

Le rôle de l'expert médical

ALEXANDRE GUYAZ^{* **}

Article publié in Chappuis/Winiger (édit.), *La preuve en droit de la responsabilité civile*, Zurich 2011, pp. 117ss.

Tables des matières

I. Introduction	1
II. Le contexte juridique	3
A. L'égalité des parties.....	3
B. Le droit de fond	4
III. Le choix de l'expert.....	6
A. Les compétences de l'expert.....	6
B. Expertise pluridisciplinaire ou expertises multiples ?	7
C. L'indépendance de l'expert	8
1. La situation en droit des assurances sociales.....	8
2. Les exigences d'indépendance en procédure civile.....	11
IV. La mise en œuvre de l'expert	14
A. La rédaction du questionnaire.....	14
B. Les premiers contacts et la séance de mise en œuvre.....	15
C. La présence d'un tiers lors de l'examen médical ?.....	16
V. L'appréciation du rapport d'expertise	17
A. Les critères applicables en droit des assurances sociales	17
B. La situation en procédure civile.....	18
VI. Exemple de questionnaire en vue d'une expertise médicale	20
VII. Bibliographie	22

I. Introduction

En matière de préjudice corporel, le juge pourra difficilement évaluer les éléments constitutifs d'un éventuel dommage, ni résoudre les questions souvent délicates 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 civil suisse (CPC), devra le cas échéant ordonner d'office un tel moyen de preuve, comme le prévoit le nouvel art. 183 al. 1 CPC¹.

* Dr 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, et publié aux ATF 137 V 210. 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.

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.

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 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

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

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 Mme 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 (voit 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.

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.

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 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.

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.

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'ALIOTTA, p. 69.

¹³ ATF 137 V 210, cons. 3.4.2.6.

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 comandataires 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.

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 médi-

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.

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 ».

cale, 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 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 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.

²¹ ATF 130 V 396 cons. 5.3.2 ; arrêt 9C_405/2008 du 29 septembre 2008, cons. 4.4.

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* ».

²⁷ Contra : SCHATZMANN, p. 57. Or, cette jurisprudence se veut une précision des art. 7 et 8 LPG (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 raisonnablement surmontables n'est pas soutenable.

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 objectivables, 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 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

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 (pp. 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'écarter 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.

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.

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 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.

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 collègue 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.

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.

³⁵ Voir notamment DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 25 ad art. 183 CPC ; BÜHLER : *Gerichtsgutachter*, p. 40.

³⁶ Voir ALIOTTA, 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, pp. 55 ss.).

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.

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

³⁷ Voir PAYCHÈRE : *Le juge*, p. 139.

³⁸ Telle est notamment la solution préconisée par BÜHLER (*Gerichtsgutachter*, p.40) et PERGOLIS (p. 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 : p. 134-135. Dans le même sens : TH. WEIBEL, in *ZPO Kommentar*, ch. 32 ad art. 183 CPC.

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.

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 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 restent par ailleurs relativement limités lorsqu'une expertise indépendante au sens de l'art. 44 LPGA est 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'a 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 est 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 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

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.

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 ATF 137 V 210, cons. 3.4.2.9.

⁵³ Voir par exemple ATF 125 V 353, cons. 3b ee ; ATF 132 V 93, cons. 7.1.

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 considéré 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 les art. 59 al. 3 LAI et 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 des ces assureurs⁵⁹. Le Tribunal fédéral 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. Très récemment, face aux critiques émises à l'encontre des 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.

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*, p. 17-18 ; ALIOTTA : pp. 77 ss ; STOLKIN : p. 253. On renverra aussi et surtout à l'avis de droit rendu le 11 février 2010 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 59).

⁶³ Arrêt 9C_400/2010 du 9 septembre 2010, cons. 4.2.2.

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 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 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.

⁶⁴ ATF 137 V 210, 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.

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.

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 pu-

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.

⁷³ DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 23 ad art. 183 CPC. Dans le même sens : BÜHLER : *Gerichtsgutachter*, p. 32.

blique 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 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 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 doctrinaires 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

⁷⁴ ATF 125 II 541, cons. 4c.

⁷⁵ Voir à ce sujet les auteurs cités plus haut, note 59.

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.

⁷⁷ Voir par exemple les références citées in ATF 134 V 109, cons. 7.1.

⁷⁸ Voir plus haut, page 9.

⁷⁹ DOLGE, in *Basler Kommentar*, ch. 23 ad art. 183 CPC ; BÜHLER : *Gerichtsgutachter*, p. 38.

té 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 soumises à 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.

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, quelque 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

⁸⁰ Art. 185 al. 1 et 3 et 186 al. 1 CPC.

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.

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 sine ou ante a-t-il été atteint ? », mieux vaut interpellier 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 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

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.

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.

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.

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 comprend 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

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.

⁹⁴ PAYCHÈRE : *Le médecin*, p. 122.

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 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 inter-

⁹⁵ ALIOTTA : p. 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.

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.

prétation 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 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.

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.

¹⁰⁶ Arrêt 9C_72/2010 du 24 juin 2010, cons. 4.1.

¹⁰⁷ Concernant la portée générale de ce principe, voir notamment BOSSHARD¹⁰⁸ HOFMANN/LÜSCHER : p. 95 ; HASENBÖHLER, in *ZPO Kommentar*, ch. 9 ad art. 157 CPC.

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.

C'est dire que par cette restriction au pouvoir de libre appréciation du juge, on confère une responsabilité particulière à l'expert¹¹⁴.

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 expertise 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

¹¹⁴ BOSSHARD

¹¹⁵ PERGOLIS : p. 130. Dans le même sens : BÜHLER : *Beweismass*, p. 67.

¹¹⁶ Voir plus haut, p. 16.

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 : p. 127-128 et BÜHLER : *Gerechtigutachten*, p. 48.

¹¹⁹ HOFMANN/LÜSCHER : p. 98.

¹²⁰ Dans le même sens : PERGOLIS : p. 128.

¹²¹ PERGOLIS (p. 140) arrive à une conclusion semblable.

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
 - 4.1 Quel est votre diagnostic selon le code ICD-10 et/ou DSM-IV ?
 - 4.2 Pour quels motifs écarterez-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 ?

^{***} 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.

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 (édi.), *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°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 VIc, 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.
- PAYCHÈRE 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*).
- PAYCHÈRE 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*).