ou qu'un centre d'expertise travaille régulièrement pour un tel assureur n'est pas en soi propre à créer une apparence de prévention⁵⁵. Le Tribunal fédéral a même très récemment estimé qu'il en allait de même d'un expert qui considère comme médicalement erronée la jurisprudence en matière de lésions cervicales non objectivables⁵⁶, alors même qu'il avait laissé entendre le contraire quelques mois plus tôt⁵⁷. Il n'est pas certain que, sur ce dernier point, notre Haute Cour ait ici bien mesuré la portée de ses propos. En effet, à nos yeux, un expert qui considère d'emblée que le syndrome de distorsion cervicale n'est pas une réalité médicale a par définition une idée préconçue sur l'objet même de son examen, à savoir le tableau clinique typique constitué de multiples plaintes⁵⁸. C'est l'exemple par excellence d'un élément amenant un doute sérieux quant à l'objectivité et l'impartialité de l'expert.

Cette approche jurisprudentielle fait principalement l'objet d'une vive critique dans la mesure où elle implique la reconnaissance d'une pleine indépendance et impartialité aux Centres d'observation médicale de l'assurance-invalidité (COMAI) prévus par l'art. 59 al. 3 LAI et l'ancien art. 72^{bis} RAI, malgré le fait que ces centres vivent principalement, voire exclusivement, des expertises que leur confient l'assurance-invalidité et les autres assureurs sociaux et privés, et qu'ils se trouvent ainsi incontestablement en situation de dépendance économique à l'égard de ces assureurs⁵⁹. Le Tribunal fédéral

⁵³ Voir par exemple ATF 125 V 353, cons. 3b ee; ATF 132 V 93, cons. 7.1.

⁵⁴ ATF 120 V 357, cons. 3b; ATF 132 V 93, cons. 7.1; arrêt 8C_474/2009 du 7 janvier 2010, cons. 7.2.

⁵⁵ Arrêt 8C_112/2010 du 17 août 2010, cons. 4.1; arrêt 9C_844/2009 du 23 mars 2010, cons. 4.1. Voir aussi les références citées par BÜHLER: *Rechtliche Rahmen*, p. 17, notes 39 et 40.

⁵⁶ Arrêt 8C_253/2010 du 15 septembre 2010, cons. 5.5.

⁵⁷ Arrêt 8C_480/2009 du 26 janvier 2010, cons. 7.3.

⁵⁸ La jurisprudence exige précisément des mesures d'instruction détaillées à ce sujet: ATF 134 V 109, cons. 9.

⁵⁹ Pour un aperçu de ces critiques, voir notamment BÜHLER: *Rechtliche Rahmen*, pp. 17-18; ALIOTTA: p. 77 ss; STOLKIN: p. 253. On renverra aussi et surtout à l'avis de droit rendu le 11 février 2010

considère pour sa part que l'indépendance médicale des COMAI est garantie par leurs statuts, qui prévoient précisément que les médecins qui y travaillent rédigent leurs expertises de façon indépendante et selon leur propre appréciation, sans être soumis à une quelconque influence de l'organe de surveillance en ce qui concerne la formation de leurs opinions, l'intervention de l'OFAS se limitant à des questions administratives et d'organisation⁶⁰. En bonne logique, la jurisprudence a déduit de cette indépendance que les conditions de l'art. 44 LPGA devaient être respectées lorsqu'une expertise était confiée à un tel centre⁶¹. Récemment, face aux critiques émises à l'encontre de cette pratique, et en particulier à propos de son incompatibilité avec le principe du procès équitable garanti par l'art. 6 ch. 1 CEDH⁶², le Tribunal fédéral de Lucerne a confirmé sa façon de voir, en précisant que l'assurance-invalidité n'avait le rôle de partie que sur un plan formel lorsqu'un litige est porté devant un tribunal, et qu'elle conservait même à ce stade un statut d'autorité administrative sur le plan matériel. En conséquence, les rapports rédigés par les COMAI ne sont pas à ses yeux des expertises de partie et l'on ne viole pas le principe de l'égalité des armes en leur accordant une pleine valeur probante⁶³.

Dans un arrêt du 28 juin 2011, le Tribunal Fédéral a examiné en détail le fonctionnement des dix-huit COMAI ayant signé une convention avec l'OFAS. Tout en maintenant sa position selon laquelle le recours aux COMAI pour la mise sur pied d'une expertise médicale est en principe conforme à la Constitution et à la CEDH, notre Haute Cour a néanmoins reconnu que certains éléments relatifs notamment à l'organisation des COMAI, à leur dépendance financière vis-à-vis de l'AI et à la péjoration des conditions-cadres ces dernières années, pouvaient mettre en danger la garantie d'un procès équitable. Pour cette raison, des correctifs sont nécessaires pour garantir l'indépendance des COMAI. Le Tribunal fédéral a ainsi appelé de ses vœux un certain nombre de mesures d'ordre administratif d'une part, et renforcé les droits de participation et la protection judiciaire de l'assuré d'autre part. Désormais, en cas de désaccord, la mise en œuvre d'une expertise devra faire l'objet d'une décision incidente sujette à recours. Par ailleurs, l'assuré pourra

par JÖRG PAUL MÜLLER et JOHANNES REICH (*Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit des bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur medizinischen Begutachtung durch Medizinische Abklärungsstellen betreffend Ansprüche auf Leistungen der Invalidenversicherung mit Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*), disponible sur plusieurs sites internet, et notamment sur www.humanrights.ch (Fokus Schweiz – Menschenrechte im Landesinnern – Verletzte Gruppen – Menschen mit Behinderungen).

⁶⁰ ATF 123 V 175, cons. 4b.

⁶¹ ATF 132 V 376, cons. 6 et 7.

⁶² Il s'agissait notamment des critiques émises dans l'avis de droit rédigé par JÖRG PAUL MÜLLER et JOHANNES REICH cité ci-dessus (voir note 57).

⁶³ ATF 136 V 376, cons. 4.2.2.

s'exprimer à l'avance sur les questions soumises à l'expert et le Tribunal cantonal devra lui-même mettre en œuvre une expertise judiciaire lorsqu'il arrivera à la conclusion qu'une instruction complémentaire est nécessaire sur le plan médical⁶⁴.

2. *Les exigences d'indépendance en procédure civile*

A l'évidence, les choses se présentent très différemment en procédure civile, et donc dans le cadre d'un litige en responsabilité civile. Dans ce contexte, le juge a le devoir de traiter les parties sur un strict pied d'égalité⁶⁵, ce qui doit nécessairement l'amener à envisager sous un autre angle la question de l'indépendance et de l'apparence éventuelle de prévention de l'expert médical. Ce principe doit être également garanti dans le cadre d'une procédure arbitrale, comme le prévoit l'art. 372 al. 4 CPC.

Au vu de l'influence considérable que peut avoir un rapport d'expertise sur le sort du procès, s'appliquent à l'expert les mêmes motifs de récusation que ceux valables pour les magistrats, conformément au renvoi de l'art. 183 al. 2 CPC. Le droit à un expert indépendant et impartial est protégé aussi bien par l'art. 30 al. 1 Cst que par l'art. 6 ch. 1 CEDH; il découle donc directement de la garantie constitutionnelle d'un tribunal indépendant⁶⁶. En conséquence, l'ensemble des motifs de récusation prévus par l'art. 47 CPC s'applique à l'expert, qui a lui aussi l'obligation d'annoncer en temps utile un motif de récusation possible et de se récuser lorsqu'il considère que le motif en question est réalisé, comme le prévoit l'art. 48 CPC⁶⁷.

En pratique, en ce qui touche les expertises médicales portant sur des dommages corporels, les motifs de récusation concernant l'intérêt personnel de l'expert ou ses liens familiaux avec une partie ne posent pas de difficultés particulières (art. 47 al. 1 lit. a, c, d et e CPC). Plus délicate peut être la question de savoir si l'expert pressenti est déjà intervenu dans le dossier du lésé au sens de l'art. 47 al. 1 lit. b CPC. En soi, on peut admettre qu'il n'y a pas matière à récusation lorsque l'expert a déjà examiné le même lésé dans une autre procédure. Il en va différemment cependant s'il s'agissait pour lui de se prononcer sur les mêmes questions que dans la nouvelle procédure, ou sur des questions analogues. En pareil cas, le risque que l'expert soit influencé par des éléments non pertinents ne peut objectivement plus être exclu⁶⁸. En d'autres

⁶⁴ Arrêt 9C_243/2010 du 28 juin 2011, cons. 2.4, 3.4.2.6, 3.4.2.9 et 4.4.1.3.

⁶⁵ ATF 133 I 1, cons. 5.3.1, qui précise notamment que l'égalité des armes entre parties fait partie intégrante de la garantie d'une procédure équitable ancrée à l'art. 29 al. 1 Cst et à l'art. 6 ch. 1 CEDH.

⁶⁶ DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 20 ad art. 183 CPC. Voir aussi BÜHLER: *Gerichtsgutachter*, p. 40.

⁶⁷ HOFMANN/LÜSCHER: p. 95; DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 20 ad art. 183 CPC.

⁶⁸ BÜHLER: *Gerichtsgutachter*, p. 29.

termes, doivent être écartés selon nous non seulement les médecins qui ont traité l'expertisé à un moment ou un autre, mais également ceux qui ont déjà fonctionné en qualité d'expert à son sujet depuis l'événement dommageable, et en particulier les experts mandatés par les assurances sociales ou privées concernées, ainsi que leurs médecins-conseils. Ne saurait par exemple être désigné en qualité d'expert judiciaire le médecin-conseil de l'assureur-occupants du lésé, qui se trouve de surcroît être en général son assureur en responsabilité civile. Un tel médecin-conseil peut en effet objectivement, selon les cas, présenter un risque de prévention aussi bien en faveur qu'en défaveur du demandeur.

Surtout, le juge devra le cas échéant examiner la question de l'indépendance de l'expert sous l'angle de la clause générale de l'art. 47 al. 1 lit. f CPC, qui vise à écarter tout autre cas de prévention, notamment en raison d'un rapport d'amitié ou d'inimitié avec une partie ou son représentant. Sur ce point, la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral dans le cadre de l'art. 30 al. 1 Cst ou de l'art. 34 al. 1 LTF exige que les rapports en question soient d'une certaine intensité (sentiment d'inimitié marquée ou d'amitié étroite) et dépassent ainsi les relations sociales habituelles, notamment entre avocats et magistrats⁶⁹. Ainsi, le fait qu'un juge soit personnellement partie à une procédure où un certain avocat défend la partie adverse ne suffit pas, à défaut de tout autre élément concret, à faire redouter sa partialité dans les autres causes où cet avocat intervient. Il faut juger de l'apparence de partialité sur la base des circonstances concrètes et rechercher notamment s'il en résulte de fortes tensions personnelles⁷⁰.

Plus généralement, les parties peuvent exiger la récusation d'un magistrat ou d'un expert dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur son impartialité⁷¹. L'existence d'un motif de prévention est une question d'appréciation, qui doit être tranchée de manière objective. Les considérations subjectives ne sont pas pertinentes. Ainsi, une apparence de prévention ne saurait être retenue sur la base des impressions purement individuelles des parties au procès. En revanche, la récusation sera admise dès qu'il existe une apparence objective de prévention, peu importe que l'intéressé se sente lui-même apte à se prononcer en toute impartialité. En d'autres termes, il faut que l'on puisse garantir que le procès demeure ouvert⁷².

⁶⁹ Arrêt 5A_756/2008 du 9 septembre 2009, cons. 2.1. Voir aussi WEBER, in *Basler Kommentar*, ch. 35 ad art. 47 CPC, et BÜHLER: *Gerichtsgutachter*, p. 31.

⁷⁰ Arrêt 5A_756/2008 du 9 septembre 2009, cons. 2.2 et 2.3.

⁷¹ Voir par exemple l'arrêt 4A_113/2007 du 28 août 2007, cons. 4.2.

⁷² Arrêt 2C_755/2008 du 7 janvier 2009, cons. 3.2, y compris les références.

En matière d'expertise médicale, se pose fréquemment la question de savoir dans quelle mesure le fait que l'expert potentiel rédige régulièrement des rapports à l'intention d'une partie est susceptible de faire redouter une quelconque partialité de sa part. On pense bien entendu aux centres d'expertises et autres médecins-conseils, actifs ou non dans un COMAI formellement reconnu par l'assurance-invalidité, qui sont très régulièrement mandatés pour des expertises non seulement dans le cadre des assurances sociales, mais également en matière de responsabilité civile et d'assurance privée. La question se pose à nos yeux même dans les cas où le lésé n'a pas d'action directe contre l'assureur du responsable, par exemple en application de l'art. 65 LCR, sachant que selon des clauses contractuelles extrêmement répandues, l'assureur en question mène les négociations avec le lésé, mandate lui-même un avocat et conduit seul le procès, dont il assume les frais et les conséquences économiques. C'est dire que s'agissant d'examiner l'indépendance de l'expert, l'assureur en responsabilité civile concerné doit être dans tous les cas matériellement assimilé à une partie, à tout le moins à son conseil.

De façon générale, le fait que l'expert entretienne des relations d'affaires avec une partie ne constitue pas nécessairement un motif de récusation. Cela dépendra essentiellement là encore de leur intensité et de leur durée, le risque de prévention étant naturellement plus facilement admis si ces relations sont étroites et toujours d'actualité⁷³. Dans un arrêt d'octobre 1999, le Tribunal fédéral a fait preuve d'une grande rigueur en matière de garantie d'un tribunal indépendant et a considéré qu'il y avait bien apparence de prévention dans le cas d'un expert économique désigné par un tribunal dans une affaire dirigée contre la Ville de Zurich par une association professionnelle dont les membres, essentiellement féminins, considéraient que leur niveau de rémunération était discriminatoire en comparaison avec d'autres professions au sein de l'administration communale. L'expert en cause fonctionnait depuis quelques années en qualité d'expert privé, et avait été mandaté à trois reprises par un syndicat dans le cadre notamment d'une affaire semblable, mais concernant un autre groupe professionnel qui attaquait en justice non pas la Ville mais le Canton de Zurich. Le Tribunal fédéral a certes considéré que le fait pour un expert d'avoir déjà travaillé pour une grande organisation ou une importante collectivité publique n'impliquait pas nécessairement un risque de partialité lorsque les anciens mandats concernaient des questions différentes posées par un autre service de l'institution en cause, mais que le danger de prévention de l'expert devait être admis au moins dans les cas où

⁷³ DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 23 ad art. 183 CPC. Dans le même sens : BÜHLER : *Gerichtsgutachter*, p. 32.

cette précédente activité portait sur la même question ou sur une question semblable, et de surcroît très peu de temps auparavant⁷⁴.

A la lumière de cette jurisprudence, qui doit valoir dans tous les domaines du droit privé, il ne fait aucun doute à nos yeux que les COMAI ne peuvent pas être considérés comme des experts indépendants et impartiaux en procédure civile. Il en va de même des experts privés qui travaillent régulièrement pour le compte de divers assureurs sociaux ou privés, même dans les cas où l'expert pressenti n'a encore jamais travaillé pour la compagnie concernée par le cas d'espèce. En effet, les conclusions de l'expertise médicale seront nécessairement influencées dans une certaine mesure au moins par les opinions et l'approche personnelles de l'expert sur un certain nombre de questions délicates, comme par exemple la causalité en matière de lésions non-objectivables ou l'exigibilité d'une activité professionnelle adaptée. Le seul fait que l'expert soit régulièrement mandaté par certains assureurs suffit largement à nos yeux pour créer objectivement le risque qu'il penche en cas de doute en faveur des théories et opinions défendues par ses mandataires habituels. On ne peut en outre exclure qu'un tel expert soit tenté, dans un dossier impliquant un assureur avec lequel il n'a encore aucune relation d'affaires, d'y voir une occasion de séduire un nouveau client potentiel. A ces arguments s'ajoutent bien entendu les motifs de nature constitutionnelle soulevés par les détracteurs de la jurisprudence développée sur cette question en matière d'assurances sociales⁷⁵. De tels experts ne peuvent donc pas selon nous être désignés par un tribunal dans un litige en responsabilité civile, l'accord commun des parties étant naturellement réservé.

Il est vrai que cette façon de voir est diamétralement opposée à la jurisprudence des Cours de droit social du Tribunal fédéral. Néanmoins, abstraction faite du principe cardinal de l'égalité des parties, cette différence d'approche se justifie aussi par le fait que le juge civil n'est pas lié par un dispositif législatif qui, comme en assurances sociales, prévoit expressément l'intervention de ce type d'experts dans l'instruction médicale des dossiers. Les objectifs de rationalisation et d'économies poursuivis par le législateur dans le cadre des lois d'assurances sociales, et qui sous-tendent manifestement à nos yeux la jurisprudence très libérale du Tribunal fédéral de Lucerne dans ce domaine, n'ont par ailleurs aucune pertinence en droit de la responsabilité civile⁷⁶.

Un autre sujet important en pratique est l'éventuelle appartenance de l'expert à un courant doctrinaire ou à une école particulière. En matière de

⁷⁴ ATF 125 II 541, cons. 4c.

⁷⁵ Voir à ce sujet les auteurs cités plus haut, note 57.

⁷⁶ Le Tribunal fédéral invoque d'ailleurs précisément une différence dans les buts recherchés par le législateur dans chacun de ces deux domaines du droit pour s'écarter en responsabilité civile de la jurisprudence applicable en droit social à la causalité adéquate en matière de séquelles non-objectivables: ATF 123 III 10, cons. 3a.

lésions corporelles, la question se pose avec acuité notamment pour les lésions cervicales non-objectivables, dont l'existence et surtout le caractère invalidant demeurent contestés par une partie de la doctrine médicale⁷⁷. Nous avons déjà exposé la jurisprudence hésitante du Tribunal fédéral à ce sujet dans le domaine des assurances sociales⁷⁸. En procédure civile, le juge devra examiner dans quelle mesure le fait que l'expert se rallie à une école ou à une méthode particulière est susceptible d'avoir dans le cas d'espèce une influence concrète sur le résultat de l'expertise. Le risque de prévention sera admis d'autant plus facilement que l'opinion doctrinale à laquelle adhère l'expert est minoritaire. Dans les cas où aucun des différents courants doctrinaux ne peut être qualifié de majoritaire, le juge devra envisager de mandater plusieurs experts, de façon à permettre au tribunal de se forger une opinion en toute connaissance de cause⁷⁹. Dans l'exemple qui nous occupe, on ne saurait selon nous confier une expertise médicale à un expert qui considère d'emblée que le syndrome de distorsion cervicale n'est pas une réalité médicale ou que toute incapacité de travail doit être exclue de façon absolue si le choc subi par la victime n'atteint pas un certain degré de gravité. En pareil cas, le juge et les parties devront interpeler l'expert sur sa position à ce sujet, afin précisément de s'assurer que, sur les questions litigieuses, la désignation de ce spécialiste n'implique pas nécessairement une réponse connue d'avance.

IV. La mise en œuvre de l'expert

En procédure civile, le nouveau Code suisse prévoit que l'expert est instruit par le tribunal, qui lui soumet, par écrit ou de vive voix à l'audience, les questions qui font l'objet de l'expertise. C'est dire que, tout naturellement, le juge dirige l'ensemble du processus, en fixant par ailleurs un délai à l'expert pour déposer son rapport, en lui remettant les actes dont il a besoin et en l'autorisant si nécessaire à procéder personnellement à des investigations⁸⁰. La mise en œuvre de l'expert est donc, dans le cadre d'un procès civil, réglée en détail par la loi et, certainement pour quelques années encore, par les usages cantonaux. La situation est tout autre en cas d'expertise extrajudiciaire, où les parties devront s'organiser seules pour mettre sur pied une procédure qui garantisse au mieux le principe de l'égalité de traitement et l'impartialité du résultat. C'est donc essentiellement sous cet angle que nous abordons ci-dessous le thème de la mise en œuvre de l'expert.

⁷⁷ Voir par exemple les références citées in ATF 134 V 109, cons. 7.1.

⁷⁸ Voir plus haut, page 130.

⁷⁹ DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 23 ad art. 183 CPC; BÜHLER: *Gerichtsgutachter*, p. 38.

⁸⁰ Art. 185 al. 1 et 3 et 186 al. 1 CPC.

A. La rédaction du questionnaire

L'art. 185 al. 1 CPC attribue au juge la compétence de rédiger le questionnaire, même dans les litiges soumis à la maxime des débats. Selon le texte de la loi, le tribunal devrait ainsi préparer ses questions en premier, puis les soumettre aux parties pour modifications ou compléments, la décision finale à leur sujet restant de la compétence du tribunal⁸¹. Ainsi, même si beaucoup de tribunaux de première instance, se fondant sur l'ancienne pratique de leurs cantons respectifs, laisseront sans doute une grande liberté aux plaideurs pour arrêter les questions soumises à l'expert, il n'en demeure pas moins que c'est à eux qu'il appartiendra de veiller à ce que ces questions restent dans le cadre des faits allégués et que les parties ne tentent pas par cette voie de remédier aux éventuelles lacunes de leurs écritures⁸².

Hors procédure, c'est par un accord préalable sur le questionnaire soumis à l'expert que les parties devront délimiter au mieux la mission de ce dernier. A nos yeux, les questions devront être détaillées et compréhensibles, en suivant une systématique claire et logique pour le médecin désigné. Il sera souvent utile d'inviter l'expert à présenter une *partie introductive*, contenant notamment une présentation des pièces consultées et des examens pratiqués, le diagnostic et l'anamnèse du lésé, ce qui permettra au lecteur de mieux apprécier le sens et la valeur probante du rapport dans son ensemble. En proposant en outre au spécialiste de rédiger une *discussion générale* du cas avant de répondre précisément aux questions posées, on gagnera en clarté et disposera d'un outil souvent fort utile pour comprendre son raisonnement. L'expert pourra ainsi s'exprimer selon sa logique propre, sans être enfermé dans des questions qui doivent rester relativement précises⁸³.

En effet, quel que soit le contexte juridique dans lequel est organisée l'expertise, un des plus grands dangers de l'exercice est de laisser l'expert définir lui-même les notions juridiques fondamentales sur lesquelles repose souvent l'essentiel du litige. On citera en premier lieu l'exemple de la causalité naturelle, que même des experts médicaux chevronnés peinent à distinguer de la causalité adéquate⁸⁴. Dès lors, il est préférable selon nous de formuler les questions portant sur ce thème de façon à contraindre l'expert à se fonder véritablement sur la définition de la causalité posée par la jurisprudence, plutôt que de lui laisser l'opportunité de travailler avec ses propres concepts. Dans le même registre, au lieu de poser la question générale « quand le statu quo

⁸¹ HOFMANN/LÜSCHER: p. 96.

⁸² TH. WEIBEL, in *ZPO Kommentar*, ch. 8 ad art. 185 CPC. Pour une intervention importante du juge dans la rédaction du questionnaire, voir BÜHLER: *Gerichtsgutachter*, p. 49.

⁸³ Dans un sens analogue: PAYCHÈRE: *Le juge*, p. 139.

⁸⁴ Voir plus haut, note 4.

sine ou ante a-t-il été atteint?», mieux vaut interpeler l'expert sur le moment où «on peut admettre que l'état de santé du lésé est à nouveau celui qui aurait été très vraisemblablement le sien sans l'accident ou celui qui était effectivement le sien avant l'accident».

Les parties et le juge ne peuvent pas non plus admettre d'emblée que l'expert est parfaitement renseigné sur le degré de preuve requis dans chaque cas par la jurisprudence. Ainsi, s'agissant par exemple du fait qu'un état antérieur aurait tôt ou tard causé une incapacité de travail, la jurisprudence exige que le responsable l'établisse avec certitude ou un haut degré de vraisemblance⁸⁵, ce qui constitue un degré de preuve plus élevé que la vraisemblance prépondérante dont se contentent en général les tribunaux en matière de causalité naturelle. Cette distinction doit impérativement ressortir de la formulation de la question posée à ce sujet⁸⁶.

Finalement, des questions précises sont souvent le seul moyen d'obtenir des réponses détaillées susceptibles d'emporter la conviction du juge des deux parties dans le cadre de pourparlers transactionnels. PERGOLIS cite à juste titre sur ce point l'exemple de l'incapacité d'accomplir des tâches ménagères, qui ne saurait faire l'objet d'une simple appréciation globale. Il faudra bien au contraire inviter l'expert à se prononcer en détail sur les tâches, mouvements ou positions qui sont rendus impossibles ou plus difficiles du fait de l'événement dommageable. Pour ce faire, il est souvent indispensable que le médecin ait au préalable une vision précise de la situation concrète de l'expertisé, qui peut influencer sensiblement sa capacité d'accomplir une tâche domestique déterminée. En effet, faire la lessive, pour prendre un exemple pratique relativement fréquent, peut être plus ou moins aisé pour la victime d'un accident selon qu'elle dispose d'une machine à laver dans sa salle de bain ou cinq étages plus bas dans un immeuble dépourvu d'ascenseur.

Afin d'illustrer au mieux les propos qui précèdent et les diverses réflexions qui jalonnent la présente contribution, nous proposons à la fin de celle-ci un exemple de questionnaire destiné à un expert médical hors procédure.

B. Les premiers contacts et la séance de mise en œuvre

Lorsqu'elles agissent en dehors de toute procédure, les parties devront veiller avant tout à exposer en détail à l'expert le contexte dans lequel sa mission lui est confiée. Afin de bien illustrer la stricte égalité qui règne entre les parties en droit de la responsabilité civile, le conseil du lésé devra impérativement

⁸⁵ ATF 131 III 14, cons. 4.

⁸⁶ A propos de la question du degré de preuve en rapport au questionnaire soumis à l'expert médical, voir aussi PERGOLIS : p. 135.

éviter de laisser l'assureur du responsable organiser seul l'expertise, surtout lorsqu'il a des raisons de penser que l'expert désigné d'un commun accord a déjà travaillé pour le compte des assurances sociales. Agir de la sorte reviendrait à créer la dangereuse apparence que l'expert a été désigné unilatéralement par l'assureur, à qui seul il devrait alors rendre des comptes. L'expert doit ainsi être approché par les deux parties ensemble, et impérativement être invité à s'adresser à chaque fois simultanément aux deux intervenants. On évitera ainsi tant que faire se peut les communications orales⁸⁷. Une excellente façon de montrer très concrètement à l'expert qu'il est mandaté conjointement par les deux parties est de lui préciser que celles-ci répondent solidairement entre elles de ses honoraires, même lorsqu'une autre solution a été convenue dans le cadre de leurs rapports internes.

Sous l'empire de l'ancien Code de procédure civile du 14 décembre 1966, les tribunaux vaudois ont pris l'habitude d'inviter systématiquement l'expert à prendre contact, avant toute opération, avec les conseils des parties pour fixer avec eux une séance de mise en œuvre, alors même qu'une telle façon de faire n'était pas prévue explicitement par le texte légal⁸⁸. Cette séance, qui sera sans doute toujours organisée dans le Canton de Vaud dans le cadre de la nouvelle procédure unifiée, présente l'avantage indéniable de donner aux plaideurs l'occasion de véritablement dialoguer avec l'expert médical, et de lui exposer de vive voix ce qu'ils attendent de lui. Ils peuvent ainsi lui faire part de leurs conceptions respectives de certaines notions, comme la causalité naturelle ou l'activité adaptée raisonnablement exigible, et prévenir d'éventuelles erreurs méthodologiques, telles que l'application de la jurisprudence développée en matière d'assurances sociales. Enfin, il s'agit là d'une excellente occasion de faire le point sur les conceptions personnelles de l'expert sur certaines questions controversées, ce qui est souvent relativement difficile par écrit.

A n'en pas douter, la séance de mise en œuvre, allonge et renchérit quelque peu la procédure. Elle constitue néanmoins un point de contact fort utile entre médecins et juristes, que leurs formations respectives amènent trop souvent à se parler sans se comprendre. Nous ne pouvons donc qu'appeler de nos vœux le maintien de cette pratique, et même son extension aux cantons qui ne la connaissent pas encore, puisqu'elle est parfaitement compatible avec l'art. 185 al. 1 CPC.

⁸⁷ Voir sur la communication entre expert et parties : BÜHLER : *Gerichtsgutachter*, p. 35.

⁸⁸ L'art. 226 al. 1 CPC VD prévoit simplement que le juge met l'expert en œuvre en lui donnant verbalement ou par écrit toutes directions utiles.

C. La présence d'un tiers lors de l'examen médical ?

Dans le cadre de l'exécution de l'expertise à proprement parler, se pose régulièrement en pratique la question de savoir si l'expertisé peut se faire assister par son avocat au cours de l'entretien et de l'examen médical effectués par l'expert. Il s'agit souvent pour le lésé d'un besoin d'être soutenu dans un processus souvent perçu comme intrusif, dans lequel il redoute de ne pas être mesure d'expliquer correctement sa situation et ses difficultés. Cette crainte est sans doute plus importante lorsque l'expertise est confiée au médecin interne de l'assureur social, médecin que le lésé n'a pas choisi et dont il doute régulièrement de l'impartialité.

En matière d'assurances sociales, le Tribunal fédéral conteste aux assurés le droit de se faire assister d'un avocat à l'occasion d'une expertise médicale. Il considère en effet qu'à ce stade, l'assuré est concerné davantage comme objet de l'examen que comme partie à une procédure. Estimant qu'il convient de créer toutes les conditions permettant à l'expert de se faire une opinion scientifique la plus objective possible, notre Haute Cour exclut donc la présence d'un avocat au cours de l'expertise, arguant qu'elle nuirait à l'examen serein de l'assuré, avec lequel l'expert doit pouvoir communiquer sans interférences⁸⁹. La jurisprudence n'admet pas davantage que l'avocat assiste même sans prendre la parole à l'examen de l'expert, dans le seul but de garantir une bonne et impartiale exécution de l'expertise. D'autres parties devraient alors être en droit d'envoyer elles aussi leur observateur, ce qui ferait de l'expertise une procédure contradictoire contraire à son but⁹⁰. Relevons enfin que le Tribunal fédéral n'admet pas non plus la présence d'un tiers, comme par exemple celle du concubin, craignant qu'un tel accompagnant n'intervienne activement dans l'entretien et fausse ainsi la perception des faits par l'expert, qui ne pourrait plus le cas échéant se faire une opinion directe et personnelle de la situation de l'expertisé. Pour cette raison, c'est à l'expert qu'il appartient de décider si la présence d'un tiers se justifie dans un cas particulier⁹¹. Il convient de relever que la jurisprudence semble cependant prête à faire une exception à cette règle lorsqu'il est médicalement attesté, motifs à l'appui, que l'état de santé de l'assuré ne lui permet pas de se soumettre sans accompagnant à une expertise médicale⁹².

La doctrine n'est manifestement pas à l'aise avec cette solution jurisprudentielle. Outre les critiques de nature purement formelle⁹³, certains auteurs proposent des alternatives consistant par exemple à prévoir l'intervention d'un observateur médical neutre chargé de s'assurer que l'expertisé com-

⁸⁹ ATF 132 V 443, cons. 3.5.

⁹⁰ Arrêt I.874/2006 du 8 août 2007, cons. 4.1.2.

⁹¹ Arrêt I.42/2006 du 26 juin 2007, cons. 4.5.

⁹² Arrêt I.42/2006 du 26 juin 2007, cons. 4.6.

⁹³ KIESER: ch. 9 ad art. 37 LPGA.

prend la démarche de l'expert et que celui-ci procède bien à toutes les investigations utiles⁹⁴. Une autre façon de faire serait d'enregistrer l'examen médical, de façon à permettre ensuite au juge et aux parties de vérifier que l'expert a correctement reproduit dans son rapport les explications de l'assuré et qu'il a bien posé toutes les questions nécessaires⁹⁵.

Dans le cadre d'un litige en responsabilité civile, l'expert médical doit également établir un contact personnel avec le lésé, contact dont on admet volontiers qu'il serait quelque peu perturbé par la présence d'un proche ou d'un avocat. Par ailleurs, il est incontestable que la présence d'un seul conseil, à tout le moins en procédure civile, violerait gravement le principe d'égalité des parties. Il serait alors nécessaire que toutes les parties à la procédure soient présentes ou représentées lors de l'examen médical de la victime, ce qui dénaturerait sensiblement la démarche. Il n'en demeure pas moins que les parties doivent selon nous conserver la possibilité concrète de démontrer que l'expert n'a pas ou pas entièrement accompli sa mission. A cet égard, l'enregistrement de l'examen médical sur un quelconque support magnétique ou électronique constitue sans doute une solution appropriée et proportionnée, qui laisse à l'expert la faculté d'interroger et d'examiner sereinement le lésé, sans que le débat judiciaire ne s'invite dans son cabinet. Combinée à une mise en œuvre telle que suggérée ci-dessus, cette façon de faire permet à la fois un contrôle réel mais discret de l'exécution de l'expertise et un dialogue authentique entre expertisé et médecin.

V. L'appréciation du rapport d'expertise

A. Les critères applicables en droit des assurances sociales

En droit des assurances sociales, la jurisprudence se fonde exclusivement sur le contenu matériel des avis médicaux versés au dossier, plutôt que sur leur provenance et leur qualité formelle⁹⁶. Ainsi, depuis un arrêt de juin 1999⁹⁷, le Tribunal fédéral considère que le juge doit examiner objectivement tous les documents à disposition, quelle que soit leur provenance⁹⁸, puis décider

⁹⁴ PAYCHÈRE: *Le médecin*, p. 122.

⁹⁵ ALIOTTA: pp. 73-74.

⁹⁶ Voir par exemple l'arrêt 9C_359/2009 du 26 mars 2010, cons. 4.2. Il s'agit là d'un aspect du principe de la libre appréciation des preuves: arrêt 9C_603/2009 du 2 février 2010, cons. 3.1.

⁹⁷ ATF 125 V 351, cons. 3a.

⁹⁸ Quoi qu'en dise le Tribunal fédéral, cet arrêt inaugure une pratique constante depuis lors, qui implique un système de présomptions jurisprudentielles concernant la valeur probante des différents types de rapports médicaux en fonction de la qualité formelle de leur auteur. Voir à ce sujet PAYCHÈRE: *Le médecin*, p. 113.

s'ils permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. S'il existe des avis contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion plutôt que sur une autre. En ce qui concerne la valeur probante d'un rapport médical, ce qui est déterminant, c'est que les points litigieux aient fait l'objet d'une *étude circonstanciée*, que le rapport se fonde sur des *examens complets*, qu'il prenne également en considération *les plaintes exprimées* par la personne examinée, qu'il ait été établi en pleine connaissance de *l'anamnèse*⁹⁹, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient *claires* et enfin que les conclusions de l'expert soient *dûment motivées*¹⁰⁰.

S'agissant plus précisément d'une expertise judiciaire, le juge ne doit en principe pas s'en écarter sans motifs impératifs, la tâche de l'expert étant précisément de mettre ses connaissances spéciales à la disposition de la justice afin de l'éclairer sur les aspects médicaux d'un état de fait donné. Peut constituer cependant une raison de s'écarter de l'expertise judiciaire le fait que celle-ci contient des contradictions, ou qu'une surexpertise ordonnée par le tribunal en infirme les conclusions de manière convaincante. En outre, lorsque d'autres spécialistes émettent des opinions contraires propres à mettre sérieusement en doute la pertinence des déductions de l'expert, on ne peut exclure, selon les cas, une interprétation divergente des conclusions de ce dernier par le juge ou, au besoin, une instruction complémentaire sous la forme d'une nouvelle expertise médicale¹⁰¹.

Pour en revenir au contenu de l'expertise à proprement parler, certains auteurs précisent encore que le rapport doit être écrit dans une langue compréhensible, même pour les laïcs. La littérature scientifique pertinente doit être mentionnée, de même que la position personnelle de l'expert. Les réponses aux questions doivent être exhaustives et les points restés incertains dûment mentionnés. L'expert ne doit pas hésiter à faire état des domaines qui ne sont pas de sa compétence¹⁰². Finalement, il adoptera un ton objectif et s'abstiendra de toute remarque à connotation émotionnelle¹⁰³ ou de toute expression ironique ou polémique¹⁰⁴.

En principe, l'expert doit s'abstenir de se prononcer sur des questions de droit¹⁰⁵. La jurisprudence considère néanmoins que quelques remarques de

⁹⁹ PAYCHÈRE (*Le juge*, p. 144) précise que l'anamnèse doit comporter un volet familial et un volet social. L'expert évitera de retravailler les déclarations de l'expertisé, afin de ne pas donner une quelconque assise pseudo-scientifique au vécu de l'assuré.

¹⁰⁰ Voir notamment au sein d'une jurisprudence très abondante l'arrêt 9C_603/2009 du 2 février 2010, cons. 3.1.

¹⁰¹ Arrêt I.19/2002 du 26 juillet 2002, cons. 5c aa.

¹⁰² PAYCHÈRE: *Le médecin*, p. 115.

¹⁰³ Voir OTT: p. 77.

¹⁰⁴ Arrêt 9C_603/2009 du 2 février 2010, cons. 4.2.

¹⁰⁵ PAYCHÈRE: *Le juge*, p. 147; OTT: p. 77.

nature juridique (telles que «selon la jurisprudence actuelle, ceci n'est pas une maladie invalidante») ne suffisent pas à écarter un rapport d'expertise aussi longtemps que les observations de l'expert, son analyse et ses conclusions relèvent du seul domaine médical¹⁰⁶. Cette façon de voir ne va pas sans poser problème, et montre les limites de la jurisprudence consistant à poser des présomptions de nature médicale ou à définir des notions d'ordre médical, telle que la «maladie invalidante». A tout le moins conviendrait-il d'exiger de l'expert qu'il motive en détail les raisons pour lesquelles il considère qu'un critère médical posé par la jurisprudence est réalisé ou non dans un cas concret. Il n'est en effet pas rare de constater que les experts ont une connaissance très imparfaite de cette jurisprudence, qu'ils ne consultent généralement pas directement. A nos yeux, seul le juge est en droit de constater que des critères jurisprudentiels sont réunis ou non, sur la base des indications purement médicales fournies par l'expert.

B. La situation en procédure civile

En procédure civile s'applique pleinement le principe de la libre appréciation des preuves, consacré par l'art. 157 CPC¹⁰⁷. Il n'y a donc pas de hiérarchie entre les différents moyens de preuve¹⁰⁸, sous réserve du statut particulier de l'interrogatoire et de la déposition des parties¹⁰⁹.

Il découle du principe mentionné ci-dessus que le tribunal n'est en soi pas lié par les conclusions de l'expert¹¹⁰. Il ne doit cependant pas s'écarter sans motifs pertinents de l'avis donné par un expert selon ses connaissances spéciales et s'il s'en écarte, il doit motiver son opinion¹¹¹. A ce titre, le juge pourra notamment retenir que le rapport d'expertise est contradictoire, incomplet, incompréhensible, peu concluant ou clairement contraire au reste du dossier¹¹². De façon générale, on pourra s'écarter des conclusions du rapport d'expertise si sa crédibilité est sérieusement ébranlée par les circonstances¹¹³. C'est dire que par cette restriction au pouvoir de libre appréciation du juge, on confère une responsabilité particulière à l'expert¹¹⁴.

¹⁰⁶ Arrêt 9C_72/2010 du 24 juin 2010, cons. 4.1.

¹⁰⁷ Concernant la portée générale de ce principe, voir notamment BOSSHARD : *L'appréciation*, p. 324.

¹⁰⁸ HOFMANN / LÜSCHER : p. 95; HASENBÖHLER, in *ZPO Kommentar*, ch. 9 ad art. 157 CPC.

¹⁰⁹ GUYAN, in *Basler Kommentar*, ch. 5 ad art. 157 CPC.

¹¹⁰ TH. WEIBEL, in *ZPO Kommentar*, ch. 7 ad art. 187 CPC.

¹¹¹ ATF 130 I 337, cons. 5.4.2.

¹¹² Voir TH. WEIBEL, in *ZPO Kommentar*, ch. 7 ad art. 187 CPC; DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 15 ad art. 183 CPC. Dans le même sens, BÜHLER (*Gerichtsgutachter*, p. 61) considère qu'un rapport d'expertise doit être à la fois complet, compréhensible et concluant.

¹¹³ Arrêt 4A_48/2010 du 9 juillet 2010, cons. 6.3.2.

¹¹⁴ BOSSHARD : *L'appréciation*, pp. 325-326.

Au vu de ces principes généraux, les critères de qualité matérielle développés par la jurisprudence en droit des assurances sociales peuvent sans conteste s'appliquer en procédure civile pour ce qui concerne les expertises médicales¹¹⁵. On pourra donc en droit de la responsabilité civile également exiger de la part de l'expert que les points litigieux aient fait l'objet d'une *étude circonstanciée*, que son rapport se fonde sur des *examens complets*, qu'il prenne également en considération *les plaintes exprimées* par la personne examinée, qu'il tienne pleinement compte de *l'anamnèse*, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale soient *claires* et enfin que ses conclusions soient *dûment motivées*¹¹⁶. Bien évidemment, les présomptions posées par la jurisprudence en droit social concernant la valeur probante d'une expertise médicale en fonction de sa provenance ne sauraient être transposées d'une quelconque façon en droit privé.

Notons encore que si le juge entend s'écarter du résultat d'une expertise, il ne peut sans motifs déterminants substituer sa propre appréciation à celle de l'expert et devra, le cas échéant, recueillir des preuves complémentaires pour tenter de dissiper ses doutes¹¹⁷.

Dans un procès civil, il n'est pas rare que les parties se réfèrent à des rapports d'expertise qu'elles ont commandés unilatéralement auprès d'un spécialiste avant ou en marge du procès. De telles expertises privées ne constituent en soi que de simples allégations de parties, le législateur ayant renoncé à leur accorder le statut de moyen de preuve. Il n'en demeure pas moins que ce type de rapport peut, de par son contenu, faire naître des doutes suffisants quant au caractère concluant d'une expertise judiciaire et amener le juge à ordonner une nouvelle expertise¹¹⁸. Un tel rapport constitue formellement un titre au sens de l'art. 177 CPC, dont le juge apprécie librement la force probante¹¹⁹.

Il en va de même à nos yeux des expertises organisées en commun par les parties en dehors de tout cadre judiciaire. A cet égard, le magistrat devra en principe leur attribuer une force probante supérieure à celle d'une expertise privée, dans la mesure où l'expert a été désigné d'un commun accord par les parties, qui ont chacune eu l'occasion d'influer sur les questions qui lui ont été posées et de vérifier qu'un dossier complet lui a été remis. Il n'en demeure pas moins que les parties ne sont en soi pas liées par les conclusions de l'expert commun, qu'elles peuvent contester de la même manière qu'une ex-

¹¹⁵ PERGOLIS : p. 130. Dans le même sens : BÜHLER : *Beweismass*, p. 67.

¹¹⁶ Voir plus haut, p. 141 ss.

¹¹⁷ BOSSHARD : *La bonne expertise*, p. 208 ; ATF 130 I 337, cons. 5.4.2.

¹¹⁸ DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 17 ad art. 183 CPC. Voir aussi PERGOLIS : pp. 127-128 et BÜHLER : *Gerichtsgutachten*, p. 48.

¹¹⁹ HOFMANN / LÜSCHER : p. 98.

pertise judiciaire¹²⁰. Quant à la forme, il arrive parfois que l'expert commun comprenne mal la portée exacte de sa mission, et croie à tort, par exemple, être mandaté uniquement par l'assureur du responsable, parce qu'il n'a eu par hypothèse des contacts qu'avec ce dernier. En pareil cas, dans la mesure où le lésé parvient à apporter la preuve de cette erreur, le tribunal devra alors en tenir compte au moment de se prononcer sur la force probante d'un tel rapport.

Devra également être considéré comme une simple pièce le rapport d'expertise ou le rapport médical rendu à propos du même lésé et du même événement dommageable à la demande d'un assureur social. Là aussi, le juge civil devra en apprécier librement la force probante, en examinant soigneusement les conditions dans lesquelles ledit rapport a été élaboré¹²¹. Cette force probante sera notamment moins importante lorsque le spécialiste concerné a été choisi unilatéralement par l'assureur social et qu'il aurait pu être récusé par l'assuré en application des règles en vigueur en procédure civile. On tiendra compte ainsi avec la plus grande retenue des conclusions prises par les médecins internes de l'assurance-invalidité ou d'un assureur-accidents ou par un centre d'expertise qui réalise une grande part de son chiffre d'affaires grâce aux mandats que lui confient assureurs sociaux et privés. En résumé, le juge civil, en appréciant la portée des pièces médicales émanant du dossier d'un assureur social, devra être conscient des importantes différences qui existent entre le droit des assurances sociales et la procédure civile en matière d'administration et d'appréciation des preuves, différences que nous avons tenté de mettre en lumière dans le cadre de la présente contribution.

VI. Exemple de questionnaire en vue d'une expertise médicale***

1. Quelle est l'anamnèse de l'expertisé ?
2. Quelles sont les plaintes formulées par l'expertisé ?
3. Quelles sont vos constatations objectives (examen clinique, dossier radiologique, examens particuliers tels qu'IRM, EMG, laboratoire, etc.) ?
4. Diagnostic

¹²⁰ Dans le même sens : PERGOLIS : p. 128.

¹²¹ PERGOLIS (p. 140) arrive à une conclusion semblable.

*** Cet exemple n'a pas l'ambition de constituer un modèle exhaustif, et ne saurait s'appliquer tel quel à toutes les situations diverses et multiples qui peuvent se présenter en pratique. Sa complexité est notamment due au fait qu'il tente d'intégrer à la fois les questions fréquemment posées par les assureurs RC et celles que pourrait légitimement vouloir poser le conseil du lésé.

- 4.1 Quel est votre diagnostic selon le code ICD-10 et/ou DSM-IV ?
- 4.2 Pour quels motifs écartez-vous le cas échéant les autres diagnostics posés par vos confrères au sujet de l'expertisé ?
5. Causalité et état antérieur
 - 5.1 Est-ce que l'accident du 11.11.2011 est une cause au moins partielle des troubles actuels ? En d'autres termes, peut-on admettre que, selon toute vraisemblance, les troubles en question n'existeraient pas, ou existeraient dans une moindre mesure, si l'accident ne s'était pas produit ?
 - 5.2 Des facteurs extérieurs jouent-ils un rôle ? Si oui, lesquels et dans quelle mesure (en pour-cent)
 - 5.2.1 Dans l'affirmative, quels troubles existeraient aujourd'hui selon un très haut degré de vraisemblance, en raison de ces seuls facteurs extérieurs, si l'accident n'avait pas eu lieu ?
 - 5.2.2 En cas de réponse positive à la question 5.2, quelle était exactement à la veille de l'accident l'incidence de ces facteurs extérieurs sur la vie professionnelle et privée de l'expertisé, notamment en termes d'incapacité de travail et d'incapacité ménagère ?
 - 5.3 En cas de réponse positive à la question 5.2, à partir de quel moment le statu quo sine (situation identique à celle qui aurait existé sans l'accident) ou le statu quo ante (situation identique à celle qui existait avant l'accident) a-t-il été ou sera-t-il atteint ?
6. Capacité de travail
 - 6.1 L'atteinte à la santé actuelle provoque-t-elle une incapacité de travail de l'expertisé dans son activité habituelle de menuisier ? Si oui, dans quelle mesure (en pour-cent)
 - 6.1.1 En cas de réponse affirmative à la question 5.2, quelle serait aujourd'hui selon un très haut degré de vraisemblance, en raison de ces seuls facteurs extérieurs, l'incapacité de travail de l'expertisé dans son activité habituelle de menuisier si l'accident n'avait pas eu lieu ?
 - 6.2 L'expertisé dispose-t-il d'une capacité de travail dans une activité adaptée aux troubles actuels ? Si oui, quel type d'activité adaptée peut être envisagé et avec quel rendement ?
 - 6.2.1 En cas de réponse positive à la question 5.2, peut-on affirmer que selon un très haut degré de vraisemblance l'expertisé disposerait aujourd'hui d'une capacité de travail supérieure dans une activité adaptée si l'accident n'avait pas eu lieu ? Si oui, quelle activité adaptée aurait pu être envisagée et avec quel rendement ?

- 6.3 Une adaptation ou une accoutumance aux troubles actuels peut-elle être envisagée? Si oui, à partir de quelle date et dans quelle mesure (en pour-cent) cette adaptation ou cette accoutumance pourra-t-elle entraîner une amélioration de la capacité de travail dans l'activité professionnelle habituelle, respectivement dans les activités exigibles décrites en réponse à la question précédente?
7. Incapacité de travail ménager
- 7.1 Les troubles actuels entraînent-ils une limitation de la capacité de travail de l'expertisé dans ses tâches ménagères? Si oui, quel est le taux d'incapacité dans sa situation concrète pour chacune des tâches suivantes?
- préparer les repas;
 - laver la vaisselle, la ranger, mettre la table;
 - faire les achats;
 - (etc.)
- 7.2 En cas de réponse affirmative à la question 5.2, quelle serait aujourd'hui selon un très haut degré de vraisemblance, en raison de ces seuls facteurs extérieurs, l'incapacité de travail de l'expertisé dans sa situation concrète pour chacune des tâches suivantes si l'accident n'avait pas eu lieu?
- préparer les repas;
 - laver la vaisselle, la ranger, mettre la table;
 - faire les achats;
 - (etc.)
8. Traitement médical
- 8.1 Une amélioration des troubles actuels pourrait-elle être atteinte par la poursuite d'un traitement médical? Si oui, lequel et pour combien de temps?
- 8.2 Par ailleurs, peut-on admettre avec un très haut degré de vraisemblance que ce traitement médical ne serait pas nécessaire si l'accident n'avait pas eu lieu?
9. Atteinte à l'intégrité
- 9.1 Peut-on admettre que les troubles actuels sont stabilisés?
- 9.2 Si oui, existe-t-il au sens de l'art. 24 LAA et 36 OLAA une atteinte définitive et importante de l'intégrité qui n'existerait pas selon toute vraisemblance si l'accident du 11 novembre 2011 n'avait pas eu lieu? Si oui, quel est le taux de cette atteinte à l'intégrité selon l'annexe 3 OLAA et les tabelles correspondantes de la Suva?

10. Activités de loisirs

- 10.1 Les troubles actuels réduisent-ils la capacité de l'expertisé de pratiquer ses loisirs habituels (notamment le ski, l'alpinisme, etc.)? Si oui, dans quelle mesure (en pour-cent)?
- 10.2 En cas de réponse affirmative à la question 5.2, quelle serait aujourd'hui selon un très haut degré de vraisemblance, en raison de ces seuls facteurs extérieurs, l'incapacité de l'expertisé de pratiquer les loisirs précités si l'accident n'avait pas eu lieu?

11. Divers

- 11.1 Avez-vous relevé au cours de votre mission de quelconques éléments qui vous permettent de douter de la sincérité de l'expertisé quant à ses troubles, ses douleurs ou sa capacité d'accomplir une activité professionnelle, des tâches ménagère ou des activités de loisirs? Dans l'affirmative, merci de préciser de quels éléments il s'agit et sur quels points vous avez un tel doute.
- 11.2 Peut-on admettre que l'expertisé, dans sa situation concrète et compte tenu d'éventuels facteurs extérieurs à l'accident, dispose des ressources suffisantes pour que l'on puisse raisonnablement attendre de lui que, malgré tout, il exerce une activité lucrative et accomplisse ses tâches domestiques? Si oui, que peut-on précisément attendre de lui (type et taux d'activité, restrictions éventuelles, rendement, etc.)?
- 11.3 [Dans les cas de coup du lapin] A titre personnel, pouvez-vous vous rallier dans les grandes lignes à la théorie selon laquelle un traumatisme de type « coup du lapin » peut causer des troubles fonctionnels à long terme même en l'absence de lésions objectivées, et selon laquelle un tel traumatisme peut être identifié par la présence d'un certain nombre de symptômes formant un tableau clinique typique?
- 11.4 Propositions et remarques

VII. Bibliographie

- ALIOTTA Massimo, *Begutachtungen im Bundessozialversicherungsrecht – eine kritische Würdigung ausgewählter verfahrensrechtlicher Aspekte*, in Murer Erwin (édit.), *Möglichkeiten und Grenzen der medizinischen Begutachtung, Medizin zwischen dem Hammer der Anwaltschaft und dem Amboss der Versicherer*, Berne 2010, pp. 63-102.
- BÖGLI Michel, *Die Anforderungen an das medizinische Gutachten aus Sicht des Ärzte- und Spitalhaftpflichtversicherers*, in Weber (édit.), *Personen-Schaden-Forum 2006*, Zurich 2006, pp. 145-169.

- BOSSHARD Pierre-Yves, *L'appréciation de l'expertise judiciaire par le juge*, in RSPC 2007, pp. 321-326 (cité: *L'appréciation*).
- BOSSHARD Pierre-Yves, *La réglementation de la preuve par expertise dans le projet de Code de procédure civile suisse*, in RSPC 2008, pp. 333-338 (cité: *La réglementation*).
- BOSSHARD Pierre-Yves, *La « bonne » expertise judiciaire*, in RSPC 2009, pp. 207-211 (cité: *La bonne expertise*).
- BREHM Roland, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Vol. VI, 1.3.1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 3^e édition, Berne 2006 (cité: *Berner Kommentar*).
- BÜHLER Alfred, *Beweismass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten*, in Fellmann/Weber (édit.), *Der Haftpflichtprozess, Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung*, Zurich 2006, pp. 37-88 (cité: *Beweismass*).
- BÜHLER Alfred, *Gerichtsgutachter und -gutachten im Zivilprozess*, in Heer/Schöbi (édit.), *La justice et l'expertise*, Berne 2005, pp. 11-125 (cité: *Gerichtsgutachter*).
- BÜHLER Alfred, *Der rechtliche Rahmen der medizinischen Begutachtung in der Schweiz*, in Murer Erwin (édit.), *Möglichkeiten und Grenzen der medizinischen Begutachtung, Medizin zwischen dem Hammer der Anwaltschaft und dem Amboss der Versicherer*, Berne 2010, pp. 1-36 (cité: *Rechtliche Rahmen*).
- CATTANEO Daniele, *Les expertises en droit des assurances sociales*, in CGSS 2010 n^{os} 44-105.
- HALDY Jacques, *La nouvelle procédure civile suisse*, Bâle 2009.
- HOFMANN David / LÜSCHER Christian, *Le Code de procédure civile*, Berne 2009.
- KELLER, Alfred, *Haftpflicht im Privatrecht, Band II*, 2^e édition, Berne 1998.
- KIESER Ueli, *ATSG-Kommentar*, 2^e édition, Zurich 2009.
- LANDOLT Hardy, *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Teilband V1c, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, 3^e édition, Zurich 2007 (cité: *Zürcher Kommentar*).
- OFTINGER Karl / STARK Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil*, 5^e édition, Zurich 1995.
- OTT Werner E., *Das medizinische Gutachten – insbesondere das Fehler- und Kausalitätsgutachten im Arzthaftpflichtrecht*, in Weber (édit.), *Personen-Schaden-Forum 2006*, Zurich 2006, pp. 41-144.
- PAYCHERE François, *Le juge et l'expert – Plaidoyer pour une meilleure compréhension*, in Rosatti (édit.), *L'expertise médicale, de la décision à propos de quelques diagnostics difficiles*, Chêne-Bourg/Genève 2002, pp. 133-150 (cité: *Le juge*).

- PAYCHERE François, *Le médecin-expert: une nouvelle figure tragique?*, in Rosatti (édit.), *L'expertise médicale, du médical au juridique*, Chêne-Bourg/Genève 2008, pp. 107-126 (cité: *Le médecin*).
- PERGOLIS Massimo, *Medizinische Privat- und Gerichtsgutachten*, in Fellmann/Weber (édit.), *Der Haftpflichtprozess, Tücken der gerichtlichen Schadenerledigung*, Zurich 2006, pp. 125-144.
- REY Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^e édition, Zurich 2008.
- SCHATZMANN Bruno, *Die Invaliditätsbemessung im Haftpflichtrecht am Beispiel des Erwerbsschaden*, in Weber (édit.), *Personen-Schaden-Forum 2008*, Zurich 2008, pp. 51-122.
- SCHMID Markus, *Invaliditätsbemessung im Haftpflichtrecht: Ausgewählte Probleme aus Sicht des Geschädigtenvertreters*, in Weber (édit.), *Personen-Schaden-Forum 2008*, Zurich 2008, pp. 13-50.
- SPÜHLER Karl / TENCHIO Luca / INFANGER Dominik (édit.): *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bâle 2010 (cité: *Basler Kommentar*).
- STOLKIN Philip, *Vom fairen Verfahren und den Gutachten im Sozialversicherungsrechtsverfahren*, in REAS 2009, pp. 250-259.
- SUTTER-SOMM Thomas/HASENBÖHLER Franz/LEUENBERGER Christoph (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, Zurich 2010 (cité: *ZPO Kommentar*).

Le rôle de l'expert médical du point de vue de l'expert

PIERRE-ANDRE FAUCHÈRE*

Table des matières

I. Introduction	151
II. L'incapacité de travail	151
III. Nature de l'atteinte à la santé	153
IV. Intérêt du concept de qualité de vie en responsabilité civile	154
V. De réquisits pour obtenir un bon rapport médical	155
VI. Conclusion	156
VII. Bibliographie	157

I. Introduction

Le rôle de l'expert médical dans le domaine des assurances sociales et de la responsabilité civile consiste à se prononcer sur :

- l'atteinte à la santé
- le traitement, l'évolution et le pronostic
- l'incapacité de travail
- l'atteinte à l'intégrité et la causalité naturelle, dans certains cas particuliers.

Pour cet exposé d'une trentaine de minutes, l'orateur a choisi de traiter successivement le problème de l'incapacité de travail et de certains de ses paradoxes, de la nature de l'atteinte à la santé, de l'intérêt du concept de qualité de vie en responsabilité civile et de réquisits qui sont le préalable à une bonne expertise médicale.

II. L'incapacité de travail

L'incapacité de travail se définit comme toute perte totale ou partielle de l'aptitude d'un sujet à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le

* Docteur en médecine, Cabinet d'expertises médicales les Tilleuls, Sion.

travail qui peut être raisonnablement exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique ou mentale.

Contrairement à l'*invalidité*, l'incapacité de travail est une notion médicale et c'est au médecin de la déterminer.

Le cheminement logique visant à établir l'incapacité de travail passe par la description des *déficiences* de la personne en cause et des *limitations* que ces déficiences engendrent.

Pour illustrer la chose, on peut prendre l'exemple de l'amputation traumatique du membre inférieur droit. Cette atteinte à la santé correspond à la déficience. Les limitations qui s'en suivent sont, entre autres choses, l'impossibilité de maintenir certaines positions et de se déplacer par la marche, sans mesure prothétique ou l'aide de tiers.

Lorsque les déficiences et les limitations sont établies, il convient encore d'évaluer ce qui subsiste après le traitement raisonnablement exigible et les mesures de réadaptation. On sait que beaucoup d'amputés vivent quasiment normalement, pratiquent du sport et peuvent reprendre une activité professionnelle adaptée.

Lorsque les sujets en cause arrivent au terme du traitement et des mesures de réadaptation, l'expert doit établir les limitations et placer celles-ci dans une perspective professionnelle et environnementale. Il est peu probable qu'un ouvrier du bâtiment puisse conserver une capacité de travail entière après l'amputation du membre inférieur droit. Il est raisonnablement exigible d'un sujet exerçant une activité de juriste ou de médecin, par exemple, qu'il reprenne son activité professionnelle en plein.

Le fait de devoir confronter les limitations au contexte professionnel peut donner lieu à des situations paradoxales. Nous en citerons deux :

- Le pianiste professionnel qui perd le cinquième doigt de la main non dominante est nécessairement tributaire d'une importante incapacité de travail, alors que l'atteinte à la santé est des plus minimes.
- A contrario, on connaît l'histoire de ce journaliste victime d'un syndrome d'enfermement (locked-in syndrome) où une lésion neurologique gravissime ne lui permettait que les seuls mouvements de clignement des paupières, alors que ses fonctions supérieures étaient parfaitement conservées. Avec cette déficience sensitive et motrice de tout son corps, l'intéressé a pu écrire un livre¹ qui est devenu un best-seller en communiquant avec une tierce personne par simples clignements de paupières. Cet homme a finalement mis en valeur une capacité de travail et de gain conséquente, malgré un état grabataire.

¹ BAUBY Jean-Dominique, *Le scaphandre et le papillon*, Paris (Robert Laffont) 2007.

Avec ces exemples, on doit constater que l'incapacité de travail d'un sujet donné est la résultante d'une multitude de facteurs qui expriment l'interaction entre les limitations et l'environnement professionnel de la personne en cause. Évaluer une incapacité de travail est une démarche extrêmement complexe.

III. Nature de l'atteinte à la santé

L'atteinte à la santé est habituellement décrite par un ou plusieurs diagnostics médicaux.

Les critères diagnostiques ont considérablement gagné en rigueur avec l'émergence des classifications internationales dont la classification internationale des maladies (CIM) qui a été mise en place par l'Organisation mondiale de la santé (OMS).

Cette évolution positive a été particulièrement marquée dans le domaine de la psychiatrie. Les classifications actuelles veulent s'écarter des croyances liées aux écoles, se fonder sur ce qui peut être observé plutôt qu'interprété et par là fournir des outils diagnostiques qui donnent des résultats reproductibles, quelles que soient les cultures et les régions du globe où ils sont utilisés.

Les juristes habitués aux expertises médicales connaissent bien les deux ouvrages de référence que sont le *DSM-IV-TR*² (*manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux, texte révisé*) de l'Association américaine de psychiatrie et la *CIM-10*³ (*classification internationale des maladies, 10^e édition*) de l'OMS. Le Tribunal fédéral requiert d'ailleurs que les diagnostics psychiatriques soient posés selon une classification médicale reconnue et fait de ce requisit l'un des critères de la valeur probante du rapport médical.

Le fait d'utiliser un diagnostic pour décrire l'atteinte à la santé est la règle dans les rapports d'expertises médicales. Cette règle pourrait sous-entendre que la santé est en fait un état de non-maladie, dans la mesure où il n'y a le plus souvent pas de compensation sans qu'un diagnostic médical soit posé et argumenté.

Les choses ne sont pourtant pas si simples. Dans sa définition de 1946, l'OMS définit la santé comme un état complet de bien-être physique, mental

² AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *DSM-IV-TR. Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, Paris (Masson) 2003.

³ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ. *CIM-10/ICD-10. Classification internationale des troubles mentaux et des troubles du comportement. Critères diagnostiques pour la recherche*, Paris (Masson) 1994.

et social et précise que la santé ne consiste pas seulement en une absence de maladie et d'infirmité. On entre par là dans un concept beaucoup plus large. La santé se rapproche de ce que définit le bonheur.

Beaucoup d'assurés présentent une souffrance manifeste. Celle-ci n'a pas toujours valeur de maladie en soi. Les chevauchements qu'il y a entre souffrance et maladie sont souvent le socle des litiges entre assureurs et assurés. Il est dès lors particulièrement nécessaire que l'expert médical reste dans le champ strictement médical, puisque notre Etat social n'a jusqu'ici pas assuré le bonheur⁴.

IV. Intérêt du concept de qualité de vie en responsabilité civile

Dans le domaine de la responsabilité civile, il paraît légitime de considérer que tout soit finalement réparé. Dans la mesure où la causalité est retenue, l'atteinte à la santé et ses conséquences doivent être compensées. Qu'en est-il de la souffrance qui n'est pas strictement un problème médical ?

Pendant toutes ces dernières années, la médecine s'est beaucoup intéressée au concept de *qualité de vie* qui est devenu un concept médical. Le nombre de publications scientifiques à ce sujet a eu une croissance exponentielle. Des questionnaires auto-administrés ont été développés et validés en français. Ils sont devenus incontournables pour évaluer le rapport coût/bénéfice de nombre de prestations de soins, notamment pour les traitements lourds et onéreux des affections cancéreuses.

L'un des questionnaires⁵ les plus couramment utilisés est le SF36. Ce questionnaire passe en revue la perception du sujet sur son état de santé physique, sur son état de santé psychique, sur sa vie familiale, sur sa vie professionnelle et sur sa vie sociale dans une forme simplifiée de seulement 36 questions.

Utilisé de façon critique et par un praticien expérimenté, cet instrument de mesure pourrait être une aide précieuse à la quantification du dommage, à côté de l'appréciation médicale circonstanciée usuelle. Il pourrait ouvrir des voies intéressantes à une appréciation plus rigoureuse des conséquences du dommage sur la vie quotidienne des sujets en cause.

⁴ FAUCHÈRE Pierre-André, *Douleur somatoforme*, Genève (Médecine et Hygiène) 2007, 253-254.

⁵ WADE JE, SHERBOURNE CD, *The MOS 36-item short-form health survey (SF-36)*, (Medical Care) 1992, 30 : 473-483.

V. De réquisits pour obtenir un bon rapport médical

Le rôle de l'expert médical est de rendre un rapport médical ayant pleine valeur probante. Si la jurisprudence en la matière a donné quelques règles de base, le médecin expert veut aussi rappeler aux mandants l'importance des points mentionnés dans l'exposé ci-après et qui n'a rien d'exhaustif.

L'expert doit recevoir un *mandat précis, explicite et compréhensible*. Une ou deux phrases cernant exactement la problématique est une bonne façon de procéder.

Le *questionnaire* doit rester de longueur raisonnable et ne pas être un carcan limitant les possibilités d'appréciation de l'expert.

Le *dossier* est un élément central de l'appréciation, sachant qu'il fournit l'histoire médicale de l'assuré et donne des éléments objectifs sur ses antécédents et le cours de l'affection en cause. L'expert a droit à un dossier bien préparé. Les pièces devraient être classées par ordre chronologique et les doublons supprimés. Les documents d'imagerie et les rapports d'examens complémentaires doivent être joints. Le dossier doit être remis au complet. Le fait de retirer des pièces « pour ne pas influencer l'expert », est pour le soussigné un procédé inadmissible. Il pourrait invalider de facto la valeur probante du rapport médical puisque le praticien n'a pas bénéficié de tous les éléments d'appréciation.

Des *pièces non médicales* peuvent s'avérer utiles comme la description du poste de travail, les rapports d'enquête économique, les appréciations de l'employeur et certaines pièces juridiques (rapports de police, jugements). La question de fournir ou de ne pas fournir à l'expert les dénonciations anonymes, certains rapports officiels (inspection du travail) et des comptes-rendus d'investigateurs privés soulève des problèmes difficiles qu'il convient d'apprécier de cas en cas.

Les réquisits préalables à une bonne expertise passent aussi par la *collaboration de l'assuré*. L'expert peut se montrer compréhensif face à des sujets parfois excédés et révoltés et présentant en sus des troubles de personnalité. Il n'a pas à accepter les incivilités voire les menaces.

A ce sujet, il est important de rappeler que, quelle que soit la spécialité médicale, la médecine d'expertise dispose d'une *batterie de tests*. Ceux-ci sont toujours utiles lorsque la personne en cause collabore correctement. Les tests perdent le plus souvent leur validité, notamment dans le domaine du fonctionnement intellectuel, des performances de l'appareil locomoteur et de l'évaluation de certains troubles psychiques lorsque la personne en cause n'est pas collaborante.

L'expert doit posséder des *compétences élevées* dans son domaine de spécialisation médicale. Contrairement à une croyance répandue chez les médecins et dans le monde médical universitaire en particulier, il n'est pas possible de fournir une bonne expertise médicale sans avoir des connaissances juridiques propédeutiques du droit des assurances. L'expert médical doit être bien au fait du contexte juridique de son intervention et des concepts qui sous-tendent les questions qui lui sont posées.

Les compétences des experts médicaux passent par une formation préalable. La Suisse romande n'offrait jusqu'ici que peu de possibilités d'acquérir des connaissances de base dans le domaine des assurances. Les facultés de médecine peinent à mettre en place de solides cursus ad hoc.

Des associations tendent dès lors à combler ce vide dont la SIM (swiss insurance medicine)⁶ et l'ARPEM (Association romande des praticiens en expertise médicale)⁷. Ces associations axent évidemment leur formation dans le domaine de l'assurance invalidité, de la loi sur l'assurance-accident et des problèmes d'indemnités journalières en cas de maladie, compte tenu de la demande.

Il n'y a que peu ou pas de formation médicale pour le domaine de la responsabilité civile, sachant que les expertises médicales en responsabilité civile ne représentent que 1% des mandats d'expertises pour les assurances en Suisse. Les experts médicaux en sont réduits à se former sur le tas.

VI. Conclusion

En conclusion, l'expert médical doit posséder des qualités comme l'aisance rédactionnelle et la facilité de synthèse. Il doit savoir expliquer, argumenter, convaincre et s'exprimer de façon claire et précise. Il doit être neutre et impartial et ne favoriser ni l'assurance ni l'assuré.

L'expert doit être à même de faire valoir la doctrine médicale communément admise dans sa spécialité. Il devrait idéalement jouir d'une certaine autorité scientifique. Il doit aussi avoir suivi une formation spécifique en droit des assurances. Il doit posséder de solides connaissances juridiques dans son champ d'activité et suivre l'évolution de la jurisprudence en la matière. Comme l'a écrit J. Meine⁸, on doit constater que « Aussi incontestée que

⁶ www.swiss-insurance-medicine.ch/index.php?UserID=2.

⁷ www.arpem.ch/www.arpem.ch/Accueil.html.

⁸ MEINE J., *L'expert et l'expertise – Critères de validité de l'expertise médicale in L'expertise médicale. De la décision à propos de quelques diagnostics difficiles*, Volume 2 Ouvrage collectif sous la direction de P. Rosatti, Genève (Medecine et Hygiène) 2002, 1-35.

puisse être la compétence clinique de certains chefs de services et spécialistes réputés, leurs conclusions ne seront applicables que si elles tiennent compte du droit des assurances ».

En conclusion, le rôle de l'expert médical est difficile et il n'est par conséquent pas possible de s'improviser expert.

VII. Bibliographie

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. DSM-IV-TR. *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*, Paris (Masson) 2003.

BAUBY Jean-Dominique, *Le scaphandre et le papillon*, Paris (Robert Laffont) 2007.

FAUCHÈRE Pierre-André, *Douleur somatoforme*, Genève (Médecine et Hygiène) 2007.

MEINE J, *L'expert et l'expertise – Critères de validité de l'expertise médicale in L'expertise médicale. De la décision à propos de quelques diagnostics difficiles*, Volume 2 Ouvrage collectif sous la direction de P. Rosatti, Genève (Médecine et Hygiène) 2002.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ. CIM-10/ICD-10. *Classification internationale des troubles mentaux et des troubles du comportement. Critères diagnostiques pour la recherche*, Paris (Masson) 1994.

WADE JE, SHERBOURNE CD, *The MOS 36-item short-form health survey (SF-36)*, (Medical Care) 1992.

Conclusions

BÉNÉDICT WINIGER*

Table des matières

I. Introduction	159
II. Le rôle de l'expert et le monopole du savoir	160
III. La jurisprudence du Tribunal fédéral: Quelques règles	161
IV. La responsabilité proportionnelle	163

I. Introduction

La preuve soulève de nombreux défis qui dépassent, pour certains d'entre eux, de loin le cadre purement juridique et animent des discussions notamment philosophiques: Qu'est-ce qu'une preuve? Une preuve au sens strict est-elle possible? Plus juridiquement: Quel est le degré de probabilité requis pour qu'une allégation puisse être considérée comme prouvée? Ou du point de vue subjectif du juge: Quels sont les critères pour se dire convaincu? Ces critères sont-ils objectivables? Et pour les parties: Quelle stratégie leur donne la plus grande chance d'emporter la conviction du juge? Ces questions et beaucoup d'autres ont été abordées, implicitement ou explicitement, au cours de la Journée de responsabilité civile 2010.

Il sera difficile de conclure sur un sujet aussi vaste et toute conclusion sera nécessairement peu précise et provisoire: peu précise, parce que la preuve est toujours rattachée à un cas d'espèce, dont les particularités permettent rarement de formuler des règles consistantes applicables à d'autres cas. Provisoire, parce que le sujet évolue partout en Europe continentale, mais aussi dans le monde anglo-saxon. Certes, pour l'instant les juges du Tribunal fédéral se ferment encore dans une large mesure aux idées développées pendant ces dernières décennies dans d'autres ordres juridiques. Mais, ils sont pressés de toute part – aussi par la doctrine indigène – de lâcher du lest. Le débat à l'ordre du jour porte évidemment sûr la perte d'une chance, mais d'autres sujets, consécutifs à celui-ci sont déjà sur la table, par exemple la responsabilité proportionnelle, selon laquelle le quantum du dédommagement devrait être proportionnel au degré de probabilité de la preuve.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

J'aborderai les conclusions en trois parties. En partant de la question posée par Vincent BRULHART : Est-ce que son poids dans la procédure permet à l'expert de faire une entorse au principe de la séparation des pouvoirs ? (II), je me pencherai dans une deuxième partie sur les règles principales que le Tribunal fédéral a fixées en matière de preuves (III). Finalement, je discuterai un problème qui me paraît important en matière de preuve : Quid de la perte d'une chance et de la preuve imparfaite, et ses liens avec la *responsabilité proportionnelle* (IV) ?

II. Le rôle de l'expert et le monopole du savoir

L'expert a, la journée l'a bien montré, une sorte de monopole du savoir qui lui confère une position très forte dans la procédure judiciaire. C'est d'ailleurs en raison de ce monopole – ou de ses compétences souvent très spécifiques – que l'expert intervient dans la procédure. En effet, si le juge savait répondre lui-même aux questions posées, il renoncerait généralement à cette aide externe. De la dépendance réciproque entre le juge qui fait appel à l'expert, et l'expert qui, à son tour, cherche l'oreille du juge, naît une « étroite et indispensable collaboration », comme le dit Vincent BRULHART dans ses conclusions.

Les conférenciers ont présenté l'arsenal juridique permettant de définir la fonction de l'expert et de confiner ce dernier dans son rôle. Comme Ariane MORIN le montre, l'expert privé et son client, mais aussi l'expert-arbitre engagé par les deux parties au procès, sont liés par un contrat de droit privé et leur responsabilité est régie par le Code des obligations. En revanche, l'expert judiciaire est nommé par le tribunal et il est soumis, dans la plupart des cantons, à la responsabilité définie par le droit public cantonal (qui renvoie éventuellement au Code des obligations).

Nicolas JEANDIN présente et interprète les nouvelles règles sur la preuve dans le Code de procédure civile suisse. Dans une liste exhaustive, le législateur fédéral a ajouté aux instruments existants d'autres formes de preuve, tels notamment le témoignage-expertise (art. 175 CPC) et l'expertise-arbitrage (art. 189 CPC). Si ces moyens de preuve ont comme effet d'élargir la palette des preuves admissibles, le législateur s'est aussi efforcé de donner certaines précisions pour en endiguer et canaliser l'utilisation (voir notamment art. 189 CPC). Il appartiendra bien sûr à la jurisprudence de donner corps à ces règles.

Grégory BOVEY insiste notamment sur le rôle capital du juge dans l'utilisation des informations apportées par l'expert. Bien que ce dernier fournisse des informations de fait et se livre à des raisonnements que le profane n'est parfois pas en mesure de contrôler, le juge doit en tout état de cause veiller au caractère complet, compréhensible et convaincant de l'expertise et, surtout,

rester maître des questions de droit, de sorte que, en aucun cas, l'expert ne s'érige en juge.

Vincent JEANNERET a montré dans sa contribution orale le rôle des avocats, où chaque partie cherche à obtenir de son expert des éléments utiles à sa cause. En même temps, les avocats ont comme fonction essentielle de limiter l'incidence de l'expert de la partie adverse. Ainsi, deux stratégies s'affrontent pour emporter la conviction du juge – juge qui doit nécessairement rester au milieu des débats.

Alexandre GUYAZ et Pierre-André FAUCHÈRE montrent les problèmes de l'expert et de l'avocat dans les dossiers médicaux, à commencer par les définitions même de la santé et de la maladie, directement liées à la notion de qualité de vie. Ainsi, l'expert peut avoir une certaine difficulté de saisir avec précision notamment des dommages d'ordre psychologique, comme par exemple l'état de stress post-traumatique. Mais aussi des atteintes corporelles peuvent poser des problèmes considérables. Les discussions autour du « coup du lapin » en sont une illustration éloquent¹. A défaut de lésions physiques décelables, l'expert aura souvent du mal à fournir des indications objectivables. Dans la prolongation, l'avocat peut avoir du mal à exploiter ces informations, dont la partie adverse contestera la précision et la pertinence.

III. La jurisprudence du Tribunal fédéral : quelques règles

Le hit-parade des décisions récentes, présenté par Christine CHAPPUIS et Franz WERRO, permet de retenir quelques règles centrales de jurisprudence qui semblent s'être stabilisées au fil du temps.

Rappelons d'abord le principe de base admis depuis longtemps, selon lequel « un fait est établi si le juge a pu se convaincre de la vérité de l'allégation »². Il s'agit donc pour l'avocat de *convaincre* le juge de la véracité des faits qu'il lui soumet.

Mais, retenons surtout que le Tribunal fédéral distingue entre différents degrés de certitude de la preuve. *Le premier degré* est celui de la preuve stricte (*voller Beweis*)³. Il s'agit d'une preuve où le juge se convainc par des critères objectifs qui ne laissent subsister aucun doute raisonnable⁴. Le TF distingue

¹ Voir notamment ATF 9C_510/2009 du 30 août 2010.

² ATF du 15 mars 2010 ; 4D-151/2009.

³ Notamment ATF du 15 mars 2010 (4D-151/2009).

⁴ ATF 133 III 153 c. 3.3.

ici entre, d'une part, la *certitudo* et, d'autre part, le *caractère négligeable d'un doute (unerheblicher Zweifel)*⁵. Si un doute négligeable subsiste, la preuve est néanmoins considérée comme stricte. Le juge n'a donc pas besoin d'acquiescer à une conviction absolue. Il suffit qu'il soit pleinement convaincu (*volle Überzeugung*)⁶ ou que d'éventuels doutes subsistants lui paraissent légers⁷.

Le *deuxième degré* de certitude est celui de la probabilité prépondérante. Selon le TF, la probabilité est prépondérante, si les faits allégués sont soutenus par des critères objectifs et paraissent si vraisemblables, que d'autres faits possibles n'entrent raisonnablement pas en ligne de compte⁸. Selon la doctrine, qui semble être plus généreuse, une probabilité est prépondérante lorsqu'elle est de 50% ou plus⁹. Cette forme de preuve réduite est admissible, lorsqu'une preuve stricte n'est pas possible. Citons ici à titre d'exemple trois champs qui posent fréquemment des problèmes: Premièrement – et sur un plan purement technique – les rapports de causalité. La démonstration de ces derniers est par nature liée à un raisonnement spéculatif, où le juge se demande, si le dommage se serait produit, si l'auteur présumé avait agi autrement (causalité naturelle) et où il vérifie, si le dommage était prévisible selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie (causalité adéquate). Ces raisonnements, dont l'un est hypothétique et l'autre évaluatif, conduisent souvent à des incertitudes qui donnent à la preuve un caractère aléatoire. Deuxièmement, dans certains domaines, comme par exemple en droit médical, le juge est souvent forcé de se contenter de la vraisemblance, parce que les informations fournies par la victime sont empreintes d'une subjectivité non vérifiable. Nous avons déjà fait allusion au dit « coup du lapin », où le patient se plaint de troubles et de douleurs, sans que le médecin ne puisse les expliquer, à défaut de traces physiques décelables dans le corps du patient. Troisièmement, l'estimation de la valeur de biens économiques permet rarement – sinon jamais – d'apporter des preuves strictes¹⁰, notamment parce que la valeur économique est par définition une valeur fluctuante, soumise aux règles de l'offre et de la demande. Dans tous ces domaines, et dans bien d'autres, le juge doit se contenter de preuves approximatives, qui emportent plus ou moins sa conviction. Quant aux moyens de défense, le Tribunal fédéral admet que la partie adverse peut mettre en échec une preuve basée sur une probabilité prépondérante, si elle apporte des arguments propres à

⁵ ATF 128 III 271, c. 2 bb.

⁶ ATF 132 III 715 c. 3.

⁷ ATF 130 III 321 c. 3.2.

⁸ ATF 130 III 715 c. 3.1.

⁹ Voir notamment Hardy LANDOLT, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht Tb V 1c, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung*, 2. Lieferung, Art. 45-49, 3^e éd., Zurich 2007, ad art. 45 n. 123, p. 144 avec références.

¹⁰ Voir notamment ATF 133 III 153 c. 3.3.

ébranler la conviction du juge. En réponse, la partie qui porte le fardeau de la preuve doit fournir une preuve stricte¹¹.

Le *troisième degré* est la simple vraisemblance (*Glaubhaftmachung*). Un fait est rendu simplement vraisemblable, lorsque certains éléments plaident en sa faveur. Le juge n'est pas nécessairement convaincu par les éléments de preuve qui lui sont soumis et peut même s'accommoder de l'éventualité que ces prétendus faits ne se soient jamais produits¹². Ce type de preuve est admis surtout dans des procédures sommaires.

IV. La responsabilité proportionnelle

Le fait d'admettre différents degrés de preuve conduit naturellement à des réflexions concernant le *quantum* de la réparation. La question est alors de savoir, si le degré de probabilité d'une preuve a une incidence sur le degré de la réparation. Plus précisément: Si la victime apporte une preuve stricte, a-t-elle droit à des dommages-intérêts plus élevés que si sa preuve établit seulement une probabilité prépondérante? Certes, le calcul du dommage n'était pas le sujet de cette journée. Néanmoins, tout au long des travaux nous étions confrontés à cette question, qui est d'ailleurs souvent posée en rapport avec la perte d'une chance. Si ma chance était très grande, est-ce que je reçois des dommages-intérêts plus substantiels que si elle avait été très petite?

En Europe, l'idée de lier le degré de réparation du dommage au degré de probabilité causale semble se répandre progressivement surtout dans la doctrine. En Suisse, le législateur a mis à disposition des normes très ouvertes qui permettent déjà maintenant non seulement d'accepter des preuves de différents degrés – c'est d'ailleurs ce que fait le Tribunal fédéral depuis longtemps. Ces normes permettraient aussi de faire un lien entre le degré de probabilité causale et le degré de réparation. En effet, l'art. 43 al. 1 CO donne au juge explicitement cette compétence: «Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute». Il faut ici rendre hommage au législateur – celui de 1881 (Walther MUNZINGER), qui a eu cette idée, et celui de 1911 (Eugen HUBER) qui l'a développée. Ils ont formulé des normes qui nous permettent encore plus d'un siècle plus tard d'adapter notre jurisprudence aux évolutions nouvelles. Même si le Tribunal fédéral a récemment rejeté la perte d'une chance¹³, il faut espérer qu'il

¹¹ ATF 130 III 321 c. 2.

¹² ATF 130 III 321 c. 3.3.

¹³ ATF 133 III 462.

saisisse l'occasion offerte par le législateur et adopte un système permettant d'établir un rapport entre, d'une part, la probabilité du lien causal entre acte et dommage et, d'autre part, le *quantum* de la réparation.

Annexe

Le hit-parade des décisions récentes (2006-2010)

CHRISTINE CHAPPUIS* & FRANZ WERRO**

Table des matières

I.	Le dommage	167
A.	Gain manqué	167
B.	Domage ménager	168
C.	Perte d'une chance	169
D.	Fardeau de la preuve	169
E.	Fixation équitable du dommage selon CO 42 II	171
F.	Découvert d'une société	172
G.	Autres	173
II.	La causalité	173
A.	En général	173
B.	Le consentement hypothétique	176
III.	Preuves libératoires	177
IV.	Comportement contraire au droit	178
V.	Responsabilité fondée sur la confiance	179
VI.	Défaut du produit	179

I. Le dommage¹

A. Gain manqué

1. **Tribunal fédéral, 4A_251/2010 du 12 août 2010:** CO 109 II; vente d'un yacht; résolution du contrat en raison de la demeure de l'acheteur; dommages-intérêts négatifs couvrant notamment le gain manqué sur d'autres affaires auxquelles le créancier a renoncé en raison du contrat résolu; en l'espèce, impossibilité de déterminer, même sous l'angle de la simple vraisemblance, le gain que le vendeur aurait réalisé, les acheteurs potentiels étant demeurés inconnus; absence de preuve d'un tel gain manqué.

* Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

** Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law Center, à Washington.

¹ Les cent arrêts brièvement résumés ci-dessous sont organisés en rubriques pour en faciliter la consultation.

2. **Tribunal fédéral, 4A_370/2009 du 5 juillet 2010**: CO 45 III; capitalisation pour un indépendant; critères pour admettre la continuation d'une activité d'indépendant au-delà de l'âge de la retraite: absence de principe fixé par la jurisprudence qui raisonne au cas par cas (en l'espèce, absence d'allégation de circonstances particulières pertinentes).
3. **Tribunal fédéral, 4A_463/2008 du 20 avril 2010** (publ. ATF prévue): CO 42 II, 46; chauffeur de taxi indépendant grièvement blessé; perte de gain actuelle (expertise non retenue); absence de preuve d'une perte de gain après l'âge de la retraite, d'une autre perte de revenu, d'un dommage ménager.
4. **Tribunal fédéral, 4A_19/2010 du 15 mars 2010**: CO 42 II; dommages-intérêts suite à un défaut de la chose louée (CO 259e); éléments de preuve d'une perte de gain inconsistants.
5. **ATF 136 III 56 (4A_440/2009 du 17 décembre 2009)**: CVIM 74, 75 et 77; vente internationale de marchandises; dommage résultant de l'absence de livraison des marchandises; preuve du gain manqué par l'acheteur; renvoi à l'autorité cantonale.
6. **Tribunal fédéral, 4A_293/2007 du 15 janvier 2008**: contrat de distribution exclusive; gain manqué par le distributeur (CO 42 II); preuve par celui-ci du bénéfice net (le gain hypothétique moins les frais hypothétiques) que lui auraient procuré les affaires manquées.
7. **Tribunal fédéral, 4A_310/2007 du 4 décembre 2007**: contrat de travail; responsabilité du travailleur; éléments pertinents pour déterminer l'existence du gain manqué; il revient à la recourante de démontrer que si elle n'avait pas recouru aux services de l'entreprise Z., son patrimoine aurait été supérieur (absence de preuve en l'espèce).
8. **Tribunal fédéral, 5C.230/2006 du 22 octobre 2007**: contrat de rente viagère; estimation du gain manqué selon CO 42 II; fardeau de la preuve; rejet de la prétention en réparation du gain manqué en raison du manque de preuve de la violation d'un devoir et d'un dommage.
9. **Tribunal fédéral, 4A_227/2007 du 26 septembre 2007**: LCR 58 s., piéton blessé qui se retrouve dans l'incapacité d'exercer sa profession de chauffeur de taxi; preuve du gain manqué par la victime; détermination du dommage non pas sur la base de la théorie de la perte d'une chance, mais de CO 42 II (*Beweisnot*).
10. **Tribunal fédéral, 4C.52/2007 du 14 mai 2007**: droit des marques; preuve du gain manqué: le demandeur doit démontrer qu'un tel gain aurait pu être généré si ses droits n'avaient pas été violés (échec de la preuve dans le cas d'espèce); CO 42 II.

B. Dommage ménager

11. **Tribunal fédéral, 4A_23/2010 du 12 avril 2010**: CO 42 II; moyens de preuve admissibles (surveillance vidéo); absence de preuve du dommage domestique.
12. **Tribunal fédéral, 4A_307/2008 et 4A_311/2008 du 27 novembre 2008**: LCR 58 (accident de la circulation routière); LPGA 72; prédisposition constitutionnelle

aggravant l'ampleur du dommage selon les conclusions de l'expertise judiciaire que les juges cantonaux pouvaient suivre sans arbitraire (à prendre en considération dans la détermination de l'indemnité selon CO 44 et non dans la fixation du dommage selon CO 42); dommage domestique admis sans que la preuve d'une diminution concrète du patrimoine n'incombe à la partie lésée.

13. **ATF 134 III 534, 4A_190/2008 du 10 juillet 2008**: responsabilité d'un avocat; définition du dommage domestique; l'incapacité d'effectuer des travaux ménagers constitue un dommage qui doit être indemnisé en application du droit de la responsabilité civile.
14. **Tribunal fédéral, 4A_98/2008 du 8 mai 2008**: accident de la circulation routière et coup de lapin; détermination du dommage ménager; expertise médicale pour déterminer dans quelle mesure l'accident a réduit la capacité du lésé à accomplir ses tâches ménagères.
15. **Tribunal fédéral, 4A_19/2008 du 1er avril 2008**: LCR 58 s.; accident de la circulation routière; détermination du dommage ménager par la méthode abstraite, sans preuve d'une diminution concrète du patrimoine, mais tenant compte des circonstances concrètes; expertise judiciaire sur l'invalidité contestée en vain devant le TF.

C. Perte d'une chance

16. **Cour de justice de Genève, ACJC/936/2009 du 3 septembre 2009**: CO 398; responsabilité de l'avocat pour procès manqué; perte d'une possibilité de transiger; absence de perte d'une chance (dans l'hypothèse où la théorie de la perte d'une chance serait admise) du fait que la procédure litigieuse n'avait guère de chances de succès et que la possibilité de transiger apparaissait purement théorique.
17. **ATF 133 III 462, 13 juin 2007**: responsabilité de l'Etat pour l'activité des médecins hospitaliers (méningite diagnostiquée tardivement); preuve du lien de causalité naturelle entre le dommage subi et le comportement du médecin (expertise judiciaire et contre-expertise privée); CO 42 II; refus non-arbitraire d'appliquer la théorie de la perte d'une chance en droit suisse.

D. Fardeau de la preuve

18. **Tribunal fédéral, 4A_307/2008 et 4A_311/2008 du 27 novembre 2008**: LCR 58 (accident de la circulation routière); LPGA 72; prédisposition constitutionnelle aggravant l'ampleur du dommage selon les conclusions de l'expertise judiciaire que les juges cantonaux pouvaient suivre sans arbitraire (à prendre en considération dans la détermination de l'indemnité selon CO 44 et non dans la fixation du dommage selon CO 42); objection de l'allocation au lésé de prestations sociales: il appartient à l'assureur RC d'alléguer et de prouver le montant des prestations d'assurance sociale pour lequel l'assureur social est subrogé (en l'espèce, fait non allégué en temps utile par l'assureur RC, dont les juges genevois n'avaient pas à tenir compte d'office).

19. **ATF 135 III 92, 4A_372/2008 du 11 novembre 2008**: convention de la Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière; dérogation de l'art. 4 lit. b (application du droit de l'Etat dans lequel les véhicules impliqués sont immatriculés); preuve à la charge de celui qui se prévaut du régime dérogatoire.
20. **Tribunal fédéral, 4A_195/2008 du 4 septembre 2008**: contrat de vente d'actions; il incombe au lésé d'établir le montant de son dommage; échec de la preuve en l'espèce.
21. **ATF 134 III 534, 4A_190/2008 du 10 juillet 2008**: responsabilité d'un avocat (CO 398); violation de CC 8 niée, le recourant n'indiquant pas même les offres de preuves qu'il aurait présentées selon les règles de la procédure civile genevoise (LTF 42).
22. **Tribunal fédéral, 4A_116/2008 du 13 juin 2008**: accident de la circulation; confirmation des conclusions d'une expertise judiciaire sur le développement professionnel hypothétique de la victime; absence d'allégations propres à justifier une augmentation de salaire annuelle de 1% (conditions de CO 42 II non remplies à cet égard).
23. **Tribunal fédéral, 4A_168/2008 du 11 juin 2008**: CO 398 (conseil en placements); responsabilité du gérant; preuve par le client se prévalant de la violation du devoir étendu d'information de ce qu'il aurait selon toute vraisemblance pris une décision lui permettant d'éviter le dommage si son conseiller l'avait renseigné; absence de preuve d'un devoir étendu d'information et du comportement hypothétique subséquent qui aurait permis d'éviter le dommage.
24. **Tribunal fédéral, 4A_53/2008 du 19 mai 2008**: responsabilité de l'avocat (CO 398); reproche d'une mauvaise évaluation des chances de succès d'un recours; preuve exigée du client de ce qu'il aurait obtenu gain de cause dans la procédure de recours en cause (non apportée en l'espèce).
25. **Tribunal fédéral, 4A_15/2008 du 5 mai 2008**: responsabilité médicale; expertise judiciaire non remise en cause par une expertise privée contraire valant uniquement comme allégation d'une partie, non comme preuve.
26. **Tribunal fédéral, 4A_38/2008 du 21 avril 2008**: CO 398 II (avocat); fardeau de la preuve de la violation du devoir de diligence, de la mauvaise exécution du mandat et du lien de causalité à charge du client; pratique allemande admettant un renversement du fardeau de la preuve s'agissant de la violation d'un devoir d'information non applicable en droit suisse; preuve par le client que son patrimoine hypothétique serait plus élevé s'il avait été conseillé avec la diligence requise; CO 42 II (rappel des principes); échec de la preuve du dommage; vraisemblance prépondérante (s'agissant de causalité hypothétique) non admise en l'espèce.
27. **Tribunal fédéral, 4A_137/2008 du 11 avril 2008**: droit des sociétés; échec de la preuve du caractère éventuellement dommageable d'une décision de mesures provisionnelles; en l'occurrence, refus de l'octroi de l'effet suspensif.
28. **Tribunal fédéral 4A_22/2008 du 10 avril 2008**: CO 41 (collision d'ailes Delta); fardeau de la preuve des éléments de fait conduisant à retenir une négligence à la charge de l'auteur; pas d'allègement de la preuve en ce qui concerne la violation du devoir de diligence (contrairement à la causalité naturelle, respectivement hy-

pothétique, pour laquelle la vraisemblance prépondérante suffit); pas de violation de CC 8 à retenir une expertise privée comme allégation, non comme preuve (question d'appréciation des preuves non revue par le TF).

29. **Tribunal fédéral, 4A_489/2007 du 22 février 2008:** LCR 58 (accident de la circulation routière); l'assuré qui fait valoir une perte de gain future pour la période postérieure à la retraite supporte le fardeau de la preuve; des indices concrets doivent étayer ses allégations (des avis personnels sur un fait futur hypothétique ne suffisent pas).

E. Fixation équitable du dommage selon CO 42 II

30. **Tribunal fédéral, 4A_154/2009 du 9 septembre 2009:** responsabilité du transporteur pour un tableau perdu; preuve de la valeur du tableau; conditions de CO 42 II non réalisées.
31. **Tribunal fédéral, 4A_294/2009 et 4A_296/2009 du 25 août 2009:** CO 368; responsabilité de l'entrepreneur; préjudice économique non prouvé malgré les expertises privées produites: résultat d'une expertise privée en principe retenu comme simple allégué d'une partie; CO 42 II non applicable à un préjudice qui aurait pu être prouvé par pièces justificatives ou témoignages (c. 5).
32. **Tribunal fédéral, 4A_307/2008 et 4A_311/2008 du 27 novembre 2008:** LCR 58 (accident de la circulation routière); LPGA 72; prédisposition constitutionnelle aggravant l'ampleur du dommage selon les conclusions de l'expertise judiciaire que les juges cantonaux pouvaient suivre sans arbitraire (à prendre en considération dans la détermination de l'indemnité selon CO 44 et non dans la fixation du dommage selon CO 42); conditions de CO 42 II non réalisées pour des frais médicaux invoqués sans justificatifs (pourtant existants).
33. **Tribunal fédéral, 4A_242/2008 du 2 octobre 2008:** contrat d'entreprise; expertise; CO 42 II, applicable par analogie en matière contractuelle en vertu de CO 99 III, doit être appliqué restrictivement: le lésé se doit, dans la mesure du possible, de fournir au juge tous les éléments de fait permettant d'évaluer le préjudice; en l'absence d'éléments de fait suffisants pour mettre en œuvre les critères de CO 42 II, le montant du dommage ne peut être fixé par le juge, sous peine de violation du droit fédéral.
34. **Tribunal fédéral, 4A_116/2008 du 13 juin 2008:** accident de la circulation; confirmation des conclusions d'une expertise judiciaire sur le développement professionnel hypothétique de la victime; absence d'allégations propres à justifier une augmentation de salaire annuelle de 1% (conditions de CO 42 II non remplies à cet égard).
35. **Tribunal fédéral, 4A_38/2008 du 21 avril 2008:** responsabilité du mandataire; la preuve d'un dommage résultant de la mauvaise exécution d'un mandat incombe au mandant qui en demande réparation; absence de violation de CO 42 II par l'instance cantonale, le recourant n'ayant apporté aucun élément permettant d'estimer le dommage.

36. **ATF 134 III 306, JdT 2008 I p. 386, 3 mars 2008**: CO 423; remise du gain suite à la violation d'un brevet; évaluation du gain par application analogique de CO 42 II; évaluation des frais à déduire pour déterminer le gain net obtenu, mais uniquement si le contrefacteur ne peut produire une comptabilité régulière y relative.
37. **Tribunal fédéral, 4A_293/2007 du 15 janvier 2008**: contrat de distribution exclusive; gain manqué par le distributeur (CO 42 II); preuve par celui-ci du bénéfice net (le gain hypothétique moins les frais hypothétiques) que lui auraient procuré les affaires manquées.
38. **Tribunal fédéral, 5C.230/2006 du 22 octobre 2007**: CO 42 II; fardeau de la preuve; le demandeur doit apporter tous les éléments que l'on peut attendre de lui, permettant l'appréciation du préjudice subi; *in casu*, rejet de la prétention en réparation du gain manqué en raison du manque de preuves apportées par le recourant.
39. **Tribunal fédéral, 5C.230/2006 du 22 octobre 2007**: contrat de rente viagère; détermination du gain manqué en application de CO 42 II; fardeau de la preuve; rejet de la prétention en réparation du gain manqué en raison du manque de preuve de la violation d'un devoir et d'un dommage.
40. **Tribunal fédéral, 4A_227/2007 du 26 septembre 2007**: accident de la circulation; responsabilité civile du détenteur du véhicule automobile (LCR 58 s.); piéton blessé qui se retrouve dans l'incapacité d'exercer sa profession de chauffeur de taxi; preuve du gain manqué; CO 42 II (*Beweisnot*).
41. **ATF 133 III 462, 13 juin 2007**: responsabilité de l'Etat pour l'activité des médecins hospitaliers (méningite diagnostiquée tardivement); preuve du lien de causalité naturelle entre le dommage subi et le comportement du médecin (expertise judiciaire et contre-expertise privée); application de CO 42 II en raison du caractère incertain du préjudice.
42. **Tribunal fédéral, 4C.52/2007 du 14 mai 2007**: droit des marques; preuve du gain manqué: le demandeur doit démontrer qu'un tel gain aurait pu être généré si ses droits n'avaient pas été violés (échec de la preuve dans le cas d'espèce); appréciation du dommage selon CO 42 II.
43. **Tribunal fédéral, 4C.412/2006 du 27 février 2007**: contrat de bail à ferme; impossibilité de restituer un stock de rosiers à l'échéance du bail; exigences minimales en matière de preuve du dommage; fixation du dommage en application de CO 42 II.

F. Découvert d'une société

44. **Tribunal fédéral, 4A_462/2009 du 16 mars 2010** (publ. ATF prévue): CO 42 II; responsabilité des administrateurs et de l'organe de révision; preuve du dommage résultant d'un dépôt tardif de bilan; preuve du moment de la connaissance du dommage (prescription); renvoi à l'autorité cantonale.
45. **Tribunal fédéral, 4A_61/2009 du 26 mars 2009**: CO 753; responsabilité des fondateurs et organes; principe général selon lequel la responsabilité doit être niée si la personne recherchée prouve qu'un autre comportement de sa part, conforme

au droit, aurait entraîné le même dommage que le comportement illicite effectivement adopté; absence de preuve d'un tel comportement substitution licite (*rechtmässiges Alternativverhalten*).

46. **Tribunal fédéral, 4A_478/2008 du 16 décembre 2008**: CO 755; détermination du découvert de la société; dans le cadre de l'action de la communauté des créanciers, il faut également prendre en considération le dommage subi par les créanciers postposés; détermination du dommage sur la base d'expertises judiciaires.
47. **Tribunal fédéral, 4A_505/2007 du 8 février 2008**: CO 755; responsabilité du réviseur de la société anonyme; surendettement manifeste; preuve du dommage causé à la société (constitant en une aggravation du surendettement) en raison de l'avis tardif au juge (CO 725 II); détermination du dommage par le biais d'une expertise judiciaire.
48. **ATF 132 III 564, 27 juin 2006**: CO 754; responsabilité des administrateurs envers la société; détermination du dommage («théorie de la différence»); lien de causalité entre le retard de l'avis au juge (CO 725 II) et le dommage qui en découle.

G. Autres

49. **Tribunal fédéral, 5D_38/2010 du 11 mars 2010**: LP 5; preuve du dommage (frais de déplacement et leurs conséquences financières).
50. **Tribunal fédéral, 4A_523/2009 du 9 février 2010**: indemnité pour perte de soutien; éléments de preuve s'agissant du revenu d'un indépendant (exploitant une imprimerie); absence de preuve d'une perte de soutien.
51. **ATF 136 III 148 (4A_463/2009 du 7 décembre 2009)**: responsabilité des organes d'une SA; preuve des conditions de la responsabilité à charge du demandeur; créance en réparation contre l'administrateur éteinte par compensation; action contre le réviseur: connaissance de l'état de surendettement non établie à l'époque pertinente; absence d'allégation d'un dommage résultant d'un retard dans la démission du réviseur.
52. **Tribunal fédéral, 9C_238/2009 du 11 septembre 2009**: LPP 52; dommage: preuve de la valeur marchande d'un bien immobilier; divergence de la valeur retenue par le Tribunal de 11.62% du résultat de l'expertise n'est pas excessive.

II. La causalité

A. En général

53. **TF, 4A_536/2010 du 1^{er} décembre 2010**: CO 58; victime travaillant dans l'enceinte d'une patinoire atteinte de symptômes conduisant à l'interruption de son activité lucrative; expertise judiciaire (deux experts) admettant qu'il était «hautement vraisemblable» qu'une intoxication au monoxyde de carbone soit la cause des symptômes présentés par la victime; pas d'arbitraire à écarter le diagnostic d'intoxication posé par les experts en l'espèce, ni à nier le lien de causalité naturelle.

54. **TF, 4A_220/2010, 4A_222/2010 du 11 octobre 2010**: ancienne loi sur la responsabilité des chemins de fer; homme ivre tombé d'un train dans des circonstances non élucidées; examen de la vraisemblance prépondérante (causalité naturelle) du déroulement des faits; pas de libération de l'entreprise de chemin de fer.
55. **TF, 8C_767/2009 du 3 août 2010**: assurance-accidents; «coup du lapin»; expertise faisant état de deux hypothèses envisageables à l'origine de l'affection subie, mais ne reposant sur aucun élément objectif; adage «*post hoc ergo propter hoc*» impropre à établir la causalité naturelle avec le degré de vraisemblance prépondérante requis.
56. **Tribunal fédéral, 4A_48/2010 du 9 juillet 2010**: responsabilité hospitalière (omission de procéder à une césarienne en temps utile, naissance d'une enfant handicapée); procédure limitée aux principes de la responsabilité; preuve du lien de causalité naturelle, resp. hypothétique s'agissant d'une omission, selon le critère de la vraisemblance prépondérante: admis avec une vraisemblance prépondérante que l'atteinte au cerveau aurait été évitée, du moins diminuée, par une césarienne entreprise à temps; pas de renversement du fardeau de la preuve du fait de la réduction du degré de la preuve.
57. **Tribunal fédéral, 4D_151/2009 du 15 mars 2010**: CO 398; responsabilité médicale; hépatite B contractée lors d'une gastroscopie? preuve de la causalité naturelle; expertise mal appréciée par la cour cantonale; vraisemblance prépondérante non admise.
58. **Tribunal fédéral, 4A_493/2009 du 1^{er} décembre 2009**: CO 398; responsabilité de l'avocat; causalité naturelle entre le dépôt tardif d'un recours et le dommage du client (fermeture de l'installation exploitée provoquant une perte de clientèle) non admise du fait qu'il n'était pas établi qu'un recours déposé en temps utile aurait été «indiscutablement» admis.
59. **Tribunal fédéral, 4A_494/2009 du 17 novembre 2009**: LCR 58 (accident de la circulation routière); coup du lapin; expertise judiciaire biomécanique; appréciation des preuves (LCR 86); absence de preuve de la causalité naturelle.
60. **ATF 135 III 410, 7 avril 2009**: responsabilité d'un avocat couverte par une assurance RC professionnelle; absence de preuve de la causalité naturelle entre le dommage dont le client demande réparation et l'activité couverte par l'assurance.
61. **Tribunal fédéral, 4A_458/2008 du 21 janvier 2009**: CO 58; responsabilité du propriétaire d'une plage; preuve de la causalité naturelle, rappel des principes: la vraisemblance prépondérante suffit pour établir la causalité naturelle respectivement hypothétique; refus admissible d'ordonner une expertise biomécanique sur la base d'une appréciation anticipée des preuves; motifs importants s'opposant aux affirmations de fait de la victime alors que, selon un témoignage, des sauts d'enfants dans l'eau constituaient une cause possible de l'accident entrant sérieusement en considération; causalité naturelle niée.
62. **Tribunal fédéral, 4A_464/2008 du 22 décembre 2008**: responsabilité de l'avocat; preuve du rapport de causalité entre l'omission fautive de l'avocat et le dommage subi par son mandant; pour retenir une causalité naturelle en cas d'omission, il faut pouvoir admettre par hypothèse que le dommage ne serait pas survenu si

l'intéressé avait agi conformément à la loi ou au contrat ; condition remplie en l'espèce.

63. **Tribunal fédéral, 4A_307/2008 et 4A_311/2008 du 27 novembre 2008**: LCR 58 (accident de la circulation routière); LPGA 72; prédisposition constitutionnelle aggravant l'ampleur du dommage selon les conclusions de l'expertise judiciaire que les juges cantonaux pouvaient suivre sans arbitraire (à prendre en considération dans la détermination de l'indemnité selon CO 44 et non dans la fixation du dommage selon CO 42).
64. **Tribunal fédéral, 4A_153/2008 du 14 octobre 2008**: responsabilité du conducteur automobile; détermination du dommage futur ou hypothétique; appréciation des preuves et du lien de causalité entre l'acte et le dommage hypothétique; prédisposition constitutionnelle.
65. **Tribunal fédéral, 4A_397/2008 du 23 septembre 2008**: assistance judiciaire; preuve de la vraisemblance prépondérante qu'une aggravation de l'état de santé de la victime est en lien de causalité naturelle avec un accident; expertise privée doublée d'un complément d'expertise judiciaire; i. c. vraisemblance de 51% insuffisante; contestation de la manière dont les questions ont été posées aux experts rejetée par le Tribunal fédéral.
66. **Tribunal fédéral, 8C_184/2007 du 19 juin 2008**: accident de la circulation; traumatisme du type «coup du lapin» sans preuve d'un déficit organique objectif; valeur probante d'expertises médicales; rappel des critères pertinents pour l'examen de la causalité adéquate.
67. **Tribunal fédéral, 4C.68/2007 du 13 juin 2008**: CO 398 (gestion de fortune); calcul du dommage fondé sur une expertise privée non contestée de manière juridiquement admissible; fardeau de l'allégation et de la preuve; examen de la causalité hypothétique en matière d'omissions selon l'expérience générale de la vie.
68. **Tribunal fédéral, 5A_597/2007 du 17 avril 2008**: responsabilité du propriétaire foncier pour les dégâts causés aux immeubles voisins suite à des travaux de construction; preuve du lien de causalité naturelle entre le chantier et le dommage subi (nié en l'espèce); degré de vraisemblance requis: en l'occurrence, vraisemblance prépondérante, (état de nécessité en matière de preuve, *Beweisnot*).
69. **Tribunal fédéral, 4A_174/2007 du 13 septembre 2007**: CO 754; dommage direct causé à la société suite au versement de dividendes cachés aux actionnaires (expertise judiciaire); lien de causalité entre le manque de diligence et le dommage généré; critiques relatives aux circonstances dans lesquelles l'expertise a été effectuée en première instance non retenues.
70. **Tribunal fédéral, 4C.415/2006 du 11 septembre 2007**: accident de la circulation routière; LCR 58 s.; absence de preuve de prédisposition constitutionnelle qui justifierait une réduction des dommages-intérêts; détermination du revenu futur sur la base d'expertises; CO 42 II.
71. **ATF 133 III 462, 13 juin 2007**: responsabilité de l'Etat pour l'activité des médecins hospitaliers; preuve du lien de causalité naturelle entre le dommage subi et le comportement du médecin; CO 42 II.

72. **Tribunal fédéral, 4C.52/2007 du 14 mai 2007**: droit des marques; preuve du gain manqué; lien de causalité naturelle entre la violation et le gain manqué subi: le demandeur doit démontrer qu'un tel gain aurait pu être généré si ses droits n'avaient pas été violés (échec de la preuve dans le cas d'espèce); violation de CO 42 II.
73. **ATF 132 III 564, 27 juin 2006**: CO 754; responsabilité des administrateurs envers la société; détermination du dommage («théorie de la différence»); lien de causalité entre le retard de l'avis au juge (CO 725 II) et le dommage qui en découle.
74. **ATF 131 III 115, JdT 2005 I 279, 4 octobre 2004**: CO 56; preuve de la non-causalité de l'omission (objection tirée du comportement de substitution licite): l'enfant aurait-il tout de même franchi la clôture si celle-ci avait été correctement signalée? (responsabilité du détenteur de chevaux retenue dans le cas d'espèce).

B. Le consentement hypothétique

75. **Tribunal fédéral, 4A_98/2010 du 21 avril 2010**: responsabilité hospitalière; consentement éclairé et hypothétique du patient; critères pour départager plusieurs expertises; expertise privée comme simple allégation d'une partie.
76. **Tribunal fédéral, 4A_459/2009 du 25 mars 2010**: responsabilité hospitalière (opération de la hanche); consentement hypothétique admis par l'instance inférieure et contesté en vain devant le Tribunal fédéral.
77. **Tribunal fédéral, 4A_485/2009 du 11 novembre 2009**: CO 398; responsabilité médicale (dentiste); la preuve du consentement éclairé du patient incombe au médecin nonobstant les critiques de la doctrine; aucun motif de revenir sur cette jurisprudence constante de longue date.
78. **Tribunal fédéral, 4A_604/2008 du 19 mai 2009**: CO 398; responsabilité du médecin pour une opération effectuée sans le consentement éclairé de la patiente; le consentement hypothétique de la patiente («raisonnable») est une question de droit; fardeau de la preuve des circonstances dont il peut être déduit à charge de la patiente; consentement hypothétique admis en l'espèce.
79. **Tribunal fédéral, 4C.66/2007 et 4A_382/2007 du 9 janvier 2008**: responsabilité médicale (CO 398); expertises judiciaires concordantes; le fardeau de la preuve du consentement éclairé ou, à défaut, du consentement hypothétique du patient incombe au médecin; dans ce dernier cas, le patient doit collaborer à la preuve en alléguant les motifs personnels qui l'auraient poussé à refuser l'intervention médicale s'il avait été dûment informé; consentement hypothétique du patient (lui-même médecin) admis en l'espèce.
80. **ATF 133 III 121, JdT 2008 I 103, 9 février 2007**: responsabilité médicale (CO 398); opération de la hanche; expertises extra-judiciaires contradictoires, expertise judiciaire; violation des règles de l'art non prouvée; absence de preuve du consentement éclairé de la patiente; circonstance permettant d'admettre le consentement hypothétique; en l'espèce, rien ne laisse supposer que la patiente aurait hésité à subir l'intervention prévue.

III. Preuves libératoires

81. **TF, 4A_329/2009, 4A_369/2009 du 1^{er} décembre 2010**: LCR 59 I; faute grave de la victime établie; responsable ne parvenant pas à faire la preuve de son absence totale de faute (consid. 4.1).
82. **TF, 4A_472/2010 du 26 novembre 2010**: CO 97 I; défaut de l'immeuble vendu admis sur la base d'une expertise privée (consid. 2); preuve libératoire de l'absence de faute apportée par le vendeur (consid. 3).
83. **TF, 4A_220/2010, 4A_222/2010 du 11 octobre 2010**: ancienne loi sur la responsabilité des chemins de fer; homme ivre tombé d'un train dans des circonstances non élucidées; preuve libératoire que la seule cause possible de l'accident soit imputable à une faute propre du lésé non apportée.
84. **Tribunal fédéral, 4A_499/2009 du 11 janvier 2010**: LCR 58 et 59 (accident de la circulation routière); preuve de l'interruption de la causalité; contestation des expertises (not. sur la vitesse du véhicule de la victime); libération admise.
85. **Tribunal fédéral, 4D_48/2009 du 30 octobre 2009**: LCR; expertise suivie sur l'absence de preuve de la défectuosité des freins; pas d'allègement du fardeau de la preuve du fait de la destruction de l'épave du véhicule.
86. **Tribunal fédéral, 4A_48/2009 du 26 mars 2009**: CO 55; responsabilité d'une banque pour son directeur adjoint qualifié d'auxiliaire; audit interne mettant en évidence des défauts d'organisation graves propres à faire échec à la preuve libératoire (c. 2.5).
87. **Tribunal fédéral, 4A_326/2008 et 4A_406/2008 du 16 décembre 2008**: responsabilité causale de l'EPFL pour un auxiliaire (concierge); machine volumineuse et fragile détruite lors du chargement; pas de responsabilité contractuelle en raison de l'échec de la preuve d'une obligation contractuelle; responsabilité délictuelle admise vu l'échec de la preuve libératoire (stricte selon la jurisprudence) de CO 55.
88. **Tribunal fédéral, 4A_527/2007 du 25 février 2008**: accident de la circulation routière; pour être libéré de toute responsabilité, le détenteur doit prouver que l'accident a été commis par une faute grave de l'autre conducteur ou par la force majeure, sans que lui-même ou les personnes sous sa responsabilité n'aient commis de faute (LCR 59 I); preuve libératoire admise en l'espèce.
89. **Tribunal fédéral, 4A_227/2007 du 26 septembre 2007**: accident de la circulation routière; responsabilité civile du détenteur du véhicule automobile (LCR 58 s.); piéton blessé qui se retrouve dans l'incapacité d'exercer sa profession de chauffeur de taxi; pour être libéré de toute responsabilité (LCR 59 I), le détenteur doit prouver non seulement qu'il n'a lui-même commis aucune faute, mais encore que l'accident a été causé par une faute grave du lésé (preuve non apportée en l'espèce).

IV. Comportement contraire au droit

90. **Tribunal fédéral, 4A_48/2010 du 9 juillet 2010:** responsabilité hospitalière (omission de procéder à une césarienne en temps utile, naissance d'une enfant handicapée); procédure limitée aux principes de la responsabilité; preuve de la violation des règles de l'art: appréciation de plusieurs expertises (judiciaire, d'entente entre les parties, privée) conduisant à écarter sur un point l'avis de l'expert judiciaire.
91. **Tribunal fédéral, 4D_25/2010 du 29 juin 2010:** contrat de vente ou d'entreprise; dommage résultant d'un défaut; preuve de la ponctualité d'un avis des défauts non apportée.
92. **Tribunal fédéral, 4A_245/2009 du 6 avril 2010:** responsabilité de l'employeur envers la travailleuse; valeur probante de témoignages; témoignages écartés; faisceau d'indices convergents comme allègement de la preuve de l'existence d'un mobbing (non admis en l'espèce).
93. **Tribunal fédéral, 4A_459/2009 du 25 mars 2010:** responsabilité hospitalière (opération de la hanche); appréciation de trois expertises sur la diligence dans le traitement médical (expertise ordonnée d'entente entre les parties; expertise judiciaire; expertise privée non suivie sur certains points); pas de modification du fardeau de la preuve du traitement médical et de ses conséquences dans le cadre d'une action en constatation (procédure limitée aux questions de prescription/péremption, illicéité et causalité).
94. **Tribunal fédéral, 9C_391/2009 du 11 février 2010:** LAVS 52; appréciation anticipée des preuves; échec de la preuve de la prise de mesures d'assainissement ponctuelles pour la survie d'une entreprise.
95. **Tribunal fédéral, 4A_184/2008 du 18 novembre 2009:** CO 41; ouverture inopinée d'un parachute; accident d'avion; expertise relative au déroulement des faits; absence de preuve d'un comportement contraire au droit de la part du parachutiste.
96. **Tribunal fédéral, 4A_59/2009 du 7 septembre 2009:** CO 41; absence de preuve d'un acte illicite (escroquerie) (c. 6).
97. **Tribunal fédéral, 4A_187/2009 du 14 juillet 2009:** CO 398; responsabilité de l'architecte pour dépassement de devis; constatation par la cour cantonale que le client aurait renoncé à des mesures de construction supplémentaires s'il avait su que les frais dépasseraient la limite fixée (*Alternativverhalten*); question d'appréciation des preuves non revue par le Tribunal fédéral (c. 5).
98. **Tribunal fédéral, 4A_507/2008 du 22 janvier 2009:** CO 58; responsabilité d'une collectivité publique propriétaire d'une route; la preuve du défaut de l'ouvrage incombe à la partie lésée et ne résulte pas du seul fait que l'accident a été causé par un ouvrage; survenance d'un risque anormal (rupture d'une moraine provoquant une lave torrentielle); absence de preuve d'un défaut sous l'angle du caractère possible et raisonnable des travaux à entreprendre par le propriétaire.

V. Responsabilité fondée sur la confiance

99. ATF 133 III 449, JdT 2008 I 325, 12 juin 2007: contrat d'entreprise (363 CO); responsabilité fondée sur la confiance; les conditions auxquelles est subordonnée cette responsabilité sont strictes: il convient de se demander si, dans le cas concret, l'expectative du demandeur est digne de protection; condition non remplie en l'espèce.

VI. Défaut du produit

100. ATF 133 III 81, 19 décembre 2006: LRFP; consommatrice blessée lors de l'utilisation d'une cafetière; la victime n'a pas à prouver la cause du défaut, mais uniquement que le produit ne présente pas le degré de sécurité requis, en démontrant les circonstances de l'accident; les faits allégués par le lésé doivent être appréciés sous l'angle de la vraisemblance prépondérante; état de nécessité en matière de preuve (*Beweisnot*).

Liste des ouvrages

- | | | | |
|---|------|--|------|
| <i>Alberini, Adrien</i> | 2010 | <i>Botoy Ituku, Elangi</i> | 2007 |
| Le transfert de technologie en droit communautaire de la concurrence | | Propriété intellectuelle et droits de l'homme | |
| Mise en perspective avec les règles applicables aux accords de recherche et développement, de production et de distribution | | L'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH / SIDA en Afrique | |
| <i>Baddeley, Margareta</i> | 1994 | <i>Cattaneo, Daniele</i> | 1992 |
| L'association sportive face au droit | | Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage | |
| Les limites de son autonomie | | Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen | |
| <i>Baddeley, Margareta (éd.)</i> | 1999 | <i>Chaix, François</i> | 1995 |
| La forme sociale de l'organisation sportive | | Le contrat de sous-traitance en droit suisse | |
| Questions de responsabilité | | Limites du principe de la relativité des conventions | |
| Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999 | | <i>Chappuis, Christine</i> | 1991 |
| <i>Bellanger, François (éd.)</i> | 2000 | La restitution des profits illégitimes | |
| L'Etat face aux dérives sectaires | | Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse | |
| Actes du colloque du 25 novembre 1999 | | <i>Chatton, Gregor T.</i> | 2005 |
| <i>Bernard, Frédéric</i> | 2010 | Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmensenrechten innerhalb der WTO | |
| L'Etat de droit face au terrorisme | | Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven | |
| <i>Bino, Maria-Antonella</i> | 2006 | <i>Chavanne, Sylvie</i> | 1993 |
| Hospitalisation forcée et droits du malade mental | | Le retard dans l'exécution des travaux de construction | |
| Etude de droit international et de droit comparé | | Selon le Code des obligations et la norme SIA 118 | |

- Converset, Stéphanie* 2009
Aide aux victimes d'infractions et réparation du dommage
 De l'action civile jointe à l'indemnisation par l'Etat sous l'angle du nouveau droit
- Currat, Philippe* 2006
Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale
- Défago Gaudin, Valérie* 2006
L'immeuble dans la LP: indisponibilité et gérance légale
- Donatiello, Giuseppe* 2010
Responsabilité du débiteur: de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations
 Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse
- Droz, Johan* 2008
La substitution dans le contrat de mandat
- Ducrot, Michel* 2005
La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral
- Dunand, Jean-Philippe* 2000
Le transfert fiduciaire: « Donner pour reprendre »
Mancipio dare ut remancipetur
 Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion
- Dupont, Anne-Sylvie* 2005
Le dommage écologique
 Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel
- Favre-Bulle, Xavier* 1998
Les paiements transfrontières dans un espace financier européen
- Fehlbaum, Pascal* 2007
Les créations du domaine de la parfumerie: quelle protection?
- Foëx, Bénédicte* 1997
Le contrat de gage mobilier
- Gafner d'Aumeries, Sonja* 1992
Le principe de la double incrimination
 En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis
- Garibian, Sévane* 2009
Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne
 Naissance et consécration d'un concept
- Garrone, Pierre* 1991
L'élection populaire en Suisse
 Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons
- Gerber, Philippe* 1997
La nature cassatoire du recours de droit public
 Mythe et réalité
- Gonin, Luc* 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
 Analyse diachronique et contextuelle à l'exemple de l'Etat français
- de Gottrau, Nicolas* 1999
Le crédit documentaire et la fraude
 La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre
- Grant, Philip* 2000
La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers

- Grodecki, Stéphane* 2008
L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève
- Guibentif, Pierre* 1997
La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale
Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal
- Gutzwiller, Céline* 2008
Droit de la nationalité et fédéralisme en Suisse
- Hack, Pierre* 2003
La philosophie de Kelsen
Epistémologie de la *Théorie pure du droit*
- Henzelin, Marc* 2000
Le principe de l'universalité en droit pénal international
Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité
- Hottelier, Michel* 1990
L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse
- Hottelier, Michel* 1995
Le Bill of Rights et son application aux Etats américains
Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse
- Issenhuth-Scharly, Ghislaine* 2009
Autonomie individuelle et biobanques
Etude de droit comparé (droit européen, droit français, droit suisse)
- Jeanneret, Yvan* 2002
La violation des devoirs en cas d'accident
Analyse critique de l'article 92 LCR
- Jeandin, Nicolas* 1994
Le chèque de voyage
- Jung, Anne* 2008
Jeremy Bentham et les mesures de sûreté en droit actuel: Suisse et Belgique
- Junod Moser, Dominique* 2001
Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation
Etude de droit suisse et de droit européen
- Junod, Valérie* 2005
Clinical drug trials
Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals
- Kastanas, Elias* 1993
Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce
- Lampert, Frank* 2000
Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG
- Languin, Noëlle/Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/Roth, Robert/Sardi, Massimo/Strasser, François Roger* 1994
La libération conditionnelle: risque ou chance?
La pratique en 1990 dans les cantons romands
- Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/Robert, Christian-Nils* 2006
L'art de punir
Les représentations sociales d'une «juste» peine

- Lempen, Karine* 2006
Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur
 Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'expérience états-unienne
- Manai, Dominique* 1999
Les droits du patient face à la médecine contemporaine
- Mandofia Berney, Marina* 1993
Vérités de la filiation et procréation assistée
 Etude des droits suisse et français
- Marchand, Sylvain* 1994
Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale
 Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse
- Martenet, Vincent* 1999
L'autonomie constitutionnelle des cantons
- Marti, Ursula* 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
 Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1991
Les instruments d'action de l'Etat
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1992
La légalité: un principe à géométrie variable
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1995
Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures
- Morand, Charles-Albert (éd.)* 1996
La pesée globale des intérêts
 Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire
- Moreno, Carlos* 2002
Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document
- Morin, Ariane* 2002
La responsabilité fondée sur la confiance
 Etude critique des fondements d'une innovation controversée
- Oberson, Xavier* 1991
Les taxes d'orientation
 Nature juridique et constitutionnalité
- Ordolli, Stiliano* 2008
Histoire constitutionnelle de l'Albanie des origines à nos jours
- Papaux van Delden, Marie-Laure* 2002
L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux
- Peter, Henry* 1990
L'action révocatoire dans les groupes de sociétés
- Pont Veuthey, Marie-Claire* 1992
Le pouvoir législatif dans le canton du Valais
- Rohmer, Sandrine* 2006
Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée
 Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique

Sambuc Bloise, Joëlle 2007

La situation juridique des Tziganes en Suisse

Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits de l'homme

Scartazzini, Gustavo 1991

Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale

Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

Schneider, Jacques-André 1994

Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation

Etude de droit suisse et comparé

Schröter, François 2007

Les frontières de la Suisse: questions choisies

Soma, Abdoulaye 2009

Droit de l'homme à l'alimentation et sécurité alimentaire en Afrique

Stieger-Chopard, Arlette 1997

L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme

Etude de droit allemand et de droit suisse

Tanquerel, Thierry 1996

Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis

Tevini Du Pasquier, Silvia 1990

Le crédit documentaire en droit suisse

Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

Tornay, Bénédicte 2008

La démocratie directe saisie par le juge

L'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse

Trigo Trindade, Rita 1996

Le conseil d'administration de la société anonyme

Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

Voïnov Kohler, Juliette 2006

Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit

Vulliéty, Jean-Paul 1998

Le transfert des risques dans la vente internationale

Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

Werly, Stéphane 2005

La protection du secret rédactionnel

Wisard, Nicolas 1997

Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile

Zellweger, Tobias 2008

Les transports collectifs de personnes dans l'agglomération francogène-voise: Etude de droit transfrontalier

Recueils de textes

(anciennement « Série rouge »)

Auer, Andreas/Delley, Jean-Daniel/ 2001

Hottelier, Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)

Aux confins du droit

Essais en l'honneur du

Professeur Charles-Albert Morand

Cassani, Ursula/Roth, Robert/
Sträuli, Bernhard (éd.) 2009
Montrer la justice, penser le droit pénal
Colloque en l'honneur du Professeur
Christian-Nils Robert

Chappuis, Christine/ 2006
Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.)
Le législateur et le droit privé
Colloque en l'honneur du professeur
Gilles Petitpierre

Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ 1998
Meyer-Pritzl, Rudolf/
Winiger, Bénédicte (éd.)
Pacte, convention, contrat
Mélanges en l'honneur du Professeur
Bruno Schmidlin

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
**Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?**
L'efficacité entre éthique et droit

Foëx, Bénédicte/Hottelier, Michel/ 2007
Jeandin, Nicolas (éd.)
Les recours au Tribunal fédéral

Foëx, Bénédicte/Thévenoz, Luc (éd.) 2000
**Insolence, désendettement
et redressement**
Etudes réunies en l'honneur de Louis
Dallèves, Professeur à l'Université de
Genève

Kellerhals, Jean/Manai, Dominique/ 2002
Roth, Robert (éd.)
Pour un droit pluriel
Etudes offertes au Professeur
Jean-François Perrin

Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.) 1997
**Problèmes actuels de droit
économique**
Mélanges en l'honneur du Professeur
Charles-André Junod

Reymond, Jacques-André 1998
De l'autre côté du miroir
Etudes récentes

Schönle, Herbert 1995
Droit des obligations et droit bancaire
Etudes

Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.) 2006
**Droit de la consommation/
Konsumentenrecht/Consumer Law**
Liber amicorum Bernd Stauder

Ouvrages collectifs
**Présence et actualité de la constitution
dans l'ordre juridique**
Mélanges offerts à la Société suisse
des juristes pour son congrès 1991
à Genève. 1991

Problèmes actuels de droit fiscal
Mélanges en l'honneur du Professeur
Raoul Oberson 1995

Trigo Trindade, Rita/Peter, Henry/
Bovet, Christian (éd.) 2009
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale
Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
**La protection de la personne
par le droit**
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Baddeley, Margareta/ 2009
Foëx, Bénédic (éd.)

La planification du patrimoine

Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

Perrin, Jean-François/ 2008
Chappuis, Christine

Droit de l'association

3^e édition

Schuler, Frank 2001

Das Referendum in Graubünden

Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

Trechsel, Alexander/Serdült, Uwe 1999

Kaleidoskop Volksrechte

Die Institutionen der direkten
Demokratie in den schweizerischen
Kantonen 1970–1996

Trechsel, Alexander 2000

Feuerwerk Volksrechte

Die Volksabstimmungen in den
schweizerischen Kantonen 1970–1996

Démocratie directe

Arx, Nicolas von 2002

Ähnlich, aber anders

Die Volksinitiative in Kalifornien
und in der Schweiz

Auer, Andreas (éd.) 1996

**Les origines de la démocratie directe
en Suisse / Die Ursprünge der
schweizerischen direkten Demokratie**

Auer, Andreas (éd.) 2001

Sans délais et sans limites?

L'initiative populaire à la croisée
des chemins

Ohne Fristen und Grenzen?

Die Volksinitiative am Scheideweg

Auer, Andreas/ 2001
Trechsel, Alexander H.

Voter par Internet?

Le projet e-voting dans le canton
de Genève dans une perspective
socio-politique et juridique

Delley, Jean-Daniel (éd.) 1999

Démocratie directe et politique

étrangère en Suisse/

Direkte Demokratie und

schweizerische Aussenpolitik

Droit et Histoire

(anciennement « Droit et Histoire »,
« Les grands juristes »
et « Grands textes »)

Dufour, Alfred/Roth, Robert/ 1994
Walter, François (éd.)

**Le libéralisme genevois, du Code civil
aux constitutions (1804–1842)**

Dufour, Alfred (éd.) 1998

**Hommage à Pellegrino Rossi
(1787–1848)**

Genevois et Suisse à vocation
européenne

Dufour, Alfred (éd.) 2001

Rossi, Pellegrino

Cours d'histoire suisse

Dufour, Alfred 2003

**L'histoire du droit entre philosophie
et histoire des idées**

Dunand, Jean-Philippe 2004
Keller, Alexis (éd.)
Stein, Peter

Le droit romain et l'Europe
Essai d'interprétation historique,
2^{ème} édition

Hottelier, Michel (éd.) 2010
Fazy, James

De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Manai, Dominique 1990

Eugen Huber
Jurisconsulte charismatique

Monnier, Victor (éd.) 2002

Bonaparte et la Suisse
Travaux préparatoires de l'Acte
de Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

Monnier, Victor 2003

Bonaparte, la Suisse et l'Europe
Colloque européen d'histoire
constitutionnelle pour le bicentenaire
de l'Acte de médiation (1803–2003)

Dufour, Alfred/Monnier, Victor (Ed.) 2011

**La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse**
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Quastana, François/ 2008
Monnier, Victor (Ed.)

**Paoli, la Révolution Corse
et les Lumières**
Actes du colloque international
organisé à Genève, le 7 décembre 2007

Reiser, Christian M. 1998

**Autonomie et démocratie
dans les communes genevoises**

Schmidlin, Bruno/ 1991
Dufour, Alfred (éd.)

**Jacques Godefroy (1587–1652)
et l'Humanisme juridique à Genève**
Actes du colloque Jacques Godefroy

Winiger, Bénédicte 1997

La responsabilité aquilienne romaine
Damnum Iniuria Datum

Winiger, Bénédicte 2002

**La responsabilité aquilienne
en droit commun**
Damnum Culpa Datum

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte (éd.) 2011

**Droit de superficie et leasing
immobilier**
Deux alternatives au transfert
de propriété

Foëx, Bénédicte / 2007

Hottelier, Michel (éd.)
**Servitudes, droit de voisinage,
responsabilités du propriétaire
immobilier**

Foëx, Bénédicte / 2009

Hottelier, Michel (éd.)
**La garantie de la propriété
à l'aube du XXI^e siècle**
Expropriation, responsabilité de l'Etat,
gestion des grands projets et protection
du patrimoine

Hottelier, Michel/ 1999

Foëx, Bénédicte (éd.)
Les gages immobiliers
Constitution volontaire et réalisation
forcée

Hottelier, Michel/ 2001
Foëx, Bénédic (éd.)

L'aménagement du territoire

Planification et enjeux

Hottelier, Michel/ 2003
Foëx, Bénédic (éd.)

La propriété par étages

Fondements théoriques et questions pratiques

Hottelier, Michel/ 2005
Foëx, Bénédic (éd.)

Protection de l'environnement et immobilier

Principes normatifs et pratique jurisprudentielle

Chappuis, Christine/ 2007
Winiger, Bénédic (éd.)

Les causes du dommage

(Journée de la responsabilité civile 2006)

Chappuis, Christine/ 2009
Winiger, Bénédic (éd.)

La responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel

(Journée de la responsabilité civile 2008)

Chappuis, Christine/ 2011
Winiger, Bénédic (éd.)

La preuve en droit de la responsabilité civile

(Journée de la responsabilité civile 2010)

Etier, Guillaume 2006

Du risque à la faute

Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun

Winiger, Bénédic (éd.) 2008

La responsabilité civile européenne de demain

Projets de révision nationaux et principes européens

Europäisches Haftungsrecht morgen

Nationale Revisionsentwürfe und europäische Haftungsprinzipien (Colloque international à l'Université de Genève)

Winiger, Bénédic 2009

La responsabilité aquilienne au 19^{ème} siècle

Damnum iniuria et culpa datum

Droit administratif

Bellanger, François/ 2002
Tanquerel, Thierry (éd.)

Les contrats de prestations

Tanquerel, Thierry/ 2002
Bellanger, François (éd.)

L'administration transparente

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine/ 2005
Winiger, Bénédic (éd.)

Le préjudice

Une notion en devenir (Journée de la responsabilité civile 2004)

La preuve est au cœur de la responsabilité civile. La jurisprudence de ces dernières années en est la manifestation patente. De fait, la preuve focalise l'attention de tous les acteurs des litiges judiciaires. Le plaideur (ou son avocat) doit convaincre le juge de sa version des faits. Le juge, à son tour, doit contrôler la véracité des allégations. Et pour atteindre leurs buts, chacun de ces acteurs peut recourir à l'avis d'experts. Le présent volume analyse le jeu entre ces différents protagonistes, les difficultés auxquelles ils sont confrontés et les rapports juridiques qui se nouent entre eux. L'on songe notamment au médecin, souvent pris à partie, et à l'expert médical. Une place spéciale a été dédiée aux règles du nouveau Code de procédure civile, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2011.