

# La métamorphose de l'expertise privée

Lorsque le Tribunal fédéral admet un recours en matière civile et renvoie l'affaire à l'instance inférieure, une expertise privée, qui avait été ou aurait dû être qualifiée de simple allégation de faits en 2024, devient un moyen de preuve en 2025. Cette métamorphose conduit à une situation que notre Haute Cour qualifie de « quelque peu paradoxale » : l'autorité inférieure, à laquelle il était reproché d'avoir considéré l'expertise privée comme un moyen de preuve dans la décision annulée, est désormais invitée à retenir précisément cette qualification à la suite du renvoi.

*Wenn das Bundesgericht eine Beschwerde in Zivilsachen gutheisst und die Sache an die Vorinstanz zurückweist, wird ein Privatgutachten, das im Jahr 2024 als blosse Tatsachenbehauptung galt oder hätte gelten sollen, im Jahr 2025 zu einem Beweismittel. Diese Metamorphose führt zu einer Situation, die unser oberstes Gericht als « etwas paradox » bezeichnet: Die Vorinstanz, der vorgeworfen wurde, das Privatgutachten in der aufgehobenen Entscheidung als Beweismittel behandelt zu haben, wird nach der Rückweisung dazu aufgefordert, genau diese Qualifikation vorzunehmen.*

Arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2025 (TF 4A\_207/2024)

**Michel Heinzmann**, professeur à l'Université de Fribourg  
**Thibault Oberson**, assistant diplômé à l'Université de Fribourg

## Les faits

**(473)** Les copropriétaires d'une maison ont mandaté une entreprise pour la construction d'un mur entourant leur parcelle. Au cours de l'exécution de l'ouvrage, ils ont constaté différents défauts, qu'ils ont signalés à l'entrepreneur à l'occasion d'une séance de chantier, lequel n'y a pas remédié. Lors

de la livraison de l'ouvrage, l'entrepreneur a reconnu l'existence de défauts. Les copropriétaires lui ont alors demandé de ne plus intervenir sur le chantier et déclaré vouloir confier les travaux de réfection à un tiers.

Les copropriétaires ont ensuite mandaté un ingénieur civil diplômé EPFL – SIA. L'ingénieur a constaté dans une expertise privée que la prise du béton avait débuté avant qu'il soit coulé, que le béton utilisé était d'une qualité moindre, que son étanchéité n'était pas garantie, et que l'épaisseur du mur était insuffisante, de sorte que la démolition de l'ouvrage s'imposait. Les copropriétaires ont par la suite requis et obtenu l'administration d'une preuve à futur : le bureau d'ingénieurs civils

EPFL – SIA désigné par le juge a constaté l'irrégularité du cofrage utilisé et le manque d'uniformité de l'aspect du mur, mais sans que tel n'impose la démolition de celui-ci.

N'ayant obtenu que très partiellement gain de cause sur l'action en paiement introduite au fond, les copropriétaires ont formé appel auprès du Tribunal cantonal vaudois. Ce dernier a relevé que l'expert judiciaire avait préconisé deux solutions : soit un traitement cosmétique par une entreprise spécialisée, soit la couverture des murs par un crépi. Le tribunal s'est toutefois rallié à l'expert privé, qui avait conclu à la nécessité de démolir le mur, et a repris à son compte les considérations de ce dernier quant à l'ampleur des frais de réfection. L'entrepreneur interjette recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il se prévaut d'une violation de l'art. 169 de la norme SIA 118, d'arbitraire dans l'établissement des faits (art. 9 Cst.) et conteste la préférence donnée à l'expertise privée pour déterminer le dommage.

## L'arrêt

Le grief de l'entrepreneur relatif à la violation de l'art. 169 de la norme SIA 118 est écarté. Si le maître est tenu en principe d'exiger d'abord de l'entrepreneur qu'il procède à l'élimination du défaut dans un délai convenable (art. 169 al. 1). Il peut toutefois faire intervenir un tiers déjà avant l'échéance du délai, voire n'en point imparti du tout, lorsque l'entrepreneur refuse expressément de procéder à l'élimination du défaut, ou n'en est pas capable (art. 169 al. 2). En l'espèce, l'entrepreneur a omis de réparer l'ouvrage, arguant qu'il était conforme au contrat, et offert de n'exécuter que des « retouches », manifestant ainsi sa volonté de ne pas livrer un ouvrage conforme au contrat. Les copropriétaires étaient fondés à choisir la réfection par un tiers sans imparti de délai préalable à l'entrepreneur. Sur ce point, l'arrêt cantonal ne prête pas le flanc à la critique<sup>1</sup>.

En revanche, le Tribunal fédéral retient que c'est à tort que la Cour d'appel civile a écarté l'expertise judiciaire et privilégié l'expertise privée qui n'était, au moment où l'autorité précédente a statué, qu'une allégation de faits. En supposant que l'expertise privée ait créé un doute quant à la solution proposée dans l'expertise judiciaire, la Cour d'appel civile aurait dû, à tout le moins, interpeler l'expert judiciaire et solliciter un complément d'expertise, conformément à l'art. 188 al. 2 CPC. Il s'ensuit qu'elle a apprécié les preuves de manière arbitraire. Le recours est admis sur ce point, et la cause renvoyée pour nouvelle décision.

Cela étant, conformément au nouvel art. 177 CPC, entré en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2025, et directement applicable aux procédures en cours (art. 407f CPC), une expertise privée est un titre, et donc un moyen de preuve (art. 168 CPC). La situation est dès lors quelque peu paradoxale : le jugement est annulé parce que l'instance précédente n'aurait pas dû apprécier l'expertise privée comme un moyen de preuve, mais la Cour

d'appel civile devra, à la suite du renvoi, néanmoins apprécier l'expertise privée comme tel.

## Le commentaire

L'arrêt rendu par le Tribunal fédéral présente la particularité de renvoyer la cause à la Cour d'appel civile, au motif que celle-ci s'est livrée à une appréciation arbitraire des moyens de preuve, tout en semblant admettre qu'elle pourrait fonder sa nouvelle décision sur cette même appréciation en raison du changement de loi intervenu dans l'intervalle. Cette conclusion, qualifiée de « quelque peu paradoxale », repose sur plusieurs prémisses, qui donnent des indices intéressants sur la manière dont le très controversé art. 407f CPC pourrait être interprété par le Tribunal fédéral.

L'instance ultérieure à l'arrêt de renvoi et se déroulant entièrement après l'entrée en vigueur du nouveau droit s'inscrit dans une procédure « en cours » au 1<sup>er</sup> janvier 2025. Par l'expression « procédure en cours » (art. 407f CPC), il convient à notre avis de distinguer chaque « instance » (conciliation, première instance, deuxième instance)<sup>2</sup>. Partant, lorsqu'une telle instance a été introduite en 2025, le CPC révisé est entièrement applicable. Cela étant, l'instance inférieure à laquelle la cause est renvoyée reprend la procédure au stade où elle se trouvait avant la décision<sup>3</sup>. Il s'ensuit qu'au contraire de ce qui vaut lorsque la deuxième instance est ouverte pour la première fois, la saisine de la juridiction de deuxième degré ensuite d'un arrêt de renvoi ne conduit pas à « l'ouverture » d'une nouvelle instance, qui fonderait l'application complète du CPC révisé, mais à la « reprise » d'une instance ouverte antérieurement. Le Tribunal fédéral ne se méprend donc pas lorsqu'il fait référence à l'art. 407f CPC pour arriver à la conclusion que l'expertise privée devra être qualifiée de moyen de preuve au sens de l'art. 177 CPC par le Tribunal cantonal vaudois.

Lorsqu'une procédure est en cours au sens de l'art. 407f CPC, la doctrine majoritaire considère qu'une expertise privée est convertie de plein droit en moyen de preuve<sup>4</sup>. FRIDOLIN WALTHER réfute cette « conversion automatique », au motif qu'elle porterait atteinte aux droits de la partie adverse, et considère que la partie qui s'en prévaut l'ait réintroduite, ou la réintroduise, à titre de moyen de preuve dès le 1<sup>er</sup> janvier 2025<sup>5</sup>. Le Tribunal fédéral semble se rallier à la doctrine majoritaire, puisqu'il affirme que « dans la nouvelle procédure d'appel, l'expertise privée devra tout de même être appréciée

<sup>2</sup> S. GRUNHO PEREIRA / M. HEINZMANN / F. BASTONS BULLETTI, Newsletter CPC Online 2024-N13, n°22.

<sup>3</sup> Arrêt 4A\_641/2011 du 27 janvier 2012, cons. 2.2.

<sup>4</sup> T. SIEGENTHALER, ZPO-Revision : Privatgutachten als Beweismittel – Wirkung und Nebenwirkung, in BR/DC 2024, p. 94 ; D. WILLISSEGER, art. 407f ZPO n° 20, in : Spihler/Tenchio/Infanger (éds), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 4<sup>e</sup> éd., Bâle 2024 ; P. REETZ, Privatgutachten – ein neues Beweismittel im Bauprozess Privatgutachten, Schweizerische Baurechtstagung 2025, p. 113 ; J. HELLER, art. 407f ZPO n° 58, in : Droese (éd.), Onlinekommentar Zivilprozessordnung.

<sup>5</sup> F. WALTHER, Übergangsrechtliche Handlungspflicht gem. Art. 407f ZPO bezüglich bereits eingereichter Privatgutachten, SZZP/RSPC 2024, p. 675 s. ; cf. également R. PFEIFFER, Die Erwiderung auf ein Privatgutachten, REAS 2025, p. 218 ss, pour une considération de la réponse adaptée à l'expertise privée comme moyen de preuve.

<sup>1</sup> Pour plus de détails, cf. le résumé et la note du professeur Pascal Pichon-naz (N 480).

comme un moyen de preuve» (cons. 5.2.3; nous mettons en évidence). Curieusement, notre Haute Cour évoque dans ce contexte la contribution de FRIDOLIN WALTHER, pourtant opposée à la « conversion automatique ».

Le paradoxe évoqué par le Tribunal fédéral réside dans le fait que le jugement entrepris doit être annulé parce qu'il privilégie l'expertise privée par rapport à l'expertise judiciaire, ce qui était insoutenable selon l'ancien droit, mais pourrait être conforme au nouveau droit. Autrement dit, l'expertise privée, une fois convertie en moyen de preuve, autorise-t-elle le tribunal à s'écartier des conclusions de l'expert judiciaire? Pour répondre à cette question, il convient de revenir sur la pratique du Tribunal fédéral relative à la force probante des expertises judiciaires: il est de jurisprudence constante que le tribunal ne peut s'écartier d'une expertise judiciaire que pour des motifs importants, et qu'il doit examiner si, sur la base des autres moyens de preuve et des allégations des parties, des objections sérieuses s'imposent quant au caractère concluant de l'exposé de l'expert<sup>6</sup>. Force est donc de constater que, malgré la libre appréciation des preuves prévue à l'art. 157 CPC, notre Haute Cour attribue une force probante accrue à l'expertise judiciaire.

Cette approche doit être réexaminée eu égard au fait que l'expertise privée constitue désormais un moyen de preuve. Limiter la portée de l'expertise privée à un moyen permettant simplement de remettre en cause une expertise judiciaire irait à l'encontre du changement de paradigme voulu par le législateur. La valeur probante de l'expertise privée doit être renforcée et non maintenue au niveau qu'elle avait dans le passé. Comme le Tribunal fédéral le rappelle au cons. 5.2.2 de l'arrêt commenté, avant la révision du CPC, même une expertise privée pouvait ébranler les conclusions auxquelles un expert judiciaire était parvenu<sup>7</sup>. Le rôle de l'expertise privée étant renforcé, elle ne saurait être tenue pour un moyen de preuve de « seconde zone ». Certes, la force probante d'un titre au sens de l'art. 177 CPC peut être, dans un cas concret, inférieure à celle d'une expertise judiciaire, mais cette question relève de la libre appréciation des preuves<sup>8</sup>.

Dans son message, le Conseil fédéral énumère certains éléments à considérer lors de l'appréciation de la force probante d'une expertise privée: liens entre la partie et l'expert, circonstances d'attribution du mandat, procédure et déroulement de l'expertise, ainsi que compétence de l'expert<sup>9</sup>. S'il est vrai que les art. 183 ss CPC offrent des garanties à cet égard<sup>10</sup>, on ne peut exclure a priori que les conclusions de l'expert privé soient rendues à l'issue d'un procédé qui offre des garanties similaires, voire dont les exigences sont encore plus élevées. Les parties pourraient, par exemple, convenir ensemble de la

nomination de l'expert et de la liste de questions à lui soumettre. On ne voit alors pas ce qui ferait obstacle à ce que la force probante de l'expertise privée équivaille à celle de l'expertise judiciaire, voire qu'elle la dépasse<sup>11</sup>. C'est finalement la qualité de l'expertise, et non sa nature, qui se révèle déterminante. Il convient ainsi de répondre par l'affirmative à la question posée: l'expertise privée convertie en moyen de preuve peut, en raison de sa qualité, fonder le tribunal à s'écartier des conclusions de l'expert judiciaire.

La situation « quelque peu paradoxale » du renvoi se manifeste parce que le Tribunal fédéral a renvoyé l'affaire à l'instance précédente. En effet, s'il avait examiné l'arrêt déféré au regard de l'art. 177 CPC révisé, l'appréciation des preuves par la Cour d'appel civile vaudoise n'aurait révélé aucun arbitraire, ce qui aurait conduit au rejet du recours. Se pose dès lors la question de savoir si le Tribunal fédéral aurait pu, lui-même, tenir compte du fait que l'expertise privée est désormais un moyen de preuve. Certes, l'art. 407f CPC n'est pas applicable à la procédure devant notre Haute Cour, celle-ci étant régie par la LTF. Il n'est pas davantage possible d'appliquer les règles transitoires de la LTF (art. 132 s. LTF), car la modification législative ne concerne pas une disposition de cette loi. La question de droit transitoire qui se pose est la suivante: une règle de procédure nouvelle doit-elle être appliquée par l'autorité supérieure lorsque le renvoi envisagé implique que l'autorité inférieure devra elle-même l'appliquer? Pour y répondre, il convient, selon nous, de se référer aux principes généraux du droit transitoire (cf. art. 1 ss tit. fin. CC), dont la jurisprudence a déduit qu'en matière procédurale, le principe de l'application immédiate du droit révisé, dicté par l'intérêt public, prévaut (art. 2 tit. fin. CC par analogie)<sup>12</sup>. En l'espèce, le Tribunal fédéral aurait pu, selon nous, sur cette base, examiner l'arrêt cantonal attaqué à la lumière de l'art. 177 CPC révisé. Il est vrai que cette solution pourrait inciter le juge de l'instance inférieure à anticiper le droit futur afin d'éviter une cassation ultérieure de sa décision fondée sur le nouveau droit<sup>13</sup>. Il nous semble toutefois préférable d'assumer ce paradoxe plutôt que celui qui résulte de l'admission du recours en vertu de l'ancien droit, entraînant un renvoi à l'autorité inférieure, laquelle risque de rendre une nouvelle décision similaire, voire identique, à celle qui a été annulée. En définitive, l'intérêt public à l'application immédiate des règles de procédure aurait permis une « guérison subséquente » de l'*« illicéité initiale »* de la décision, cette solution étant en outre conforme au principe de l'économie de procédure.

<sup>6</sup> ATF 138 III 193 cons. 4.3.1; parmi tant d'autres: arrêt 4A\_1/2024 du 16 janvier 2025, cons. 3.2.4.

<sup>7</sup> A. DOLGE, art. 178 ZPO n° 9, in: Spühler/Tenchio/Infanger (éds), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2017.

<sup>8</sup> ATF 148 III 409, cons. 4.6.4.

<sup>9</sup> Message du Conseil fédéral du 26 février 2020 relatif à la modification du code de procédure civile suisse (CPC), FF 2020 2607 ss, p. 2660.

<sup>10</sup> SIEGENTHALER (n. 4), p. 95.

<sup>11</sup> Le Tribunal fédéral admettait du reste déjà sous l'ancien droit que la force probante de l'expertise privée formalisée pouvait être assimilée à celle de l'expertise judiciaire: ATF 86 II 129, cons. 3. Critique à cet égard: SIEGENTHALER (n. 4), p. 95.

<sup>12</sup> ATF 137 II 409, cons. 7.4.5 [droit public]; 115 II 97, cons. 2c, JdT 1989 I 544.

<sup>13</sup> D. TAPPY, art. 405 n° 24 s., in: Bohnet/Haldy/Jeandin/Tappy (éds), Commentaire romand du Code de procédure civile, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019. Cf. également TAPPY (n. 13), art. 405 n° 24 s.; F. WALTHER, Das Übergangsrecht zur neuen ZPO – offene Fragen und mögliche Antworten, RSPC 4/2010, p. 416; I. SCHWANDER, art. 405 n° 5, in: Brunner/Schwander/Vischer (éds), DIKE-Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2024.