

I^{re} Cour de droit civil
Arrêt du 24 juin 2022

Maxime des débats ;
expertise judiciaire fondée
sur des expertises privées ;
remboursement des frais
de réparation des défauts

Résumé et analyse

Proposition de citation :

François Bohnet/Frédéric Fitzi, Les pièges de l'expertise privée en droit de la construction, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_494/2020, Newsletter immodroit.ch octobre 2022

Art. 55, 150, 189 CPC ;
169 Norme SIA 118

Les pièges de l'expertise privée en droit de la construction

François Bohnet/Frédéric Fitzi

I. Objet de l'arrêt

Avec en toile de fond un litige concernant le droit au remboursement des frais de réparation des défauts, l'arrêt commenté traite du fardeau de la motivation, notamment dans le contexte de faits techniques, et se penche en particulier sur la question de savoir dans quelle mesure une expertise judiciaire est à même de se fonder sur le rapport d'un expert privé pour déterminer si un ouvrage, entre-temps rénové, est défectueux.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

En marge de la construction de trois nouveaux bâtiments de remplacement, une coopérative d'habitation (recourante ou demanderesse) a mandaté une entreprise (défenderesse 1 ou intimée 1) pour différents travaux au niveau des balcons et des salles d'eau. Les intimées 2 et 3 ont été chargées de la planification et de la direction des travaux.

La recourante a reproché à l'intimée 1 une mauvaise exécution systématique des travaux susmentionnés, provoquant un défaut subséquent sous la forme de dégâts d'humidité visibles. Elle reproche à l'intimée 2 des manquements à ses obligations de contrôle et d'information en lien avec la direction des travaux et tient l'intimée 3 pour solidairement responsable du dommage causé par lesdites violations contractuelles.

Le 22 novembre 2013, la demanderesse a mandaté un expert privé en vue de faire constater les défauts dont elle se prévaut. Quatre rapports ont été établis entre 2013 et 2018, portant sur l'examen de certains bâtiments. Un constat officiel a été effectué le 13 juillet 2016, lors duquel l'expert a effectué des forages d'essai aux rebords de fenêtres des salles d'eau.

La demanderesse a par la suite chargé en été 2016 une entreprise tierce de rénover 132 balcons et 63 salles d'eau, à titre d'exécution par substitution, au motif que la défenderesse 1 n'avait pas entrepris les travaux de réfection en temps voulu, alors qu'elle s'était engagée à le faire. Dite entreprise a constaté l'état de l'ouvrage avant rénovation au moyen de photos.

Par demande du 11 décembre 2017, déposée auprès du Tribunal de commerce du canton de Zurich, la demanderesse a entre autres réclamé des défenderesses 1, 2 et 3, solidairement responsables, le paiement d'un montant avoisinant les CHF 2.5 mio à titre de remboursement des frais d'exécution par substitution.

A l'appui de ses prétentions, la demanderesse a produit les quatre rapports d'expertise, la documentation photographique, le constat officiel et a requis l'ordonnance d'une expertise judiciaire, laquelle avait vocation à se fonder sur la documentation précitée, les travaux de rénovation ayant été réalisés en cours de procédure judiciaire.

Par jugement du 6 août 2020, le tribunal de commerce a rejeté la demande, avec suite de frais et dépens. Il a considéré que même à supposer que le rapport de causalité entre les défauts initiaux et subséquents eut été allégué à satisfaction, ce qui a été nié en l'espèce, la demanderesse aurait de toute manière échoué à en apporter la preuve, faute d'avoir offert un moyen de preuve adéquat. En ce qui concerne la défenderesse 2, les arguments de la demanderesse auraient été en grande partie contradictoires et il était impossible de rattacher les frais d'exécution par substitution aux violations contractuelles constatées par le tribunal. En plus d'avoir nié toute force probante des expertises produites, le *Handelsgericht* reproche à la demanderesse de ne pas avoir allégué de manière circonstanciée un concept de remise en état (*Sanierungskonzept*) et de ne pas l'avoir offert en tant que moyen de preuve. Elle aurait dû, selon les juges zurichois, anticiper le fait qu'elle n'obtiendrait éventuellement pas gain de cause sur l'ensemble des défauts invoqués et structurer ses allégués de sorte à rendre cohérent le lien entre les travaux effectués, les coûts engendrés et les différents défauts. En n'expliquant pas quels travaux ont été nécessaires pour remédier à quels défauts, la demanderesse n'a pas réussi à établir la nécessité de ces travaux pour la remise en état.

Le recours au Tribunal fédéral a également été rejeté, avec suite de frais et dépens.

B. Le droit

Après avoir esquissé les principes qui entourent les charges de l'allégation, respectivement de la contestation, le Tribunal fédéral a souligné que ces exigences, tirées de la maxime des débats, ont pour finalité de permettre la délimitation de l'objet de la preuve, favorisant ainsi une procédure probatoire appropriée avant la subsomption [consid. 4.1–4.4].

Notre Haute Cour rappelle qu'une présentation des allégués, conforme aux exigences susmentionnées, s'avère parfois difficile lorsque seule la partie adverse connaît des informations pertinentes ou que des connaissances spécialisées, dont la partie chargée de l'allégation ne dispose pas, sont nécessaires. Dans ce contexte, des allégués détaillés ne peuvent être attendus du plaideur qu'à l'issue de la procédure probatoire ou après la communication de renseignements par la partie adverse (*cf.* art. 85 al. 2 CPC). L'administration des preuves ne sert pas à remplacer ou à compléter des allégations manquantes, mais les pré suppose au contraire. On ne saurait cependant raisonnablement exiger d'une partie qu'elle expose dans les moindres détails les aspects techniques pertinents pour la décision,

avant la mise en œuvre d'une procédure probatoire, car cela rendrait *de facto* impossible la mise en œuvre judiciaire des prétentions invoquées. Il incombe alors au plaideur de démontrer en quoi il ne dispose pas des connaissances techniques nécessaires pour formuler des allégués (ou des contestations) suffisamment circonstanciés [consid. 4.5].

Les exigences de la maxime des débats s'appliquent également aux conditions de la responsabilité contractuelle. La demanderesse est tenue d'exposer quels coûts ont été engendrés par quels travaux. Une répartition des coûts entre les différents « défauts » au sens juridique du terme n'est pas exigée. Il n'est pas rare que les causes d'un dommage soient multiples. Les difficultés techniques et pratiques liées au caractère multicausal du dommage lors de l'imputation des coûts aux différents défauts ne doivent pas rendre impossible la consécration judiciaire d'une prétention de droit matériel, au motif que les exigences du fardeau de la motivation ne sont pas remplies. Si le tribunal arrive à la conclusion que seuls certains des défauts allégués sont avérés, il doit en principe fixer, selon son appréciation et sur la base des preuves administrées, la proportion des défauts reconnus par rapport au montant total du dommage allégué. On ne saurait raisonnablement exiger de la demanderesse qu'elle se penche sur tous les cas de figure hypothétiques, en anticipant l'appréciation du tribunal à cet égard [consid. 4.6].

Fort de ces rappels, le Tribunal fédéral constate que le *Handelsgericht* zurichois a posé des exigences de motivation trop strictes, notamment en reprochant à la recourante de ne pas avoir anticipé le résultat de l'administration des preuves. L'instance cantonale n'a toutefois pas violé le droit, puisqu'elle n'a pas considéré à tort que certaines allégations n'étaient pas suffisamment circonstanciées en l'espèce [consid. 5].

Sur ce dernier point, la recourante est d'avis que les expertises qu'elle a diligentées seraient, en tant que « *gemeinsame Gutachten* », contraignantes pour le tribunal, respectivement qu'une expertise judiciaire, qui s'effectuerait sur la base des constatations factuelles de l'expert privé, aurait dû être ordonnée par l'instance précédente, ce qui aurait permis de confirmer ses allégués.

D'une part, quand bien même le contenu de la première expertise a été accepté par les parties et que l'expert en question a été invité à poursuivre ses investigations, la recourante n'a pas réussi à démontrer la volonté des parties de reconnaître le caractère obligatoire des dites expertises. En effet, il ressort notamment du procès-verbal de la discussion du 19 août 2014 que les défenderesses 1 et 2 avaient émis la réserve que leurs assurances pourraient, cas échéant, faire appel ultérieurement à leurs propres experts. Partant, le Tribunal fédéral en a déduit qu'il ne s'agissait en l'espèce pas d'une expertise (privée) multilatérale (*gemeinsames Gutachten*), de sorte que la question de savoir quelle portée devrait être accordée à pareille expertise pouvait souffrir de rester indécise [consid. 5.1.2].

D'autre part, le Tribunal fédéral estime que la recourante tente d'attribuer le statut d'expertise-arbitrage à ses expertises privées, alors que les conditions requises par le CPC ne sont pas remplies en l'espèce (*cf.* art. 189 CPC). En effet, le simple fait pour les parties d'avoir accepté oralement (avec mention au procès-verbal) le contenu du premier rapport et toléré les investigations ultérieures de l'expert n'est pas suffisant à cet égard [consid. 5.1.3].

Pour ces différentes raisons, le Tribunal fédéral a nié le caractère contraignant de ces expertises privées pour le procès.

Quant au reproche de ne pas avoir ordonné l'expertise judiciaire requise, le Tribunal fédéral relève que celle-ci doit permettre la vérification des résultats de l'expertise privée par un expert indépendant. L'administration d'un moyen de preuve ne peut pas être refusée au motif qu'il n'est éventuellement pas apte à apporter la preuve souhaitée. Afin d'éviter qu'elle ne se transforme en « *fishing expedition* », il convient toutefois d'exiger des parties qu'elles démontrent, lorsque cela n'est pas manifeste, en quoi un résultat probant peut légitimement être escompté au vu du moyen de preuve proposé. Alors que cela ne nécessite en général pas d'explication particulière lorsque l'expert judiciaire peut sans autre procéder aux mêmes examens que l'expert privé, de telles indications sont en revanche nécessaires lorsque l'état de fait a considérablement changé entre-temps. La faculté de l'expert judiciaire d'évaluer si les hypothèses de l'expert privé apparaissent conciliables avec la documentation produite n'est pas suffisante à cet égard. Il faudrait qu'il soit possible d'exclure, avec une certaine probabilité et sur la base des documents disponibles, les causes alternatives (du dommage) qui n'auraient éventuellement pas été examinées par l'expert privé [consid. 5.3.1–5.3.2].

A cet égard, on ne saurait conférer *de facto* une valeur probante à une expertise privée en rendant impossible un contrôle indépendant de l'ouvrage litigieux par sa rénovation, faisant ainsi de l'expertise privée la base essentielle d'une expertise judiciaire, sans que les faits sur lesquels porte l'expertise privée puissent être vérifiés par l'expert judiciaire. En l'espèce, la recourante n'a pas démontré à suffisance de droit dans quelle mesure la documentation photographique et le constat officiel permettraient une telle vérification après la rénovation effectuée. Les témoignages proposés de personnes chargées de la rénovation n'y changent rien, dans la mesure où elles ne sont pas indépendantes. Le Tribunal fédéral souligne toutefois que pareil témoignage d'un expert privé pourrait exceptionnellement fournir la preuve requise, lorsqu'une situation de risque imminent exigerait une élimination immédiate du danger, rendant l'administration de tout autre moyen de preuve inconcevable. C'est d'ailleurs sur ce genre de considération que la recourante s'appuie lorsqu'elle affirme ne pas avoir eu le temps de requérir une preuve à futur, au vu du caractère avancé du dommage. Ce dernier point a été balayé par les juges de Mon-Repos, soulignant que près de trois ans s'étaient écoulés entre la première expertise et la rénovation de l'ouvrage [consid. 5.3.3].

Alors que la recourante reproche à l'intimée 1 d'être restée inactive malgré son engagement de procéder aux travaux de réfection, il ressort de la constatation des faits du tribunal zurichois qu'elles avaient opté pour une procédure en deux étapes, la première consistant en un engagement écrit de l'intimée 1 à effectuer lesdits travaux, à la suite de quoi la demanderesse l'informerait du concept de remise en état et du calendrier prévus. Dans un courrier ultérieur, la recourante a formellement demandé à l'intimée 1 de se tenir à disposition pour les travaux, laissant entrevoir qu'elle reprendrait contact avec elle pour lui communiquer la teneur du concept de remise en état ainsi que le calendrier des travaux. L'art. 169 al. 1 ch. 1 de la Norme SIA 118, applicable en l'espèce, instaure une priorité du droit de réfection, de sorte que le remboursement des frais de réparation des défauts par des tiers ne peut être exigé que si l'entrepreneur n'a pas remédié aux défauts dans un délai raisonnable. Comme la recourante n'a pas communiqué la date annoncée pour les travaux, elle n'a pas octroyé à l'intimée 1 une possibilité suffisante d'y remédier. A défaut de pareille communication, c'est à tort que la recourante invoque la déchéance du droit de réfection, l'intimée 1 demeurant dans l'attente desdites informations. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que les conditions pour l'exécution par substitution effectuée en l'espèce n'étaient pas

réunies, de sorte que la recourante n'avait pas droit au remboursement des frais ainsi générés [consid. 5.4].

Dans la mesure où la recourante ne prétend pas qu'il incombait à l'intimée 2 d'informer l'intimée 1 de la date des travaux, aucune prétention ne peut non plus être formulée à l'encontre des intimées 2 et 3 en lien avec le défaut de l'ouvrage. Il en va différemment pour les reproches formulés à leur encontre concernant le défaut de surveillance, celle-ci étant propre à empêcher l'apparition des défauts ou à conduire à leur correction immédiate. Etant donné que les défauts ne peuvent pas être prouvés sur la base d'expertises privées, respectivement que ces dernières ne sauraient servir de fondement à une expertise judiciaire, les défauts invoqués demeurent ainsi non prouvés [consid. 6].

Pour tous ces motifs, le Tribunal fédéral a rejeté le recours du maître de l'ouvrage.

III. Analyse

Sans instaurer de nouveaux principes, cet arrêt a le mérite d'illustrer les difficultés que les exigences de la maxime des débats, couplées à l'absence formelle de force probante de l'expertise privée, posent aux plaideurs.

Les exigences tirées de la maxime des débats en lien avec le fardeau de l'allégation, respectivement de la motivation, sont assez redoutables pour le plaideur, ne serait-ce qu'en présence de faits qui ne nécessitent pas de connaissances spécialisées¹. Tous les tribunaux n'appliquant pas ces principes avec la même rigueur², la technicité des procès en droit de la construction peut avoir pour effet de contraindre le plaideur à de longs développements dans ses écritures, s'il veut éviter de trébucher au stade de l'allégation, au motif de ne pas avoir démontré, de manière suffisamment compréhensible et cohérente, la réalisation de chaque étape d'un rapport de causalité³. Ainsi compris, le degré de précision des allégués exigé par les tribunaux alourdit le travail des avocats et, par voie de conséquence, le montant des honoraires supportés par les justiciables.

Or, ces exigences ne sauraient tendre à reléguer au second plan l'impératif d'une conduite judicieuse du procès. Le Tribunal de commerce zurichois s'est fait connaître ces dernières années pour avoir resserré les mailles de la maxime des débats dans une proportion si démesurée, qu'elle revient à annihiler *de facto* la justiciabilité de certaines prétentions⁴. La partie demanderesse a tenté de le démontrer à l'aide de statistiques dans l'arrêt ici commenté (*cf.* consid. 3). Quand bien même le Tribunal fédéral a confirmé la décision querellée dans son résultat, on peut discerner certains passages qui constatent et critiquent cette pratique du *Handelsgericht* zurichois (*cf.* consid. 5). En précisant qu'un tribunal ne saurait exiger d'une

¹ BOHNET FRANÇOIS, *Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social*, in : Bohnet/Dupont (édit.), *Le procès civil social*, Bâle/Neuchâtel 2018, 31 ss, N 46.

² HÜRLIMANN ROLAND, *Zivilprozesse in Bausachen : die wunden Punkte*, in : Stöckli (édit.), *Schweizerische Baurechtstagung 2019*, Fribourg 2019, 51 ss, 61.

³ FIECHTER JEAN-RODOLPHE, *Comment prouver ou contester correctement le prix de l'ouvrage, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_377/2021*, Newsletter immodroit.ch septembre 2022 ; *cf.* toutefois SCHNEUWLY ANDREAS, *Lange Rechtsschriften – Wieso ? und was tun ?*, *Revue de l'avocat* 10/2019, 443 ss, 450 s., qui attribue ce phénomène à d'autres causes, notamment à la propension des avocats à abuser des répétitions.

⁴ A ce sujet : DOLGE ANNETTE, *Anforderungen an die Substanziierung*, in : Dolge (édit.), *Substantiieren und Beweisen*, Zurich 2013, 17 ss, 33, avec des références jurisprudentielles.

partie qu'elle anticipe, lors de la phase de l'allégation, le résultat de l'administration des preuves, le Tribunal fédéral a fait tomber un des seuils de complexité propres à entraver l'accès à la phase probatoire, ce qui constitue sans conteste un signal bienvenu.

Bien que la demanderesse ait produit des écritures à rallonge, force est de constater que seule une petite partie des défauts initiaux allégués a été retenue par le tribunal et qu'elle a échoué à démontrer un rapport de causalité entre ceux-ci et les défauts subséquents (cf. consid. 2.1). En choisissant de faire rénover par un tiers les ouvrages défectueux, il était capital pour la demanderesse d'adopter une stratégie lui permettant de faire constater les défauts en vue du procès à venir, avant que la destruction de l'ouvrage défectueux ne rende toute procédure probatoire impossible. En choisissant de s'adonner à une sorte de double jeu avec l'expertise privée, la demanderesse a fini par être privée d'expertise judiciaire.

Il va de soi que dans ce genre de procès technique, l'expertise privée est une étape souvent nécessaire à la mise en œuvre d'une expertise judiciaire, dans la mesure où elle apparaît comme le seul moyen de franchir l'obstacle du fardeau de l'allégation, respectivement de la motivation⁵. La situation est toutefois différente si, comme en l'espèce, l'ouvrage à examiner par l'expert judiciaire n'existe plus ou a subi des modifications substantielles en raison des rénovations. La quintessence du présent arrêt consistait à déterminer si les constatations d'un expert privé sont propres à constituer une base valable pour effectuer une expertise judiciaire, qui a pour but de confirmer les conclusions de l'expertise privée et ainsi transformer un simple allégué de partie en moyen de preuve (cf. consid. 5.3). Le Tribunal fédéral enseigne dans cet arrêt que pareil procédé n'est pas inenvisageable, mais que le plaideur est dans pareil cas tenu de démontrer (1) que l'expertise sollicitée va vraisemblablement aboutir à un résultat probant et (2) qu'il est selon toute vraisemblance possible, au vu des documents fournis à l'expert judiciaire, d'exclure les causes alternatives (des défauts) qui n'auraient éventuellement pas été examinées par l'expert privé. Ces développements sont à notre sens convaincants, dans la mesure où la solution inverse reviendrait à octroyer, si ce n'est en droit alors en fait, une force probante aux constatations factuelles d'un expert privé, qui échapperaient au contrôle d'un expert indépendant. Les risques d'abus à cet égard sont manifestes. Par conséquent, les conditions strictes mais nécessaires posées par le Tribunal fédéral rendent ce procédé hautement imprévisible, de sorte qu'un plaideur diligent ferait bien d'éviter de s'engouffrer dans cette voie, s'il en a les moyens.

En plus d'avoir tenté d'utiliser l'expertise privée comme tremplin à l'ordonnance d'une expertise judiciaire, la demanderesse a voulu octroyer à son expertise privée une force probante, au motif qu'il s'agirait d'une expertise (privée) multilatérale, consentie par les parties (*gemeinsames Gutachten*). Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir quelle portée méritait d'être accordée à pareille expertise dans un procès. Alors que certains auteurs affirment qu'une expertise privée reconnue par l'ensemble des parties jouirait d'une force probante que le tribunal pourrait apprécier librement⁶, nous sommes d'avis que le cul-de-sac dogmatique instauré par le Tribunal fédéral bloque la route à pareil raisonnement. En effet, selon une jurisprudence critiquée mais bien établie, une expertise privée est

⁵ BOHNET FRANÇOIS/FITZI FRÉDÉRIC, Le cadre procédural de l'expertise judiciaire en matière civile, in : Bohnet/Dupont (édit.), L'expertise en procédure, Bâle/Neuchâtel 2022, 1 ss, N 17 (à paraître).

⁶ BUTZ RAPHAEL, Beweisführung bei Bauschäden, ImmoBilia 10/2019, 36 ss, 39 ; CHRISTINAT RACHEL, L'expertise médicale en procédures, in : Guillod/Christinat (édit.), L'expertise médicale, Berne 2021, 55 ss, 67 s.

– *de lege lata* – formellement dépourvue de force probante⁷. Alors qu'elle permet un degré accru de motivation des allégations de fait, la jurisprudence fédérale lui nie la capacité de prouver ces mêmes faits, au motif qu'elle échappe au *numerus clausus* des moyens de preuve. Il va sans dire qu'une expertise privée bilatérale, c'est-à-dire mandatée par les deux parties au litige, n'implique pas un manque d'indépendance structurelle identique à celui d'une expertise privée unilatérale, mandatée par une seule des parties. Toujours est-il que le Tribunal fédéral n'opère pas de distinction entre expertise (privée) unilatérale et bilatérale, mais uniquement entre expertise privée et judiciaire. Il s'ensuit qu'une expertise extrajudiciaire bilatérale ou multilatérale s'assimile à un simple allégué de partie, raison pour laquelle elle ne saurait, à elle seule, servir de base au prononcé d'un jugement, dès lors que les faits sont contestés devant le juge. Le Tribunal fédéral a d'ores et déjà eu l'occasion de relativiser quelque peu sa jurisprudence, en accordant d'une part à une expertise privée une certaine force probante lorsqu'elle vient corroborer un indice lui-même constaté par un moyen de preuve et, d'autre part, en octroyant à un sondage (enquête démoscopique) la qualité de preuve, au nom des spécificités inhérentes au droit des marques⁸. Nous doutons toutefois qu'un régime particulier soit instauré en faveur de l'expertise extrajudiciaire bilatérale par le Tribunal fédéral. Comprise comme une métastase des erreurs conceptuelles de cette jurisprudence, cette situation insatisfaisante pourrait être corrigée par le projet de révision du CPC, qui prévoit de qualifier l'expertise privée de titre au sens de l'art. 168 al. 1 let. b CPC, ce qui la ferait entrer dans le cercle fermé des moyens de preuve et permettrait à l'expertise bilatérale (ou multilatérale) d'être soumise à la libre appréciation des preuves⁹.

Cette absence de force probante représente un piège non négligeable dans une situation comme celle de l'arrêt ici discuté, où la modification de l'état de fait empêche *de facto* la confirmation par un expert judiciaire de ce qui a été allégué au moyen d'une expertise privée. Dans un exemple étrangement similaire, HÜRLIMANN avait déjà envisagé que les risques inhérents à ce contexte juridique puissent engendrer le sort funeste réservé à la demande de la recourante¹⁰.

A notre sens, la demanderesse aurait pu éviter pareil sort en optant pour une requête de preuve à futur. L'expertise réalisée dans ce cadre aurait alors eu rang d'expertise judiciaire, c'est-à-dire que ses conclusions auraient bénéficié d'une force probante dans le procès au fond subséquent¹¹. Il n'est pas rare dans le domaine de la construction que les parties impliquées renoncent aussi longtemps que possible à judiciariser leurs litiges, dans le but de préserver le climat contractuel¹². Or, dans une situation comme la présente, où les institutions de l'expertise-arbitrage et de la preuve à futur semblent être les seules façons d'obtenir un moyen de preuve en vue d'un procès ultérieur, y renoncer s'avère être un pari risqué.

⁷ A ce sujet : BOHNET FRANÇOIS/TREZZINI FRANCESCO, L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433 – Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait, RDS 4/2017 I, 367 ss.

⁸ TF 4A_587/2021 du 30 août 2022 (destiné à la publication), consid. 4.5.

⁹ Art. 177 P-CPC ; Message CPC 2020, FF 2020, 2659 s.

¹⁰ HÜRLIMANN, *op. cit.*, 55.

¹¹ ATF 142 III 40, consid. 3.1.3 ; cf. BOHNET/FITZLI, *op. cit.*, N 20 et les références citées.

¹² HÜRLIMANN, *op. cit.*, 55.