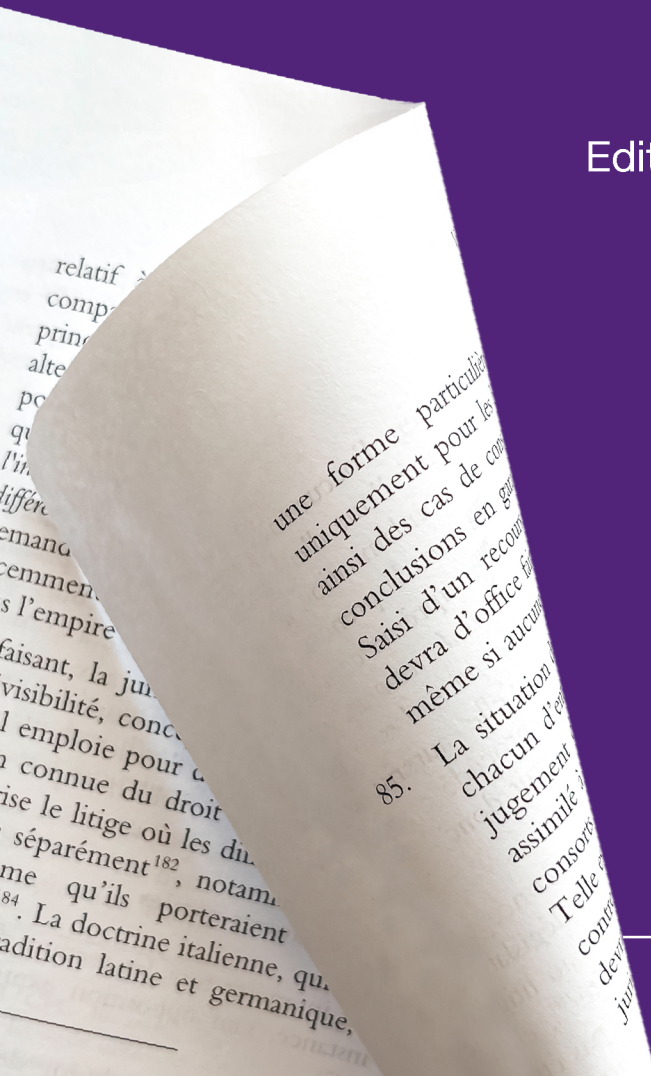


Les faits en procédures civile, pénale et administrative

Edité par François Bohnet



LES FAITS EN PROCÉDURES CIVILE,
PÉNALE ET ADMINISTRATIVE

LES FAITS EN PROCÉDURES CIVILE, PÉNALE ET ADMINISTRATIVE

Edité par
François Bohnet

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn



www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-4774-0

© 2023 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

www.publications-droit.ch

Avant-propos

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel propose chaque année, en collaboration avec le CEMAJ, une journée de formation continue destinée aux professionnels du monde judiciaire. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois.

La journée 2023 est consacrée aux faits en procédure. Qui doit alléguer quoi et comment compte tenu des maximes de procédure ? A quel moment ? Qui supporte l'absence d'un fait au procès ? Qu'est-ce qu'un indice ? Comment distinguer les faits du droit, en particulier au stade des recours ? On l'aura compris, le sujet est des plus vaste et soulève de nombreuses questions.

Le présent ouvrage tente de faire le point sur ce thème. François Bohnet présente les faits générateurs, dirimants et extinctifs en procédure civile, tandis que Frédéric Fitzi se penche sur les faits exorbitants. Denis Tappy s'intéresse à la différence entre fait et droit et à ses conséquences procédurales. La contribution de Stéphane Grodecki porte sur l'établissement des faits en procédure administrative au regard de la maxime d'office et de l'obligation de collaborer. Yvan Jeanneret consacre ses développements aux faits à l'épreuve de la maxime d'accusation. Enfin, Valentin Rétornaz propose un regard circulaire sur la preuve par indices en procédures civile, pénale et administrative.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier ici les auteurs et les participant·es au colloque. Ils remercient également toutes les collaboratrices et tous les collaborateurs du secrétariat de la formation continue, pour l'organisation de la journée et l'élaboration du manuscrit.

François Bohnet

Sommaire

FRANÇOIS BOHNET

Les faits générateurs, dirimants et extinctifs en procédure civile 1

FRÉDÉRIC FITZI

Les faits exorbitants en procédure civile 39

DENIS TAPPY

La différence entre fait et droit : principe et
conséquences procédurales 91

STÉPHANE GRODECKI

L'établissement des faits en procédure administrative :
entre instruction d'office et obligation de collaborer 147

YVAN JEANNERET

Les faits à l'épreuve de la maxime d'accusation 165

VALENTIN RÉTORNAZ

La preuve par indices en procédures civile, pénale
et administrative 215

Abréviations

a[sigle de la loi]	Version abrogée d'une loi
AG	Argovie
AppGer	<i>Appellationsgericht</i>
AR	Aarau
ArbGer	<i>Arbeitsgericht</i>
Art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BE	Berne
BK	<i>Berner Kommentar</i>
BS	Bâle-Ville
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre
CHK	<i>Handkommentar zum Schweizer Privatrecht</i>
CHF	franc(s) suisse(s)
CJ	Cour de Justice
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livres cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
consid.	considérant(s)
coord.	coordinateur

Abréviations

CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DNA	= ADN
DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)/éditrice(s)
etc.	<i>et cetera</i>
FF	Feuille fédérale
FR	Fribourg
GE	Genève
GR	Grisons
GVP	<i>Gerichts- und Verwaltungspraxis</i>
HGer	<i>Handelsgericht</i>
HLK	<i>Helbing & Lichtenhahn Kommentar</i>
<i>ibid.</i>	au même endroit
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
JdT	Journal des Tribunaux
KassGer	<i>Kassationsgericht</i>
KGer	<i>Kantonsgericht</i>
KUKO	<i>Kurzkommentar</i>

Abréviations

LAsi	Loi fédérale sur l'asile (RS 142.31)
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (RS 221.229.1)
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
LDTR	Loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation (RS/GE L 5 20)
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité) du 24 mars 1995 (RS 151.1)
LEI	Loi sur les étrangers et l'intégration
let.	lettre(s)
LIASI	Loi genevoise sur l'insertion et l'aide sociale individuelle (RS/GE J 4 04)
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
LHID	Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LP	Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPA/GE	Loi genevoise sur la procédure administrative (RS/GE E 5 10)
LPA/VD	Loi vaudoise sur la procédure administrative (RS/VD 173.36)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (RS 830.1)
LPJA/NE	Loi cantonale neuchâteloise sur la procédure et la juridiction administratives du 27 juin 1979 (RS/NE 152.230)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTFB	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral des brevets du 20 mars 2009 (RS 173.41)

Abréviations

Message CPC 2006	Message relatif au Code de procédure civile suisse du 28 juin 2006 (CPC) (FF 2006 6841)
MietGer	<i>Mietgericht</i>
N	numéro(s) de paragraphe
n.	note(s)
n°	numéro(s)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OFK	<i>Orell Füssli Kommentar</i>
OGer	<i>Obergericht</i>
p.	page(s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative (RS 172.021)
PatG	= LBI (Loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954 [RS 232.14] / <i>Bundesgesetz über die Erfindungspatente</i>)
PatGG	= LTFB
PCEF	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947
PKG	<i>Praxis des Kantonsgerichts</i>
p./pp.	page(s)
RBOG	<i>Rechenschaftsbericht des Obergerichts</i>
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et assurance
réf.	référence(s)
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral

Abréviations

RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS + canton	Recueil systématique du droit cantonal
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
SH	Schaffhouse
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SO	Soleure
SJ	Semaine judiciaire
StPO	= CPP
<i>supra</i>	ci-dessus
SZ	Schwytz
TApp	<i>Tribunale d'appello</i>
TC	Tribunal cantonal
TC VD	Tribunal cantonal vaudois
TD	Tribunal de district
TF	Tribunal fédéral
TG	Thurgovie
TI	Tessin
VD	Vaud
v.	= c.
vol.	volume
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VS	Valais

Abréviations

ZH	Zurich
ZMP	<i>Zürcher Mietrechtspraxis</i>
ZPO	= CPC
ZR	<i>Blätter für Zürcherische Rechtsprechung</i>

Les faits générateurs, dirimants et extinctifs en procédure civile

par

François Bohnet*

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

I. Introduction.....	3
II. La protection juridique requise	4
A. La congruence entre l'état de fait établi et les éléments constitutifs des normes juridiques invoquées	5
B. Le fardeau de l'allégation	5
C. Le fardeau de la preuve.....	6
1. Le fardeau objectif et subjectif	6
2. La répartition du fardeau de la preuve	7
a) Généralités	7
b) La théorie des normes (<i>Normentheorie</i>)	8
c) Une méthode d'analyse de la norme	10
d) Quelques critiques doctrinales.....	11
e) L'approche suivie par le Tribunal fédéral.....	15
III. Les faits générateurs : ce que le demandeur doit alléguer.....	16
IV. Les objections : ce que le défendeur doit alléguer	17
A. Généralités.....	17
B. Les faits dirimants.....	18
C. Les faits extinctifs	19

* L'auteur remercie Me GAËTAN CORTHAY, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel, avocat, pour son aide dans l'élaboration du présent article.

D. Les particularités issues de l'ordre juridique	20
1. Les présomptions légales d'un fait	20
2. Les présomptions de l'homme	21
3. Les fictions.....	23
4. Le renversement du fardeau de la preuve	23
V. L'application de la théorie des normes.....	25
A. L'opposition au congé	25
B. La responsabilité de l'avocat	26
C. La responsabilité médicale.....	27
D. Le contrat d'assurance.....	29
VI. Le moment de l'allégation des faits et des objections : <i>quand alléguer ?</i>	31
A. Principe : deux possibilités d'alléguer.....	31
B. En procédure ordinaire.....	31
C. En procédure simplifiée.....	33
D. En procédure sommaire.....	33
VII. Conclusion	34
Bibliographie	36

I. Introduction

1. *Da mihi facta, dabo tibi ius*. Cet adage incontournable issu des principes du droit romain¹, que le Conseil fédéral citait encore à l'appui du projet de Code de procédure civil, est toujours de rigueur dans les procédures civiles soumises à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC)². Il revient aux parties de fournir les faits à l'appui leurs conclusions, et s'ils sont contestés, de les prouver (art. 8 CC). Ces faits, ce sont les faits pertinents (art. 150 al. 1 CPC), à savoir ceux dont dépend l'application du droit qui fonde leur prétention. Pour que la norme juridique s'applique, il faut une *congruence* entre les éléments constitutifs qui la caractérisent et les faits établis. Qui supporte l'absence desdits faits et de leur preuve ? C'est toute la question du fardeau de l'allégation et de la preuve.
2. Si le demandeur doit faire l'effort de fournir la base factuelle de la prétention qu'il affirme, le défendeur se prévaut également de certaines normes juridiques qui lui sont favorables et dont l'allégation du substrat factuel lui revient logiquement. La compréhension de la réparation du fardeau respectif des parties en matière d'apport des faits au procès (*fardeau objectif de l'allégation*) est donc centrale en procédure civile.
3. L'absence d'allégation des faits constitutifs d'une prétention, d'une objection ou d'une exception entraîne le rejet de celle-ci sans passer par le terrain de la preuve. Si en revanche les faits pertinents ont été allégués, le juge doit déterminer s'ils sont admis, et, à défaut, s'ils sont prouvés ou non. La question du *fardeau objectif de la preuve*, qui vise à déterminer qui supporte l'absence de preuve d'un fait ne se pose ainsi que dans l'hypothèse où le fait n'est pas prouvé (*non liquet*)³.

¹ Sa formulation précise ne remonterait qu'à l'école des pandectes allemande, voir LAURENT PENNEC, L'adage *jura novit curia* dans le procès civil. Emergence et évolution contemporaine en droit comparé, thèse Toulon, 2010, 225 ss, 255 ss.

² Message CPC, FF 2008 6848.

³ ROSENBERG, 2 ss, 14 s. ; BOHNET/JEANNIN, N 16 ss ; DESCHENAUX, 227 s. ; GULDENER, 16 s. ; ZK ZGB-JUNGO, Art. 89 N 73 ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 20 ; ZGB-WALTER, Art. 8 N 28 ; ATF 129 III 18, consid. 2.6 ; ATF 127 III 519, consid. 2a.

4. La répartition du fardeau de l'allégation et de la preuve intervient sur la base de la distinction classique entre les *faits générateurs*, dont l'absence d'allégation ou de preuve lorsque le fait est contesté entraîne la perte du procès par le demandeur, et les *faits dirimants* et *extinctifs*, dont l'absence d'allégation ou de preuve lorsque le fait est contesté est supportée par le défendeur.
5. Au travers de cette distinction, la présente contribution détaille les règles relatives à la répartition de l'allégation des faits et au fardeau de la preuve. Elle rappelle également le *cadre temporel* dans lequel s'inscrit le fardeau subjectif de l'allégation.

II. La protection juridique requise

6. Lorsque le droit affirmé par un justiciable est contesté ou qu'il ne peut être consacré que judiciairement, il revient à l'intéressé d'agir en justice en affirmant le droit à la protection juridique de sa prétention (*Rechtsschutzanspruchsbeauptung*)⁴. Le demandeur présente les faits sur la base desquels il déduit le droit à un certain prononcé au travers de ses conclusions (*Gesuch um Rechtsschutz*)⁵. Ce processus implique un examen détaillé des faits sur lesquels l'intéressé entend fonder sa demande. Cette réflexion est souvent tant inductive que déductive : le juriste part logiquement des faits qui se présentent à lui pour déterminer le droit à sa disposition, mais il procède aussi inversement et prend en compte les normes applicables pour ensuite déterminer si les éléments constitutifs desdites normes sont réunis ou à quelles conditions ils pourraient l'être⁶.
7. Le défendeur demande lui aussi la protection du juge en concluant au rejet de la demande. Cette constatation négative du tribunal consiste à nier le droit affirmé par le demandeur⁷. Pour parvenir à ses fins, le défendeur ne peut parfois se contenter de nier les faits allégués par le demandeur, mais doit alléguer des faits distincts de

⁴ BOHNET/DROESE, 482 ; BERTI, 195.

⁵ TF 4A_555/2022 du 11 avril 2023, consid. 2.5.

⁶ CPra Actions-BOHNET, vol. 1 § 1 N 3.

⁷ BOHNET/DROESE, 482.

ceux avancés par le demandeur : c'est tout le jeu des objections et des exceptions, qui sera détaillé plus bas.

A. La congruence entre l'état de fait établi et les éléments constitutifs des normes juridiques invoquées

8. Pour qu'une norme juridique s'applique dans un cas d'espèce, il faut que l'état de fait établi (que le fait soit prouvé, notoire ou non contesté) comprenne les éléments constitutifs de la norme. En d'autres termes, il faut une *congruence* entre lesdits éléments et l'état de fait établi. Le tribunal confronte la norme juridique applicable (majeur) avec l'état de fait établi (mineur). Si celui-ci ne comprend pas les éléments constitutifs de la norme, il rejette la prétention. Cette subsomption est une opération purement juridique du juge⁸. Cette congruence implique que les faits pertinents aient été allégués et que dans l'hypothèse où ils ont été contestés, ils soient prouvés. Encore faut-il déterminer qui supporte l'absence de ces faits ou de leur preuve. D'où les notions de fardeau objectif de l'allégation et de la preuve⁹.

B. Le fardeau de l'allégation

9. La maxime des débats impose au demandeur d'alléguer les faits et de proposer les preuves à l'appui de ses prétentions selon les règles prévues par le CPC (art. 55 al. 1 CPC). Cette incombance consacre le fardeau *subjectif* de l'allégation¹⁰. Les allégués du demandeur doivent ainsi comprendre tous les éléments constitutifs (*Tatbestand*) des normes fondant sa prétention¹¹. A défaut d'allégation suffisante, le demandeur devra supporter les conséquences de l'absence d'un

⁸ ROSENBERG, 8 : « konkrete rechtliche Beurteilung » ; DESCHENAUX, 221 s.

⁹ L'œuvre de LEO ROSENBERG est fondamentale sur ces notions. Son analyse du fardeau de la preuve a permis de distinguer conceptuellement les fardeaux objectifs et subjectifs de l'allégation et de la preuve ; voir BOHNET, Allégation, 13.

¹⁰ ROSENBERG, 47 s. ; BOHNET, Allégation, N 12 et 27 ; BRÖNNIMANN, 29 ; HOHL, 207 N 1257 ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 183.

¹¹ BOHNET, Allégation, N 27.

fait au procès, soit le rejet de sa prétention. Cette conséquence est l'expression des règles sur le fardeau *objectif* de l'allégation¹².

10. Le défendeur doit lui aussi veiller à maîtriser le fardeau subjectif de l'allégation. Le rejet de la prétention du demandeur passe en effet souvent par l'allégation de faits distincts de ceux amenés par le demandeur¹³. Comme nous le détaillerons plus bas, le défendeur soulèvera des objections (erreur, compensation, paiement, etc.) ou invoquera des exceptions (en particulier la prescription) dont il résulte que le droit invoqué n'existe pas ou plus (objection) ou que ce droit se voit opposer un droit du défendeur (exception)¹⁴.
11. Le demandeur a alors la charge de contester les faits objectés ou qui soutiennent une exception. A défaut de procéder ainsi, ceux-ci sont réputés admis¹⁵.

C. Le fardeau de la preuve

1. Le fardeau objectif et subjectif

12. Le fardeau de l'allégation tel qu'exposé ci-avant est intimement lié au fardeau de la preuve. En effet, s'il incombe au demandeur d'alléguer les faits, celui-ci doit également proposer les preuves à l'appui de ses prétentions (fardeau *subjectif* de la preuve¹⁶). Il supporte en outre les conséquences inhérentes au défaut de preuve à savoir la perte du procès (fardeau *objectif* de la preuve)¹⁷. Il en va

¹² BOHNET, Allégation, N 27 et les réf. jurisprudentielles. Pour un exemple récent : TF 4A_624/2021 du 8 avril 2022, consid. 3.1.

¹³ BOHNET, Défenses, 313.

¹⁴ BOHNET, Défenses, 310 s. ; voir ATF 124 III 207, consid. 3b/bb, JdT 1999 II 55 « les exceptions [recte : les objections] ne servent en effet pas à saisir le juge d'une prétention indépendante, mais constituent seulement des moyens de défense invoqués par le défendeur pour contester la demande » ; ATF 63 II 133, consid. 3c, JdT 1937 I 566. Voir également ATF 72 III 52, consid. 2 ; ATF 68 III 85, JdT 1942 II 144.

¹⁵ BOHNET, Allégation, N 28.

¹⁶ ROSENBERG, 16 ss ; BOHNET, Allégation, N 12 ; BRÖNNIMANN, 29 ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 176 ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 176.

¹⁷ ROSENBERG, 16 ss ; BOHNET, Allégation, N 13, 7 ; ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 129, 180 ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 20 ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 169.

de même du défendeur pour les objections et les exceptions qu'il soulève¹⁸.

13. Les règles sur le fardeau de la preuve ont ainsi pour fonction de faire supporter à l'une des parties les conséquences de l'absence de preuve portant sur un fait pertinent. Elles n'ont de portée que lorsque le tribunal n'est pas convaincu de l'existence ou l'inexistence d'un fait (*non liquet*)¹⁹ et permettent au tribunal de rejeter ou d'admettre une prétention indépendamment de la conviction du juge sur le fait pertinent en question²⁰.

2. La répartition du fardeau de la preuve

a) Généralités

14. En vertu de l'art. 8 CC, « *chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit* ». Cette disposition traite de la question du fardeau objectif de la preuve, et vise à déterminer laquelle des parties supporte les conséquences de l'échec de la preuve, en l'absence d'une norme de droit matériel réglant expressément la question²¹. Comme le montre les travaux préparatoires²², le législateur entendait reprendre le même schéma que les anciennes règles cantonales applicables, à savoir qu'il revient au demandeur de prouver sa prétention et au défendeur d'établir ses défenses et exceptions²³. Cette approche, qui était déjà celle du droit

¹⁸ BOHNET, Allégation, N 28.

¹⁹ ROSENBERG, 2, 14 ; BOHNET/JEANNIN, N 16 ss.

²⁰ BOHNET/JEANNIN, N 18 ; ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 181 ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 20.

²¹ BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 32 ss ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 171 ; ATF 139 III 7, consid. 2 ; ATF 129 III 18, consid. 2.6 ; ATF 127 III 519, consid. 2a. Certains auteurs considèrent qu'elle ne fait que soumettre au droit fédéral la question du fardeau de la preuve, mais sans fixer les critères permettant de le répartir, voir MEIER, 708 et 712.

²² Voir MEIER, 709 s. ; KUHN, 66 ss.

²³ DESCHENAUX, 235 s. ; ZK-EGGER, Art. 8 N 4 ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 132 s.

romain²⁴, a traversé les époques au travers de la procédure romano-canonique.

15. La règle de l'art. 8 CC manque toutefois de précision pour en déduire systématiquement une conclusion dans un cas d'espèce de sorte qu'une *concrétisation* est nécessaire²⁵. A ce jour, la théorie des normes (*Normentheorie*) emporte l'adhésion de la doctrine majoritaire et du Tribunal fédéral. Elle apparaît comme l'approche la plus concrète, mais également la plus fiable, celle dont les effets sont les plus prévisibles. Elle sera développée ci-après puis critiquée à l'aune d'autres approches possibles issues de la doctrine.

b) La théorie des normes (Normentheorie)

16. L'opération intellectuelle nécessaire à la concrétisation précitée fait l'objet de la « théorie des normes » (*Normentheorie*) développée par le Prof. allemand LÉO ROSENBERG dans sa thèse de doctorat datant de 1900²⁶. Cette théorie fut ensuite reprise en Suisse dès 1910²⁷.
17. La théorie des normes suppose que le demandeur qui invoque une prétention en justice présente au tribunal et prouve les faits sur lesquels il fonde sa prétention, à savoir les faits de l'existence desquels découlent, selon une règle juridique, les conséquences juridiques qu'il souhaite²⁸. Le fardeau de la preuve pour un fait déterminé incombe ainsi à la partie pour laquelle la présence du fait est favorable²⁹.

²⁴ Voir les développements sur les sources de KASER/HACKL, 598.

²⁵ BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 127.

²⁶ Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1900, 37 s. Sa théorie a été enrichie dans son fameux ouvrage, Die Beweislast, 5^e éd., Munich 1965, 98 s. Elle s'exprime ainsi : « jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm [...] zu beweisen » ; BOHNET/JEANNIN, N 23.

²⁷ MAX GMÜR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band 1, 1^{re} éd., Berne 1910, Art. 8 N 3, 10 ss. Voir ensuite KUHN, 49, 72 s.

²⁸ BOHNET, Procédure civile, N 1287 ; CPC-SCHWEIZER, art. 150 N 9 ; SIEGRIST, 85 ; TF 4A_195/2014, 4A_197/2014 du 27 novembre 2014, consid. 7.3.2 (non publié in : ATF 140 III 602) ; TF 4A_229/2012 du 19 juillet 2012, consid. 4.

²⁹ ROSENBERG, 98 s. ; BOHNET/JEANNIN, N 23 s.

18. Pour déterminer l'existence d'un *fait favorable*, il faut préalablement déterminer quelle règle de droit est favorable à quelle partie, au moyen de l'interprétation du droit matériel et des liens entre les diverses dispositions. Selon la théorie des normes, les règles de droit se complètent, s'excluent ou se trouvent sans aucun lien entre elles³⁰.
19. Les règles de droit matériel se classent alors en règles *génératrices*, *dirimantes* et *extinctives* selon qu'elles fixent les conditions de la naissance d'un droit, de l'empêchement de sa naissance et de son extinction³¹.
20. Cette classification³², qui reprend celle que la doctrine allemande du XIX^e siècle avait déjà fait émerger pour les faits³³ en distinguant entre faits *générateurs*, faits *dirimants* ou faits *extinctifs*, répartit ceux-ci selon qu'ils sont à l'origine d'une norme qui permet la naissance d'un droit, empêche sa naissance ou entraîne son extinction. La théorie des normes permet ainsi de faire apparaître les catégories de faits utilisées traditionnellement en procédure civile suisse³⁴.

³⁰ ROSENBERG, 99 ss ; BOHNET/JEANNIN, N 23 ss.

³¹ ROSENBERG, 105 s. ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 134 ss ; BOHNET/JEANNIN, N 25 ss.

³² ROSENBERG est surtout parvenu à échafauder une théorie complète sur ce thème. Pour des développements, voir GRÄFE, 141 s.

³³ MORITZ AUGUST BETHMANN-HOLLWEG, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses*, Berlin/Stettin, 1827, 351 ; FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. 5, Berlin 1841, § 225 ; OSKAR BÜLOW, *Gemeines deutsches Zivilprozessrecht*, Vorlesung 1868/1869, édité par Johann Braun, Tübingen 2003, 182.

³⁴ Le Tribunal fédéral se référait déjà à ces notions en 1875, voir ATF 11 69, consid. 5, 73 s. (l'incapacité de discernement est un fait dirimant), en se fondant sur SAVIGNY, et en 1892, voir ATF 18 295, consid. 2, 299 (la réserve d'une forme spéciale pour la validité d'un contrat est un fait dirimant), en renvoyant au célèbre *Handbuch* de WACH. ANDREAS VON TUHR a également importé ces notions en Suisse : après avoir rédigé son commentaire de la partie générale du BGB (*Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, vol. 1, Leipzig 1910, 288 et vol. 2, 10), il s'est attaqué à la partie générale du Code des obligations : *Partie générale du Code fédéral des obligations*, traduit par DE TORRENTÉ MAURICE/EMILE THILO, vol. I, Lausanne 1929, 22.

21. Au vu de ce qui précède, la règle de l'art. 8 CC peut être concrétisée de la manière suivante. La partie demanderesse supporte le fardeau de la preuve des faits générateurs de sa prétention. Ceux-ci lui sont *favorables*. La partie défenderesse supporte à son tour le fardeau de la preuve des faits dirimants et extinctifs³⁵. Ce sont ces catégories de fait qui lui seront *favorables* puisqu'elles lui permettront d'écarter la prétention du demandeur. Cette approche est aujourd'hui suivie par une large partie de la doctrine et, pour l'essentiel, par le Tribunal fédéral³⁶.

c) Une méthode d'analyse de la norme

22. Il ne fait pas de doute que cette opération peut s'avérer complexe. Comme le relèvent par exemple DESCHENAUX et KUMMER, la grande difficulté est de faire le départ entre les faits générateurs et les faits dirimants³⁷. L'interprétation de la loi impose, le plus souvent, de prendre appui sur la systématique du texte légal afin de révéler la règle et l'exception à la règle, le principe et sa dérogation.
23. Ainsi, lorsqu'une partie soulève une exception procédurale (au sens technique du terme) pour paralyser ou éteindre le droit adverse, il lui appartient d'alléguer et de prouver les faits générateurs à l'origine de la norme qu'elle invoque. L'existence d'une exception procédurale révèle donc la présence d'un fait dirimant ou extinctif grâce à l'analyse des relations entre les normes élevées par le demandeur et celles que le défendeur entend lui opposer³⁸.

³⁵ ROSENBERG, 106 ; BOHNET/JEANNIN, N 25.

³⁶ Pour des exemples récents, voir ATF 139 III 13, consid. 3.1.3.1 ; ATF 130 III 321, consid. 3.1 ; ATF 128 III 271, consid. 2a ; TF 5A_323/2019 du 24 avril 2020, consid. 3.1. Pour la doctrine, BOHNET, Procédure civile, N 1214 ss ; CR CC I-PIOTET, art. 8 N 31 ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 129 ss ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 169 ; *contra* : ZK ZGB-EGGER, Art. 8 N 9 ; ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 56.

³⁷ DESCHENAUX, 241 ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 137 qui relèvent à raison que la distinction entre faits dirimants et extinctifs est sans intérêt pratique puisque le fardeau de la preuve y relatif appartient à la partie qui les invoque.

³⁸ GULDENER, 35 ss.

24. De la même manière, une norme énonçant une règle de droit contient le plus souvent des faits générateurs. A l'inverse, la norme qui énonce une exception à la règle contient des faits dirimants. La partie qui invoque l'une ou l'autre des normes supporte le fardeau de la preuve, de sorte que celui-ci se répartit naturellement grâce à l'analyse des relations entre les normes³⁹.
25. L'identification d'un fait dirimant ou extinctif peut également découler d'une anomalie touchant le fait générateur évoqué. Un état de fait en cours de réalisation dont l'accomplissement génère un droit peut se voir opposer sa propre interruption. C'est alors à celui qui prétend que la réalisation de l'état de fait est interrompue d'en apporter la preuve⁴⁰.
26. La présente section offre plusieurs clefs permettant d'analyser les normes et de concrétiser l'art. 8 CC de manière précise. L'étude de ces clefs d'analyse démontre que la théorie des normes est propre à assurer une distribution du fardeau de la preuve objectivable et prévisible. Elle assure ainsi la sécurité du droit et tient compte de l'équité dans le procès civil.

d) Quelques critiques doctrinales

27. Si la théorie des normes a su rapidement convaincre la doctrine et les tribunaux en Allemagne et en Suisse, elle fait depuis toujours l'objet de diverses critiques, sans que celles-ci ne convainquent au-delà des nuances qu'elles peuvent parfois apporter à la théorie dominante. On reproche à la théorie de ROSENBERG de demander aux normes plus qu'il ne peut en résulter. La classification en normes génératrices, dirimantes et extinctives ainsi que la détermination de la norme favorable à la partie qui s'en prévaut ne peut pas systématiquement être réalisée. Il en résulte que la théorie des normes ne serait pas apte à appréhender toutes les configurations et échouerait à proposer un système fiable dans les cas complexes. A l'époque où la théorie des normes venait de faire ses premiers adeptes, EGGER, à l'opposé de cette méthode abstraite,

³⁹ DESCHENAUX, 242 avec de nombreux exemples et réf. citées.

⁴⁰ BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 167 ss.

proposait de s'en remettre au juge et à l'*équité* pour déterminer la répartition du fardeau de la preuve⁴¹. Le juge applique le droit. Plus précisément, il détermine la manière dont il entend appliquer la loi en tenant compte des sources et des autorités du droit⁴². Le juge ne doit ainsi pas se tenir à des normes rigides et prédéfinies, mais fonder sa décision sur les circonstances particulières du cas d'espèce, en tenant toutefois compte des enseignements de la jurisprudence et de la doctrine⁴³.

28. Pour MEIER⁴⁴, et comme pour beaucoup d'autres⁴⁵, la répartition du fardeau de la preuve doit passer par la détermination – en amont – de principes (critères) généraux et abstraits dont le juge fera ensuite une application au cas d'espèce⁴⁶. La difficulté tient à la détermination desdits critères. Certains auteurs proposent notamment de tenir compte de la possibilité concrète d'apporter la preuve (*beweismöglichkeit Kriterium*) et d'une appréciation issue de considérations relevant de la politique juridique (*rechtspolitische Kriterium*)⁴⁷. On peut imaginer de nombreux autres critères. On notera à titre exemplatif, le critère de vraisemblance selon lequel les faits les moins vraisemblables selon le cours ordinaire des choses doivent être prouvés, ou encore le critère de la mise en balance selon lequel la partie qui doit apporter la preuve est celle pour laquelle les conséquences de son échec sont les moins graves⁴⁸. Concrètement, il convient de procéder à une analyse en plusieurs phases, en examinant critère après critère quelle répartition est commandée par les circonstances d'espèce. Le cas échéant une certaine pondération peut être nécessaire⁴⁹.

⁴¹ ZK ZGB-EGGER, Art. 8 N 9 ss.

⁴² ZK ZGB-EGGER, Art. 8 N 12.

⁴³ ZK ZGB-EGGER, Art. 8 N 13 s.

⁴⁴ MEIER, 723 ss.

⁴⁵ Pour des réf., également en droit allemand, voir ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 204, 472.

⁴⁶ MEIER, 721.

⁴⁷ MEIER, 737.

⁴⁸ ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 204 ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 125.

⁴⁹ MEIER, 737.

29. Quant à JUNGO, elle propose une répartition du fardeau de la preuve fondée sur la *protection de la confiance légitime*. Celle-ci traverse l'ordre juridique et constitue une valeur fondamentale présente en de nombreuses institutions. Sur cette base, il n'y a pas de raison que cette valeur fondamentale ne trouve aucune concrétisation au moment de la répartition du fardeau de la preuve⁵⁰. Ainsi, en l'absence de preuve, c'est ce qui mérite la confiance qui doit prévaloir. Ce principe implique que le fardeau de la preuve doit être supporté par celle des parties qui fait valoir un écart par rapport à ce qui semble honnête, correct, usuel et raisonnable. Le désavantage procédural tiré de l'absence de preuve sur un fait pertinent – à savoir la perte du procès – doit être supporté par la partie qui prétend s'écarter du droit⁵¹. Concrètement, dès lors qu'il est impossible d'apporter la preuve d'un fait pertinent, le juge doit déterminer ce qui mérite la confiance et révéler par là même ce qui est digne de protection, en distinguant ce qui est conforme aux attentes et ce qui ne l'est pas (*normkonforme, korrekte, erwartungsgemässe Tatsachen* et *normwidrige, fehlerhafte und unerwartete Tatsachen*)⁵². Ainsi, selon la confiance légitime, une partie qui entame des négociations contractuelles est normalement intéressée à la conclusion du contrat. Ainsi, il revient à la partie qui entend se prévaloir de la *culpa in contrahendo* de prouver que l'autre partie a mené des négociations sans réelle volonté de contracter⁵³.
30. Selon JUNGO, si les résultats de cette approche sont souvent identiques à ceux obtenus par la théorie des normes, la répartition du fardeau de la preuve fondée sur la confiance permet de prendre des décisions claires dans les cas difficiles en évitant les écueils de la distinction entre faits générateurs et faits dirimants⁵⁴.
31. Les approches alternatives à la théorie des normes présentées ci-avant ne sont pas dénuées d'intérêt. Toutefois, en détachant l'analyse de la structure de la norme, elles sont problématiques dans la mesure où elles ne permettent plus au justiciable de déterminer,

⁵⁰ ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 253.

⁵¹ ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 254.

⁵² ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 257.

⁵³ ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 362 ss.

⁵⁴ ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 56.

en principe à la lecture des normes dont il entend tirer son droit, les éléments qu'il doit alléguer. Le fardeau de l'allégation est en quelque sorte écarté de l'équation.

32. Il est donc essentiel de maintenir un raisonnement prioritairement fondé sur la norme elle-même et non pas sur des éléments qui ne trouvent aucun ancrage dans le texte légal. Un élargissement au-delà du texte de la norme n'est possible, comme on le verra, que dans un second temps après que l'analyse du cas d'espèce a montré l'éventuelle insuffisance de la théorie des normes.
33. Les théories fondées sur l'équité ou la confiance partagent également un même défaut qui s'inscrit dans la continuité de ce qui précède. En se référant aux concepts d'équité ou confiance légitime qui ne peuvent pas être entièrement objectivés, la répartition du fardeau de la preuve ne repose plus que sur l'appréciation du tribunal. Or chacun nourrit sa propre conception de l'équité ou de la confiance légitime. Il en résulte une répartition imprévisible du fardeau de la preuve et partant, une certaine insécurité juridique. Cette difficulté avait d'ailleurs déjà été soulevée par ROSENBERG lui-même dans la première édition de sa thèse consacrée à la répartition du fardeau de la preuve⁵⁵.
34. La théorie des normes est la plus à même de tenir compte de l'impératif de prévisibilité. Dans la mesure où elle ne se fonde que sur le texte, la systématique et l'interprétation de la norme, elle assure au justiciable la connaissance *a priori* des éléments qu'il lui appartiendra d'alléguer. En outre, elle n'autorise l'intervention du tribunal que de manière limitée. Elle permet ainsi d'assurer la sécurité juridique en excluant le pouvoir d'appréciation. Comme le relève une partie de la doctrine, la théorie des normes peut parfois manquer de précision⁵⁶. On peut également lui reprocher de manquer de prendre en compte certaines valeurs qui traversent l'ordre juridique et la société moderne⁵⁷. L'analyse de la position du

⁵⁵ LEO ROSENBERG, *Die Beweislast nach der Zivilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuche*, Berlin 1900, 22.

⁵⁶ MEIER, 737 s. et réf. citées.

⁵⁷ CR CC I-PIOTET, art. 8 N 30 et les réf.

Tribunal fédéral permet de proposer quelques correctifs à ces reproches légitimes.

e) L'approche suivie par le Tribunal fédéral

35. On l'a dit, le Tribunal fédéral se réfère largement à la théorie des normes pour justifier la répartition du fardeau de la preuve. Sa jurisprudence a toutefois montré que certaines situations imposent la prise en compte d'autres influences nécessaires à la concrétisation d'un idéal de justice⁵⁸. Pour rappel, la répartition du fardeau de la preuve doit intervenir dans le souci de faire supporter le risque de perte du procès faute de preuve à la partie pour laquelle cela paraît le moins injuste⁵⁹. La doctrine récente a tenté d'identifier et de regrouper ces influences sous la forme de paramètres qui peuvent être énoncés comme suit : la difficulté effective d'apporter la preuve, la nature des prétentions déduites en justice, les caractéristiques de la preuve et du respect de l'égalité de traitement entre les parties⁶⁰. La prise en compte de ces paramètres constitue une forme d'atténuation de la théorie des normes rendue nécessaire par des considérations de justice et d'équité.
36. Les paramètres précités font, au moins dans leur esprit, partie de la réflexion du Tribunal fédéral lorsqu'il statue sur la répartition du fardeau de la preuve. Il est donc permis de penser que celui-ci emprunte certains éléments à d'autres approches doctrinales dont l'application en tient davantage compte des considérations de justice et d'équité précitées⁶¹. On peut ainsi y voir l'influence de la *théorie des critères*, voire d'une approche fondée sur l'équité telle que développée par la doctrine et présentée ci-avant⁶². Cette conclusion peut être illustrée par l'exemple ci-dessous.

⁵⁸ CR CC I-PIOTET, art. 8 N 30 et les réf ; SCHMID, 19 ; BEGLINGER, 473 ss ; BOHNET/JEANNIN, N 22.

⁵⁹ BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 134.

⁶⁰ CR CC I-PIOTET, art. 8 N 30 et les réf. ; BOHNET/JEANNIN, N 22.

⁶¹ MEIER, 736. Il s'agit d'une conséquence jugée nécessaire par KUMMER lorsque la théorie des normes ne permet pas d'aboutir à des résultats satisfaisants.

⁶² MEIER, 721 ss.

37. En matière de contestation du loyer initial, le Tribunal fédéral atténue ainsi certaines conséquences de la théorie des normes. En principe, le fardeau de la preuve du caractère abusif du loyer incombe au locataire, puisqu'il en tire certains droits. Toutefois, lorsque l'augmentation de loyer est à ce point élevée que l'on peut considérer que le nouveau loyer est « très certainement abusif », il appartient au bailleur d'apporter la contre-preuve⁶³. A suivre la Cour, cette nouvelle incombance trouve sa justification dans l'obligation de collaborer du bailleur. Le Tribunal fédéral a depuis lors précisé cette jurisprudence en indiquant que l'augmentation massive d'un loyer initial par rapport au loyer précédent constituait une présomption de fait d'un loyer abusif selon l'expérience générale de la vie⁶⁴. Le Tribunal fédéral tient ainsi compte de facteurs qui ne ressortent pas directement du texte légal pour affiner les conséquences de la répartition du fardeau de la preuve. Il convoque pour ce faire des paramètres extérieurs qui découlent des caractéristiques de la prétention invoquée en justice.
38. Au vu de ce qui précède, l'approche du tribunal est aujourd'hui composite en cela qu'elle se base principalement sur la théorie des normes, mais tient également compte des influences issues d'autres approches développées par la doctrine⁶⁵. Un certain nombre de paramètres qui ne trouve pas directement ancrage dans le texte légal font partie de l'approche suivie par le Tribunal fédéral. Elle permet de corriger les éventuelles insuffisances de la théorie des normes en rendant les effets de la répartition du fardeau de la preuve aussi prévisibles que possible pour le justiciable.

III. Les faits générateurs : ce que le demandeur doit alléguer

39. Compte tenu de la théorie des normes, les faits générateurs (*rechtserzeugende Tatsachen*) constituent l'ensemble *des faits permettant la*

⁶³ ATF 139 III 13, consid. 3.1.4 et 3.2.

⁶⁴ Voir en ce sens l'ATF 147 III 431, consid. 3.3.1 ; JEANNIN, 838.

⁶⁵ MEIER, 736.

*naissance du droit invoqué*⁶⁶. Le demandeur est tenu de les alléguer et de les prouver.

40. Toutefois, l'acception stricte de cette règle conduirait le demandeur à alléguer et à prouver une infinité de faits positifs et négatifs. Il est ainsi nécessaire de limiter la portée de la règle⁶⁷. Le facteur limitant pertinent peut être identifié dans l'analyse des circonstances qui entourent la réalisation des faits générateurs à l'origine de la prétention. Ainsi, le demandeur n'est tenu d'alléguer et de prouver que les faits qui permettent d'établir son droit dans des *circonstances normales*⁶⁸.
41. Prenons un exemple⁶⁹. Le demandeur qui réclame la restitution d'un échafaudage loué en vertu de l'art. 267 al. 1 CO peut se contenter d'alléguer et de prouver que les faits qui fondent le droit selon la norme applicable ont existé et que le droit a pris naissance⁷⁰. En l'espèce, il doit alléguer et prouver l'existence d'un contrat de bail entre les parties (art. 253 CO), la remise de l'objet au locataire et la résiliation du contrat de bail. Il revient en revanche au défendeur de démontrer qu'il a déjà restitué le matériel, que le propriétaire a renoncé à la restitution ou que la dette est prescrite.

IV. Les objections : ce que le défendeur doit alléguer

A. Généralités

42. Compte tenu de la théorie des normes, le défendeur supporte l'allégation des faits dirimants et extinctifs, s'il entend se libérer autrement qu'en contestant les allégués du demandeur⁷¹. L'allégation des faits dirimants et extinctifs concrétise les objections en main du défendeur dont le juge tirera d'office les conséquences

⁶⁶ BOHNET, Procédure civile, N 1170 ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 265 s.

⁶⁷ DESCHENAUX, 235 ; BOHNET, Procédure civile, N 1169 ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 165.

⁶⁸ DESCHENAUX, 242 s. ; BOHNET, Procédure civile, N 1174.

⁶⁹ TF 4A_41/2011 du 27 avril 2011, consid. 2.2.

⁷⁰ BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 156 ; BOHNET/JEANNIN, N 26.

⁷¹ BOHNET, Défenses, 313.

en droit⁷². Après une présentation systématique, il sera question de certains tempéraments à l'incombance d'allégation du défendeur.

B. Les faits dirimants

43. Les faits dirimants (*rechtsshindernde Tatsachen*) se définissent comme des faits qui empêchent ou retardent la naissance du droit découlant des faits générateurs⁷³. Il survient nécessairement en même temps que le fait générateur⁷⁴. Le fait générateur constitue la règle et le fait dirimant l'exception à la règle. En effet, l'évocation d'un fait dirimant empêche exceptionnellement la naissance des conséquences juridiques produites – dans la règle – par l'évocation d'un fait générateur⁷⁵.
44. Il s'agit de la circonstance *anormale* qui s'oppose à l'allégation des faits générateurs incombant au demandeur dans la circonstance *normale*⁷⁶. Dans la mesure où les faits dirimants s'écartent du cours normal des choses, il revient au défendeur de les alléguer⁷⁷.
45. Ainsi, face à l'allégation d'une prétention en dommages-intérêts fondée sur l'art. 41 CO (faits générateurs), l'évocation d'un état de légitime défense constitue un fait dirimant qui empêche le droit à l'indemnisation de prendre naissance⁷⁸. Le défendeur aura empêché la conséquence juridique *normale* de survenir en alléguant une circonstance *anormale* : l'état de légitime défense. Il en va de même de la survenance d'une incapacité de discernement, d'une erreur essentielle, d'un dol ou d'une crainte fondée au moment de la conclusion du contrat.

⁷² BOHNET, Défenses, 315.

⁷³ BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 164 ; BOHNET/JEANNIN, N 28.

⁷⁴ ROSENBERG, 122.

⁷⁵ ROSENBERG, 124 ; BOHNET, Procédure civile, N 1174 ; dans ce sens aussi : SCHWEIZER/BOHNET, RJN 1999, 20 ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 288.

⁷⁶ BOHNET, Défenses, 310 s.

⁷⁷ BOHNET, Procédure civile, N 1218.

⁷⁸ BOHNET/JEANNIN, N 28.

C. Les faits extinctifs

46. Les faits extinctifs (*Rechtsvernichtende Tatsachen*) se définissent comme les faits dont la survenance entraîne l'extinction d'un droit. Contrairement aux faits dirimants, ils n'empêchent pas la naissance des conséquences juridiques consécutives à l'allégation des faits générateurs, mais entraînent leur extinction⁷⁹. Ainsi, les faits extinctifs ne surviennent pas en même temps que les faits générateurs puisque lesdites conséquences juridiques naissent et subsistent pendant un certain temps, avant d'être anéanties⁸⁰.
47. La plupart du temps, l'identification des règles extinctives est aisée. Le droit matériel distingue en effet clairement les règles génératrices et les règles extinctives⁸¹. La formulation légale contient souvent l'expression « s'éteint » ou « est éteinte » pour exprimer le sort d'une obligation dans une circonstance donnée (p. ex. art. 118 al. 1, 124 al. 2 CO). Les art. 68 CO érigent également en règle générale l'extinction d'une obligation par son exécution. En outre, le Code des obligations réserve également un titre complet intitulé « de l'extinction des obligations » (art. 114 ss CO)⁸².
48. Une fois la règle extinctive identifiée, les faits extinctifs sont donc les éléments constitutifs de la règle en question. Leur évocation en procédure entraînera l'extinction du droit découlant des faits générateurs allégués par le demandeur⁸³.
49. Il revient ainsi au défendeur d'alléguer et de prouver les faits extinctifs s'il souhaite se libérer autrement qu'en contestant les allégués du demandeur⁸⁴. Le demandeur ne doit ainsi pas prouver que son droit n'est pas éteint⁸⁵.

⁷⁹ BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 281 s. et 283 s.

⁸⁰ ROSENBERG, 119 ; BOHNET/JEANNIN, N 32.

⁸¹ ROSENBERG, 119 s.

⁸² BOHNET/JEANNIN, N 33.

⁸³ En ce sens, BOHNET/JEANNIN, N 28 à propos de la prescription (art. 127 ss CO).

⁸⁴ BOHNET, Défenses, 313.

⁸⁵ BOHNET, Procédure civile, N 1219. Si cette règle découle en droit suisse de la théorie des normes, en droit italien et français, elle figure expressément dans la loi, art. 2697 al. 2 CC-It et art. 1315 al. 2 CC-Fr.

50. Comme exemple, prenons la compensation, réglementée aux art. 120 ss CO. Elle entraîne l'extinction d'une dette moyennant la réalisation de six conditions⁸⁶. Elle constitue donc une règle extinctive selon la théorie des normes de ROSENBERG. Les faits qui permettent au défendeur d'alléguer l'existence des six conditions sont donc des faits extinctifs.

D. Les particularités issues de l'ordre juridique

51. La répartition du fardeau de la preuve selon le système exposé connaît quelques tempéraments issus du droit matériel et plus largement de l'ordre juridique. Il en sera question ci-après au travers des différentes présomptions, de la fiction et du renversement du fardeau de la preuve.

1. Les présomptions légales d'un fait

52. Les présomptions sont les conséquences que la loi fait découler de la présence d'un fait connu (*factum probans* ou fait-indice) sur l'existence d'un fait inconnu (*factum probandum* ou fait à prouver)⁸⁷. Lorsque la loi introduit une présomption, le juge est forcé de considérer comme prouvé un fait directement pertinent à la seule condition qu'un autre fait désigné par la norme applicable soit lui-même prouvé⁸⁸. La partie qui supporte la preuve du *factum probans* n'a qu'à prouver ce dernier pour contraindre le juge à admettre d'office le *factum probandum*. Il reviendra alors à la partie adverse de prouver l'inexistence du *factum probandum*⁸⁹.
53. Conceptuellement, une présomption constitue l'ancrage légal d'une conséquence factuelle (existence du *factum probandum*) qui découle de l'expérience générale de la vie (réalisation du *factum probans*)⁹⁰.

⁸⁶ Pour les conditions, TERCIER/PICHONNAZ, 1621 ss.

⁸⁷ BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 318 ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 387 ; ROSENBERG, 203 ; voir également art. 2727 CC-It ; ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 274.

⁸⁸ BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 318 ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 387.

⁸⁹ BOHNET/JEANNIN, N 38 s.

⁹⁰ BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 387.

Une présomption peut également contenir non seulement une conséquence factuelle (existence du *factum probandum*), mais également une conséquence juridique, à savoir l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'un rapport juridique⁹¹. La conséquence juridique est alors réalisée par la seule existence d'un *factum probans*.

54. L'art. 262 al. 1 CC prévoit ainsi que la paternité est présumée lorsque, entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, le défendeur a cohabité avec la mère. La cohabitation de la mère et du défendeur constitue le *factum probans*. Si celui-ci est démontré, la loi en déduit que le défendeur est le géniteur (*factum probandum*) et l'existence du lien de filiation (conséquence juridique). Le défendeur qui entend démontrer qu'il n'est pas le géniteur et souhaite éviter la constatation du lien de filiation devra le prouver (absence du *factum probandum*)⁹².

2. Les présomptions de l'homme

55. Les présomptions de l'homme (aussi appelée présomption de fait) ne sont pas établies par la loi, mais reposent sur l'expérience générale de la vie⁹³. Elles permettent de déduire de la présence d'un fait indice (*factum probans*) un fait inconnu (*factum probandum*) en érigeant une règle fondée sur l'expérience générale de la vie⁹⁴. Une telle présomption suppose qu'il existe, lorsque le *factum probans* est prouvé, une forte probabilité pour que selon l'expérience générale de la vie, le fait à prouver (*factum probandum*) existe également⁹⁵. La présomption de l'homme se situe donc à mi-chemin entre la norme et le pouvoir d'appréciation du juge.
56. Les présomptions de l'homme se décomposent en deux catégories dont la distinction tient au degré d'abstraction de la règle formulée sur la base de l'expérience. On peut ainsi distinguer les

⁹¹ CR CC I-PIOTET, art. 8 N 41 ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 324 ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 404 ; ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 274 s.

⁹² BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 405 ; BOHNET/JEANNIN, N 40 ; voir également ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 272.

⁹³ ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 278.

⁹⁴ BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 398.

⁹⁵ STEINAUER, N 654 et réf. citées.

présomptions de fait, dont la règle qu'elle permet d'ériger se fonde exclusivement sur l'expérience générale de la vie et celles dont la règle résulte plus directement des circonstances du cas concret⁹⁶.

57. Les premières dépassent le cadre du cas concret. Elles se prêtent à une généralisation et à une abstraction suffisante qui leur confèrent une valeur normative générale⁹⁷. Tout plaideur pourra s'y référer de manière analogue à une présomption légale issue du droit privé⁹⁸. Sous l'angle du fardeau de la preuve, les présomptions de l'homme ainsi définies offrent donc un allègement pour l'avenir⁹⁹.
58. On peut citer en exemple de présomption de l'homme à portée générale, la présomption qu'une atteinte grave à la personnalité engendre un trouble durable¹⁰⁰. Il en va de même en cas de refus du droit de réponse, lorsque la personne touchée ne saisit pas le Tribunal dans les 20 jours. Il sera alors présumé qu'elle n'a plus d'intérêt digne de protection à le faire¹⁰¹. Ces conclusions découlent toutes d'une appréciation fondée sur l'expérience générale de la vie.
59. Les secondes ne peuvent pas être érigées en règle abstraite dans la mesure où les circonstances du cas concret apparaissent trop spécifiques pour leur conférer une valeur normative générale¹⁰². La portée de la règle ainsi établie est limitée au cas d'espèce. Dans cette mesure, elles ne relèvent que de l'appréciation des preuves¹⁰³. Sous l'angle du fardeau de la preuve, elles n'offrent donc aucun allègement¹⁰⁴.
60. On peut citer en exemple de présomption de l'homme relevant de l'appréciation des preuves, la présomption qu'une assurance place ses avoirs auprès d'institutions financières lui procurant un certain

⁹⁶ ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 280 et 282.

⁹⁷ ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 280.

⁹⁸ STEINAUER, N 655.

⁹⁹ ATF 126 III 10, consid. 2, JdT 1998 I 290.

¹⁰⁰ ATF 123 III 385, consid. 4, JdT 1998 I 361.

¹⁰¹ ATF 116 II 1, consid. 4, JdT 1992 I 646 ; voir également pour d'autres exemples ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 283.

¹⁰² ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 282.

¹⁰³ Sur ces distinctions STEINAUER, N 655 et 656.

¹⁰⁴ ATF 120 II 248, consid. 2, JdT 1995 I 559.

rendement¹⁰⁵. De la même manière, on peut également présumer qu'en cas d'effets négatifs sur la santé, un traitement médical n'a pas été administré en prenant toutes les mesures nécessaires¹⁰⁶.

3. Les fictions

61. En matière de présomption, la loi fait dépendre la preuve d'un *factum probandum* de la seule preuve d'un *factum probans*. Il arrive parfois que dans cette circonstance, la loi exclue la preuve de la non-survenance du *factum probandum* par le défendeur. On parle alors de présomption irréfragable ou de fiction¹⁰⁷. Le défendeur n'a pas d'autre choix que de contester l'existence du *factum probans* en apportant la preuve qu'il n'existe pas¹⁰⁸. Si malgré ses efforts, le défendeur n'y parvient pas, la loi ne lui permet pas de s'en prendre à l'existence du *factum probandum* qui serait admis¹⁰⁹.
62. L'art. 970 al. 4 CC prévoit ainsi que nul ne peut se prévaloir de n'avoir pas connu une inscription portée au registre foncier. Ainsi, la présomption (la fiction) suppose que dès lors qu'une inscription est portée au registre foncier (*factum probans*), le public en a connaissance (*factum probandum*). Celui qui conteste avoir eu connaissance d'une inscription portée au registre foncier ne peut que prouver que cette inscription n'a pas été portée audit registre. Il ne peut pas prouver qu'il n'en a pas eu connaissance, à tout le moins cette preuve sera inopérante¹¹⁰.

4. Le renversement du fardeau de la preuve

63. Certaines règles de droit matériel ont pour effet de renverser le fardeau de la preuve par rapport au régime exposé. Le fardeau de la

¹⁰⁵ ATF 123 III 241, consid. 3, JdT 1998 I 290.

¹⁰⁶ ATF 120 II 248, consid. 2, JdT 1985 I 559 ; voir également pour d'autres exemples ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 283.

¹⁰⁷ ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 286 s. ; CR CC I-PIOTET, art. 8 N 42 ; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 344 ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 438.

¹⁰⁸ BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 438.

¹⁰⁹ BOHNET/JEANNIN, N 44.

¹¹⁰ BOHNET/JEANNIN, N 44.

preuve incombe alors à la partie qui selon l'art. 8 CC ne le supporterait pas. A l'inverse, la partie qui aurait supporté le fardeau de la preuve en application de l'art. 8 CC s'en trouve libérée¹¹¹.

64. En principe, le renversement du fardeau de la preuve est le monopole du législateur. Le tribunal n'est pas autorisé à décider de manière autonome d'un renversement¹¹².
65. L'exemple le plus fréquemment cité est celui de l'art. 97 al. 1 CO, qui prévoit les conditions de la responsabilité contractuelle, dont la faute. Il attribue au débiteur le fardeau de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable, en dérogation à la règle de l'art. 8 CC qui retient que la preuve des faits générateurs du droit prétendu est *normalement* à la charge du créancier.
66. Contrairement à la doctrine majoritaire¹¹³, nous sommes d'avis que le renversement du fardeau de la preuve et la présomption légale d'un fait ne doivent pas être distingués. En effet, toute inversion du fardeau de la preuve suppose une présomption : l'art. 97 CO déduit par exemple de la violation d'une obligation l'imputabilité de celle-ci.
67. En d'autres termes, dans le cadre d'une inversion du fardeau de la preuve, si un certain fait générateur est prouvé par la partie qui en supporte le fardeau (par exemple la violation d'une obligation), alors l'absence d'un fait dirimant (la non-imputabilité dans cet exemple) ou extinctif capable d'empêcher la naissance du droit ou de l'anéantir est présumée¹¹⁴. Il appartiendra alors au défendeur de renverser la présomption en apportant la preuve de l'existence d'un fait dirimant ou extinctif, s'il entend empêcher la naissance du droit. Il est donc toujours possible de dégager un fait-indice (*factum probans*) dans toutes les situations de renversement du fardeau de la preuve¹¹⁵.

¹¹¹ BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 368 ; BOHNET/JEANNIN, N 36.

¹¹² CR CC I-PIOTET, art. 8 N 51 ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 466 ; ATF 132 III 715, consid. 3.2.2, JdT 2009 I 138 ; ATF 80 II 338, consid. 2a ; BOHNET/JEANNIN, N 36.

¹¹³ ROSENBERG, 203 ss.

¹¹⁴ SCHWEIZER/BOHNET, RJN 1999, 16 s. ; BOHNET, Défenses, 312.

¹¹⁵ SCHWEIZER/BOHNET, RJN 1999, 18.

V. L'application de la théorie des normes

68. La présente section prend appui sur la théorie des normes et en développe les caractéristiques à l'aune de plusieurs exemples pratiques.

A. L'opposition au congé

69. Une première démonstration illustre l'application de la théorie des normes. L'exposé qui suit s'inspire du récent arrêt du Tribunal fédéral qui qualifie l'opposition au congé de fait générateur du droit à l'indemnité pour congé abusif¹¹⁶.
70. L'art. 336b al. 1 CO dispose que « la partie qui entend demander l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a doit faire opposition au congé par écrit auprès de l'autre partie au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé ». Par sa formulation, la norme précitée prévoit trois conditions de la naissance du droit à l'obtention de l'indemnité pour congé abusif : l'opposition au congé (« [...] doit faire opposition au congé »), la forme écrite (« [...] par écrit ») et sa ponctualité (« [...] au plus tard jusqu'à la fin du délai de congé »). Les autres conditions de la naissance du droit tiennent essentiellement au motif abusif de la résiliation selon l'art. 336 al. 1 CO et à l'introduction de l'instance dans le délai de 180 jours selon l'art. 336b al. 2 CO¹¹⁷. On peut donc conclure que l'art. 336b al. 1 CO est bien d'une norme génératrice. Par conséquent, il est cohérent de conclure que les faits qui en sont les éléments constitutifs sont à leur tour des faits générateurs.
71. En application de la norme, il appartient au demandeur qui entend obtenir l'indemnité fondée sur les art. 336 et 336a CO, d'alléguer et, lorsque le défendeur a suffisamment contesté, de prouver qu'il a fait opposition par écrit au congé¹¹⁸.

¹¹⁶ TF 4A_412/2022 du 11 mai 2023, consid. 4.2, destiné à la publication ; BOHNET/CORTHAY, 5 s.

¹¹⁷ CPra Actions-BOHNET, vol. II § 35 N 19.

¹¹⁸ BOHNET/CORTHAY, 5 s.

B. La responsabilité de l'avocat

72. Une deuxième démonstration illustre l'application de la théorie des normes. Elle est issue d'un récent arrêt du Tribunal fédéral qui rappelle les faits dont l'allégation revient au mandataire qui entend démontrer en procédure la responsabilité de son avocat¹¹⁹.
73. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral rappelle les quatre conditions de la responsabilité contractuelle selon les art. 97 CO et 398 al. 2 CO. Le mandant supporte le fardeau de la preuve 1° du dommage, de la 2° violation du contrat et du 3° lien de causalité naturel et adéquat. En revanche le mandataire supporte le fardeau de la preuve qu'aucune 4° faute ne lui est imputable (renversement du fardeau de la preuve).
74. Le Tribunal fédéral considère que les faits générateurs du droit à l'indemnisation du mandant correspondent aux trois premières conditions précitées. En revanche, le droit matériel met à la charge du mandataire la preuve de l'absence de faute. L'absence de faute constitue donc un fait dirimant qui permet d'empêcher la naissance du droit prétendu.
75. L'examen de l'art. 97 CO permet de confirmer cette conclusion. Selon la norme, « lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable. » L'analyse du droit matériel fait ressortir les quatre conditions donnant lieu à la réparation du dommage et la répartition du fardeau de la preuve les concernant. En effet, le débiteur est tenu de réparer le dommage résultant de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite du contrat sauf s'il prouve ne pas avoir commis de faute.
76. Partant, il revient au créancier d'alléguer le dommage, la violation du contrat et le lien de causalité naturel et adéquat. La norme, en cela qu'elle fixe les conditions de la naissance d'un droit est bien une norme génératrice. Les faits qui la constituent sont ainsi des faits générateurs.

¹¹⁹ TF 4A_624/2021 du 8 avril 2022, consid. 3.1.

77. Seule la dernière partie de la norme fait exception (« [...] *à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable* »). L'absence de faute apparaît ici comme une norme dirimante dans la mesure où elle permet de faire obstacle à la naissance du droit. Partant, l'absence de faute est un fait dirimant dont la preuve revient au débiteur. Il s'agit d'une situation traditionnellement considérée comme un cas de renversement du fardeau de la preuve¹²⁰.

C. La responsabilité médicale

78. Une troisième démonstration illustre l'application de la théorie des normes. Elle est issue d'un arrêt du Tribunal fédéral rendu en matière de responsabilité médicale¹²¹. Le litige est fondé sur le droit cantonal de la responsabilité en vigueur au moment des faits, à savoir l'art. 48 al. 1 de la loi du canton de Berne du 5 novembre 1992 sur le droit de la fonction publique¹²².
79. Selon le texte de la norme applicable en l'espèce, « *öffentliche Organisationen des kantonalen Rechts und private Organisationen oder Personen, die unmittelbar mit kantonalen öffentlichen Aufgaben betraut sind, für den Schaden, den ihre Organe oder Angestellten Dritten in Erfüllung ihrer Aufgabe widerrechtlich zugefügt haben* ». L'analyse de ce texte révèle des éléments constitutifs identiques à ceux de l'art. 41 CO, sous réserve de la question de la faute. Ainsi, il appartient au demandeur d'alléguer 1° l'existence d'un dommage (« *betraut sind, für den Schaden* »), 2° d'un acte illicite (« *widerrechtlich* ») et 3° d'un lien de causalité (« *in Erfüllung ihrer Aufgabe widerrechtlich zugefügt haben* »).
80. Dans ses considérants, le Tribunal fédéral rappelle que le lésé doit prouver toutes les circonstances de fait permettant de conclure à une violation du devoir de diligence par le corps médical et partant à engager la responsabilité de l'auteur du dommage. En revanche, le

¹²⁰ *Supra*, N 65.

¹²¹ TF 4A_679/2010 du 11 avril 2022, consid. 6.5.1.3.

¹²² Ancienne loi sur le personnel, aLPers/BE ; RS 1993, 64 ss, en vigueur jusqu'au 30 juin 2005.

fardeau de la preuve des faits qui font obstacle au droit incombe à la partie qui conteste la naissance du droit¹²³.

81. Le Tribunal fédéral procède à l'analyse de la norme pour déterminer qui du lésé ou de l'auteur du dommage doit alléguer et prouver 1° l'existence d'une sténose et 2° son caractère reconnaissable¹²⁴. Il examine également s'il est correct de faire supporter au lésé la preuve 3° qu'il n'existait aucune circonstance justifiant sa non-détection. La réponse à cette question détermine la répartition du fardeau de la preuve.
82. L'application de la théorie des normes permet d'identifier les faits générateurs, dirimants et extinctifs. Il est encore nécessaire de compléter cette approche en tenant compte de l'équité, de l'opportunité et, plus spécialement, de l'expérience générale de la vie. Ces considérations constituent une aide décisionnelle permettant d'identifier la règle dans un cas particulier et de la distinguer de son exception. La règle révèle les faits générateurs et son exception les faits dirimants et extinctifs. Il est cohérent de prendre appui sur ces critères additionnels. Le recours à l'expérience générale de la vie revient à faire appel à une présomption de l'homme. Celle-ci acquiert une valeur normative utile à l'analyse du cas concret¹²⁵.
83. Le Tribunal fédéral, au terme de son appréciation, parvient à la conclusion suivante. Ce n'est que si le *caractère détectable d'une sténose* peut être identifié comme étant la règle et *sa non-détectabilité*, l'exception à la règle que l'on pourrait, en cas de simple non-détection de la sténose, considérer qu'il y a violation prouvée du devoir de diligence. Dans cette circonstance, la preuve de la non-détectabilité de la sténose serait un fait dirimant dont le fardeau de la preuve incomberait à l'auteur du dommage¹²⁶.

¹²³ TF 4A_679/2010 du 11 avril 2022, consid. 6.5.1.3, qui renvoie à l'ATF 128 III 271, consid. 2a/aa.

¹²⁴ Une sténose est une modification anatomique impliquant le resserrement du diamètre d'un organe ou d'un vaisseau.

¹²⁵ *Supra*, N 57.

¹²⁶ TF 4A_679/2010 du 11 avril 2022, consid. 6.5.1.3, qui renvoie à l'ATF 132 III 186, consid. 5.1.

84. Sur la base des éléments du dossier et sous l'angle restreint de l'arbitraire, le Tribunal fédéral ne parvient pas à établir l'existence d'une règle dans le sens de ce qui précède.
85. Partant, l'examen de la norme applicable commande de laisser à la charge du lésé la preuve de l'existence de la sténose, de son caractère détectable et l'absence de circonstances empêchant sa détection. A ces conditions, la preuve de l'acte illicite pourra être apportée.
86. On constate que le Tribunal fédéral tire son analyse de la norme applicable (art. 48 al. 1 aLPers/BE). Ainsi, une première étape du raisonnement part de la lettre de la norme et conclut qu'il appartient au lésé de prouver toutes les circonstances fondant son droit au sens des articles précités. Cette approche est ensuite tempérée par la recherche d'une règle fondée sur l'équité et l'expérience générale de la vie (présomption de fait). Cette seconde étape du raisonnement élargit le spectre des paramètres pertinents pour faire intervenir – au-delà de la norme – les valeurs fondamentales qui parcourent notre ordre juridique. Le Tribunal fédéral, limité à l'arbitraire dans son analyse, arrive à la conclusion qu'il n'existe pas d'autre règle pertinente en l'espèce.

D. Le contrat d'assurance

87. Une quatrième démonstration illustre l'application de la théorie des normes. Elle est issue des deux arrêts du Tribunal fédéral rendus récemment en matière de contrat d'assurance¹²⁷.
88. Selon le Tribunal fédéral, l'assuré doit prouver les faits qui fondent son droit à la délivrance de la prestation d'assurance (art. 39 LCA). Les faits en question recourent 1° l'existence du contrat d'assurance, 2° la survenance du cas d'assurance, 3° et l'étendue du droit. L'assureur doit, pour sa part, prouver les faits dirimants et extinctifs qui l'autorisent à réduire ou à refuser la prestation contractuelle. Cette règle de base peut toutefois être remise en question par des dispositions légales dérogatoires relatives au

¹²⁷ ATF 148 III 105 ; TF 4A_473/2022 du 19 janvier 2023.

fardeau de la preuve. Elle doit, en outre, être concrétisée dans le cas particulier¹²⁸.

89. Selon le Tribunal fédéral, l'assuré supporte constamment le fardeau de la preuve de son incapacité de travail et partant de la survenance du cas d'assurance. Il ne bénéficie pas pour ce faire d'un allègement du degré de la preuve. Un tel allègement n'est justifié que lorsque les faits allégués par la partie chargée de la preuve ne peuvent être prouvés que de manière indirecte, par indice. Tel n'est pas le cas d'une incapacité de travail qui peut être prouvée par un certificat médical¹²⁹. Si l'assureur prétend que l'assuré est à nouveau capable de travailler, il revient donc à l'assuré de renouveler la preuve de son incapacité de travail s'il entend maintenir son droit à des prestations d'assurance. Il n'y a pas d'inversion du fardeau de la preuve ni d'allègement du degré de preuve dans cette circonstance¹³⁰.
90. Dans la mesure où l'incapacité de travail est un fait favorable à l'assuré, l'absence de preuve y relative conduit à la suppression du droit à la prestation d'assurance.
91. Cette conséquence peut être vérifiée par l'analyse de l'art. 39 LCA. L'al. 1 de la norme en question prévoit que « sur la demande de l'entreprise d'assurance, l'ayant droit doit lui fournir tout renseignement sur les faits à sa connaissance qui peuvent servir à déterminer les circonstances dans lesquelles le sinistre s'est produit ou à fixer les conséquences du sinistre ».
92. En application de la théorie des normes, les considérations suivantes peuvent être exposées. L'article précité fixe les conditions de la naissance du droit à l'indemnité d'assurance. La norme est ainsi une norme génératrice dont les éléments constitutifs sont eux-mêmes des faits générateurs. En outre, la présence de ces faits au procès est favorable à l'assuré. Il est donc cohérent de considérer que l'assuré supporte le fardeau de leur preuve.
93. Cet exemple est éclairant dans la mesure où il rappelle que la répartition du fardeau de la preuve est avant tout une question

¹²⁸ ATF 148 III 105, consid. 3.3.1.

¹²⁹ ATF 148 III 105, consid. 3.3.1.

¹³⁰ TF 4A_473/2022 du 19 janvier 2023, consid. 4.3.2.

d'analyse de la norme applicable, sans autre influence. Le texte et le cas échéant, son interprétation, permettent d'identifier précisément sans appui décisionnel complémentaire, les faits qui doivent être prouvés par chacune des parties.

VI. Le moment de l'allégation des faits et des objections : *quand alléguer ?*

94. Une fois que le plaideur a identifié les faits qu'il lui appartient d'alléguer et de prouver, encore faut-il les alléguer à temps. La présente section s'emploie à rappeler les principales règles en matière d'allégation sous l'angle temporel.

A. Principe : deux possibilités d'alléguer

95. La maîtrise en procédure du fardeau subjectif de l'allégation et de la preuve impose aux parties le respect d'une certaine temporalité. Le compromis issu des Chambres fédérales lors de l'adoption du CPC¹³¹, n'a pas été remis fondamentalement en question à l'occasion de sa récente révision du 17 mars 2023¹³² dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} janvier 2025. Chacune des parties dispose de deux chances d'alléguer.

B. En procédure ordinaire

96. En procédure ordinaire, il appartient au demandeur de présenter l'ensemble des faits générateurs de sa prétention et ainsi que les preuves correspondantes dans sa demande (art. 219 ss CPC ; art. 221 CPC).
97. Le défendeur doit cumuler l'ensemble de ses moyens de fond et de procédure dans sa réponse. Il lui appartient ainsi de contester les

¹³¹ LUSCHER, BO CN 2008 1630 : « Ce compromis de la majorité de la commission permet donc, par le biais de trois exceptions que j'ai présentées, de faire en sorte que la partie ou l'avocat ayant oublié des faits – quelle qu'en soit la raison – peut les présenter avant le début des débats principaux. Il existe donc toujours au moins une deuxième chance et cela permet de satisfaire le droit de la procédure civile ».

¹³² GROBÉTY, 445.

allégués du demandeur et d'alléguer à son tour les faits dirimants ou extinctifs sur lesquels il entend se fonder dans le procès. Il produira également les moyens de preuve correspondants (art. 222 CPC)¹³³.

98. En cas de demande reconventionnelle, le défendeur alléguera les faits générateurs de sa prétention reconventionnelle. Il appartiendra ensuite au demandeur de les contester puis d'alléguer à son tour les éventuels faits dirimants ou extinctifs et d'en proposer les moyens de preuve correspondants.
99. Il existe une seconde possibilité d'alléguer librement, à l'occasion de la réplique ou de la duplique écrites. Durant cette phase, les parties sont donc libres de proposer d'autres faits générateurs, dirimants ou extinctifs que ceux qui figurent déjà dans la demande ou la réponse.
100. A défaut de second échange écrit, la seconde phase d'allégation interviendra lors des débats d'instruction cités à cette fin ou à l'ouverture des débats principaux¹³⁴. Il est le lieu de rappeler que l'ouverture des débats principaux correspond à une phase de l'audience située « *avant les premières plaidoiries* »¹³⁵. La notion n'est pas sans poser certaines difficultés pratiques¹³⁶. La révision du 17 mars 2023 prévoit désormais à l'art. 229 al. 1 CPC que « [s]’il n’y a pas eu de second échange d’écritures ni de débats d’instruction, les faits et moyens de preuves nouveaux sont admis sans restriction lors des débats principaux durant les premières plaidoiries au sens de l’art. 228 al. 1 ».
101. Le demandeur qui renonce à répliquer, alors qu'il s'en est vu offrir la possibilité par le juge, provoque la clôture de la phase d'allégation¹³⁷. Le défendeur ne peut donc plus dupliquer puisque l'existence d'une duplique suppose une réplique préalable. Toutefois, il devrait à notre avis pouvoir compléter ses allégations

¹³³ BOHNET, Allégation, N 73 s.

¹³⁴ ATF 140 III 312, consid. 6.3.2.3, JdT 2016 II 257, RSPC 2014 538 ; BOHNET, Allégation, N 73 s.

¹³⁵ ATF 147 III 475 ; TF 4A_338/2017 du 24 novembre 2017, consid. 2.1, RSPC 2018 111.

¹³⁶ Pour les développements sur cette question, BOHNET, Allégation, N 75.

¹³⁷ TF 4A_494/2017 du 31 janvier 2018, consid. 2.4.1, RSPC 2018 193.

et proposer de nouvelles preuves à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC)¹³⁸.

102. En cas d'allégation de nouveaux faits en duplique, des allégués nouveaux du demandeur (*Dupliknoven*) supposent que ceux-ci ne puissent intervenir qu'en réaction aux dits faits nouveaux et que l'allégation les concerne d'un point de vue technique ou thématique¹³⁹.

C. En procédure simplifiée

103. Les règles concernant la procédure ordinaire valent également en procédure simplifiée (art. 243 ss CPC). La double possibilité d'alléguer existe également à la différence que la seconde possibilité aura en principe lieu à l'audience des débats principaux, « *avant les premières plaidoiries* » (en droit actuel) et non à l'occasion d'un échange écrit¹⁴⁰.
104. La pratique judiciaire de certains cantons tend toutefois à normaliser le double échange d'écritures y compris en procédure simplifiée.
105. En cas de *maxime inquisitoire pure* (art. 296 al. 1 CPC) ou de *maxime inquisitoire sociale*, les parties peuvent alléguer librement et proposer des moyens de preuves jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC)¹⁴¹.

D. En procédure sommaire

106. Les règles concernant la procédure ordinaire valent également en procédure sommaire (art. 248 ss CPC). Toutefois, les parties ne peuvent pas compter avec l'assurance d'un deuxième échange d'écritures,¹⁴² ni avec la tenue d'une audience (art. 253 CPC).

¹³⁸ TF 4A_494/2017 du 31 janvier 2018, consid. 2.4.2, RSPC 2018 193.

¹³⁹ ATF 146 III 55, consid. 2.5.

¹⁴⁰ ATF 144 III 117, consid. 2.2 ; ATF 140 III 450, consid. 3.2.

¹⁴¹ BOHNET, Allégation, N 76 s.

¹⁴² ATF 144 III 117, consid. 2.2 ; ATF 145 III 213, consid. 6.1.3 ; ATF 146 III 237, consid. 3.1.

107. Par conséquent, le demandeur prendra soin d'alléguer l'ensemble de ses faits générateurs dans sa requête alors que le demandeur cumulera l'ensemble de ses faits dirimants et extinctifs dans sa réponse. A défaut de prendre cette précaution, les parties courent le risque de ne jamais pouvoir introduire leurs faits dans la procédure dans la mesure où le tribunal est habilité à garder la cause à juger après un seul échange d'écriture¹⁴³.

VII. Conclusion

108. La présente contribution détaille les principales règles en matière de répartition du fardeau de l'allégation et de la preuve en matière civile. Il ressort de cet examen que le droit matériel doit faire l'objet d'une analyse attentive au moment de déterminer la charge d'apporter les faits au procès.
109. Parallèlement, la théorie des normes développée en Allemagne est au centre de la conception suisse de répartition des fardeaux de la preuve et de l'allégation. Il en découle la classification des faits aujourd'hui retenue par le Tribunal fédéral : fait générateur, fait dirimant, fait extinctif. En outre, son analyse est essentielle pour concrétiser l'art. 8 CC et assurer une application tenant compte des impératifs de justice et d'égalité de traitement entre les parties.
110. La détermination des faits à alléguer et à prouver par une partie résulte d'une réflexion qui peut se révéler complexe. Elle doit encore intégrer les particularités issues de l'ordre juridique qui tempèrent les principes précités introduits par le législateur dans l'ordre juridique. Il s'agit des cas de renversement du fardeau de la preuve, de présomption ou de fiction.
111. Il ressort de ce qui précède que la répartition de l'apport des faits au procès suppose que les parties soient conscientes des normes qu'elles entendent faire appliquer par le juge. Ce n'est qu'à cette seule condition qu'il leur sera possible d'identifier efficacement les faits dont l'allégation et la preuve leur incombent.

¹⁴³ ATF 144 III 117, consid. 2.2 ; ATF 145 III 213, consid. 6.1.3 ; ATF 146 III 237, consid. 3.1.

112. Au terme de cette première analyse, le plaideur doit encore maîtriser la temporalité de la procédure et introduire les faits souhaités lors des phases d'allégation sous peine de se voir empêché de le faire à un stade plus avancé du procès.
113. Il en découle que la succession de règles présentées dans cette contribution impose de suivre un schéma de raisonnement rigoureux et structuré afin de garantir l'apport judiciaire et ponctuel des faits au procès.

Bibliographie

B EGLINGER MICHAEL, Beweislast und Beweisverteilung im Zivilprozess, *in* : RDS 1996 I 470 ss

B ERTI STEPHEN V., Einführung in die Schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2011

B OHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, *in* : RDS 2009 II 185 ss (cité : Défenses)

B OHNET FRANÇOIS, CPra-Actions civiles, vol. I et II, 2^e éd., Bâle 2019

B OHNET FRANÇOIS, Les exceptions en procédure civile, *in* : Bohnet (édit.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, 141 ss (cité : Exceptions)

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

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

B OHNET FRANÇOIS/C O RTHAY GAËTAN, Allégation et preuve des faits générateurs en matière d'opposition au congé, Résumé et analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_412/2022, Newsletter DroitDuTravail.ch août 2023

B OHNET FRANÇOIS/D R O ESE LORENZ, Le droit d'action en procédure civile suisse, RSPC 2021 466 ss

B OHNET FRANÇOIS/J EANNIN PASCAL, Le fardeau de la preuve en droit du bail, *in* : Bohnet/Carron(édit.), 19^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, 1 ss

B RÖNNIMANN JÜRGEN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse Berne, Berne 1989

D E S C H E N A U X HENRI, Le titre préliminaire du Code civil, TDP II/1, Fribourg 1969

E G G E R AUGUST, Zürcher Kommentar, Einleitung : Art. 1-10 ZGB, Das Personenrecht : Art. 11-89 ZGB, 2^e éd., Zurich 1930

GRÄFE ULRIKE, Leo Rosenberg – Leben und Wirken (1879-1963), Berlin 2011

GROBÉTY LAURENT, Les faits et moyens de preuve nouveaux en procédure civile suisse, SJ 2023, 431 ss

GULDENER MAX, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zurich 1955

GÜNGERICH ANDREAS/ALVAREZ CIPRIANO *et al.*, Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, vol. I : Art. 1-149 ZPO, vol. II : Art. 150-352 ZPO, Berne 2013 (cité : BK ZPO-AUTEUR)

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

JEANNIN PASCAL, La preuve en droit du bail – Loyers, défauts et résiliation de baux d'habitations et de locaux commerciaux à l'aune des questions probatoires, thèse Neuchâtel, Bâle/Neuchâtel 2022

JUNGO ALEXANDRA, Zürcher Kommentar, Beweislast, Art. 8 ZGB, ZK, 3^e éd., Zurich 2018

KASER MAX/HACKL KARL, Das Römische Zivilprozessrecht, 2^e éd., Munich 1997

KUHN HANS, Die Beweislast, thèse Berne, Berne 1912

KUMMER MAX, Art. 8 ZGB, *in* : Liver/Meier-Hayoz (édit.), Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-10, Berne 1962

MEIER ISAAK, Zum Problem der Beweislastverteilung im schweizerischen Recht, RDS 1987, 705 ss

PIOTET DENIS, art. 8 CC, *in* : Pichonnaz/Foëx (édit.), Commentaire romand du Code civil I, Art. 1-359 CC, Bâle 2010

ROSENBERG LEO, Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuche, thèse, Berlin 1900 (cité : ROSENBERG, thèse)

ROSENBERG LEO, Die Beweislast, 5^e éd., Munich 1965

SCHMID HANS, Art. 8 ZGB, Überblick und Beweislast, La preuve dans le procès civil, 11 ss

SCHWEIZER PHILIPPE/BOHNET FRANÇOIS, Les défenses au fond, spécialement en procédure civile neuchâteloise, RJN 1999, 11 ss

SIEGRIST EDGAR, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, thèse Berne, Berne 1938

STEINAUER PAUL-HENRI, Le titre préliminaire du Code civil, TDP II/1, Fribourg 2009

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 6^e éd., Genève 2019

WALTER HANS PETER, art. 8 ZGB, *in* : Hausheer/Walter (édit.), Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-9, Berne 2012

Les faits exorbitants en procédure civile

par

Frédéric Fitzi

Collaborateur scientifique à l'Université de Neuchâtel, avocat

I. Introduction.....	41
II. Problématique.....	42
A. Cadre procédural.....	42
1. Maxime inquisitoire.....	42
2. Maxime des débats	42
3. Maxime éventuelle.....	44
B. Administration des preuves.....	45
1. Témoignage, interrogatoire et déposition de partie.....	46
2. Titre et renseignement écrit	47
3. Inspection	47
4. Expertise judiciaire	48
C. Rôle du tribunal	48
III. Exploitabilité des faits exorbitants.....	51
A. Etat des lieux de la controverse.....	51
1. Réglementations cantonales antérieures.....	51
2. Absence de réglementation dans le CPC	53
3. Divergences doctrinales.....	54
4. Enseignements jurisprudentiels.....	55

B. Solution proposée.....	56
1. Notion et délimitation.....	56
2. Faits exorbitants au sens impropre.....	57
a) Admissibilité selon les exigences de la maxime des débats	62
b) Droit d’être entendu des parties.....	66
3. Faits exorbitants au sens propre.....	67
a) Admissibilité selon les exigences des <i>nova</i>	71
b) <i>Nova</i> proprement dits.....	72
c) <i>Nova</i> improprement dits.....	73
d) Modification de la demande.....	75
IV. Conclusion	77
Bibliographie	80

I. Introduction

1. Il n'est pas rare en procédure civile que l'administration des preuves révèle des faits pertinents qui n'ont pas été envisagés ni allégués de manière suffisante par les parties. Bien qu'il soit admis que la maxime inquisitoire impose au juge de tenir compte de faits prouvés, mais non allégués (« faits exorbitants » ; « *überschiessende Beweisergebnisse* » ; « *fatti esorbitanti* »), leur exploitabilité sous l'empire de la maxime des débats est controversée de longue date.
2. Les anciens codes de procédure civile traitaient cette question de manière différenciée, ce qui se reflète encore dans la doctrine actuelle, étant précisé que tous les auteurs ne partagent pas forcément la même définition de la notion du fait exorbitant.
3. Alors qu'un besoin de clarté se fait de plus en plus ressentir dans la pratique judiciaire, le Tribunal fédéral semble peu enclin à trancher cette controverse. Après s'être penché à maintes reprises sur la question, il s'est jusqu'alors contenté de la laisser indécise. Les conditions relatives à l'exploitabilité des faits exorbitants demeurent ainsi nébuleuses, ce qui nuit à la prévisibilité judiciaire.
4. L'émergence de tels faits lors du procès est susceptible de créer des tensions avec certaines maximes procédurales et tend à opposer vérités formelle et matérielle dans l'établissement de la vérité judiciaire. La présente contribution a pour but d'analyser la manière dont les faits exorbitants doivent être appréhendés par le tribunal, respectivement de déterminer si ceux-ci peuvent servir d'assise à la décision du juge ou, au contraire, doivent être écartés.
5. Après avoir esquissé la problématique et les moyens à disposition du juge pour en atténuer la portée, nous traiterons de la question de l'exploitabilité des faits exorbitants. Nous offrirons un tour d'horizon des anciennes réglementations cantonales ainsi que des divergences doctrinales en la matière, avant de tirer les enseignements de la jurisprudence topique. Nous préciserons ensuite les contours de la notion de faits exorbitants, ouvrant la voie à un traitement différencié selon leur typologie. Nous examinerons le régime juridique applicable à chaque type de faits exorbitants, pour finalement présenter une synthèse des résultats en guise de conclusion.

II. Problématique

A. Cadre procédural

1. Maxime inquisitoire

6. Lorsque la maxime inquisitoire – pure ou sociale – trouve application, des allégués et offres de preuve peuvent être présentés par les parties jusqu’aux délibérations en application de l’art. 229 al. 3 CPC. Les allégués et offres de preuve des parties ne lient pas le tribunal, lequel peut fonder son jugement sur tous les faits dont il a connaissance¹. La loi autorise le juge à ordonner l’administration de toute preuve non proposée par les parties et elle lui impose de retenir des faits non formellement allégués, mais venus à sa connaissance lors de l’administration des preuves².
7. Cette possibilité n’existe en revanche pas lorsque le juge est seulement tenu de faire usage d’un simple devoir d’interpellation renforcé au sens de l’art. 247 al. 1 CPC³.

2. Maxime des débats

8. Pour les procès régis par la maxime des débats, il incombe aux parties d’alléguer les faits et de produire les moyens de preuve y relatifs⁴. La maxime des débats repose sur l’idée que les parties connaissent mieux les faits que le tribunal, raison pour laquelle celles-ci sont les plus à même d’exposer les faits qui leur sont

¹ ATF 142 III 402, consid. 2.1 ; ATF 139 III 457, consid. 4.4.3.2 ; CR CPC-HALDY, art. 55 N 7 ; BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 55 ; LEUPOLD, N 65 ; KommZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 61.

² Art. 247 al. 2 CPC ; ATF 107 II 233, consid. 2b ; TF 4A_388/2021 du 14 décembre 2021, consid. 5.1 ; TF 4A_428/2016 du 15 février 2017, consid. 3.2.2.2 ; BOHNET/JEANNERET, 85 ; GASSER/RICKLI, art. 55 N 7 ; PC CPC-HEINZMANN, art. 247 N 7.

³ TF 4A_73/2014 du 19 juin 2014, consid. 6.3.1.1 s. (non publiés *in* ATF 140 III 312) ; BOHNET, Bail, N 168 ; BRIDEL, N 206 ; *contra* : LACHAT/LACHAT, 237.

⁴ Art. 55 al. 1 CPC ; ATF 144 III 519, consid. 5.1 ; TF 4A_164/2021 du 21 décembre 2021, consid. 3.1.

favorables⁵. En ce sens, la maxime des débats contribue (aussi) à la manifestation de la vérité matérielle⁶.

9. Le Tribunal fédéral impose aux parties de motiver de manière circonstanciée leurs allégations lorsque celles-ci ont été contestées⁷. Par conséquent, une allégation de fait insuffisamment étayée ne pourra pas être prouvée, tandis qu'un fait suffisamment allégué et non contesté de façon suffisante lie en principe le tribunal⁸. Il importe peu que les faits aient été allégués par l'une ou l'autre des parties. Une fois qu'ils font partie du cadre du procès, le juge peut en tenir compte⁹. Loin de constituer une fin en soi, ces exigences visent à délimiter l'objet de la preuve, favorisant ainsi une procédure probatoire appropriée avant la subsomption¹⁰. Les faits pertinents doivent être exposés de façon suffisamment précise pour pouvoir être prouvés et permettre à la partie adverse de motiver sa contestation ou de faire administrer la contre-preuve¹¹.
10. Une approche stricte de la maxime des débats conduit à retenir que les faits sortant du cadre des allégués des parties n'existent pas aux yeux du tribunal¹². Ainsi comprise, la maxime des débats est le

⁵ DIKE ZPO-GLASL, art. 55 N 5 ; GRONER, 21 s. ; LEUPOLD, N 50 ; REUT, N 32, 50 ; STAEHELIN/BACHOFNER, *in* : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 15 ; KommZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 9.

⁶ TC VD du 5 février 2021, HC/2020/899, consid. 3.2.2 ; MORET, *Novenrecht*, 57 (n. 83) ; cf. GASSER/RICKLI, art. 55 N 2 ; REUT, N 32.

⁷ ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.1 ; ATF 127 III 365, consid. 2b ; TF 4A_443/2017 du 30 avril 2018, consid. 2.1 ; TF 4A_281/2017 du 22 janvier 2018, consid. 4.1.

⁸ BOHNET, *Allégation*, N 34 s. ; BOHNET, *Ecritures*, N 46 ; cf. ATF 144 III 462, consid. 4 (un fait non contesté est assimilé à un fait prouvé).

⁹ ATF 149 III 105, consid. 5.1 ; ATF 143 III 1, consid. 4.1 ; TF 4A_566/2015 du 8 février 2016, consid. 4.2.1 ; TC VS du 6 février 2023, C1 22 138, consid. 2.3.2.1.

¹⁰ TF 4A_494/2020 du 24 juin 2022, consid. 4.1-4.4 ; TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.4 ; TF 4A_496/2019 du 1^{er} février 2021, consid. 4.4 ; TF 4A_106/2020 du 8 juillet 2020, consid. 2.3.2 ; cf. BRÖNNIMANN, 197.

¹¹ ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.1 ; ATF 136 III 322, consid. 3.4.2 ; TF 4A_453/2017 du 12 juillet 2018, consid. 2.2.2 (non publié *in* ATF 144 III 319).

¹² TF 5A_808/2018 du 15 juillet 2019, consid. 4.2 ; TF 4A_304/2018 du 23 octobre 2018, consid. 3.2 (« *quod non est in actis non est in mundo* ») ; cf. KUMMER, 76.

corollaire du principe de la vérité dite formelle¹³, et peut constituer une entrave à la manifestation de la vérité matérielle¹⁴.

11. Afin de pallier le risque d'aboutir à des solutions choquantes, diverses règles du CPC viennent tempérer la maxime des débats au profit de la vérité matérielle¹⁵. Tel est par exemple le cas des art. 56 et 247 al. 2 CPC qui consacrent le devoir d'interpellation du juge, de l'art. 151 CPC qui prévoit que les faits notoires ne doivent pas être prouvés, de l'art. 153 al. 2 CPC qui habilite le juge à administrer d'office des preuves lorsqu'un fait non contesté est douteux, ainsi que de l'art. 186 CPC qui permet au tribunal d'autoriser un expert judiciaire à procéder lui-même à ses propres investigations¹⁶.

3. Maxime éventuelle

12. Les effets de la maxime des débats sont renforcés par la maxime éventuelle qui détermine le moment auquel les faits et moyens de preuve doivent être introduits¹⁷. Il incombe en principe aux parties de le faire jusqu'à la clôture de la phase de l'allégation¹⁸, moment à partir duquel ceux-ci ne sont admis qu'à des conditions restrictives¹⁹. En règle générale, les faits présentés tardivement doivent être écartés par le tribunal²⁰.

¹³ KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 55 N 4 (« *formelle Wahrheit* ») ; GASSER/RICKLI, art. 55 N 2 (« *Wahrheit inter partes* ») ; REUT, N 32, 389 ; STAHELIN/BACHOFNER, *in* : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 16 (« *relative Wahrheit* »).

¹⁴ SUTTER-SOMM, N 324 ; LEUPOLD, N 50 ; VETTER, Recht, 11 ; cf. BOHNET, aCPC/NE, art. 57 N 1.

¹⁵ TF 4A_375/2016 du 8 février 2017, consid. 5.3.3 ; BERGER/GÜNGERICH/HURNI/STRITTMATTER, N 677 ; BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 46 s. ; KommZPO-HASENBÖHLER, art. 153 N 9 ; KommZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 57 ; WUILLEMIN, N 308.

¹⁶ HEINRICH, art. 76 N 55.

¹⁷ Art. 229 CPC ; BOHNET, Allégation, N 22 ss.

¹⁸ TF 4A_24/2020 du 26 mai 2020, consid. 4.1.4.3.

¹⁹ KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, art. 229 N 1 ; GROBÉTY, 435 ; CHAIX, N 57 ; DOMENIG, N 227.

²⁰ REUT, N 43.

13. En fixant des limites temporelles à l'introduction de faits et de moyens de preuve dans le procès, la maxime éventuelle peut certes faire obstacle à l'établissement de la vérité matérielle²¹ ; elle apparaît cependant nécessaire et utile à la garantie d'un procès équitable et au respect du principe de célérité²².
14. Pour les procès soumis à la maxime des débats, le CPC accorde ainsi davantage de poids à l'intérêt d'une administration ordonnée et efficace de la justice, plutôt qu'à la stricte recherche de la vérité matérielle. Le législateur compte à cet égard sur le concours d'avocats diligents et bien formés pour faciliter la nécessaire collaboration entre les parties et le juge²³. S'il appartient certes au client de communiquer à son avocat les faits et preuves topiques, c'est ce dernier qui endosse la responsabilité de mettre correctement en œuvre le droit de procédure²⁴.

B. Administration des preuves

15. Ce n'est qu'au stade de la phase probatoire, à savoir lors de l'administration d'un moyen de preuve reconnu par le CPC, qu'un fait exorbitant est susceptible d'émerger dans le cadre d'un procès régi par la maxime des débats²⁵. Il s'agit en effet de faits qui n'ont pas été allégués par les parties mais qui sont découverts fortuitement lors de l'administration des preuves, soit généralement après la clôture de la phase de l'allégation²⁶.
16. L'objet de la preuve porte exclusivement sur des faits pertinents se rattachant à des allégués qui eux-mêmes satisfont aux exigences de motivation applicables²⁷. A défaut, il n'y a pas de place pour l'administration d'un moyen de preuve, sous réserve de l'hypothèse

²¹ DOMENIG, N 229.

²² REUT, N 43 ; DOMENIG, N 228.

²³ MARKUS/HUBER-LEHMANN, 296.

²⁴ MICHEL, 76.

²⁵ VETTER, Beweisergebnisse, 224 ; REUT, N 226.

²⁶ LORENZ, N 382 ; GROBÉTY, 442 ; cf. BRÖNNIMANN, 123.

²⁷ Art. 150 al. 1 CPC ; ATF 144 III 67, consid. 2.1 ; cf. *supra* N 9.

visée par l'art. 153 al. 2 CPC²⁸. Il s'ensuit que la problématique des faits exorbitants (au sens propre) ne peut se poser que lorsqu'un moyen de preuve révèle un fait différent de celui qu'il était amené à prouver initialement²⁹.

17. Afin de mieux cerner les contours de ce phénomène, il convient de présenter, pour chaque moyen de preuve, la manière dont des faits non allégués (ou insuffisamment motivés) sont susceptibles de faire leur apparition dans un procès.

1. Témoignage, interrogatoire et déposition de partie

18. Quand bien même la maxime des débats impose au tribunal de n'auditionner un témoin que sur des faits pertinents et contestés concernant l'objet du procès³⁰, le juge l'invite parfois à décrire sa perception de la situation litigieuse dans son ensemble, avant de l'interroger sur des faits précis³¹ en ayant recours à des questions ouvertes³².
19. Cette première étape de l'audition est généralement décisive lorsqu'il s'agit d'apprécier certains faits controversés, comme la crédibilité du témoin³³. Or, il va de soi que de tels récits spontanés sont propices à la révélation de faits qui n'ont pas été (exactement) allégués par les parties³⁴. Tel est par exemple le cas lorsqu'il ressort d'un témoignage qu'une créance a fait l'objet d'une remise conventionnelle et non, comme le prétend le défendeur, qu'elle a été exécutée³⁵.

²⁸ TF 4A_113/2017 du 6 septembre 2017, consid. 6.1.1 ; TF 4A_504/2015 du 28 janvier 2016, consid. 2.4.

²⁹ TC VS du 6 février 2023, C1 22 138, consid. 2.3.2.1.

³⁰ Art. 150 al. 1 et 221 al. 1 let. e CPC ; cf. HAFTER, N 2632 s. ; JÉQUIER, N 253.

³¹ BSK ZPO-GUYAN, art. 172 N 6 ; HASENBÖHLER, vol. 2, N 4.233 ; REUT, N 226 ; VETTER, Beweisergebnisse, 224.

³² BOHNET/JEANNERET, 77 s. ; cf. BSK ZPO-HAFNER, art. 191 N 14a ; HAFTER, N 2634, concernant les techniques d'interrogatoire.

³³ LEUENBERGER, 313 ; ZWEIDLER, 110 s. ; cf. ATF 128 I 81, consid. 2.

³⁴ HOUDROUGE/MAJOR, 6 ; KAUFMANN, 102 ; SARBACH R., N 57 ; SCHNEUWLY, 356 ; pour un exemple : TF 4A_459/2012 du 3 décembre 2012, consid. 4.1.

³⁵ GULDENER, 165.

20. Il en va de même pour les interrogatoires et dépositions de parties, lorsqu'elles apportent, durant la phase probatoire, des faits pertinents qu'elles n'ont pas allégués préalablement³⁶.

2. Titre et renseignement écrit

21. Dans la mesure où une partie au procès doit en règle générale se laisser imputer ce qu'elle a elle-même écrit ou signé, il est courant de chercher à prouver ses affirmations par des titres³⁷. Il peut cependant arriver que le tribunal remarque qu'un document valablement introduit à l'instance révèle des faits qui ne correspondent à aucun allégué de partie³⁸.
22. Tel est par exemple le cas lorsqu'un échange de courriels est produit afin de prouver l'inexistence d'une créance, faute de contrat valablement conclu entre les parties. Or, à la lecture desdits courriels, le tribunal constate que le prétendu contrat n'a pas été conclu avec la partie demanderesse, mais avec sa représentante indirecte, cette dernière ayant agi en son propre nom. La prise en considération de ce fait exorbitant, constaté par le tribunal lors de l'administration des preuves, entraînerait le rejet de la demande, faute de légitimation active de la demanderesse³⁹.

3. Inspection

23. Lorsque le juge procède à une inspection, c'est-à-dire qu'il examine personnellement certains éléments de fait, il peut arriver qu'il considère pertinents d'autres faits que ceux allégués par les parties. Il en va ainsi si une partie requiert le remboursement par le vendeur des frais d'assainissement engagés sur le terrain acheté, mais que le

³⁶ LORENZ, N 385 ; pour des exemples : TF 4A_292/2022 du 22 décembre 2022, consid. 7.2.4 ; TF 4A_251/2020 du 29 septembre 2020, consid. 3.1 ; TF 4A_204/2017 du 29 août 2017, consid. 8.2.1 ; TC VS du 19 juin 2017, C3 15 204 (RVJ 2017, 249), consid. 2.4.3.1 ; cf. Fachhandbuch ZPO-GÖKSU, N 22.67, qui relève que c'est souvent le cas devant les tribunaux fribourgeois.

³⁷ BÜHLER, Beweiswürdigung, 79 ; KUMMER, 136 ; KUNTSCHEIN, N 169.

³⁸ LEUENBERGER, 313.

³⁹ VETTER, Beweisergebnisse, 225 s.

tribunal constate l'existence d'une vieille conduite défectueuse sur le terrain voisin, dont l'huile usagée s'infiltre sur le terrain concerné⁴⁰.

4. Expertise judiciaire

24. L'expertise judiciaire est sans nul doute le moyen de preuve le plus propice à l'émergence de faits exorbitants. En ayant recours aux services d'un expert aux fins d'éclaircir certains aspects de nature technique⁴¹, le juge le met en situation d'introduire des éléments de fait qu'aucune partie n'avait envisagés ni – *a fortiori* – allégués⁴². Il arrive qu'un expert soit autorisé par le tribunal à procéder à ses propres investigations⁴³. L'expert peut parfois se sentir aussi investi du pouvoir de se prononcer dans son rapport sur des questions qui ne lui ont pas été posées⁴⁴. La complexité des faits examinés, qui échappe bien souvent à la compréhension du tribunal – et souvent des parties elles-mêmes –, explique les libertés (parfois injustifiées) prises spontanément par l'expert par rapport au mandat qui lui est confié par le tribunal.

C. Rôle du tribunal

25. Comme le démontre la pratique judiciaire, des faits prouvés mais non allégués surgissent *nolens volens* dans bon nombre de procès, sans pour autant que cela ne soit nécessairement dû à un manquement procédural de l'une ou l'autre des parties⁴⁵. Loin d'être marginal, ce phénomène est inhérent à la complexification du contentieux judiciaire, les tribunaux étant saisis de causes de plus en plus

⁴⁰ VETTER, Beweisergebnisse, 226 s.

⁴¹ Art. 183 CPC.

⁴² BÜHLER, Gerichtsgutachter, 70 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.30, 9.149 ; STAUB/GRÜTTER/REARDON-KOFMEL, N 59 ; MÜLLER/ZINGG, 637 s. ; LORENZ, N 382 ; REUT, N 227 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 183 N 11.

⁴³ Art. 186 CPC ; cf. *infra* N 30 s., 98 s.

⁴⁴ HERRMANN, 175 s. ; VETTER, Beweisergebnisse, 231.

⁴⁵ KGer GR du 23 janvier 2017, ZK1 16 138, consid. 5b/aa.

- techniques et spécialisées, dont les tenants et aboutissants sont parfois difficiles à cerner pour les justiciables⁴⁶.
26. Bien que pareille conséquence semble parfois inévitable⁴⁷, le tribunal doit tout mettre en œuvre pour éviter l'irruption de tels faits dans les procès soumis à la maxime des débats⁴⁸, étant donné qu'une application stricte de cette dernière commanderait de les ignorer⁴⁹. Le juge doit ainsi être conscient de cette problématique et instruire la cause de manière réfléchie⁵⁰.
27. En ce qui concerne les dépositions de témoins et interrogatoires de parties, le tribunal peut éviter l'apparition de faits exorbitants en veillant à ce que les questions posées soient limitées aux allégués des parties⁵¹. Le cas échéant, il peut interrompre le témoin ou la partie lorsque ses déclarations s'éloignent trop du cadre de l'audition⁵², en particulier s'il soupçonne que la personne auditionnée tente d'introduire par ce moyen détourné des faits nouveaux dans le procès, dans le but de contourner les limites fixées par la maxime éventuelle⁵³.
28. Lorsqu'un titre est valablement produit ou une inspection ordonnée, le tribunal se retrouve démuné pour éviter l'émergence de

⁴⁶ Message CPC 2006, 6850 s.

⁴⁷ Commentario CPC-TREZZINI, art. 183 N 13 ; cf. HERRMANN, 173 (« *überschiessende Beweisergebnisse sind vorprogrammiert* ») ; REUT, N 227.

⁴⁸ HLK PatGG-HESS-BLUMER, Vorb. zum 6. und 7. Abschnitt, N 110 (« *vorbeugen ist besser als heilen* ») ; VETTER, Beweisergebnisse, 230 ; cf. WUILLEMIN, N 678 ; nuancé : TREZZINI, Celerità, 13.

⁴⁹ TF 5A_808/2018 du 15 juillet 2019, consid. 4.2 ; TF 4A_304/2018 du 23 octobre 2018, consid. 3.2 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 55 N 10 ; JEANNIN/BOHNET, N 12 ; cf. ASPRION STÖCKLIN, 110 ; BOHNET, Alléguer, N 67.

⁵⁰ VETTER, Beweisergebnisse, 230 s., 239 ; BÜTZBERGER, 178 ; HERRMANN, 175 s. ; WUILLEMIN, N 678, avec des exemples concrets ; cf. TF 4A_33/2015 du 9 juin 2015, consid. 5, où l'expertise aurait à notre sens pu et dû être refusée d'emblée.

⁵¹ HASENBÖHLER, vol. 2, N 4.235.

⁵² HOUDROUGE/MAJOR, 6 ; VETTER, Beweisergebnisse, 230 ; cf. SCHWANDER, 201.

⁵³ VETTER, Beweisergebnisse, 225, 228, 230 s. ; cf. LORENZ, N 386 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 191 N 25 ; *contra* : BK ZPO II-BÜHLER, art. 190-191 N 80.

faits exorbitants, car ceux-ci existent déjà⁵⁴. Seule se pose alors la question de leur exploitabilité⁵⁵.

29. Pour ce qui est de l'expertise judiciaire, c'est au tribunal qu'il incombe de cadrer et d'instruire l'expert, en dressant un catalogue de questions après avoir pris en compte les propositions des parties⁵⁶. Il est primordial pour le tribunal de circonscrire, à ce stade-là, l'objet de l'expertise aux faits allégués par les parties⁵⁷, sous peine d'abandonner la direction de la procédure aux mains de l'expert et de réduire ainsi à néant la maxime des débats⁵⁸.
30. Lorsque le tribunal entend permettre à l'expert de procéder lui-même à des investigations au sens de l'art. 186 CPC, il doit veiller à ce que son autorisation porte sur des mesures concrètes, s'inscrivant dans le cadre des allégués⁵⁹, faute de quoi l'expert risque de se transformer en un véritable électron libre impossible à contrôler⁶⁰. L'expert n'étant pas toujours au courant du contexte procédural dans lequel s'inscrit le procès, ses investigations aboutissent parfois à prouver des faits qui ont certes un rapport avec l'objet du litige, mais qui n'ont pas été allégués⁶¹ – ou suffisamment motivés⁶² – par les parties⁶³. L'expert – et *a fortiori* le juge – ne sauraient se mettre délibérément à la recherche de faits non allégués⁶⁴.

⁵⁴ VETTER, Beweisergebnisse, 231.

⁵⁵ Cf. *infra* N 49 ss.

⁵⁶ Art. 185 al. 1 et 2 CPC ; BOHNET/FITZI, Expertise judiciaire, N 60 ss.

⁵⁷ Pour un exemple : TC VD du 8 février 2023, HC/2023/161, consid. 3.3.

⁵⁸ BOHNET/FITZI, Expertise judiciaire, N 62, 66 ; REETZ/VORBURGER, 220 ; GUYAZ, 137 ; VETTER, Beweisergebnisse, 231.

⁵⁹ KommZPO-WEIBEL, art. 186 N 6.

⁶⁰ STIEGER, 206 (« *unguided missile* ») ; cf. HOFMANN/LÜSCHER, 198.

⁶¹ LEUENBERGER, 313 ; PC CPC-VOUILLOZ, art. 186 N 5.

⁶² OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 3b.

⁶³ BOHNET/FITZI, Expertise judiciaire, N 82 ; cf. UMHANG, N 78, qui soutient que la découverte de faits exorbitants est un gage de qualité de l'expertise (médicale).

⁶⁴ LEUPOLD, N 49 ; MEIER R., N 17 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 55 N 10 ; KommZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 12 ; VETTER, Recht, 11 ; cf. ASPRION STÖCKLIN, 99 s. ; KUMMER, 76 ; VETTER/PEYER, 773, concernant d'éventuelles recherches sur internet par le juge.

31. Compte tenu du risque élevé de voir des faits exorbitants proliférer⁶⁵, l'autorisation de pareilles investigations donnée par le tribunal devrait être le fruit d'une mûre réflexion et n'être accordée qu'avec circonspection⁶⁶.
32. Demeurent toutefois réservées certaines situations spécifiques où le droit matériel prévoit le concours d'experts, notamment lorsqu'il s'agit de valoriser un bien, auquel cas le rapport d'expertise ne se limite pas de manière stricte aux allégations initiales des parties⁶⁷.

III. Exploitabilité des faits exorbitants

A. *Etat des lieux de la controverse*

1. Réglementations cantonales antérieures

33. Avant l'entrée en vigueur du CPC, l'exploitabilité des faits exorbitants dépendait de la rigueur avec laquelle la maxime des débats était concrétisée par les droits de procédure cantonaux⁶⁸.
34. D'une manière générale, la pratique des cantons romands en matière d'allégués était assez souple⁶⁹, si bien que la question des faits exorbitants se posait assez rarement. De plus, les cantons de Vaud⁷⁰

⁶⁵ MÜLLER/ZINGG, 637 ; cf. UMHANG, N 87.

⁶⁶ BOHNET/FITZI, Expertise judiciaire, N 83 ; HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.100 ; *contra* : MARKUS/DROESE, § 11 N 94.

⁶⁷ MISTELI, N 37, 85, qui se réfère à l'expertise patrimoniale avec état liquidatif en lien avec l'art. 618 CC ; cf. à ce sujet : BEUCHAT/EIGENMANN, 29.

⁶⁸ LEUENBERGER, 316 ; BÜHLER, Beweismass, 82 s. ; LORENZ, N 383 ; cf. aussi : TF 4A_137/2015 du 19 août 2015, consid. 6.2.2 ; TF 4A_204/2017 du 29 août 2017, consid. 8.2.2 ; TF 4A_195/2014 et 4A_197/2014 du 27 novembre 2014, consid. 7.2 (non publié *in* ATF 140 III 602) ; TC VS du 4 décembre 2015, RVJ 2017, 127, consid. 3.1.4.

⁶⁹ BOHNET, Allégation, N 2, 33 ; BOHNET, Alléguer, N 56 ; cf. aussi : TC VD du 5 février 2021, HC/2020/899, consid. 3.2.1.

⁷⁰ Art. 4 al. 2 aCPC/VD ; cf. TF 4A_566/2015 du 8 février 2016, consid. 4.2.1 ; POUDRET/HALDY/TAPPY, art. 4 N 9.

et du Valais⁷¹ reconnaissaient expressément l'exploitabilité de faits non allégués s'ils étaient révélés par une expertise (écrite)⁷².

35. La procédure civile bernoise admettait largement la prise en compte de faits exorbitants⁷³. Elle prévoyait un régime permettant d'exploiter des faits constatés au cours des débats⁷⁴, qui se justifiait par la volonté de rapprocher le plus possible la solution judiciaire de la vérité matérielle⁷⁵. Le canton d'Argovie lui avait emboîté le pas en suivant une approche similaire⁷⁶.
36. D'autres cantons justifiaient l'exploitabilité de tels faits en recourant aux principes généraux de procédure, comme celui de la libre appréciation des preuves⁷⁷, de la conception sociale du procès civil ou de la vérité matérielle⁷⁸. D'autres encore admettaient des allégués tardifs pour des faits constatés lors de l'administration des preuves⁷⁹.
37. La procédure zurichoise était quant à elle plus attachée à la responsabilité des parties de fournir au tribunal la substance du litige⁸⁰. Les faits prouvés étaient uniquement admissibles s'ils étaient, dans leur résultat, équivalents aux faits allégués⁸¹ ou s'ils présentaient les caractéristiques de l'état de fait litigieux à prouver⁸².

⁷¹ Art. 66 al. 4 aCPC/VS ; TC VS du 20 mars 2007, RVJ 2007, 229, consid. 4a ; cf. TF 5D_42/2007 du 18 février 2008, consid. 2.1.

⁷² MÜLLER, 112 s.

⁷³ BÜHLER, Gerichtsgutachter, 71 ; BRÖNNIMANN, 124 ; LEUENBERGER, 315.

⁷⁴ Art. 89 et 202 aCPC/BE ; VETTER, Beweisergebnisse, 231 s.

⁷⁵ LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, art. 89 N 2b ; SARBACH M., 712.

⁷⁶ BÜHLER/EDELMANN/KILLER, § 75 N 16 ; VETTER, Beweisergebnisse, 233.

⁷⁷ FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 54 N 3.

⁷⁸ BÜHLER/EDELMANN/KILLER, § 75 N 16, 51 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, aZPO/SG, art. 56 N 2b ; MERZ, § 146 N 5a.

⁷⁹ § 207 let. b aZPO/LU ; § 104 ch. 2 aZPO/SZ ; § 146 al. 2 ch. 2 aZPO/TG ; § 99 al. 2 aZPO/ZG ; § 115 ch. 2 aZPO/ZH ; cf. OGer TG du 29 mai 1998, ZB 98 7 (RBOG 1998, n° 26, 144), consid. 2.

⁸⁰ BÜHLER, Gerichtsgutachter, 71.

⁸¹ GULDENER, 165 (« *im Ergebnis gleichwertig* ») ; KassGer ZH du 29 septembre 1997, ZR 1998, n° 87, 208, consid. II.3.c ; LEUENBERGER, 314 s.

⁸² FRANK/STRÄULI/MESSMER, § 54 N 3 (« *Merkmale des streitigen und zu beweisenden Sachverhalts* »), § 176 N 6 (« [...] *stets hat das Gericht [...] zu prüfen, [...] ob nicht der Prozessstoff in unstatthafter Weise ausgedehnt worden ist* »).

Dans le canton de Saint-Gall, les faits exorbitants pouvaient en règle générale être pris en compte s'ils se situaient dans le cadre de ce qui avait été allégué⁸³, ou dans la ligne de ce que les parties avaient déjà exposé⁸⁴.

38. Alors que l'ancienne Cour de cassation zurichoise avait considéré qu'un jugement se fondant sur une pièce qui ne se rapportait à aucun allégué dans l'écriture correspondante emportait violation de la maxime des débats⁸⁵, la même autorité a par la suite concédé que la maxime des débats ne s'opposait pas à ce qu'un tribunal fonde son jugement sur des faits non allégués (ou insuffisamment motivés), dont la véracité était attestée à l'issue de la phase probatoire⁸⁶.

2. Absence de réglementation dans le CPC

39. Les législations de procédure civile cantonales sont caduques depuis l'entrée en vigueur du CPC le 1^{er} janvier 2011. Le CPC ne contient aucune disposition relative au traitement des faits exorbitants⁸⁷ et les travaux préparatoires sont pauvres en enseignements à ce sujet⁸⁸.
40. Il n'est donc pas surprenant que d'anciennes pratiques cantonales en lien avec les faits exorbitants subsistent en marge du CPC.

⁸³ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, aZPO/SG, art. 56 N 2b (« *im Rahmen dessen liegen, was behauptet worden ist* »).

⁸⁴ GERMANN, 303 (« *Fakten [...] die auf der Linie dessen [sind], was die Parteien im Prozess bereits vorgebracht haben* »).

⁸⁵ KassGer ZH du 25 août 1994, ZR 1996, n° 12, 44, consid. 7a.

⁸⁶ KassGer ZH du 20 juin 2005, ZR 2005, n° 80, 308, consid. II.2.3.2 ; cf. aussi : OGer ZH du 24 juin 2003, ZR 2004, n° 77, 304, consid. III.2.

⁸⁷ TC VS du 19 juin 2017, C3 15 204 (RVJ 2017, 249), consid. 2.4.3.1 ; MORET, Aktenschluss, 571, 575 ; MORET, Aktuelle Probleme, 34 ; REUT, N 227 ; cf. aussi : RÉTORNAZ, Substanziierungspflicht, 118, qui considère cela regrettable.

⁸⁸ Partageant le même constat : MORET, Aktenschluss, N 572 ; REUT, N 233.

3. Divergences doctrinales

41. La question de l'exploitabilité des faits exorbitants sous l'égide du CPC suscite des avis très contrastés au sein de la doctrine⁸⁹, les auteurs n'ayant au demeurant pas forcément la même définition de cette notion⁹⁰.
42. Pour certains, il est en tout état de cause exclu d'en tenir compte en raison de leur incompatibilité avec la maxime des débats⁹¹, tandis que d'autres, préconisant une approche libérale, plaident en faveur de leur exploitabilité générale, estimant que selon la conception même du CPC, la recherche de la vérité matérielle prime le strict respect de la maxime des débats et de la maxime éventuelle⁹². D'aucuns admettent leur prise en compte, pour autant que les parties aient pu exercer leur droit d'être entendu⁹³.
43. Selon une autre opinion, l'exploitabilité des faits exorbitants est en principe proscrite, mais les allégations de partie sous-jacentes doivent alors être qualifiées de « manifestement incomplètes » au sens de l'art. 56 CPC, si bien que le tribunal est tenu d'interpeller les parties sur ce point, leur permettant ainsi de compléter des allégués insuffisants⁹⁴.
44. En s'inspirant de l'ancienne pratique zurichoise⁹⁵, une partie de la doctrine considère que l'exploitation des faits exorbitants est admissible à certaines conditions, s'ils s'inscrivent dans le cadre des

⁸⁹ Nous relevons que la doctrine est principalement alémanique, ce qui s'explique par le fait que la portée de cette problématique était moindre en Suisse romande ; cf. *supra* N 34.

⁹⁰ Cf. *infra* N 49 s.

⁹¹ BSK ZPO-GEHRI, art. 55 N 5 ; cf. aussi : STAEHELIN/BACHOFNER, *in* : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10 N 16 s.

⁹² BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 16 ; BK ZPO II-BÜHLER, art. 190-191 N 81 ; DIKE ZPO-GLASL, art. 55 N 30 ; BK ZPO II-RÜETSCHI, art. 183 N 46 ; VETTER, Beweisergebnisse, 238 s. ; cf. KUKO ZPO-FRAEFEL, art. 247 N 11 ; HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.100.

⁹³ HLK PatGG-HESS-BLUMER, art. 37 N 108 ; DIKE ZPO-LEU, art. 157 N 18 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 157 N 10 ; cf. aussi : MARKUS/HUBER-LEHMANN, 276 s. ; SCHWANDER, 201.

⁹⁴ KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 55 N 10.

⁹⁵ En lien avec l'art. § 115 ch. 2 aZPO/ZH ; cf. *supra* N 37.

faits allégués⁹⁶, ou dans le champ de la revendication juridique en cause⁹⁷.

45. Enfin, un courant doctrinal plus récent considère que l'exploitabilité des faits prouvés non allégués doit être examinée à l'aune des art. 229 al. 1 et 317 al. 1 CPC, en tant que *nova*⁹⁸.

4. Enseignements jurisprudentiels

46. Le Tribunal fédéral s'est penché à plusieurs reprises sur la question des faits exorbitants, sans toutefois trancher la controverse⁹⁹.
47. Notre haute Cour a considéré que les conclusions d'une expertise reposant sur des faits constatés par l'expert et nullement soutenus par une allégation de partie ne pouvaient pas être prises en compte par le tribunal¹⁰⁰. Dans un autre arrêt, elle a estimé qu'il n'était pas arbitraire de prendre en considération des faits prouvés non allégués, au motif qu'il serait particulièrement formaliste de rejeter

⁹⁶ KommZPO-HASENBÖHLER, art. 157 N 17 (« *Tatsachen [...], die klarerweise in den ausdrücklich vorgebrachten Sachbehauptungen enthalten sind oder wenn es sich um die Konkretisierung von Tatsachenbehauptungen handelt* ») ; BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 36 (« *[i]m Rahmen dessen liegen, was behauptet wurde* ») ; KommZPO-WEIBEL, art. 186 N 6 ; MARKUS/HUBER-LEHMANN, 276 s. ; cf. CAVELTI, 321 ; GULDENER, 165 (« *im Ergebnis gleichwertig* ») ; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 17 N 11 (« *wenn sie Merkmale des streitigen und zu beweisenden Sachverhalts darstellen* »).

⁹⁷ SHK ZPO-SCHENKER, art. 55 N 12 ; BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 36 ; cf. aussi : BRÖNNIMANN, 124 ; SARBACH R., N 57.

⁹⁸ DIKE ZPO-MÜLLER, art. 187 N 22 ; GROBÉTY, 442 ; KLINGLER, N 438, 440 ; KommZPO-LEUENBERGER, art. 221 N 42 ; MORET, Aktenschluss, N 575 ss ; REUT, N 234 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.30, 9.149, 11.66 ; ASPRION STÖCKLIN, 112.

⁹⁹ ATF 142 III 462, consid. 4.3 ; TF 4A_166/2022 du 29 juin 2023, consid. 5.3 ; TF 4A_292/2022 du 22 décembre 2022, consid. 7.2.4 ; TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.4 ; TF 4A_251/2020 du 29 septembre 2020, consid. 3.1 ; TF 4A_562/2017 du 7 mai 2018, consid. 3.4.3 ; TF 4A_195/2014 et 4A_197/2014 du 27 novembre 2014, consid. 7.2 s. (non publiés in ATF 140 III 602) ; cf. aussi : TF 5A_822/2022 du 14 mars 2023, consid. 6.3.2.1 s. ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020, consid. 6.2.2 ; TF 4A_375/2016 du 8 février 2017, consid. 5.2.3 ; TF 4A_566/2015 du 8 février 2016, consid. 4.2.2 ; TF 4A_33/2015 du 9 juin 2015, consid. 5 ; TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.3.

¹⁰⁰ TF 4A_33/2015 du 9 juin 2015, consid. 5 ; cf. à ce sujet : *supra* N 26 (n. 51).

une demande pour motivation insuffisante des allégués, sans avoir au préalable invité la partie à les préciser en application de l'art. 56 CPC¹⁰¹. Après avoir fait un tour d'horizon des différentes positions doctrinales sur cette question et sans pour autant se rallier à l'une d'entre elles¹⁰², le Tribunal fédéral a conclu à la violation de la maxime des débats dans une affaire qui ne correspondait à aucune des constellations envisagées par la doctrine citée, les faits exorbitants sortant *in casu* du cadre des allégués des parties¹⁰³.

48. En tolérant la prise en compte de faits exorbitants dans certaines hypothèses seulement, le Tribunal fédéral semble se détacher implicitement des opinions selon lesquelles de tels faits devraient être automatiquement écartés ou, au contraire, systématiquement pris en compte.

B. Solution proposée

1. Notion et délimitation

49. Il ressort des opinions doctrinales et de la jurisprudence que la définition même du fait exorbitant n'est pas consistante, ce qui ne facilite pas la discussion en lien avec cette problématique. Alors que pour certains auteurs un fait prouvé est (déjà) exorbitant lorsqu'il ne coïncide pas exactement avec l'allégué auquel il se rattache, d'autres le qualifient ainsi uniquement s'il sort du cadre des faits allégués, tel que dessiné par la maxime des débats.
50. Afin de présenter une analyse fondée de cette problématique sans pour autant négliger les avis exprimés sur la base de l'une ou l'autre conception de cette notion, nous proposons d'opérer une distinction entre fait exorbitant au sens propre et au sens impropre, selon que cet élément de fait peut être rattaché ou non à un allégué de partie.

¹⁰¹ TF 4A_566/2015 du 8 février 2016, consid. 4.2.2.

¹⁰² TF 4A_195/2014 du 27 novembre 2014, consid. 7.2 s. (non publiés *in* ATF 140 III 602) ; cf. aussi : TF 4A_562/2017 du 7 mai 2018, consid. 3.4.3.

¹⁰³ ATF 142 III 462, consid. 4.

2. Faits exorbitants au sens impropre

51. Il est vrai que les exigences de la maxime des débats compliquent le rôle des plaideurs, tant les obstacles sur le chemin menant à la phase probatoire sont redoutables¹⁰⁴. Ces difficultés sont exacerbées par le fait que tous les tribunaux n'appliquent pas ces principes avec la même rigueur, certaines pratiques allant jusqu'à relativiser la justiciabilité de certaines prétentions¹⁰⁵.
52. Le degré de précision requis d'un allégué dépend du droit matériel, soit des faits constitutifs de la norme invoquée, ainsi que du comportement de la partie adverse durant le procès¹⁰⁶. Ces exigences imposent donc une approche casuistique et ne peuvent pas être déterminées de manière précise et scientifique¹⁰⁷.
53. Dans le contexte de l'expertise judiciaire, la partie qui requiert sa mise en œuvre n'est pas exonérée de son incombance de motiver ses allégués, autrement dit elle ne saurait s'en remettre à la future administration des preuves comme si elle procédait selon la maxime inquisitoire¹⁰⁸. En tant qu'offre de preuve, celle-ci ne peut se substituer à l'allégation du fait à prouver, l'administration des preuves ne servant pas à remplacer ou compléter des allégués insuffisants¹⁰⁹.
54. Une allégation circonstanciée ne doit cependant pas nécessairement contenir tous les détails envisageables. Il suffit que les faits nécessaires à la subsomption par le tribunal soient allégués dans leurs traits généraux, d'une manière correspondant aux usages de la

¹⁰⁴ BOHNET, Ecritures, N 46 ; BOHNET, Allégation, N 3 ; BISCHOFBERGER, 43 ; CHRISTINAT, 71 ss ; JOSI, 89.

¹⁰⁵ BASTONS BULLETTI, Faits exorbitants ; BOHNET/FITZI, Pièges, 5 ; HÜRLIMANN, Zivilprozesse, 61 ; cf. aussi : BRÄNDLI, N 448 ; PRIBNOW/GOGNIAT, 123.

¹⁰⁶ ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.1 ; BOHNET, Allégation, N 33 ss ; BOHNET, Procédure civile, N 839 ; DOLGE, 20.

¹⁰⁷ HÜRLIMANN, Zivilprozesse, 61 ; LEUENBERGER, 316.

¹⁰⁸ TC FR du 16 mars 2021, 101 2020 35, consid. 3.1.4.

¹⁰⁹ ATF 144 III 67, consid. 2.1 ; TF 4A_423/2019 du 20 janvier 2020, consid. 3 ; TF 4A_396/2019 du 16 janvier 2020, consid. 3.4 ; TF 4A_113/2017 du 6 septembre 2017, consid. 6.1.1 ; TF 4A_504/2015 du 28 janvier 2016, consid. 2.4.

vie courante¹¹⁰. Le degré de concision des allégations dépend des circonstances et de la complexité du cas d'espèce¹¹¹. Il n'est pas exigé des parties qu'elles allèguent séparément chaque aspect et propriété d'un moyen de preuve offert, dont la force probante sera appréciée lors du jugement. Dans ce cas, il ne s'agit pas pour le juge de constater un fait qui n'a pas été allégué, mais d'apprécier librement le moyen de preuve, en lien avec la question de savoir si celui-ci permet de parvenir à la conclusion alléguée par le demandeur¹¹². Ainsi compris, le cadre des allégués ne se limite pas à leur contenu formel, mais doit – à la lumière des preuves administrées – s'étendre aux circonstances propres à leur donner leur vraie signification, resserrant ainsi les liens logiques entre les faits présentés et la réalité¹¹³.

55. Le plaideur ne dispose pas forcément des connaissances spécialisées requises lors de procès hautement techniques. On ne saurait exiger d'un profane qu'il articule en détail tous les aspects techniques pertinents avant la phase probatoire, car cela rendrait *de facto* impossible la consécration judiciaire de sa prétention¹¹⁴. Il lui incombe cependant de démontrer en quoi il ne dispose pas des connaissances nécessaires pour formuler des allégués (ou des contestations) suffisamment étayés¹¹⁵.

¹¹⁰ ATF 136 III 322, consid. 3.4.2 ; TF 4A_494/2020 du 24 juin 2022, consid. 4.1-4.4 ; TF 5A_808/2018 du 15 juillet 2019, consid. 4.2 ; TF 4A_443/2017 du 30 avril 2018, consid. 2.1 ; TF 4A_195/2014 du 27 novembre 2014, consid. 7.3.2 (non publié in ATF 140 III 602) (« *Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden* ») ; cf. GRONER, 33 ; VETTER, Recht, 11.

¹¹¹ ATF 144 III 54, consid. 4.1.3.5.

¹¹² TF 4A_195/2014 et 4A_197/2014 du 27 novembre 2014, consid. 7.3.3 (non publié in ATF 140 III 602) ; cf. BASTONS BULLETTI, Devoir d'allégation.

¹¹³ TC VD du 8 novembre 2017, HC/2017/958, consid. 3.1 ; MICHEL, 76.

¹¹⁴ TF 4A_494/2020 du 24 juin 2022, consid. 4.5 ; cf. TF 4A_48/2019 du 29 août 2019, consid. 5.4.1.1 (« *soweit den Parteien das notwendige Fachwissen fehlt, wären sie unter Umständen gar nicht in der Lage zu beurteilen, welches die entscheidenden Punkte sind* »).

¹¹⁵ TF 4A_64/2021 du 9 septembre 2021, consid. 4.3.3.1 ; TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.2.2 ; cf. BRÖNNIMANN, 200.

56. Quand bien même les parties sont libres de recourir à une expertise privée pour combler leur déficit de connaissances, ériger tel procédé en exigence serait contraire à la conception même du CPC¹¹⁶.
57. Le Tribunal fédéral a précisé qu'une expertise judiciaire ne peut être ordonnée que si elle repose sur un allégué exprimant les contours essentiels de ce que l'expertise sollicitée doit révéler¹¹⁷. On ne saurait raisonnablement exiger d'une partie qu'elle anticipe, au moment de la phase de l'allégation, tous les résultats hypothétiques de l'administration des preuves¹¹⁸.
58. Par conséquent, la maxime des débats admet nécessairement la prise en compte de faits recueillis par l'expert qui ne se confondent pas jusque dans les moindres détails avec les faits exposés, pour autant qu'ils viennent concrétiser l'allégué sur la base duquel l'expertise judiciaire a été sollicitée¹¹⁹. Si les faits révélés par l'administration des preuves s'inscrivent dans le champ des allégués¹²⁰ ou s'ils couvrent des effets juridiques de la revendication en jeu¹²¹, le tribunal peut – et doit – en tenir compte¹²². Dans ce cas de figure,

¹¹⁶ TF 4A_412/2019 du 27 avril 2020, consid. 7.4.2.1 ; cf. Fachhandbuch ZPO-MARGHITOLA, N 4.116.

¹¹⁷ TF 4A_166/2022 du 29 juin 2023, consid. 5.3 (« dans des états de fait complexes, les parties ne peuvent pas citer en détail tous les éléments factuels, mais le justiciable devrait au moins faire clairement ressortir sur quels faits il attend un résultat de l'expertise ») ; TF 4A_48/2019 du 29 août 2019, consid. 5.4.1.1 (« *[n]otwendig ist allerdings, dass bereits behauptet ist, was das Gutachten letztlich dartun soll* »).

¹¹⁸ TF 4A_494/2020 du 24 juin 2022, consid. 4.6 ; TF 4A_412/2019 du 27 avril 2020, consid. 7.4.2.2 ; cf. aussi : MISTELI, N 92, en lien avec les éléments du patrimoine successoral qui ne sont pas en possession du plaideur.

¹¹⁹ REUT, N 224 ; cf. BK ZPO II-BÜHLER, art. 192 N 81a.

¹²⁰ GULDENER, 165 (« *im Ergebnis Gleichwertig* ») ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 187 N 22 (« *von den Behauptungen einigermassen erfasst* ») ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 3b ; cf. BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 36.

¹²¹ OGer ZH du 21 juin 2016, NE160002, consid. III.1c ; SHK ZPO-SCHENKER, art. 55 N 12.

¹²² CJ GE du 6 juin 2023, ACJC/714/2023, consid. 2.2 ; CJ GE du 23 janvier 2023, CAPH/6/2023, consid. 2.1.1 ; TC VD du 7 novembre 2022, HC/2022/926, consid. 3.2.1 ; CJ GE du 4 mai 2021, ACJC/548/2021, consid. 8.1.4 ; TC VD du 5 février 2021, HC/2020/899, consid. 3.2.1 ; OGer ZH du 22 octobre 2019, PP190039, consid. 2.6 ; CJ GE du 19 mars 2019, ACJC/440/2019, consid. 2.1 ; OGer SH du 15 novembre 2016, 10/2014/13 et 10/2014/21, consid. 8.3.1 ;

les faits prouvés ne sont pas – à proprement parler – exorbitants, puisqu'ils ont en définitive déjà été allégués¹²³. Ils se rattachent, quoique de manière générique, à un allégué de partie, raison pour laquelle ils doivent (sans autre) être exploitables par le tribunal¹²⁴.

59. Dans le même ordre d'idées, il se peut que l'administration des preuves révèle des indices, c'est-à-dire des faits étant la preuve de faits suffisamment allégués¹²⁵. Lorsqu'une expertise atteste par exemple de l'existence de marques sur le sol, celle-ci n'est pas à proprement parler un fait exorbitant si la partie allègue avoir freiné¹²⁶.
60. Selon l'opinion défendue dans la présente contribution, de tels faits doivent être qualifiés de faits exorbitants au sens impropre. Contrairement à une partie non négligeable de la doctrine qui veut les appréhender en tant que faits prouvés non allégués¹²⁷, la question de leur prise en compte s'analyse à notre sens exclusivement à l'aune des principes jurisprudentiels tirés de la maxime des débats, en particulier celui du fardeau de la motivation¹²⁸. Partant, dès lors qu'un élément de fait résultant de l'administration des preuves peut valablement être rattaché aux allégués génériques de l'une ou l'autre des parties, la question de son exploitabilité échappe à la problématique des faits exorbitants au sens propre¹²⁹.

ASPRION STÖCKLIN, 112 ; CAVELTI, 321 ; PC CPC-CHABLOZ/COPT, art. 157 N 39 ; KommZPO-HASENBÖHLER, art. 157 N 17 ; JOSI, 87 ; LEUENBERGER, 319 ; MORET, Aktenschluss, 634 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 187 N 22 ; REUT, N 224 ; cf. BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 36 ; MEIER R., N 57 ; LORENZ, N 385.

¹²³ En ce sens : BASTONS BULLETTI, Faits exorbitants ; nuancé : REUT, N 224.

¹²⁴ ASPRION STÖCKLIN, 112 ; BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 36 ; LEUENBERGER, 318 s. ; SCHNEUWLY, 356 ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 3b.

¹²⁵ SARBACH M., 709 ; SARBACH R., N 57 ; JOSI, 88.

¹²⁶ BOHNET, Faits exorbitants, 400 s.

¹²⁷ HASENBÖHLER, vol. 1, N 5.57 ; SHK ZPO-SCHENKER, art. 55 N 12 ; cf. MORET, Aktenschluss, N 634, qui se demande si les deux cas de figure mériteraient d'être appréhendés à l'aune des mêmes principes ou non.

¹²⁸ GRONER, 33 ; HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.100 ; LEUENBERGER, 316 ss ; cf. OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 3b.

¹²⁹ Cf. *infra* N 80 ss.

61. Cette confusion entre la question du degré de précision exigé des allégués et celle de l'exploitabilité des faits exorbitants (au sens propre) s'est également cristallisée dans la jurisprudence, comme l'illustrent notamment certains arrêts cantonaux.
62. Si le considérant ci-dessous est à approuver dans son résultat, il n'en repose pas moins sur une notion antinomique des faits exorbitants :
- « Le Tribunal peut prendre en considération [*sic*] des faits dits exorbitants, c'est-à-dire des faits qui n'ont pas été allégués par les parties mais qui ressortent de l'administration des preuves, dans la mesure où ils ne font que concrétiser des faits déjà suffisamment allégués. Dans ce cas, en effet, les faits prouvés ne sont pas "exorbitants" puisqu'ils ont en définitive déjà été allégués »¹³⁰.
63. Il en va de même de l'autre côté du *Röstigraben*, avec un arrêt qui tient compte de faits prouvés non allégués lorsqu'ils sont clairement compris dans les allégués expressément formulés :
- « *Tatsachen, welche im Rahmen des Beweisergebnisses zutage treten, die nicht oder nicht genau so behauptet worden sind – ein sog. überschüssendes Beweisergebnis –, darf das Gericht in die Beweismündigung einbeziehen, wenn es dabei um Tatsachen geht, die klarerweise in den ausdrücklich vorgebrachten Sachbehauptungen enthalten sind* »¹³¹.
64. La jurisprudence rapportée ci-dessus est révélatrice de la difficulté à cerner *in abstracto* la problématique des faits exorbitants, raison pour laquelle une délimitation de son objet s'impose¹³². Par conséquent, un fait est exorbitant au sens propre lorsqu'il sort du cadre des allégués qui ont conduit à l'administration du moyen de preuve concerné¹³³. Si un fait résultant de l'administration des preuves ne se confond pas point par point avec les allégués de l'une ou l'autre des parties, mais se trouve dans un rapport étroit avec ceux-ci, il s'agit alors d'un fait exorbitant au sens impropre.

¹³⁰ CJ GE du 9 juin 2017, ACJC/672/2017, consid. 2.1.1 ; CJ GE du 10 février 2017, ACJC/152/2017, consid. 1.3 ; cf. aussi : CJ GE du 3 mars 2020, CAPH/57/2020, consid. 4.1.1 ; CJ GE du 15 janvier 2019, ACJC/56/2019, consid. 4.1.2.

¹³¹ OGer ZH du 22 octobre 2019, PP190039, consid. 2.6.

¹³² Cf. MORET, Aktenschluss, N 634, qui semble conscient du problème.

¹³³ VETTER, Beweisergebnisse, 222.

a) Admissibilité selon les exigences de la maxime des débats

65. La question de savoir si un fait exorbitant au sens impropre est le reflet d'un allégué de partie préalable est fonction des exigences en matière de motivation¹³⁴. Il s'agit pour le tribunal d'examiner si la partie chargée du fardeau de la motivation a suffisamment étayé ses allégués, au regard d'un éventuel déséquilibre d'information¹³⁵ ou d'une asymétrie des connaissances¹³⁶ entre les parties¹³⁷. La frontière entre faits exorbitants se situant à l'intérieur ou en dehors du cadre des allégués des parties ne saurait clairement être dessinée *in abstracto*¹³⁸.
66. Cette approche laisse une grande marge d'appréciation au tribunal, lequel doit faire preuve de souplesse à cet égard¹³⁹. Les justiciables doivent pouvoir compter sur la capacité du juge à décider selon sa conviction, laquelle peut être acquise sur la base de faits établis par un moyen de preuve corroborant le cadre général des allégués¹⁴⁰. Il serait contraire à l'intérêt de la manifestation de la vérité matérielle que des faits prouvés se trouvant dans un rapport qualifié avec ce qui a déjà été allégué ne puissent pas être pris en compte¹⁴¹.
67. Les exigences liées au degré de concrétisation des allégués génériques sont moins strictes lorsque ceux-ci concernent des faits se situant en dehors de la sphère d'influence de la partie qui s'en

¹³⁴ HÜRLIMANN, Der Planer, N 14.100 ; LEUENBERGER, 318 ; LORENZ, N 385 ; en ce sens : TC VD du 13 novembre 2019, HC/2019/946, consid. 3.2.

¹³⁵ ATF 133 III 43, consid. 4.1 ; ATF 115 II 1, consid. 4.

¹³⁶ TF 4A_64/2021 du 9 septembre 2021, consid. 4.3.3.1 ; TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.2.2 ; TF 4A_412/2019 du 27 avril 2020, consid. 7.4.2.1.

¹³⁷ TC VS du 6 février 2023, C1 22 138, consid. 2.3.2.1 ; cf. TF 4A_494/2020 du 24 juin 2022, consid. 4.5.

¹³⁸ LEUENBERGER, 319 ; MARKUS/HUBER-LEHMANN, 276 s. ; UMHANG, N 83 ; cf. aussi : BETTEX, 168 ; HALDY, N 235 ; JOSI, 87 s.

¹³⁹ CJ GE du 6 juin 2023, ACJC/714/2023, consid. 2.2 ; CJ GE du 4 mai 2021, ACJC/548/2021, consid. 8.1.4 ; CJ GE du 13 janvier 2021, CAPH/5/2021, consid. 2.1 ; CJ GE du 19 mars 2019, ACJC/440/2019, consid. 2.1 ; CJ GE du 26 juin 2018, ACJC/831/2018, consid. 4.1 ; BASTONS BULLETTI, Faits exorbitants ; cf. aussi : LÜSCHER, 207.

¹⁴⁰ MISTELI, N 88.

¹⁴¹ LORENZ, N 386 ; MARKUS/HUBER-LEHMANN, 276 s.

prévaut¹⁴². Si des faits exorbitants résultent du contenu d'un titre, le degré de précision attendu des allégations varie selon que la partie a elle-même produit le titre ou qu'elle en a requis la production¹⁴³. L'interprétation du CPC doit tenir compte de ces asymétries d'information, sous peine de transformer les formalités procédurales en écueil infranchissable¹⁴⁴.

68. Tel est par exemple le cas lorsqu'il s'agit de prouver le contenu d'une conversation à laquelle l'auteur de l'allégation n'a pas participé¹⁴⁵. En ce qui concerne les témoins, il est parfois difficile d'anticiper ce que la partie adverse leur posera comme questions¹⁴⁶. Il peut aussi arriver qu'un témoin présente des faits qui étaient jusque-là inconnus des parties¹⁴⁷. A la lumière des règles déontologiques en place, on ne saurait attendre d'une partie représentée qu'elle s'informe préalablement au sujet de ce que va dire un témoin¹⁴⁸. Les exigences sont également moins rigoureuses en matière d'allégation de faits négatifs¹⁴⁹.
69. Le plaideur doit en principe alléguer le contenu de toutes les clauses contractuelles pertinentes pour sa cause et il ne saurait simplement se référer globalement au contrat¹⁵⁰. Le tribunal n'a pas à se livrer à une recherche exploratoire au sein des pièces produites¹⁵¹. Si le juge prend connaissance d'un fait non allégué ressortant d'une pièce figurant au dossier, il ne commet pas de formalisme excessif s'il n'en tient pas compte¹⁵².
70. Il n'est cependant pas exclu que le renvoi à une pièce puisse respecter l'exigence de motivation, à condition que les passages

¹⁴² BRÖNNIMANN, 200 s. ; Fachhandbuch ZPO-MARGHITOLA, N 4.115.

¹⁴³ LEUENBERGER, 317.

¹⁴⁴ RÉTORNAZ, Formalisme, N 934.

¹⁴⁵ LEUENBERGER, 316.

¹⁴⁶ JÉQUIER, N 253.

¹⁴⁷ HAFTER, N 2234 ; MICHEL, 77.

¹⁴⁸ ATF 136 II 551, consid. 3 ; TF 2C_909/2010 du 12 avril 2011, consid. 2.1 ; REUT, N 226.

¹⁴⁹ TF 4D_123/2008 du 9 décembre 2008, consid. 2.5 ; HALDY, N 236.

¹⁵⁰ JÉQUIER, N 332 ; cf. KGer SZ du 15 février 2018, ZK2 2017 60, consid. 2a/bb.

¹⁵¹ ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.2.

¹⁵² ATF 147 III 440, consid. 5.4 ; TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.3.

pertinents soient mentionnés clairement dans l'acte judiciaire et qu'il n'existe pas de doute quant à leur portée, si bien qu'une reproduction mot à mot serait dénuée de sens¹⁵³.

71. L'expertise privée intégrera dès le 1^{er} janvier 2025 le club fermé des moyens de preuve, avec un nouveau statut de titre¹⁵⁴. Produire une expertise privée en tant que titre ne dispensera toutefois pas la partie de son devoir d'alléguer dans ses écritures les faits qu'elle entend établir et de respecter les exigences de temporalité du CPC¹⁵⁵.
72. Confronté à des faits exorbitants au sens impropre, le Tribunal fédéral a dans un cas isolé appliqué de manière plus souple les exigences de motivation des allégués, au motif que la procédure simplifiée s'appliquait¹⁵⁶. Celle-ci prévoit certes certains allègements en lien avec le contenu de la demande soumise au tribunal, mais l'apport des faits au procès n'est le cas échéant que reporté à l'audience principale¹⁵⁷. Même si le juge peut amener un plaideur profane à compléter ses allégués, ce procédé ne relativise en rien les exigences de motivation applicables *in fine*¹⁵⁸.
73. D'anciens précédents cantonaux illustrent des situations où les faits prouvés peuvent être rattachés aux allégués de partie. Tel est le cas lorsque la conclusion expresse d'un contrat a été alléguée et que sa conclusion par actes concluants a été constatée (et *vice versa*)¹⁵⁹. Il en va de même lorsqu'une partie a allégué être titulaire d'une créance pour avoir favorisé la vente d'un immeuble, alors que sa prestation consistait dans la renonciation à l'exercice de son droit de préemption¹⁶⁰. Lorsqu'une partie allègue que la partie adverse a effectué des démarches réduites et produit 22 courriels à titre de preuves, le tribunal peut retenir, même si le demandeur ne l'a pas

¹⁵³ ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.2 ; TF 5A_822/2022 du 14 mars 2023, consid. 6.3.2.2 ; cf. CJ GE du 22 novembre 2022, ACJC/1540/2022, consid. 2.1.2.

¹⁵⁴ RO 2023 491 ; cf. Communiqué du Conseil fédéral du 6 septembre 2023.

¹⁵⁵ BOHNET/FITZI, Expertise privée, 482 s. ; HOFMANN/LÜSCHER, 199.

¹⁵⁶ TF 5A_211/2017 du 24 juillet 2017, consid. 3.2.2.

¹⁵⁷ Art. 244 al. 1 let. c, al. 2 et 245 CPC.

¹⁵⁸ TREZZINI, Procedura semplificata, 541 ; cf. art. 247 al. 1 CPC.

¹⁵⁹ KGer GR du 31 mai 1990, ZF 6/90 (PKG 1990, n° 13, 58), consid. I.b.

¹⁶⁰ LEUENBERGER, 318 et les réf. citées.

précisé, que ces courriels sont brefs et simples, sans pour autant fonder son jugement sur un fait qui n'a pas été allégué¹⁶¹.

74. Dans un procès, le demandeur a allégué qu'aucune disqueuse n'était à disposition d'un ouvrier, alors que le défendeur a exposé qu'une telle machine était à portée de main dans le chantier voisin. Un témoin a révélé qu'un outil de ce type se trouvait sur place. Un tel résultat de l'administration des preuves se situe dans le cadre de ce qui a été allégué, l'objet de la preuve étant de déterminer le caractère disponible d'une disqueuse. Il s'agit donc d'un élément de fait qui, dans son résultat, est équivalent à l'allégué du défendeur¹⁶².
75. Si une partie produit un extrait de compte pour tirer argument du montant et de la date des paiements qui y figurent, le tribunal peut prendre en considération les autres paiements qui y sont mentionnés, sans que la partie adverse soit tenue de les alléguer séparément¹⁶³. De même, le juge peut tenir compte d'une cession de droits non invoquée, mais résultant d'un contrat de leasing qui a été globalement allégué et dont le texte a été produit sans violer la maxime des débats¹⁶⁴. Si des dommages-intérêts sont réclamés à la suite d'une lésion corporelle, il suffit que la blessure et les handicaps qui en résultent soient décrits dans leurs grandes lignes, sans que les différentes fractures ou lésions musculaire, ligamentaire ou nerveuse soient spécifiées¹⁶⁵.
76. Le Tribunal fédéral a en revanche jugé inexploitable un titre versé au dossier qui prouvait la nullité d'un contrat de courtage en raison d'un double mandat. Le fait que le courtier se soit également fait

¹⁶¹ TF 4A_195/2014 et 4A_197/2014 du 27 novembre 2014, consid. 7.3.3 (non publié *in* ATF 140 III 602).

¹⁶² TF 4A_375/2016 du 8 février 2017, consid. 5.3.3 ; RUSCH, 167 ; cf. aussi : OGer AR du 24 juillet 2020, ERZ 17 28 (AR/GVP 2020, n° 3788), consid. 2.2 ; TC VD du 8 juillet 2019, HC/2019/771, consid. 4.3 ; MietGer ZH du 4 mai 2018, MG160031 (ZMP 2018, n° 9), consid. 6.3.3.

¹⁶³ TF 4A_539/2016 du 6 mars 2017, consid. 5.

¹⁶⁴ TF 4A_28/2017 du 28 juin 2017, consid. 3 ; TC VD du 10 novembre 2016, HC/2016/1069, consid. 4 ; cf. aussi : CJ GE du 6 juin 2023, ACJC/714/2023, consid. 2.2.

¹⁶⁵ KassGer ZH du 15 septembre 1972, ZR 1972, n° 77, 240 ; cf. toutefois : ATF 133 III 121, consid. 3.

promettre un salaire par l'autre partie en violation de l'art. 415 CO n'avait pas été allégué. Ce fait exorbitant sortant tant du cadre des faits allégués par les parties que de la revendication juridique en cause, en tenir compte aurait été contraire à la maxime des débats¹⁶⁶.

77. Dans le même ordre d'idées, il ne suffit pas que le demandeur allègue qu'un ouvrage est mal construit, sans préciser quel défaut affectant celui-ci il a décelé¹⁶⁷. En pareil cas, le cadre des allégués n'est pas suffisamment défini, de sorte que les faits prouvés ne peuvent pas être exploités en tant que faits exorbitants au sens impropre¹⁶⁸. Il en va de même s'il ressort de la phase probatoire qu'un fait ne concrétise pas, mais contredit les allégués concordants des parties¹⁶⁹.

b) Droit d'être entendu des parties

78. Le CPC garantit aux parties de pouvoir se déterminer sur le résultat de l'administration des preuves au plus tard lors des plaidoiries finales, indépendamment du fait que cela puisse ou non influencer sur la décision du tribunal¹⁷⁰. Les parties ont ainsi la possibilité de se prononcer sur d'éventuels faits exorbitants au sens impropre¹⁷¹ et de les contester, le cas échéant au moyen de contre-preuves¹⁷².
79. Etant donné que les faits exorbitants au sens impropre se rattachent à un allégué qui a déjà été introduit au procès par une partie, il n'est pas nécessaire que ceux-ci soient allégués après coup pour être exploitables par le tribunal¹⁷³. Cette approche devrait ainsi

¹⁶⁶ ATF 142 III 462, consid. 4 ; critiques : HOFMANN/LÜSCHER, 52 ; cf. aussi : OGer ZH du 6 avril 2020, LB180017, consid. 5.5a.

¹⁶⁷ ATF 68 II 136, consid. 2.

¹⁶⁸ TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.4 ; cf. BOHNET, Alléguer, N 67.

¹⁶⁹ TF 4A_251/2020 du 29 septembre 2020, consid. 3.1 ; TF 4A_375/2016 du 8 février 2017, consid. 5.2.3 ; OGer ZH du 10 décembre 2019, LB190005, consid. III.15.7.

¹⁷⁰ Art. 53 al. 1 et 232 al. 1 CPC ; BSK ZPO-WILLISEGGER, art. 232 N 2.

¹⁷¹ KommZPO-HASENBÖHLER, art. 157 N 17 ; SCHWANDER, 201 ; cf. GUYAN, 14, qui relève certaines difficultés à cet égard.

¹⁷² MARKUS/HUBER-LEHMANN, 276 s.

¹⁷³ ASPRION STÖCKLIN, 112 ; BRÖNNIMANN, 124 ; HOHL, Procédure civile, N 1295 ; HOHL, Réalisation, N 223 s. ; JOSI, 87 s. ; KAUFMANN, 40 ; LEUENBERGER, 319 ;

permettre de contenir la multiplication des mémoires complémentaires à l'issue de l'administration des preuves, laquelle est susceptible de plonger les parties dans ce qu'une auteure qualifie de chaos des *nova*¹⁷⁴. Autrement dit, les faits exorbitants au sens impropre ne sauraient être appréhendés en tant que faits nouveaux.

3. Faits exorbitants au sens propre

80. Il convient désormais d'analyser la manière d'appréhender d'un point de vue procédural les faits exorbitants au sens propre, c'est-à-dire les faits prouvés qui ne peuvent pas valablement être rattachés à un allégué générique de partie.
81. Les art. 56, 153, 226, 229, 247 et 317 CPC, qui reflètent la volonté du législateur d'assurer un équilibre entre vérités formelle et matérielle, permettent d'illustrer la présente controverse¹⁷⁵. La maxime des débats et la maxime éventuelle doivent être interprétées au regard du but poursuivi par le CPC, lequel tend à garantir aux parties la mise en œuvre de manière utile et dans un délai raisonnable de leurs prétentions¹⁷⁶.
82. Il ne serait guère satisfaisant que le tribunal ne puisse pas tenir compte de faits recueillis lors de l'administration des preuves, alors que la partie avantagée par ces éléments bénéficierait de la possibilité de les introduire au procès en application de l'art. 229 al. 1 let. b CPC¹⁷⁷. A l'inverse, il serait contradictoire que de tels faits puissent, sans autre, être intégrés au procès par le truchement d'un

MARKUS/HUBER-LEHMANN, 276 s. ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 187 N 22 ; *contra* : SARBACH M., 713 ; SCHWANDER, 201.

¹⁷⁴ BÜTZBERGER, 178 (« *Novenchaos* »).

¹⁷⁵ Message CPC 2006, 6843, 6948 s. ; cf. HEINRICH, art. 76 N 55 ; PC CPC-HEINZMANN/PASQUIER, art. 229 N 6 ; VETTER, Beweisergebnisse, 239.

¹⁷⁶ Message CPC 2006, 6850 ; ATF 139 III 457, consid. 4.4.3.3 ; TF 4A_284/2017 du 22 janvier 2018, consid. 4.3 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 16 ; cf. BÜHLER, Gerichtsgutachter, 72 ; HEINZMANN, 198 s. ; LÜSCHER, 207 ; Fachhandbuch ZPO-HAAS/MROSE, N 2.4, 2.14.

¹⁷⁷ BÜHLER, Beweismass, 84 ; LEUENBERGER, 321.

témoignage ou d'une expertise, alors que la maxime éventuelle exclut leur invocation à ce stade¹⁷⁸.

83. Quant au devoir d'interpellation de l'art. 56 CPC, celui-ci est limité par le cadre du procès¹⁷⁹, de sorte qu'il ne saurait permettre de combler une allégation lacunaire¹⁸⁰ ou de déroger à l'art. 229 CPC¹⁸¹. La portée de cette disposition est très réduite en pratique, étant donné qu'elle permet au tribunal d'interpeller une partie si ses allégués ne sont pas clairs, sans toutefois conférer un droit à cette dernière d'être en quelque sorte « sauvée » par le juge. S'agissant davantage d'un droit du juge d'intervenir que d'un devoir, le plaideur ne saurait se fonder sur l'art. 56 CPC pour se plaindre de ne pas avoir été interpellé par le tribunal¹⁸².
84. Bien que le devoir d'interpellation renforcé ancré à l'art 247 al. 1 CPC pour les procédures simplifiées permette au juge de rendre les parties attentives à certaines lacunes de leurs écritures, il ne saurait conduire le tribunal à retenir des faits non allégués¹⁸³. Quand bien même le texte de la loi ne fixe pas de limite temporelle à l'exercice du devoir d'interpellation, celui-ci devrait être limité à la phase de l'allégation¹⁸⁴, de sorte que le juge ne saurait intervenir sur cette base au terme de l'administration des preuves.
85. Le Tribunal fédéral précise également que le moment de la clôture de la phase de l'allégation doit être prévisible pour les parties¹⁸⁵. Il serait incohérent de soumettre les écritures des parties à des

¹⁷⁸ LORENZ, N 386 ; cf. BETTEX, 168.

¹⁷⁹ ATF 146 III 413, consid. 4.2 ; BOHNET, Procédure civile, N 854.

¹⁸⁰ ATF 142 III 462, consid. 4.3 ; cf. RIESEN, 167, pour qui cette institution est devenue lettre morte à la lumière de la jurisprudence fédérale lorsqu'il s'agit d'une question de motivation des allégués.

¹⁸¹ TF 5A_921/2014 du 11 mars 2015, consid. 3.4.2 ; BK ZPO I-HURNI, art. 56 N 42 ss ; PC CPC-CHABLOZ, art. 56 N 18 ; *contra* : KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 56 N 12 ; OFK ZPO-SARBACH, art. 56 N 7.

¹⁸² HOFMANN/LÜSCHER, 55 s., qui se montrent critiques à cet égard.

¹⁸³ BOHNET, Procédure civile, N 857 ; cf. TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.4.

¹⁸⁴ KLINGLER, N 646 ; MARKUS/HUBER-LEHMANN, 294 ; *contra* : MORET, Aktenschluss, N 635 ; OFK ZPO-SARBACH, art. 56 N 7 ; cf. BRÖNNIMANN, 126.

¹⁸⁵ ATF 144 III 67, consid. 2.1 ; ATF 140 III 312, consid. 6.3.2.3.

exigences élevées en matière d'allégation et de motivation, pour que finalement ces règles ne jouent plus aucun rôle si un fait non allégué – ou insuffisamment motivé – est découvert lors de l'administration des preuves¹⁸⁶. L'exploitabilité sans restriction de faits exorbitants (au sens propre) n'est par conséquent à notre sens pas envisageable¹⁸⁷.

86. Ignorer des faits exorbitants au nom de la maxime des débats consisterait à faire de celle-ci un alibi¹⁸⁸ et contraindrait le juge à ignorer la conviction qu'il a acquise en fondant son jugement sur des faits qu'il sait être contraires à la réalité¹⁸⁹. Les tempéraments à la maxime des débats prévus çà et là dans le CPC¹⁹⁰ ont précisément vocation à éviter cette situation, qui peut aboutir à des résultats choquants¹⁹¹. Même si les procès soumis à la maxime des débats s'accommodent de demi-vérités, nous doutons que le CPC puisse légitimer, par son silence, un tel résultat. Ce n'est certainement pas l'idéal auquel aspire l'administration de la justice, sachant que la solution judiciaire souffre déjà singulièrement de la rigidité, parfois excessive, de la dialectique procédurale¹⁹².
87. Selon certains auteurs, si un moyen de preuve révèle un fait exorbitant, le choix de sa prise en considération par le juge n'a aucune incidence sur la durée du procès¹⁹³. Ce propos mérite d'être

¹⁸⁶ HERRMANN, 176.

¹⁸⁷ GROBÉTY, 442 ; cf. *supra* N 48.

¹⁸⁸ REUT, N 233.

¹⁸⁹ LEUENBERGER, 314 ; BASTONS BULLETTI, Faits exorbitants ; MEIER R., N 56 ; BÜHLER, Gerichtsgutachter, 73 ; JEANNIN/BOHNET, N 12 ; TREZZINI, Celerità, 13 ; cf. LUTZ, 56 ss, qui estimait en 1932 déjà que le temps du « théâtre de la vérité formelle » était révolu ; cf. aussi : OGer ZH du 28 octobre 2020, LB190042, consid. 4, qui évoque ce scénario ; cf. toutefois : HLK PatGG-HESS-BLUMER, Vorb. zum 6. und 7. Abschnitt, N 107, qui souligne qu'en droit des brevets, admettre des faits exorbitants peut rendre l'issue du procès aléatoire sans forcément favoriser un rapprochement de la vérité matérielle.

¹⁹⁰ Cf. *supra* N 11.

¹⁹¹ HEINRICH, art. 76 N 55 ; JEANNIN/BOHNET, N 12 ; MEIER R., N 56 ; cf. aussi : MEIER I., 347 ; KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, art. 55 N 13.

¹⁹² RÉTORNAZ, Substanziierungspflicht, 119 ; MICHEL, 76 ; BASTONS BULLETTI, Faits exorbitants.

¹⁹³ BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 16 ; BÜHLER, Gerichtsgutachter, 72 ; SARBACH M., 713 s. ; HOHL, Réalisation, N 226 ; JEANNIN/BOHNET, N 12 ; REUT, N 233.

relativisé, dans la mesure où la simple possibilité pour le juge d'en tenir compte peut amener les parties à tenter d'élargir l'objet de la preuve¹⁹⁴, ce qui n'est pas sans impact sur la durée procédurale. L'exercice du droit d'être entendu des parties peut également générer certains ralentissements¹⁹⁵. Cela n'est cependant pas l'apanage des faits exorbitants, étant donné que c'est déjà inévitablement le cas lorsque des nouveaux faits ou moyens de preuve sont présentés selon le régime des *nova*. Il s'ensuit que le principe de célérité ne s'oppose pas en tant que tel à la prise en compte de faits exorbitants (au sens propre)¹⁹⁶.

88. N'étant (valablement) rattachés à aucun allégué des parties et pour les raisons développées ci-dessus, les faits exorbitants au sens propre doivent être qualifiés de faits nouveaux devant être traités en tant que *nova* selon le régime de l'art. 229 CPC¹⁹⁷. A la différence des faits exorbitants au sens impropre, qui ont déjà valablement été introduits au procès et dont le tribunal doit tenir compte dans le cadre de la libre appréciation des preuves, les parties peuvent choisir d'intégrer au procès des faits exorbitants au sens propre par le biais d'une requête de *nova* (*Noveneingabe*), auquel cas le tribunal est amené

¹⁹⁴ TC VD du 23 janvier 2020, HC/2020/25, consid. 10 (« [...] l'expertise n'était pas offerte dans le but de [...] contrer ces allégués, mais dans celui [...] d'introduire au procès des faits qui ne font pas partie de la chose à juger »).

¹⁹⁵ LEUENBERGER, 324 ; TREZZINI, Celerità, 13.

¹⁹⁶ BRÖNNIMANN, 125 ; BSK ZPO-DOLGE, art. 183 N 16 ; HASENBÖHLER, vol. 2, N 7.199, N 9.91 ; cf. aussi : BK ZPO II-BÜHLER, art. 190-191 N 81 ; MORET, Aktuelle Probleme, 34 ; MORET, Novenrecht, 57.

¹⁹⁷ OGer ZH du 25 novembre 2020, NP200009, consid. III.7.2 ; OGer ZH du 10 décembre 2019, LB190005, consid. III.15.7 ; KGer GR du 28 septembre 2016, ZK1 16 46, consid. 4d/ee ; cf. TF 5A_245/2017 du 4 décembre 2017, consid. 2.3 *a contrario* ; BOHNET, Faits exorbitants, 400 s. ; PC CPC-CHABLOZ/COPT, art. 157 N 40 ; COLOMBINI, art. 55 N 1.5.2 ; Fachhandbuch ZPO-FINK/KESSELBACH, N 20.182 ; GROBÉTY, 442 ; BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 36 ; KAUFMANN, 40 ; KLINGLER, N 440 ; LEUENBERGER, 319 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.30, 9.149, 11.66 ; LEUPOLD, N 49 ; MEIER R., N 57 ; MORET, Aktenschluss, N 575, 635 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 187 N 22 ; REUT, N 234 ; SCHNEUWLY, 356 ; KommZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 12 ; *contra* : HLK PatGG-HESS-BLUMER, art. 37 N 108.

à statuer sur leur admissibilité¹⁹⁸. Si ces faits exorbitants viennent à modifier l'essence même du litige, ils peuvent nécessiter une modification de la demande au sens des art. 230 et 317 al. 2 CPC¹⁹⁹.

89. Le régime des *nova* nous semble représenter une solution adaptée à la problématique des faits exorbitants au sens propre, les art. 229 et 317 CPC visant précisément à régler le sort de faits introduits à un stade avancé de la procédure²⁰⁰. Le recours à ce mécanisme procédural s'impose d'autant plus qu'il est à notre sens compatible avec la maxime des débats et la maxime éventuelle. Il concrétise du reste l'esprit du principe de disposition et garantit aux parties le respect de leur droit d'être entendues²⁰¹.

a) Admissibilité selon les exigences des nova

90. Les faits exorbitants au sens propre doivent par conséquent être traités comme des *nova* proprement ou improprement dits, selon le moment de leur survenance²⁰². Après la clôture de la phase de l'allégation, la partie qui l'estime opportun peut tenter d'introduire de tels faits au procès au moyen d'une requête de *nova*, étant précisé que la maxime des débats interdit au tribunal de tenir compte de faits exorbitants au sens propre sans allégation ultérieure d'une partie²⁰³.
91. Avant que le juge ne se prononce sur l'admissibilité des *nova*, la partie adverse doit pouvoir prendre position à cet égard²⁰⁴. Le tribunal rend une ordonnance d'instruction qui peut faire l'objet d'un recours si l'admission ou le refus du *novum* risque de causer un

¹⁹⁸ ASPRION STÖCKLIN, 112 ; BK ZPO I-HURNI, art. 55 N 36 ; LEUPOLD, N 49 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 187 N 22 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 55 N 27 ; TREZZINI, Celerità, 13 ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 3b.

¹⁹⁹ KAUFMANN, 41 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 4.30, 9.149 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 187 N 22 ; REUT, N 225.

²⁰⁰ LEUENBERGER, 321 ; GROBÉTY, 447.

²⁰¹ Critique : GUYAN, 14.

²⁰² GROBÉTY, 443 ; MORET, Aktenschluss, N 635 ; REUT, N 234.

²⁰³ BRÖNNIMANN, 126 ; *contra* : SCHWANDER, 201.

²⁰⁴ PC CPC-CHABLOZ/COPT, art. 157 N 40.

dommage difficilement réparable, ce qui ne devrait en général pas être le cas²⁰⁵.

b) Nova proprement dits

92. S'agissant des *nova* proprement dits, la condition de la postériorité est sans autre réalisée, de sorte que seule l'exigence relative à l'allégation « sans retard » doit être examinée²⁰⁶. Le CPC ne précise pas quel délai est acceptable, mais l'allégation ultérieure doit être formulée au plus tard jusqu'aux délibérations²⁰⁷. Un délai de 10 jours dès la découverte du *novum* est en général jugé raisonnable²⁰⁸.
93. Les plaideurs sont ainsi parfois tenus de faire preuve d'une célérité accrue, étant rappelé qu'il n'est pas rare que la réception des informations ou pièces nouvelles n'intervienne que quelques jours après la survenance de l'événement pertinent²⁰⁹ et que le moment de la connaissance des *nova* par la partie est imputée à son conseil (et *vice versa*)²¹⁰. Cette difficulté est illustrée par une affaire tranchée par l'*Obergericht* zurichois, lequel a jugé tardive une requête de *nova* adressée au tribunal le 10 mai 2019, alors que le rapport d'expertise donnant lieu aux faits nouveaux avait été notifié le 26 avril 2019 à l'avocat d'une partie. L'argument selon lequel le délai de 10 jours ne commencerait à courir qu'au moment de la transmission du rapport par l'avocat à son client, *in casu* le 2 mai 2019, n'a pas été suivi par l'instance d'appel²¹¹. Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a qualifié de tardive l'invocation de faits exorbitants en tant que *nova* le 31 janvier 2019, alors que l'ouverture et la clôture des débats

²⁰⁵ Art. 319 let. b ch. 2 CPC ; AppGer BS du 10 août 2018, BEZ.2018.38, consid. 2.3.

²⁰⁶ Art. 229 al. 1 CPC ; TF 4A_508/2016 du 16 juin 2017, consid. 4.1 (non publié *in* ATF 143 III 348).

²⁰⁷ TC FR du 10 mars 2020, 101 2018 277, consid. 1.3 ; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, art. 229 N 10b ; DOMENIG, N 227 ; GASSER/RICKLI, art. 229 N 6 ; MORET, Aktuelle Probleme, 35 ; *contra* : CHAIX, N 61.

²⁰⁸ OGer ZH du 25 novembre 2020, NP200009, consid. III.7.2 ; HGer ZH du 22 avril 2013, HG110011, consid. III.3.

²⁰⁹ LONGET-CORNUZ/HANNA, 84.

²¹⁰ CHAIX, N 62.

²¹¹ OGer ZH du 25 novembre 2020, NP200009, consid. III.7.2.

principaux remontaient respectivement au 11 décembre 2015 et au 9 octobre 2018²¹².

94. Selon un auteur, un fait exorbitant au sens propre découvert en marge d'une inspection exigerait une allégation immédiate devant être portée au procès-verbal. Il devrait toutefois en aller différemment lors de l'audition d'un témoin ou d'une partie, sous peine de perturber l'interrogatoire²¹³.

c) Nova improprement dits

95. Les *nova* improprement dits impliquent des faits qui se sont produits avant la clôture de la phase de l'allégation, ce qui impose d'examiner le critère de la diligence requise pour statuer sur leur admissibilité²¹⁴. Ce critère correspond au caractère objectivement excusable du retard dans l'allégation du fait concerné²¹⁵. En d'autres termes, la partie qui se prévaut du *novum* ne saurait se voir reprocher une quelconque négligence en lien avec les fardeaux de l'allégation, de la preuve, de la contestation et de la motivation²¹⁶. Le respect de cette condition permet d'éviter que la prise en compte de faits exorbitants ne revienne à réparer les négligences procédurales d'une partie au détriment de l'autre²¹⁷.
96. Cette condition est en règle générale remplie en ce qui concerne les déclarations d'un témoin ou d'un expert, étant donné que l'on ne

²¹² TF 4A_292/2022 du 22 décembre 2022, consid. 7.2.4 ; cf. aussi : KGer GR du 8 décembre 2021, ZK2 19 1, consid. 9.4.

²¹³ SCHNEUWLY, 356 s.

²¹⁴ Art. 229 al. 1 let. b CPC ; GROBÉTY, 443 ; KLINGLER, N 440 ; MORET, Aktenschluss, N 576, 635 ; REUT, N 234 ; cf. KGer GR du 28 septembre 2016, ZK1 16 46, consid. 4d/ee.

²¹⁵ DOMENIG, N 237 ; FÜLLEMANN, 870 ; PC CPC-HEINZMANN/PASQUIER, art. 229 N 17 ; BSK ZPO-WILLISEGGER, art. 229 N 32 ; cf. CHAIX, N 28.

²¹⁶ TF 4A_259/2019 du 10 octobre 2019, consid. 1.3 ; KLINGLER, N 439 s. ; KommZPO-LEUENBERGER, art. 229 N 8 ; cf. aussi : KGer GR du 26 mars 2020, ZK2 17 28, consid. 7.2.3.

²¹⁷ TF 4A_292/2022 du 22 décembre 2022, consid. 7.2.4 ; TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.4 ; cf. aussi : KGer GR du 23 janvier 2017, ZK1 16 138, consid. 5b/aa, qui précise que des faits exorbitants peuvent (aussi) émerger en dehors de toute erreur procédurale d'une partie.

saurait attendre des parties qu'elles anticipent les déclarations d'un tiers²¹⁸.

97. En revanche, la diligence ne saurait généralement être retenue pour les faits qui ressortent de titres produits ou de l'interrogatoire de sa propre partie, sauf à permettre aux parties d'éluder par ce biais les exigences prétoriennes en lien avec le fardeau de l'allégation²¹⁹. Dans de tels cas, les faits exorbitants ne devraient pas pouvoir être exploités par le tribunal²²⁰.
98. Dans le contexte des investigations personnelles de l'expert judiciaire, il est établi que l'art. 186 al. 1 CPC n'annihile pas la maxime des débats²²¹ et que l'art. 229 al. 1 CPC l'assouplit au bénéfice de la vérité matérielle²²², de sorte que la marge de manœuvre de l'expert est perceptible. Le résultat des investigations au sens de l'art. 186 al. 1 CPC est exploitable par le tribunal lorsque l'expert recueille des éléments de fait dont il est le seul à pouvoir reconnaître la pertinence. Si une partie omet d'alléguer les faits correspondants – ou de les motiver de manière suffisante –, le juge ne peut le lui reprocher à la lumière de l'art. 229 al. 1 let. b CPC. La conduite diligente du procès ne saurait signifier qu'une partie soit tenue d'acquérir des connaissances spécialisées dont le tribunal ne dispose pas. Il en va de même dans l'hypothèse où l'expert obtient des informations auprès d'un tiers, les contacts avec des (potentiels) témoins n'étant admis qu'à des conditions restrictives²²³.
99. Les éléments recueillis en marge des investigations de l'expert sont en revanche inexploitable si elles n'ont pas été (préalablement)

²¹⁸ En ce sens : REUT, N 234 ; GROBÉTY, 443 ; cf. *supra* N 57.

²¹⁹ OGer ZH du 11 décembre 2017, PS170250, consid. 4.3 ; OGer ZH du 7 avril 2017, NP160044, consid. 2c ; cf. GROBÉTY, 443.

²²⁰ CJ GE du 23 janvier 2023, CAPH/6/2023, consid. 2.1.1 ; cf. aussi : TApp TI du 4 janvier 2021, 14.2020.55, consid. 7.4.5.5.

²²¹ BOHNET/FITZI, Expertise judiciaire, N 83 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 183 N 13.

²²² DOMENIG, N 228.

²²³ Cf. *supra* N 68 ; LEUENBERGER, 316 s.

autorisées par le tribunal²²⁴. Il en va de même pour des faits nouveaux qui étaient sans autre accessibles à la partie qui s'en prévaut et dont elle aurait pu identifier la pertinence en sa qualité d'actrice diligente au procès. La solution inverse reviendrait à contourner l'art. 229 al. 1 let. b CPC et à vider la maxime des débats de sa substance.

100. Enfin, les *nova* potestatifs, c'est-à-dire des faits et moyens de preuve engendrés ultérieurement par une partie qui, au bon vouloir de cette dernière, auraient déjà pu exister durant la phase de l'allégation²²⁵, sont traités comme des *nova* improprement dits²²⁶. Ce résultat est le fruit d'une interprétation téléologique de l'art. 229 al. 1 let. b CPC en lien avec la maxime éventuelle²²⁷.

d) Modification de la demande

101. Il convient de déterminer si le fait exorbitant au sens propre s'inscrit dans le cadre de l'objet du litige²²⁸. L'objet du litige étant matérialisé par les conclusions de la demande et le complexe de faits sur lequel celles-ci se fondent (*zweigliedriger Streitgegenstand*)²²⁹, celui-ci n'est pas modifié si une partie invoque des *nova* s'inscrivant dans un complexe de faits similaire²³⁰. Tel est par exemple le cas lorsqu'un employé allègue avoir été licencié avec effet immédiat, alors que les preuves administrées démontrent qu'il a en réalité été libéré de son obligation de travailler durant le délai de résiliation ordinaire²³¹.

²²⁴ BOHNET/FITZI, Expertise judiciaire, N 79, 83 ; BSK ZPO-HAFNER, art. 168 N 7f ; KommZPO-WEIBEL/WALZ, art. 168 N 6 ; cf. *supra* N 30 ; *contra* : BÜHLER, Gerichtsgutachter, 72.

²²⁵ KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, art. 229 N 11a ; MORET, Novenrecht, 51.

²²⁶ ATF 146 III 416, consid. 5.3 ; TF 4A_76/2019 du 15 juillet 2020, consid. 8.1.2 ; TF 4A_569/2013 du 24 mars 2014, consid. 2.3 ; TF 4A_432/2013 du 14 janvier 2014, consid. 2.3 ; HOHL/BOVEY, 529 ; cf. toutefois : TF 4A_439/2014 du 16 février 2015, consid. 5.3.

²²⁷ GROBÉTY, 441.

²²⁸ MARKUS/HUBER-LEHMANN, 277.

²²⁹ ATF 142 III 210, consid. 2.1 ; ATF 139 III 126, consid. 3.2.1 ; TF 4A_222/2017 du 8 mai 2018, consid. 4.1.1 ; cf. à ce sujet : BERTI, N 54 ss.

²³⁰ AppGer BS du 16 septembre 2016, ZB.2014.52, consid. 11.2.

²³¹ LEUENBERGER, 319 ; cf. KAUFMANN, 40.

102. Des faits exorbitants peuvent toutefois conduire à une modification de la demande, si leur nature vient à changer l'identité du litige²³². Il en va ainsi s'il s'avère que le montant du dommage prouvé est supérieur à celui allégué et réclamé par le demandeur dans ses conclusions.
103. La modification de la demande doit reposer sur des faits ou moyens de preuve nouveaux qui sont admissibles au sens de l'art. 229 CPC²³³. Le code requiert en outre qu'à défaut de consentement de la partie adverse, la prétention modifiée présente un lien de connexité avec la prétention initiale. Tel devrait en règle générale être le cas lorsque les prétentions reposent sur des faits ou des fondements juridiques semblables²³⁴.
104. Alors que les *nova* sur lesquels la modification de la demande se fonde doivent être allégués immédiatement, le CPC n'impose pas pareille exigence de célérité pour la modification des conclusions. Le principe de la bonne foi commanderait toutefois que le demandeur réagisse rapidement après avoir eu connaissance des faits exorbitants²³⁵, ce à plus forte raison s'il les a lui-même invoqués en tant que *nova*²³⁶.
105. L'initiative d'une modification de la demande doit dans tous les cas émaner du demandeur, le principe de disposition s'opposant à ce qu'elle soit imposée par la partie défenderesse et – *a fortiori* – par le juge. Il se peut que la partie concernée ne souhaite pas que le nouvel objet du litige soit jugé immédiatement, car des allégués supplémentaires seraient nécessaires. Le cas échéant, une nouvelle demande pourrait être introduite sur la base des faits exorbitants ne

²³² DIKE ZPO-MÜLLER, art. 187 N 22 ; LEUENBERGER, 324 ; KAUFMANN, 41 ; REUT, N 225 ; STALDER, 59 s. ; OFK ZPO-WULLSCHLEGER, art. 183 N 3b ; cf. pour un exemple : KGer GR du 23 janvier 2017, ZK1 16 138, consid. 5b/aa.

²³³ Art. 230 al. 1 let. b CPC ; TF 4A_395/2017 du 11 octobre 2018, consid. 4.4.2.

²³⁴ Art. 230 al. 1 let. a en lien avec l'art. 227 al. 1 CPC ; ATF 142 III 581, consid. 2.1 ; cf. TF 4A_255/2015 du 1^{er} octobre 2015, consid. 2.2.3 ; SCHMID, 155.

²³⁵ TF 5A_245/2017 du 4 décembre 2017, consid. 2.4 ; TF 5A_16/2016 du 26 mai 2016, consid. 5.1 ; cf. SCHMID, 156.

²³⁶ PC CPC-HEINZMANN/CLÉMENT, art. 230 N 9.

s'inscrivant pas dans l'objet du litige, l'autorité de la chose jugée matérielle ne s'y opposant pas²³⁷.

IV. Conclusion

106. La plupart des procès civils en Suisse sont régis par la maxime des débats, qui met l'accent sur la responsabilité des parties de réunir et procurer au tribunal la substance du litige. Le plaideur est tenu d'alléguer les faits qui fondent sa prétention et, s'ils sont valablement contestés par la partie adverse, de les motiver de manière suffisamment circonstanciée pour que le tribunal puisse administrer les preuves offertes. La jurisprudence a fait de cette dialectique procédurale un système très mécanique, dont la rigidité est susceptible de sceller le sort d'une cause sur le terrain de la forme, sans même que le juge ne s'y soit attardé sur le fond.
107. Ainsi comprise, la maxime des débats impose au juge de ne fonder son jugement que sur des faits allégués par les parties, ce qui peut aboutir à des résultats insatisfaisants. Bien que le CPC ait prévu certains remparts destinés à tempérer la rigueur parfois excessive des maximes de procédure, il est muet quant au sort à réserver aux faits exorbitants.
108. L'émergence de tels faits dans un procès n'est cependant pas un phénomène isolé. Les praticiens y sont régulièrement confrontés, notamment lorsque les déclarations d'un témoin ne coïncident pas avec les faits allégués ou qu'un expert dévoile des faits qu'aucune des parties n'avait alors envisagés. Intervenant dans les limites du cadre procédural fixé par les allégués des parties, le juge doit orchestrer le procès de manière à éviter, dans la mesure du possible, la survenance de faits exorbitants. Il arrive cependant que de tels faits émergent lors de l'administration des preuves. Le juge se retrouve alors confronté à un dilemme : doit-il s'en tenir au respect de la sacro-sainte maxime des débats ou, à l'inverse, admettre une entorse à ce principe pour faire triompher la vérité matérielle ?
109. Pour répondre à cette interrogation, il convient d'opérer une distinction entre deux cas de figure, appelant des solutions

²³⁷ LEUENBERGER, 325.

différentes. La première situation vise l'hypothèse où le fait ressortant de l'administration des preuves vient uniquement concrétiser une allégation générique, de sorte qu'il peut être valablement rattaché au cadre du procès prédéfini (fait exorbitant au sens impropre). La seconde hypothèse se rapporte aux cas dans lesquels un fait prouvé lors de l'administration des preuves sort dudit cadre (fait exorbitant au sens propre).

110. Selon les exigences prétorienne en lien avec le fardeau de la motivation, il est possible d'alléguer certains faits complexes uniquement dans leurs contours essentiels, ce qui appelle nécessairement une concrétisation par les moyens de preuve administrés. Partant, lorsqu'il est confronté à un fait exorbitant, le juge doit déterminer si celui-ci se trouve dans un rapport suffisamment étroit avec les allégués, examen qui se fait à la lumière des exigences en matière de motivation, lesquelles imposent une approche casuistique et la prise en compte des asymétries d'information en présence. S'il peut valablement être rattaché à un allégué des parties, il s'agit alors d'un fait exorbitant au sens impropre, qui doit sans autre être soumis à la libre appréciation des preuves. Ne pas en tenir compte, alors qu'il se trouve dans un rapport qualifié avec les faits allégués, serait incompatible avec la finalité de la maxime des débats.
111. Lorsque l'administration des preuves révèle un fait qui sort du cadre des allégués des parties, il s'agit alors d'un fait exorbitant au sens propre. Il ne serait guère cohérent d'exclure d'emblée un tel fait, sachant que le CPC connaît un régime admettant, à certaines conditions, des faits et moyens de preuve invoqués à un stade avancé de la procédure. Corollairement, le droit de procédure ne saurait imposer une certaine rigueur aux parties lors de la phase de l'allégation, pour que ces exigences s'édulcorent durant la phase probatoire. Une mise en perspective des intérêts contradictoires poursuivis par les différentes maximes de procédure nous mène à la conclusion que les faits exorbitants (au sens propre) doivent être appréhendés en tant que *nova*, de sorte que leur exploitabilité dépend des conditions de l'art. 229, respectivement 317 CPC.
112. Les parties peuvent donc introduire au procès des faits exorbitants (au sens propre) par une requête de *nova*, faute de quoi le tribunal n'est pas autorisé à en tenir compte, lesdits faits n'ayant pas été

formellement allégués. S'il s'agit d'un *novum* improprement dit, le tribunal doit examiner le caractère excusable du retard de l'allégation pour qu'un tel fait soit exploitable. Si le fait exorbitant au sens propre vient à changer l'identité du litige, celui-ci peut justifier une modification de la demande ou le dépôt d'une nouvelle demande.

113. Indépendamment de sa qualification, un fait exorbitant (au sens propre ou impropre) n'est exploitable que si les parties ont fait preuve de la diligence procédurale commandée par les circonstances du cas concret. Si, en revanche, les faits révélés lors de l'administration des preuves n'ont pas valablement été allégués et qu'ils ne peuvent pas non plus l'être par la suite en tant que *nova* admissibles, le juge doit les écarter.
114. A notre sens, cette solution est non seulement compatible avec la maxime des débats ainsi que la maxime éventuelle, mais elle respecte aussi le principe de disposition tout en garantissant aux parties le respect de leur droit d'être entendues. Elle devrait aussi permettre d'éviter aux parties de devoir alléguer ultérieurement – et de manière superfétatoire – des faits exorbitants au sens impropre en tant que *nova*, ce qui rallonge inutilement la procédure et se produit souvent en pratique.
115. En fin de compte, la prise en considération de faits exorbitants représente un risque inhérent à chaque procès, au bénéfice de la partie à qui profite la vérité matérielle. Il est établi que la maxime des débats ne saurait être appliquée à la lettre, raison pour laquelle son cadre doit pouvoir être modulé, voire assoupli, afin de s'adapter aux difficultés rencontrées en pratique. S'il est silencieux, il est essentiel d'interpréter le CPC de manière à rapprocher la solution judiciaire de la vérité matérielle, afin que le droit de procédure demeure en toute circonstance au service du droit matériel. Retenir le contraire reviendrait à faire prévaloir la forme sur le fond, ce qui ne serait guère compatible avec un code qui se veut « *laienfreundlich* ».

Bibliographie

ASPRION STÖCKLIN SABINE, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda, thèse Bâle 2008

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

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Note concernant l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_456/2015 du 6 juin 2016, *in* : Newsletter CPC Online du 14 juillet 2016 (cité : BASTONS BULLETTI, Faits exorbitants)

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Note concernant l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_195/2014 et 4A_197/2014 du 27 novembre 2014, *in* : Newsletter CPC Online du 7 janvier 2015 (cité : BASTONS BULLETTI, Devoir d'allégation)

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

BERTI STEPHEN V., Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2011

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

BEUCHAT MARC/EIGENMANN ANTOINE, Procédure civile et partage successoral, plaidoyer 3/2021, 25 ss

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

BOHNET FRANÇOIS, Les faits exorbitants, note relative à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_601/2020 du 11 mai 2021, RSPC 5/2021, 394 ss (cité : BOHNET, Faits exorbitants)

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

BOHNET FRANÇOIS, Alléguer et conclure en procédure matrimoniale, *in* : Fountoulakis/Jungo (édit.), La procédure en droit de la famille, Genève/Zurich/Bâle 2020, 1 ss (cité : BOHNET, Alléguer)

BOHNET FRANÇOIS, L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile : principes et modalités, *in* : Bohnet/Dupont (édit.),

Dix ans de Code de procédure civile, Bâle/Neuchâtel 2020, 1 ss (cité : BOHNET, Allégation)

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

BOHNET FRANÇOIS, Le droit du bail en procédure civile suisse, *in* : Bohnet/Wessner (édit.), 16^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, 40 ss (cité : BOHNET, Bail)

BOHNET FRANÇOIS, Code de procédure civile neuchâtelois commenté, 2^e éd., Bâle 2005 (cité : BOHNET, aCPC/NE)

BOHNET FRANÇOIS/FITZI FRÉDÉRIC, L'expertise privée de l'art. 177 CPC révisé, RSPC 4/2023, 469 ss (cité : BOHNET/FITZI, Expertise privée)

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

BOHNET FRANÇOIS/FITZI FRÉDÉRIC, Les pièges de l'expertise privée en droit de la construction, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_494/2020, *in* : Newsletter immodroit.ch octobre 2022, 1 ss (cité : BOHNET/FITZI, Pièges)

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

BOHNET FRANÇOIS/JEANNERET YVAN, Preuve et vérité en procédures pénale et civile suisses, *in* : Thévenaz (édit.), Les preuves, Berne 2014, 67 ss

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

BRIDEL BASTIEN, Les effets et la détermination de la valeur litigieuse en procédure civile suisse, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2019

BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse 1988, Berne 1989

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

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

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

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

BÜHLER ALFRED/EDELMANN ANDREAS/KILLER ALBERT, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, Aarau/Francfort-sur-le-Main/Salzburg 1998

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

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

CAVELTI URS JOSEF, Die Expertise im Bauprozess, *in* : Koller (édit.), Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St-Gall 1996, 297 ss

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

CHAIX FRANÇOIS, L'apport des faits au procès, *in* : Bohnet (édit.), Procédure civile suisse, Neuchâtel 2010

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

COLOMBINI JEAN-LUC, Code de procédure civile, condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, Lausanne 2018

DOLGE ANNETTE, Anforderungen an die Substanziierung, *in*: Dolge (édit.), Substantiieren und Beweisen, Zurich 2013, 17 ss

DOMENIG BENJAMIN, Aktenschluss, Noven- und Replikrecht im summarischen Verfahren der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse St-Gall, Zurich/St-Gall 2022

FRANK RICHARD/STRÄULI HANS/MESSMER GEORG, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3^e éd., Zurich 1997

FÜLLEMANN DANIEL, Das erstinstanzliche Novenrecht der ZPO, *in*: Lorandi/Stachelin (édit.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zurich/St-Gall 2011, 863 ss

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

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

GERMANN ROLF, « Die Ergebnisse des Beweisverfahrens » als Urteilsgrundlage (Art. 179 Abs. 1 des sanktgallischen Zivilrechtspflegegesetzes), RSJ 19/1981, 302 ss

GROBÉTY LAURENT, Les faits et moyens de preuve nouveaux en procédure civile suisse, SJ 5/2023, 431 ss

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

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

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

GUYAN PETER, Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, PCEF 25/2011, 3 ss

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

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

HAFTER PETER, Strategie und Technik des Zivilprozesses, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011

HALDY JACQUES, Procédure civile suisse, Bâle 2014

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

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

HEINRICH PETER, PatG/EPÜ, Schweizerisches Patentgesetz, Europäisches Patentübereinkommen, Kommentar in synoptischer Darstellung, 3^e éd., Berne 2018

HEINZMANN MICHEL, Note relative à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_566/2015 du 8 février 2016, RSPC 3/2016, 195 ss

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

HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 3^e éd., Berne 2023

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

HOHL FABIENNE, La réalisation du droit et les procédures rapides, thèse d'habilitation, Fribourg 1994 (cité : HOHL, Réalisation)

HOHL FABIENNE/BOVEY GREGORY, Dix ans de Code de procédure civile : bilan et perspectives, RDS 5/2021 I, 509 ss

HOUDROUGE RAYAN/MAJOR MARIE, Harcèlement sexuel caractérisé et méthodes d'audition des témoins, commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_544/2018, *in* : Newsletter DroitDuTravail.ch janvier 2020

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

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

JEANNIN PASCAL/BOHNET FRANÇOIS, Les pièges du fardeau de l'allégation en procédure civile, Jusletter du 16 novembre 2015

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

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

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

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

KUMMER MAX, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4^e éd., Berne 1984

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

LACHAT DAVID/LACHAT BORIS, Procédure civile en matière de baux et loyers, Lausanne 2019

LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ/STERCHI MARTIN, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5^e éd., Berne 2000

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

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

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, Berne 1999 (cité : LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, aZPO/SG)

LEUPOLD BENEDICT H., Die massgeblichen Prozessmaximen im Verfahren der erbrechtlichen Nichtigkeitsklage, Zurich/Bâle/Genève 2022

LONGET-CORNUZ AUDE/HANNA PAUL, La conduite de la procédure civile par le tribunal, Revue de l'avocat 2/2023, 81 ss

LORENZ TABEA, Beweiserhebung mittels Parteiaussage, thèse St-Gall 2018, Zurich/St-Gall 2019

LÜSCHER CHRISTIAN, L'accès facilité à la justice dans le CPC révisé, Revue de l'avocat 5/2023, 204 ss

LUTZ OSKAR, Beschränkung der Verhandlungsmaxime, RSJ 4/1932, 56 ss

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

MARKUS ALEXANDER R./HUBER-LEHMANN MELANIE, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht, RJB 4/2018, 269 ss

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

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

MERZ BARBARA, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2^e éd., Berne 2007

MICHEL JEAN-CÉDRIC, Douze ans de CPC – regard mitigé ?, SJ 1/2023, 75 ss

MISTELI CHRISTOPHE, L'expertise judiciaire dans le contentieux successoral, *in* : Pradervand-Kernen *et al.* (édit.), Journée de droit successoral 2023, Berne 2023, 127 ss

MORET SÉBASTIEN, Novenrecht in der ersten und zweiten Instanz, *in* : Dolge (édit.), Updates und neueste Entwicklungen im schweizerischen

und internationalen Zivilprozessrecht, Zurich/Bâle/Genève 2018, 37 ss (cité : MORET, Novenrecht)

MORET SÉBASTIEN, Aktuelle Probleme zum Novenrecht in der Schweizerischen ZPO, plädoyer 1/2018, 28 ss (cité : MORET, Aktuelle Probleme)

MORET SÉBASTIEN, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Zurich 2014, Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité : MORET, Aktenschluss)

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

MÜLLER PIERRE, Le rôle respectif du juge et des parties dans l'établissement des faits selon la nouvelle procédure accélérée vaudoise, JdT 3/2002, 110 ss

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

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/HALDY JACQUES/TAPPY DENIS, Procédure civile vaudoise, 3^e éd., Lausanne 2002

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

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

RÉTORNAZ VALENTIN, Note relative à l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_195/2014 et 4A_197/2014 du 27 novembre 2014, RSPC 2/2015, 114 ss (cité : RÉTORNAZ, Substanziierungspflicht)

RÉTORNAZ VALENTIN, L'interdiction du formalisme excessif en procédure civile, thèse Neuchâtel/Bourgogne 2013, Bâle 2014 (cité : RÉTORNAZ, Formalisme)

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

RIESEN SILVIO, Die (übersteigerte) Substanziierungspflicht – der Albtraum jedes Klägeranwalts, REAS 2/2023, 165 ss

RUSCH ARNOLD F., Haftpflichtrecht – Wichtige Urteile, *in* : Probst/Werro (édit.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 21. Juni 2018, Berne 2018, 129 ss

SARBACH MARTIN, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, RJB 11/2000, 685 ss (cité : SARBACH M.)

SARBACH ROLAND, Das Verbot überraschender Rechtsanwendung im ordentlichen Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Lucerne 2016, Zurich/St-Gall 2017 (cité : SARBACH R.)

SCHMID ROLAND, Das Verfahren vor Handelsgericht: aktuelle prozessuale Probleme, PCEF 42/2017, 129 ss

SCHNEUWLY ANDREAS, Parteivorbringen in den einzelnen Verfahrensabschnitten des ordentlichen, erstinstanzlichen Zivilverfahrens, RSJ 6/2023, 350 ss

SCHWANDER DANIEL, Befragungstechnik, *in* : Fellmann/Weber (édit.), Haftpflichtprozess 2013, Zurich/Bâle/Genève 2013, 170 ss

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

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

STALDER CHRISTIAN, Rechtsbegehren in familienrechtlichen Verfahren, FamPra.ch 1/2014, 43 ss

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

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

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

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

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

TREZZINI FRANCESCO, Note relative à l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_211/2017 du 24 juillet 2017, RSPC 6/2017, 538 ss (cité : TREZZINI, Procedura semplificata)

TREZZINI FRANCESCO, Celerità e lentezza della giustizia civile di primo grado, Zurich/Bâle/Genève 2010 (cité : TREZZINI, Celerità)

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

UMHANG BETTINA, Die Fragestellung an den medizinischen Gerichtsgutachter, Zurich/St-Gall 2023

VETTER MEINRAD, Recht zu haben, bedeutet nicht, recht zu bekommen, NZZ n° 172 du 27 juillet 2020, 11 (cité : VETTER, Recht)

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

VETTER MEINRAD/PEYER DANIEL, Bekannte Tatsachen – unter besonderer Berücksichtigung des Internets, *in*: Gschwend *et al.* (édit.), Recht im digitalen Zeitalter, Zurich/St-Gall 2015, 759 ss

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

WUILLEMIN NICOLAS, Beweisführungslast und Beweisverfügung nach der Schweizerischen ZPO, thèse Bâle 2017, Zurich/St-Gall 2018

ZWEIDLER THOMAS, Die Würdigung von Aussagen, RJB 2/1996, 105 ss

La différence entre fait et droit : principe et conséquences procédurales

par

Denis Tappy

Professeur à l'Université de Lausanne

I. Introduction.....	93
II. Développement	97
A. Notion de fait et critères de distinction	97
B. Règles de procédure civile recourant à la distinction	102
1. Règles concernant la compétence et théorie des faits de double pertinence.....	102
2. Maximes et principes généraux de procédure	105
3. Règles sur le devoir d'interpellation du juge.....	107
4. Règles sur les allégations, les contestations et les novas en première instance	108
5. Règles sur l'administration des preuves.....	112
6. Principe du contradictoire	115
7. Grieffs recevables en deuxième ou troisième instance.....	116
8. Garantie de double instance concernant les faits ?.....	119
9. Moyens de révision.....	121
C. Eléments de casuistique.....	122
1. Sont des questions de fait selon la jurisprudence du Tribunal fédéral.....	122
2. Sont des questions de droit selon la jurisprudence du Tribunal fédéral.....	125

D. Quelques notions délicates	126
1. Les faits non contestés.....	126
2. Les faits non pertinents	131
3. Les faits notoires.....	133
4. Les faits implicites	136
5. Les règles d'expérience générale, l'usage, les usages locaux et le droit étranger	139
6. Les faits procéduraux	141
III. Conclusion.....	142
Bibliographie	144

I. Introduction

1. *Da mihi facta, dabo tibi ius*. Cet adage latin connu de tous rappelle que la solution concrète d'un problème juridique dépend de l'application correcte des dispositions de droit pertinentes à des éléments de fait qui doivent le cas échéant être établis. Or les règles concernant ces deux types d'éléments divergent sur de multiples points tout en interagissant. Par ailleurs, certaines juridictions supérieures n'ont pas un pouvoir d'examen illimité : leur rôle consistant essentiellement à vérifier la correcte application du droit, voire de certaines règles juridiques particulières seulement, elles se trouvent fréquemment liées par les faits constatés par les juges inférieurs. D'où la nécessité de distinguer souvent soigneusement ce qui relève du fait et ce qui relève du droit. Cela peut paraître en général évident, mais il existe nous le verrons de nombreux cas-limites où cette distinction devient délicate.
2. En Suisse, des règles limitant en principe le pouvoir d'examen d'une juridiction supérieure au contrôle de la bonne application du droit sont en particulier caractéristiques du Tribunal fédéral, cela presque dès ses origines : elles n'apparaissent certes pas dans le cadre de la loi d'organisation fédérale du 5 juin 1849¹, applicable initialement au Tribunal fédéral qui venait d'être créé par la Constitution de 1848. Il s'agissait encore d'une institution non permanente et dont les compétences très limitées portaient essentiellement sur des affaires à juger en première instance ou des recours contre des décisions n'émanant pas d'autorités judiciaires². Cela change dès

¹ RO 1848-1849, 65 ss.

² Ce Tribunal fédéral siégeant alors occasionnellement était surtout compétent pour trancher certaines affaires très particulières, par exemple au sujet de l'heimatlosat, qu'une loi fédérale de 1850 visait à faire disparaître progressivement. En matière civile le TF a eu essentiellement à connaître durant cette période de plusieurs dizaines de demandes en divorce portées directement devant lui en application de la loi fédérale complémentaire du 3 février 1862 sur les mariages mixtes, cf. RO 1860-1863 I, 129 s. Jugeant ces affaires en instance unique, il devait évidemment statuer librement tant sur les faits que sur le droit, en appliquant pour arrêter les premiers la loi fédérale de procédure civile de 1850 (loi provisoire du 22 novembre 1850, prorogée en 1852 puis transformée en loi définitive en 1855, cf. RO 1850, 77 ss ; 1851-1853, 180 s. et 1854-1857, 120 s.) et un règlement édicté

1874 en revanche : le Tribunal fédéral étant désormais devenu une institution permanente qui ne tardera pas à fonctionner essentiellement comme autorité de recours en dernière instance, la limitation précitée figure dans les lois successives qui ont précédé la loi d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943³. Dans cette dernière, qui est restée en vigueur jusqu'à l'actuelle LTF, elle résultait notamment des art. 63, 64 et 103 OJ pour le recours en réforme, ainsi que de diverses autres dispositions pour les autres types de recours au Tribunal fédéral alors possibles⁴. Dès 2007 des règles en ce sens ont été généralisées par les art. 97, 99 et 105 LTF.

3. Aussi est-ce le plus souvent ces dispositions qui ont fait office de *sedes materiae* où la doctrine récente a placé des développements détaillés concernant la distinction entre fait et droit⁵. Bien que ladite

par lui-même sur le mode de procéder devant le Tribunal fédéral pour le divorce des mariages mixtes du 5 juillet 1862 (RO 1863, 286 s.). Sur l'activité entre 1850 et 1874 de ce premier TF, cf. notamment SEFEROVIC, sp. 26 et 181 ss.

- ³ Soit la loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 27 mai 1874 (RO 1874-1875, 117 ss), la loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 22 mars 1893 (RO 1892-1893, 457 ss), puis la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RO 1944, 269 ss, ci-après OJ). Pour une synthèse sur les règles de ces législations concernant les griefs touchant aux faits devant le TF, cf. ZEITER, 19 ss.

- ⁴ Les art. 63 ss OJ, qui ont fait l'objet d'un commentaire détaillé encore utile pour notre sujet par POUDRET, II, 511 ss, s'appliquaient aussi au recours en nullité des art. 68 ss OJ (permettant d'attaquer des décisions civiles pour des griefs particuliers, dont la violation de certaines prescriptions touchant le droit applicable ou la compétence) ainsi qu'au recours en matière de poursuite pour dettes et de faillite des art. 19 LP et 75 ss OJ, en vertu de renvois (art. 74 et 81 OJ). Une règle limitant également le pouvoir d'examen du TF par rapport aux faits dans les affaires pénales soumises jusqu'en 2007 au pourvoi en nullité prévu par la loi fédérale sur procédure pénale du 15 juin 1934 (RO 1934, 709 ss, ci-après PPF) résultait de l'art. 277^{bis} de cette loi, alors qu'une telle limitation en matière de recours de droit administratif était prévue par l'art. 105 al. 2 OJ, mais seulement si la décision attaquée émanait d'une autorité judiciaire et sans que cela s'étende aux recours en matière d'assurances sociales (art. 132 let. b OJ). Enfin dans le cadre du recours de droit public, en pratique souvent utilisé en particulier pour contester des faits, il résultait de la limitation des griefs dans ce cadre par l'art. 84 OJ que seules étaient recevables des critiques fondées sur les droits constitutionnels des citoyens, soit s'agissant des faits en pratique le plus souvent l'invocation d'un arbitraire dans les constatations des juridictions inférieures.

- ⁵ Voir par ex. récemment BSK Bundesgerichtsgesetz-DORMANN, art. 105 N 34a ss ; Commentaire LTF-BOVEY, art. 105 N 1 ss. On trouve aussi des remarques plus

distinction soit aussi pertinente, nous le verrons, dans le cadre de différentes règles du Code de procédure civile unifié, en particulier s'agissant des griefs recevables dans le cadre d'un recours *stricto sensu* (art. 320 CPC), les commentaires systématiques dudit Code de procédure sont généralement restés moins diserts sur la question, quitte à renvoyer aux commentaires précités de la LTF.

4. Il ne saurait être question de faire ici des développements importants sur l'histoire plus ancienne de la distinction entre fait et droit. L'adage cité liminairement rappelle néanmoins qu'elle existait bien avant le droit fédéral, et même les législations procédurales cantonales antérieures. Malgré sa formulation latine, *da mihi facta dabo tibi ius* ne remonte pas à l'Antiquité : sous cette forme, c'est un brocard tardif, qui n'a peut-être trouvé sa formulation définitive que dans la procédure de droit commun d'Ancien Régime⁶. Néanmoins les auteurs de l'antiquité romaine étaient très conscients de l'importance juridique de la distinction entre faits et droit : un passage de Neratius opposant erreur de droit et ignorance des faits distingue à cet égard les mauvaises constatations des faits menaçant même les meilleurs spécialistes au caractère « fini » du droit, par quoi il voulait probablement dire que la solution selon celui-ci était toujours censée pouvoir être connue (*finitum* devrait peut-être être traduit par « défini », voire par « certain »), fût-ce au prix d'une difficile interprétation ou d'un choix tranchant des controverses⁷. Par ailleurs le système procédural romain impliquait souvent de dissocier, comme cela peut être le cas avec un recours au Tribunal fédéral aujourd'hui, entre questions de droit et questions de faits, souvent tranchées par des personnes différentes⁸. Enfin,

ou moins détaillées sur la distinction entre faits et droit dans les commentaires de l'art. 8 CC, voir par ex. JUNG, art. 8 N 77 ss ; CR CC I-PIOTET, art. 8 N 7 et 46 ss, ou dans ceux concernant les dispositions sur les recours du CPC, en particulier les art. 310 et 320 CPC.

⁶ Cf. GMÜR/ROTH, 139.

⁷ D. 22.6.2 : *in omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*. Sur ce texte qui a fait couler beaucoup d'encre, cf. ZIMMERMANN, 605 ; BABUSIAUX, 85 s. ; CORNU THÉNARD, 197 ss.

⁸ C'était le cas tant dans la procédure archaïque des actions de la loi que dans la procédure formulaire applicable à la fin de la République et sous le Principat,

contrairement à la situation actuelle et comme l'illustrent certaines anecdotes célèbres, les avocats de la fin de la République et du début de l'Empire n'étaient pas des juristes, mais des rhéteurs. Ils étaient formés essentiellement à l'art de convaincre mais, pour bien percevoir les enjeux juridiques des affaires qu'ils se chargeaient de plaider, dépendaient des conseils de jurisconsultes, lesquels affectaient à l'inverse de mépriser les difficultés d'établissement des faits concernant une affaire en cours⁹.

puisque le procès s'y déroulait en deux phases, la première devant un magistrat qui déterminait une solution juridique sur la base d'un état de fait hypothétique découlant exclusivement des affirmations des parties, la seconde devant un juge désigné par ce magistrat et chargé précisément d'élucider ces questions de fait. La procédure extraordinaire qui s'impose au Bas Empire et qui est lointainement l'origine des procédures civiles modernes en Europe continentale ne connaissait certes plus cette dissociation, de telle sorte qu'il appartenait en principe au juge de première instance de trancher à la fois sur les faits et le droit. Cependant la procédure par rescrit, abondamment utilisée, permettait audit juge ou aux parties de s'adresser *pendente lite* à l'empereur ou à ses services juridiques, pour obtenir à nouveau une solution juridique sur la base d'un état de fait encore hypothétique et à vérifier dans la suite du procès. Sur ces procédures et leurs caractéristiques, cf. désormais Handbuch des Römischen Privatrechts, I, 321 ss (contributions de VARVARO MARIO, PLATSCHKE JOHANNES, METZGER ERNEST, KLINGENBERG GEORG et WILLEMS CONSTANTIN).

⁹ Nous sommes habitués aujourd'hui à des avocats censés maîtriser à la fois la rhétorique et le droit, mais il faut concevoir les plaideurs romains de la fin de la République ou du début de l'Empire comme se faisant aider pour les particularités juridiques des causes qu'ils défendaient comme aujourd'hui le conseil d'une partie peut avoir besoin des indications d'un spécialiste technique pour plaider une affaire de responsabilité médicale ou de brevet. Il n'était pas nécessaire d'être un juriste pour représenter une partie en justice, même si des connaissances en droit n'étaient évidemment pas non plus interdites. Cicéron est un bon exemple de plaideur considéré comme un rhéteur et non comme un jurisconsulte, même s'il a manifesté un intérêt affirmé pour certaines questions juridiques. Les jurisconsultes de leur côté donnaient des avis de droit, mais ne représentaient pas les parties en justice. Selon une anecdote transmise par l'Arpinate lui-même dans ses *Topiques*, son ami Gallus, si on le consultait sur un problème posant en réalité des questions de fait, refusait de s'en occuper en répondant « cela ne regarde pas la science du droit. Adressez-vous à Cicéron » (Cicéron, *Topica*, XII : *nihil hoc ad ius ; ad Ciceronem, inquiebat Gallus noster si quis ad eum quid tale rettulerat, ut de facto quaeretur*). Pomponius (D. 1.2.2.43) cite néanmoins comme exemple de plaideur aussi juriste Servius Sulpicius qui, initialement un plaideur réputé avec une formation seulement de rhéteur, fut vexé d'avoir mal compris deux fois de suite, dans une

5. En pratique, les arrêts discutant de la délimitation entre fait et droit sont en majeure partie relatifs au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral. Néanmoins ladite délimitation peut jouer un rôle pour bien d'autres questions tout au long d'un procès civil. Dans la partie centrale de la présente contribution (II), nous tenterons de cerner la notion de faits et ce qui la distingue du droit (A), puis évoquerons sans garantie aucun d'exhaustivité un certain nombre de questions procédurales recourant à cette distinction (B), avant de passer en revue la casuistique révélée par la jurisprudence (C), de revenir sur certaines situations particulièrement complexes ou instructives (D), pour terminer par une brève conclusion (III).

II. Développement

A. Notion de fait et critères de distinction

6. La notion de fait est un élément indispensable du syllogisme judiciaire permettant d'appliquer une règle normative à une situation concrète¹⁰. Le législateur y recourt fréquemment, d'ailleurs aussi bien dans la législation matérielle que procédurale (cf. par ex. art. 8 et 9 CC ; 55, 150 ss, 221 al. 1^{er} let. d, 310 let. b etc. CPC ; 97 et 105 LTF, etc.). Il distingue, nous y reviendrons, différentes catégories dans cette notion très générale (par exemple les « faits nouveaux », cf. art. 179, 134, 286 et 298d CC, 229 et 317 CPC ou 99 LTF ; les « faits pertinents », cf. art. 150, 177, 328 al. 1^{er} let. a CPC, etc.), mais n'en donne pas de définition générale.
7. Celle-ci serait probablement impossible ou du moins peinerait à couvrir l'ensemble des éléments susceptibles d'entrer dans cette notion. Ainsi on serait tenté de considérer, en lien d'ailleurs avec l'art. 8 CC, comme des faits les éléments soumis à l'administration

affaire qu'il devait plaider, les enjeux juridiques que lui expliquait Quintus Mucius Scaevola, le meilleur jurisconsulte du moment, et suivit dès lors un enseignement complet en droit sous divers maîtres.

¹⁰ Cf. LEROY/SCHÖNENBERGER, 407 ss ; TF 4A_214/2013 du 5 août 2013, consid. 5.2.2.

des preuves¹¹. Toutefois il y a des faits qui n'ont pas à être prouvés (faits non contestés, faits pris en considération en application de la théorie des faits de double pertinence, etc.). Jurisprudence et doctrine ont parfois défini le fait comme tout ce que le juge ne peut pas savoir par la seule connaissance du droit¹². Cela a le mérite de ne pas d'emblée exclure des éléments que le juge peut connaître autrement (faits notoires, connaissances spéciales d'un membre du tribunal selon l'art. 183 al. 3 CPC, etc.). Il nous paraît toutefois douteux que cela aide à faire le départ par exemple entre une opération intellectuelle propre à une cause particulière relevant de la détermination du fait (notamment déduire ce que voulaient réellement les parties à un contrat à partir d'indices concrets) et une opération du même genre relevant du raisonnement juridique (notamment définir la portée d'une déclaration contractuelle selon le principe de la confiance).

8. Peut-être peut-on en réalité se passer de définition générale et se focaliser plutôt sur les cas particuliers ou limite. A cet égard relevons en particulier les points suivants :
- Un élément n'a pas besoin d'être prouvé pour relever des faits. D'une part nous l'avons dit certains en sont dispensés, par exemple parce qu'ils sont notoires ou non contestés. Par ailleurs en fonction notamment de certaines présomptions, des faits peuvent être tenus pour constants ou au contraire inexistants sans qu'aucune preuve aient abouti à leur sujet, voire sans même qu'il en ait été entrepris. Enfin bien sûr la question qui se pose peut ne pas être de savoir si un élément est prouvé, mais de savoir s'il aurait dû être allégué.
 - Un élément n'a pas besoin de concerner spécifiquement le litige dans lequel il est avancé pour relever des faits : font aussi partie

¹¹ Cf. Commentaire LTF-BOVEY, art. 105, N 27. Voir aussi BSK Bundesgerichtsgesetz-DORMANN, art. 105 N 9 : *Sachverhalt umschliesst alle Tatsachen, die dem Beweis zugänglich sind*. Il est normal qu'une telle définition soit notamment reprise par les commentateurs de l'art. 8 CC, cf. notamment CR CC I-PIOTET, art. 8 N 7, puisque cette disposition ne concerne précisément pas les faits pour lesquels il n'y a pas de procédure probatoire ni de fardeau de la preuve.

¹² TF 4A_582/2016 du 16 juillet 2017, consid. 4.4 et les références citées.

de ceux-ci des éléments généraux, par exemple des données historiques ou géographiques ou statistiques, s'il est nécessaire de les connaître pour résoudre une question juridique qui se pose. Certes, de tels éléments généraux pourraient être tenus pour notoires et dispensés de preuve s'ils sont aisément accessibles à chacun par un moyen qui ne peut sérieusement être mis en doute. De tels éléments restent néanmoins des faits¹³. Par ailleurs, la jurisprudence a estimé que nombre de tels éléments non spécifiques à la cause n'étaient pas notoires et pouvaient donc devoir être allégués et prouvés¹⁴.

- Peu importe pour qu'un élément relève des faits qu'il s'agisse d'un événement passé, présent ou futur. Est un fait prouvable aussi bien les circonstances d'un accident ayant entraîné des lésions, que l'état de santé du blessé au moment du jugement ou l'évolution prévisible de sa capacité de gain. Les faits futurs restent des faits, même s'ils ne peuvent pas toujours être totalement certains, voire s'ils concernent l'existence d'un risque. Les doutes qui ont été exprimés en doctrine par le passé sur le caractère factuel d'éléments hypothétiques¹⁵ n'ont pas lieu d'être, en tout cas si ces hypothèses sont fondées elles-mêmes sur des éléments factuels généraux (statistiques de mortalité par ex.) ou sur des connaissances techniques d'un spécialiste. De tels éléments ne constituent du reste pas moins des faits s'ils reposent seulement sur des hypothèses émises par le juge sur la seule base de son expérience de la vie. On rejoint néanmoins alors la problématique des règles d'expérience généralement reconnues au sens de l'art. 151 CPC de telle sorte que, comme pour les faits notoires visés par la même disposition, il n'y ait alors peut-être pas besoin d'allégation ni de preuves et que le pouvoir d'examen des juridictions supérieures pourrait être le même que pour le contrôle du droit.

¹³ Voir N 65 ci-après.

¹⁴ Cf. TF 4A_509/2014 du 4 février 2015, consid. 2.2 (distance séparant deux petites localités suisses) ; ATF 134 III 224, consid. 7.2 ; ATF 143 IV 380, consid. 1.1.2 ; ATF 143 III 404, consid. 5.3.3 (taux interbancaires Libor et Euribor).

¹⁵ Cf. notamment DESCHENAUX, 22.

- On distingue souvent les faits extérieurement constatables des faits relevant du for intérieur et des faits de la procédure elle-même¹⁶. Il y aurait des différences entre ces trois catégories notamment au sujet de la possibilité de les prouver. Les faits extérieurement constatables pourraient être directement appréhendés notamment par un témoin, un expert, la lecture d'une pièce ou une inspection locale, alors que les deuxièmes ne pourraient qu'être déduits de circonstances ou de déclarations, et que les troisièmes résulteraient le plus souvent du dossier lui-même. Il existe cependant de nombreuses exceptions : il arrive en effet que des faits extérieurs doivent être déduits d'indices ou de circonstances ou qu'un fait de procédure soit prouvé par un témoignage (par ex. pour le dépôt avant minuit d'un recours dans une boîte postale). Quant aux faits relevant du for intérieur, ils peuvent parfois découler assez directement d'un témoignage ou d'une pièce (par ex. lorsqu'il s'agit de savoir ce que savait une personne à un moment donné) et pourraient, théoriquement en tout cas, être directement prouvés par une audition, soit d'un témoin si la question concerne le for intérieur d'une personne qui n'est pas l'une des parties, soit même par un interrogatoire ou une déposition d'une des parties puisque le législateur de 2007 a jugé opportun d'en faire un mode de preuve ordinaire (art. 191 ss CPC). Quoi qu'il en soit, il s'agit dans les trois cas indéniablement d'éléments de fait, qui peuvent simplement se voir soumis à certaines règles particulières (cf. par ex. art. 99 al. 1^{er} *in fine* LTF pour certains faits procéduraux). Nous verrons que c'est seulement si, faute d'indices sur un fait du for intérieur comme la volonté réelle des parties à un acte, le juge impute à celles-ci une volonté objectivement déterminée sur la base du principe de la confiance qu'on bascule alors dans quelque chose relevant du raisonnement juridique.
- Savoir si une question relève du fait ou du droit ne dépend pas de la nature même d'un élément, mais du contexte dans lequel il doit être déterminé : savoir si un travailleur a droit une année donnée, en sus de son salaire, à une participation au résultat de l'entreprise qui l'emploie est une question de droit dans le cadre

¹⁶ Cf. Commentaire LTF-BOVEY, art. 105 N 29 ss.

d'un procès en droit du travail où cette participation est réclamée. Cela peut cependant tout à fait relever du fait (éventuellement futur ou hypothétique si la question se pose pour fixer une pension par exemple provisionnelle en cours d'année) dans le cadre d'un procès matrimonial impliquant d'élucider les revenus du même travailleur. De même les conditions de la reconnaissance en Suisse d'une décision étrangère sont des règles juridiques, mais savoir si une telle décision a effectivement été reconnue est un élément de fait¹⁷. Nous reviendrons sur cette problématique à propos des faits procéduraux.

- Il est usuel de distinguer les faits et le droit, aussi bien dans les écritures des parties (ainsi en procédure ordinaire l'art. 221 CPC distingue les « allégations de faits », cf. al. 1^{er} let. d CPC, ordinairement séparées de la motivation juridique facultativement prévue par l'al. 2) que dans les décisions du juge : même si le législateur de 2007 a englobé les constatations de fait et les développements de droit du juge dans les termes généraux de « considérants » (art. 238 let. g CPC) ou de « motivation » (art. 239 al. 1 et 2 CPC), les jugements et arrêts comportent le plus souvent des parties « en fait », respectivement « en droit » séparées¹⁸. L'art. 112 LTF, réservé à l'art. 238 al. 3 CPC parle d'ailleurs expressément de motifs déterminants « de fait et de droit ». Néanmoins, il n'est pas prohibé de faire un exposé mélangeant les uns et les autres. D'ailleurs même lorsqu'une décision comporte des parties « en fait » et « en droit », il n'est pas rare que des éléments de faits n'apparaissent que dans les développements de droit ou l'inverse, sans évidemment que cela

¹⁷ Cf. TF 5A_734/2011 du 16 février 2012, SJ 2012 I 517, consid. 4.2 (soumission à l'art. 105 LTF de la question de savoir si une procédure concordataire étrangère a été reconnue en Suisse).

¹⁸ Relevons que l'art. 112 al. 1^{er} let. b LTF exige expressément que les décisions susceptibles d'un recours devant le TF contiennent « les motifs déterminant de fait et de droit », et l'on en a déduit, sans à notre avis que cela résulte clairement du texte légal, que ces deux types de considérants devraient obligatoirement être séparés, cf. TF 5A_229/2020 du 13 juillet 2020, consid. 2.2 ; Commentaire LTF-BOVEY, art. 112 N 25. Cela n'empêche en tout cas pas de requalifier un élément de fait qui n'apparaîtrait que dans la partie en droit d'un jugement ou l'inverse.

ne change rien à la nature de ces éléments et aux règles qui s'y appliquent¹⁹.

B. Règles de procédure civile recourant à la distinction

9. Nous avons vu qu'en pratique la majeure partie des arrêts se posant la question de la délimitation entre fait et droit étaient rendus à propos de la règle limitant le contrôle des faits dans les recours devant le Tribunal fédéral. Cette délimitation peut cependant être nécessaire à bien d'autres stades d'un procès civil, que nous allons tenter de passer en revue.

1. Règles concernant la compétence et théorie des faits de double pertinence

10. Qu'elles soient fédérales, comme les règles de for, ou cantonales, en particulier en matière de compétence matérielle (art. 4 CPC), les règles de compétence des autorités judiciaires civiles sont naturellement de nature juridique. Elles peuvent cependant recourir à des éléments de fait : ainsi le for peut dépendre du lieu où une partie réside (cf. par ex. art. 11 CPC), décède (art. 28 al. 2 CPC), voire travaille habituellement (cf. art. 34 al. 1^{er} CPC), du lieu où un bien est immatriculé (art. 29 CPC) ou se trouve (cf. art. 30 et 33 CPC), du lieu où un acte a été commis ou a entraîné un résultat (art. 36 CPC), etc. La compétence peut aussi dépendre de l'existence d'un certain contrat, d'ailleurs tant *ratione loci* (cf. art. 32 ss CPC) que matériellement, en particulier dans les cantons ayant institué des juridictions spécialisées en droit du bail ou du travail, etc.
11. Dans ce cadre évidemment il peut être nécessaire de faire les mêmes distinctions entre faits et droit qu'à d'autres stades du procès. Ainsi le domicile déterminant pour de très nombreux fors est une notion juridique, pour laquelle l'art. 10 al. 2 CPC renvoie d'ailleurs aux art. 23, 25 et 26 CC, à l'exclusion expresse de l'art. 24 CC. Cette notion juridique implique cependant des éléments factuels, en particulier la résidence à un endroit donné (soit un fait extérieurement constatable) ainsi que l'intention de s'y établir (soit

¹⁹ Cf., parmi beaucoup d'autres, TF 5A_278/2021 du 7 octobre 2021, consid. 3.3.

un fait relevant en principe du for intérieur, même si la jurisprudence exige que cette intention ait en outre été rendue reconnaissable pour les tiers²⁰). En cas de contestation sur l'un de ces points, il conviendrait en principe de recourir aux procédés généralement utilisés pour la constatation de ce genre d'éléments : des preuves directes (en général par pièces, éventuellement par témoignage voire par inspection) pour l'existence d'une résidence effective, des déductions fondées sur un faisceau d'indices pour l'existence d'une intention reconnaissable de s'établir à l'endroit considéré. Ces investigations peuvent d'ailleurs intervenir dans le cadre de l'instruction au fond, mais aussi à un stade plus précoce si le juge choisit de trancher la question de compétence par une décision séparée selon les art. 125a et 222 al. 3 CPC.

12. Ce qui précède vaut pour des faits sans influence sur les questions juridiques qui se posent au fond. Ils ne compteront dans ce cas que pour la question de compétence et peuvent être élucidés par tous les moyens de preuve à disposition, même le cas échéant *in limine litis*. On parle de faits de simple pertinence. L'existence ou non d'un domicile dans le ressort de l'autorité saisie, comme dans l'exemple ci-dessus, en est un bon exemple (du moins tant qu'il ne s'agit pas d'un divorce international où le domicile pourrait éventuellement jouer un rôle pour la loi applicable au règlement des effets accessoires) : qu'on imagine par exemple un époux quittant le domicile conjugal qu'il partageait avec son conjoint à Genève pour se loger, peut-être de manière encore précaire, chez des amis ou des parents à Zurich. S'il dépose peu après une demande en divorce dans cette dernière ville, savoir s'il avait l'intention de s'établir durablement dans son nouveau logement constitue une question de fait dont dépend la question de droit de l'existence ou non d'un domicile zurichois, et donc de la recevabilité au regard de l'art. 23 CPC de sa demande en divorce. En revanche cela ne change rien ni pour savoir si ledit époux peut demander le divorce selon l'art. 115 CC, ni pour le règlement des effets dudit divorce en droit matériel.

²⁰ Cf. TF 5C.163/2005 du 25 août 2005, rendu par rapport à la définition du domicile de l'art. 20 LDIP, mais soulignant qu'il n'en va pas différemment selon l'art. 23 CC.

13. Lorsque toutefois la compétence dépend d'éléments qui influencent à la fois cette question et des questions de fond, comme l'existence d'un bail ou d'un contrat de travail, la jurisprudence a consacré depuis plusieurs décennies la théorie des faits de double pertinence. Elle implique que le tribunal saisi sur cette base *ratione loci* (art. 33 ou 34 CPC) et/ou matériellement (en particulier si le droit cantonal réservé par l'art. 4 CPC a institué des juridictions spécialisées pour ces matières) se reconnaisse compétent en se fondant simplement sur les allégations du demandeur affirmant l'existence d'un bail ou d'un contrat de travail et sans investigations au sujet desdits prétendus contrats, investigations qui n'auront lieu que par rapport à la solution au fond.
14. Ce n'est pas le lieu de se pencher en détail sur cette théorie des faits de double pertinence, d'origine allemande²¹, et au sujet de laquelle le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts récents abondamment commentés²². Relevons seulement qu'elle institue des situations où, pour trancher la question de la compétence, des faits ne sont soumis à aucune procédure probatoire mais retenus sur la base des seules affirmations d'une partie, sans que le juge puisse faire autrement, même si les affirmations en question du demandeur lui paraissent douteuses, cas d'abus de droit excepté. Cela consacre donc sur cette question une sorte de règle de preuve légale prétorienne. La théorie peut s'appliquer dans certaines autres hypothèses que l'examen de la compétence²³, mais connaît aussi certaines limites jurisprudentielles²⁴. Relevons aussi qu'il s'agit bien d'une règle

²¹ Sur la genèse et la réception en Suisse de la théorie des faits de double pertinence, cf. BOHNET, RDS 2009 II, 246 ss ; HOFFMANN-NOWOTNY, 5 ss. Sur le fait que l'« inventeur » allemand de cette théorie, Ekkehard Schumann, proposait précisément de ne pas l'appliquer s'agissant de la compétence de tribunaux spécialisés comme des prud'hommes, cf. BOHNET, RSPC 2020 112 ; pour une proposition d'y renoncer complètement, cf. AUBERT, RSPC 2021 619 ss.

²² Voir notamment TAPPY, RSPC 2020, 195 ss.

²³ Voir notamment TAPPY, RSPC 2020, 199.

²⁴ Selon la jurisprudence, la théorie des faits de double pertinence ne vaut ni face à une clause compromissoire, ni lorsque le défendeur invoque une immunité de juridiction, cf. TAPPY, RSPC 2020, 199. Elle ne s'applique pas non plus si le défendeur invoque une prorogation de for, cf. TF 4A_368/2016 du 5 septembre 2016, consid. 2.2.

exclusivement prétorienne²⁵, concernant la constatation de faits, non de questions juridiques : il a ainsi été jugé que la théorie ne s'appliquait pas à une qualification juridique discutable de faits en eux-mêmes non douteux²⁶.

2. Maximes et principes généraux de procédure

15. On sait que le législateur de 2007 a formulé et regroupé aux art. 52 ss CPC diverses maximes et principes généraux de procédure. Pour notre sujet, sont surtout importants les art. 55 et 57 CPC : le premier consacre comme règle la maxime des débats, soit l'obligation pour les parties d'alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et de produire les preuves susceptibles d'établir lesdits faits. S'agissant du droit au contraire, l'art. 57 CPC prévoit de manière générale son application d'office, concrétisant ainsi un principe très ancien souvent exprimé par le brocard *iuria novit curia*²⁷.

²⁵ Dans ce sens-là, les arrêts sur cette théorie sont étonnamment peu diserts quant à son intégration dans le système des règles légales et constitutionnelles (droit à la preuve et à la contre-preuve) relatives à l'établissement des faits, à l'administration des preuves et à l'appréciation de celles-ci. Dans la jurisprudence de notre Cour suprême, la théorie des faits de double pertinence était apparue à la fin du XX^e siècle (ATF 122 III 249, consid. 3b/bb ; voir aussi ATF 121 III 495, consid. 6b, écartant expressément cette théorie en matière de compétence arbitrale), par rapport à des règles de for cantonales ou de droit international privé. Le TF semble n'avoir eu aucune hésitation à la conserver après l'unification du 1^{er} janvier 2011, sans envisager à notre connaissance que le législateur fédéral, qui n'en a fait nulle mention ni à l'art. 60 CPC, ni aux art. 152 ou 157 CPC, ait pu implicitement choisir de ne pas la retenir.

²⁶ Cf. TF 4A_305/2017 du 18 janvier 2018, consid. 4.1, non publié sur ce point aux ATF 144 III 111.

²⁷ Comme bien des formules latines de ce genre, y compris nous l'avons vu l'adage *mibi facta, dabo tibi ius*, le brocard *iura novit curia* n'est pas attesté dans la littérature juridique romaine antique, mais a dû trouver sa formulation actuelle à la fin du Moyen Age ou sous l'Ancien Régime dans le cadre la procédure romano-canonique de droit commun. Cf. notamment SANTINI, 9 ss. On trouve cependant déjà sous le Dominat des constitutions impériales exprimant l'idée que le juge applique le droit d'office, quitte à devoir suppléer les carences des parties en la matière, cf. notamment C. 2.10 (11), Dioclétien et Maximien, ao 290 : *non*

16. Les principes précités sont évidemment soumis à certaines exceptions et limites. Pour l'application d'office du droit celles-ci résultent surtout, en tout cas en première instance, de la maxime de disposition (art. 58 al. 1^{er} CPC) ainsi que de règles du droit matériel qui empêchent de retenir certains moyens de défense, tout particulièrement la prescription (art. 142 CO) s'ils n'ont pas été expressément invoqués. S'agissant de l'obligation d'alléguer les faits et d'offrir les preuves s'y rapportant, des exceptions assez nombreuses résultent des situations où s'applique la maxime inquisitoire. Même dans le cadre de celle-ci cependant, il y a lieu de faire des distinctions notamment entre la maxime inquisitoire sociale et la maxime inquisitoire pure²⁸. Lorsque la première est applicable, des obligations d'apporter les faits et les preuves subsistent en réalité assez largement à la charge des parties, dans le cadre d'un devoir de collaborer à l'établissement des faits dont les contours, développés par une jurisprudence abondante, ramène parfois à peu de chose l'établissement des faits et l'administration des preuves d'office, en particulier vis-à-vis de parties assistées²⁹. Il existe par ailleurs diverses règles particulières dérogeant à la maxime des débats sur des points de détail³⁰.
17. Ces principes sous-tendent les règles procédurales concrétisant les modalités selon lesquelles les parties doivent s'acquitter de leurs devoirs précités d'alléguer des faits et offrir des preuves : allégations dans le cadre de l'échange des écritures et exigence de « substantification » (art. 221 ss CPC), contestations adverses (art. 222 al. 2 CPC), « droit à une seconde chance » (art. 229 al. 2 CPC), possibilités exceptionnelles d'introduire plus tard des novas

dubitandum est iudici, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adstant minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire.

²⁸ Sur ces deux variantes, cf. notamment CR CPC-HALDY, art. 55 N 8 s. ; La révision du CPC du 17 mars 2023 non encore entrée en vigueur la confirmera en introduisant en français une distinction entre « établir les faits d'office », soit appliquer la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2, 255, 272 et 277 al. 3 CPC) et « examiner les faits d'office », soit appliquer la maxime inquisitoire pure (art. 296 al. 1^{er} et 317 al. 1^{bis} nCPC).

²⁹ Voir par ex. ATF 141 III 569, consid. 2.3.1 ; TF 4A_292/2021 du 31 août 2021, consid. 2.2 et 2.3.

³⁰ Voir par ex. les art. 153 al. 2, 181 al. 1^{er}, 183 al. 1^{er}, 192 al. 1^{er} et 277 al. 2 CPC.

(art. 229 al. 1^{er} CPC), etc. Il ne saurait être question de détailler ici toutes ces questions, mais elles supposent une distinction bien établie entre les faits et le droit : en effet en matière juridique et pour autant qu'il n'en résulte aucune violation de la maxime de disposition ou des règles sur l'invocation des exceptions de droit civil, aucune des restrictions précitées ne s'applique. Au contraire, des développements juridiques par les parties, en principe facultatifs (cf. art. 221 al. 3 CPC), ne sont pas limités dans le temps, au point que jusqu'en troisième instance devant le Tribunal fédéral les parties restent autorisées à produire des avis de droit³¹.

3. Règles sur le devoir d'interpellation du juge

18. Selon l'art. 56 CPC, le juge doit interpellier les parties si leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets. L'art. 247 al. 1^{er} CPC reprend la règle dans le cadre de la procédure simplifiée. Bien que ces dispositions soient formulées impérativement, la jurisprudence a beaucoup nuancé l'idée que le juge puisse être tenu d'intervenir. En particulier plusieurs arrêts ont pratiquement supprimé cette obligation vis-à-vis d'une partie assistée³².
19. Le but principal de l'art. 56 CPC comme de l'art. 247 al. 1^{er} CPC est d'éviter qu'une simple inadvertance d'une partie conduise à une perte du procès faute d'allégations ou de preuves sur des éléments nécessaires au jugement de la cause. Il s'agit donc essentiellement

³¹ Possibilité de produire en première instance des avis de droit jusqu'aux plaidoiries finales selon l'art. 232 CPC, cf. BOHNET, note in RSPC 2019 271. Admissibilité de la production de tels avis (ou d'arrêts invoqués à titre de précédents) dans le cadre d'un recours au TF, peut-être même dans le cadre d'une réplique spontanée à un mémoire adverse, cf. TF 4A_440/2020 du 5 novembre 2020, RSPC 2021 199 et note BOHNET ; Commentaire LTF-BOVEY, art. 99 N 36, avec peut-être une exception si la charge de la preuve du droit patrimonial étranger a été mise à la charge des parties (art. 16 LDIP), ce qui pourrait justifier d'appliquer aux documents destinés à établir ledit droit les règles de l'art. 99 LTF, cf. TF 5A_648/2018 du 25 février 2019, consid. 2.3, non publié sur ce point aux ATF 145 III 213 (voir cependant note 40 sur la jurisprudence contradictoire existant à cet égard).

³² Cf. ATF 146 III 413, consid. 4.2 ; TF 4A_601/2020 du 11 mai 2021, consid. 4.3.2 ; TF 4A_64/2021 du 9 septembre 2021, consid. 4.2.4.

de correctifs à la maxime des débats : le juge peut, voire doit s'assurer que les allégations et offres de preuve des parties ne soient pas lacunaires. Mais est-ce l'unique objet de ces dispositions, ou celles-ci habilitent-elles aussi ledit juge à suggérer des compléments sur des questions juridiques ?

20. Il existe sur cette question des débats doctrinaux, non encore tranchés par le Tribunal fédéral à ce jour. Il est vrai que le texte français de l'art. 56 CPC parle d'une interpellation des parties « lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets ». Ce serait susceptible d'une interprétation large, chargeant le juge de suggérer même des compléments ou corrections concernant les prétentions des parties, la formulation de leurs conclusions, l'invocation éventuelle de moyens de droit qui ne se retiennent pas d'office, comme la prescription, etc.
21. Toutefois ce ne serait guère cohérent par rapport à l'art. 247 al. 1^{er} CPC, selon lequel le juge peut seulement amener les parties « à compléter les allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve ». Par ailleurs le texte allemand de l'art. 56 CPC parle de corrections concernant les *Vorbringen*, et le texte italien, le plus précis, de corrections concernant les *allegazioni*. Ces termes plus restrictifs nous paraissent mieux refléter la volonté du législateur, de telle sorte qu'à notre avis le devoir d'interpellation ne s'étend pas aux éventuelles imperfections que le juge peut constater dans les conclusions des parties ou leurs moyens de défense. Selon nous, celui-ci ne devrait donc en particulier pas pouvoir faire des suggestions concernant des moyens juridiques, par exemple en incitant le défendeur à soulever la prescription ou à faire une réserve sur la compétence dans un cas où, à ce défaut, il y aurait acceptation tacite selon l'art. 18 CPC.

4. Règles sur les allégations, les contestations et les novas en première instance

22. Si la maxime des débats précise que les parties doivent en principe alléguer les faits et offrir les preuves qu'elles souhaitent voir administrées, elle ne dit pas comment et quand le faire. Des règles détaillées à cet égard figurent en revanche dans les dispositions sur

la procédure ordinaire : elles précisent dans quels actes les allégations et offres de preuve doivent figurer, quand et comment se déterminer sur les allégations adverses, sur combien d'occasions de le faire un plaideur peut compter (« droit à une deuxième chance »), jusqu'à quel stade de la procédure et le cas échéant à quelles conditions des compléments peuvent ensuite encore être apportés, etc. Vu l'art. 219 CPC, certaines desdites normes sont d'ailleurs transposables en procédure simplifiée, en procédure sommaire, voire dans des procédures spéciales comme celles régissant le divorce. La mise en œuvre concrète de toutes ces règles doit au demeurant se faire en tenant compte du droit matériel, déterminant en particulier pour fixer le fardeau de la preuve (sur la base du principe général de l'art. 8 CC et de règles légales ou jurisprudentielles complémentaires prévoyant en particulier certaines présomptions), mais aussi des obligations de « substantification » dont plusieurs arrêts récents ont défini les contours³³.

23. Nous ne saurions nous pencher ici sur tous ces points. Il importe seulement pour notre sujet de relever que toutes ces règles concernent exclusivement les questions touchant les faits et les preuves. Elles ne sont pas transposables à l'argumentation juridique des parties, que rien n'oblige à introduire en procédure à un moment ou sous une forme particulière. La loi et la jurisprudence le confirment d'ailleurs : les art. 221 al. 3 et 222 al. 2, première phrase, CPC laissent ainsi les parties totalement libres de prévoir ou non dans leurs écritures initiales une motivation juridique. Par ailleurs, on s'attend évidemment à ce qu'une telle motivation soit au moins développée par les parties dans leurs plaidoiries finales, orales (art. 232 al. 1^{er} CPC) ou remplacées par des mémoires écrits (art. 232

³³ Par ce germanisme, qui nous semble préférable au terme de « motivation » utilisé par certains arrêts, sont visées les règles, liées au droit matériel, qui déterminent le degré de détail et de précision qu'une partie doit donner à ses allégations pour espérer obtenir l'allocation de ses prétentions. Le TF a exposé dans des arrêts de principe récents que ce degré de détail et de précision dépendait aussi de l'attitude de la partie adverse, de telle sorte que, selon les contestations du défendeur, le demandeur pouvait avoir à devenir plus précis dans un second temps, en usant de son « droit à une deuxième chance » pour compléter dans la mesure nécessaire des allégués initiaux relativement généraux et succincts, cf. ATF 144 III 54 ; ATF 144 III 67, consid. 2.1 ; ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.1.

al. 2 CPC). Là non plus cependant ce n'est pas une obligation et aucune sanction ne menace une partie qui s'abstiendrait par exemple complètement de plaider en s'en remettant à l'application d'office du droit par le juge. Nous avons vu enfin que les parties avaient la faculté de produire jusqu'à la fin des débats en première instance, puis à nouveau en deuxième ou troisième instance, des avis de droit ou arrêts pour appuyer juridiquement leur position. Ces productions ne sont donc pas traitées comme des titres au sens des art. 177 ss CPC et échappent aux règles fixant des limites temporelles ou des conditions à la production de *novas* en matière d'allégations de fait et d'offres de preuves.

24. L'application d'office du droit par le juge ne va cependant pas sans certaines exceptions : la plus importante concerne les règles du droit étranger, dont selon l'art. 16 LDIP la preuve peut être mise à la charge des parties en matière patrimoniale. L'usage ou les usages locaux, dont nous verrons que le statut est ambigu au regard de la dichotomie fait/droit, sont aussi susceptibles d'avoir à être prouvés (art. 150 al. 2 CPC, qui rappelle aussi l'exception déjà mentionnée concernant le droit étranger en matière patrimoniale).
25. Il s'agit de cas où des règles de droit paraissent partiellement traitées comme des faits, mais l'analogie reste limitée. Il ne saurait en particulier être question de transposer les règles évoquées ci-dessus sur les allégations de fait et offres de preuve : l'art. 16 LDIP pose d'abord comme règle que, même s'agissant du droit étranger, le juge l'applique en principe d'office. Il ne peut s'en dispenser, en mettant la preuve dudit droit à la charge des parties, qu'en matière patrimoniale³⁴. Même alors, ce n'est pour lui qu'une faculté et il reste en droit de mettre plutôt d'office en œuvre des procédures (expertise demandée par ex. à l'Institut suisse de droit comparé ; demande d'entraide sur la base de la Convention européenne du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger, RS 0.274.161, etc.) propres à élucider ces questions. S'il a les compétences requises, il peut même en matière patrimoniale préférer rechercher directement lui-même le droit étranger

³⁴ Sur le sens, large, à donner dans ce contexte à la notion de matière patrimoniale, cf. DUTOIT/BONOMI, art. 16 LDIP N 12.

pertinent, à condition de veiller à ne pas enfreindre ce faisant le droit des parties à ne pas être confrontées à un raisonnement insolite sans avoir pu s'y préparer³⁵.

26. Si en matière patrimoniale le juge met la preuve du droit étranger à la charge des parties, cela n'entraîne d'ailleurs pas une transposition des règles ordinaires sur le fardeau de la preuve et les modes de preuve du CPC, sauf éventuellement par analogie. Les parties ne seront pas limitées par des règles comme les art. 229 al. 1^{er} ou al. 2 CPC et pourront faire cette preuve sans avoir à respecter les art. 168 ss CPC³⁶. Elles pourront par exemple demander des avis de droit aux spécialistes de leur choix (sans qu'une désignation selon les art. 183 ss CPC³⁷ soit selon nous nécessaire) et les produire, comme les avis de droit suisse dont nous avons déjà parlé, jusqu'à la fin des débats en première instance. Savoir si elles pourraient même le faire en deuxième instance cantonale³⁸ ou devant le Tribunal fédéral est peu clair : certains arrêts ont en effet semblé vouloir transposer dans ce cas les règles limitant le droit de présenter des preuves nouvelles³⁹, alors que d'autres vont en sens inverse⁴⁰.

³⁵ Cf. ATF 124 I 53, consid. 3c et d. Cela ne signifie pas que le juge ne serait pas en droit d'appliquer d'office des règles du droit étranger désigné par les règles de conflit applicables. Simplement, pour respecter le droit d'être entendues des parties, il aurait dû faire part de son intention à celles-ci, qui s'attendaient à une décision rendue sur la base du droit suisse, de façon qu'elles aient pu se préparer et le cas échéant plaider sur lesdites règles.

³⁶ Il a souvent été relevé que les termes sont d'ailleurs différents en allemand, l'art. 16 al. 1^{er} LDIP parlant de *Nachweis* et non comme le CPC de *Beweis*, cf. DUTOIT/BONOMI, art. 16 LDIP N 10.

³⁷ L'auteur d'un avis de droit, d'un rapport de l'ISDC, etc. n'est pas à proprement parler un expert, même si certaines règles concernant l'expertise sont transposables (comme elle peuvent aussi l'être par ex. à un interprète). Sur le fait que l'Institut suisse de droit comparé mandaté par le juge au sujet du droit étranger, ou le collaborateur de cet institut en charge du rapport, pourrait être récusable (application analogique de l'art. 183 al. 2 CPC), cf. SJ 2005 I 277.

³⁸ Pour l'affirmative, en estimant que les règles du CPC sur les novae en deuxième instance ne sont pas applicables, cf. DUTOIT/BONOMI, art. 16 LDIP N 10.

³⁹ Cf. TF 5A_648/2018 du 25 février 2019, consid. 2.3 cité note 31 ci-dessus.

⁴⁰ Cf. TF 5A_973/2017 du 4 juin 2019, consid. 4.3 et TF 4A_80/2018 du 7 février 2020, consid. 2.4.1, qui évoque également les hésitations du TF à admettre la production devant lui de décisions judiciaires postérieures au jugement attaqué

Enfin les conséquences d'un échec de la preuve sont spécifiquement réglées par l'art. 16 al. 2 LDIP : il n'y a pas en la matière, nous l'avons dit, de fardeau de la preuve qui mettrait cet échec à la charge d'une des parties, mais le litige sera simplement tranché en application du droit suisse appliqué subsidiairement.

27. Les solutions résumées ci-dessus nous paraissent pouvoir être transposées *mutatis mutandis* dans les hypothèses où il y aurait lieu de prouver un usage ou un usage local ayant le caractère d'une norme juridique, ce qui n'est pas toujours le cas nous le verrons. Dans cette hypothèse, le juge est à notre avis habilité à mettre la preuve à la charge des parties, mais sans qu'il y soit tenu, et avec les mêmes libertés pour lesdites parties de déposer même lors des débats finaux des avis de droit relatifs à ces usages, sans que les règles des art. 183 ss CPC aient à être respectées. En cas d'échec de la preuve, la solution de l'art. 16 al. 2 LDIP ne sera évidemment pas à disposition, mais il faudra le cas échéant rechercher si des règles de l'ancien droit cantonal désigné par l'art. 5 al. 2 CC ne devraient pas être appliquées⁴¹.

5. Règles sur l'administration des preuves

28. Dès lors que, même dans les cas exceptionnels où le tribunal peut charger les parties de prouver des règles juridiques, elles n'auront pas à le faire en respectant les règles procédurales sur l'administration des preuves, ces dernières concerneront

comme éléments de droit jurisprudentiel ou à les soumettre à l'interdiction résultant de l'art. 99 LTF.

⁴¹ Si ces règles découlaient d'anciennes lois cantonales, par ex. les codes civils cantonaux du XIX^e siècle, il s'agira de règles législatives, en principe abrogées mais ayant conservé en vertu de l'art. 5 al. 2 CC une certaine force obligatoire. A notre avis l'art. 57 CPC leur sera derechef applicables plutôt que l'art. 150 al. 2 CPC. Le juge devra donc rechercher et appliquer d'office cet ancien droit cantonal, comme il aurait à rechercher et appliquer d'office une loi cantonale ou fédérale en principe abrogée, mais applicable dans un procès donné en vertu des règles du droit transitoire. Relevons que cela devrait valoir même s'agissant de l'ancien droit cantonal, le CPC actuel ne connaissant pas de règle permettant de mettre à la charge des parties la preuve du droit d'un autre canton, comme le faisait notamment l'art. 6 al. 2 du Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966 (ci-après CPC VD 1966).

exclusivement des questions de fait. Cela vaut évidemment pour les art. 168 ss CPC sur les moyens de preuve, et résulte d'ailleurs explicitement de certaines de ces dispositions : ainsi la loi précise que toute personne qui n'a pas la qualité de partie « peut témoigner sur faits dont elle a eu une perception directe » (art. 169 CPC), respectivement que le tribunal demande au témoin « d'exposer les faits de la cause qu'il a constatés » (art. 172 let. c CPC) ; le recours à un témoignage-expertise est permis « aux fins d'apprécier les faits de la cause » (art. 175 CPC) ; les titres doivent être propres « à prouver des faits pertinents » (art. 177 CPC) ; l'inspection peut intervenir « aux fins de constater directement des faits » (art. 181 al. 1^{er} CPC), etc.

29. Même d'ailleurs quand cela ne résulte pas directement du texte légal, il faut selon nous admettre que les modes de preuves réglés dans le Code de procédure civile ne concernent que l'établissement des faits. Ainsi les art. 183 ss CPC parlent simplement des « questions soumises à expertise » (art. 185 al. 1^{er} et 2 CPC). Il est pourtant communément admis qu'il doit s'agir de questions factuelles⁴², l'application du droit n'étant pas délégable, même avec l'accord exprès ou tacite des parties⁴³. Le législateur de 2007 n'a pas repris les règles de certaines procédures cantonales antérieures qui permettaient parfois de charger un expert de rendre un rapport en fait et en droit notamment sur la liquidation d'un régime matrimonial⁴⁴. Certes, il arrive en pratique qu'une expertise prenne position sur des points de droit. Le tribunal est cependant alors totalement libre de ne pas en tenir compte, sans avoir à notre avis à respecter le devoir de motivation particulier que la jurisprudence a

⁴² Cf. BOHNET/FITZLI, N 12. Voir aussi ATF 130 I 337, consid. 5.4.1 ; TF 5A_795/2013 du 27 février 2014, consid. 5.1.2. L'exception parfois mentionnée lorsque la preuve du droit étranger en matière patrimoniale ou d'usages à caractère juridique n'en est pas véritablement une dans la mesure où nous avons vu que les art. 183 ss CPC ne sont pas applicables dans ce cadre, sinon seulement par analogie.

⁴³ De manière à notre avis symptomatique, l'art. 189 CPC sur l'expertise-arbitrage limite expressément celle-ci à l'établissement de « faits contestés ».

⁴⁴ Cf. TAPPY, Expertise notariale. Voir aussi TF 5A_106/2020 du 17 mars 2021, consid. 8.

consacré s'agissant de s'écarter des constatations de faits d'un expert⁴⁵.

30. Assez peu pratiqué en Suisse romande, le remplacement d'une expertise externe par une sorte de rapport (*Fachrichtervotum*) d'un ou plusieurs membres du tribunal disposant de connaissances spéciales est envisagé par l'art. 183 al. 3 CPC⁴⁶. Il est plus spécialement envisagé par les règles particulières (art. 37 al. 3 LTFB) applicables devant le Tribunal fédéral des brevets, où la présence de juges ayant une formation technique doit précisément rendre ce tribunal moins dépendant d'experts extérieurs⁴⁷. Là aussi il s'agira d'élucider des questions de fait, non de droit. Rien n'empêche évidemment le tribunal de charger un de ses membres de recherches juridiques, le cas échéant préalables à la clôture des débats (c'est ce qui se produit souvent dans les juridictions connaissant l'institution du juge rapporteur), mais il n'y a alors aucune obligation d'en prévenir les parties ni de leur communiquer un éventuel rapport en résultant et ce n'est en tout cas pas usuel.

⁴⁵ Voir notamment BOHNET/FITZI, N 90 ss. Sauf en présence d'une convention d'expertise-arbitrage dont les constatations lient le tribunal sous réserve d'exceptions limitées résultant de l'art. 189 al. 3 CPC, les expertises judiciaires sont évidemment soumises à la règle de libre appréciation des preuves de l'art. 157 CPC, mais une jurisprudence abondante s'est efforcée d'encadrer particulièrement dans ce cas cette libre appréciation en imposant que le tribunal ne s'écarte pas du résultat de l'expertise sans avoir prévenu les parties de cette intention en leur donnant spécialement l'occasion d'être entendues à ce propos, puis en motivant de manière détaillée sur ce point sa décision (cf. TF 5A_478/2013 du 6 novembre 2023, consid. 4.2). La question d'une transposition de cette jurisprudence à la libre appréciation d'une expertise privée se posera peut-être lorsque sera entrée en vigueur la révision du 17 mars 2023 de l'art. 177 CPC, qui fera des expertises privées des parties des documents propres à prouver des faits pertinents pouvant être produits comme des titres.

⁴⁶ Sur cette institution cf. désormais les considérations détaillées de BOHNET/FITZI, N 44 ss.

⁴⁷ Sur le *Fachrichtervotum* devant le TFB, voir notamment Patentgerichtsgesetz Kommentar-HESS-BLUMER, Vorbemerkungen zum 6. Und 7. Abschnitt : Beweissrecht N 5, 31 s., 98 ss, 107 ss et 124 ss. Une application par analogie des règles suivies devant le TFB et particulièrement de l'art. 37 al. 3 LTFB nous semble envisageable lorsqu'une autre juridiction civile recourt aux connaissances spéciales de l'un de ses membres.

6. Principe du contradictoire

31. Le principe du contradictoire, qui doit permettre à toutes les parties de se déterminer sur les éléments pertinents pour la solution d'un litige soumis à décision, est une facette essentielle du droit d'être entendu, qui vaut en principe aussi bien pour les questions de droit que de fait. Le droit de répliquer, développé à la suite de nombreuses condamnations de la Suisse pour violation de la Convention européenne des droits de l'homme et qui va bientôt recevoir une expression particulière dans le Code de procédure civile unifiée⁴⁸, permet d'ailleurs de prendre position sur tout élément pertinent, tant juridique que factuel. Néanmoins sur les questions de droit, le principe *iura novit curia* implique que les parties doivent en principe s'attendre à ce que le tribunal envisage d'office l'application de toutes les règles du droit susceptibles d'être applicables à la cause⁴⁹. Le juge n'est pas tenu de les prévenir particulièrement à cet égard, sauf s'il veut faire appel à des règles insolites à l'application desquelles lesdites parties ne devaient pas raisonnablement s'attendre⁵⁰. En pratique, c'est surtout le cas, selon la jurisprudence, s'il envisage d'appliquer d'office des règles d'un droit étranger dans une affaire où les plaideurs n'invoquaient que le droit suisse⁵¹.
32. Une transposition de cette jurisprudence à des faits généraux que le juge envisage de prendre en considération d'office ne pourrait intervenir que dans des circonstances exceptionnelles, par exemple à propos de faits notoires que les parties ne pouvaient s'attendre à voir retenus⁵². Si en revanche des faits particuliers à la cause sont introduits au procès, même d'office dans le cadre de la maxime inquisitoire, les parties ont le droit d'en être prévenues et de se voir

⁴⁸ Nouvel art. 52 al. 3 CPC, dont l'introduction est prévue par la nouvelle du 17 mars 2023.

⁴⁹ Cf. TF 5A_795/2009 du 10 mars 2010, consid. 3.1 à 3.3, non publié sur ce point aux ATF 136 III 123.

⁵⁰ Cf. TF 5A_561/2011 du 19 mars 2012, consid. 10.1 et 10.2, non publié sur ce point aux ATF 138 III 289.

⁵¹ Cf. ATF 124 I 49 et note 35 ci-dessus.

⁵² Cf. TF 4A_385/2021 du 13 janvier 2022, consid. 6.5 (juridiction de deuxième instance ayant recherché d'office au Registre du commerce, de façon imprévisible pour les parties, les statuts 2013 d'une société dont aucune d'elles ne s'était prévalu).

donner l'occasion de réagir à leur sujet indépendamment du fait qu'elles aient dû s'attendre ou non à leur prise en considération. C'est d'ailleurs une des difficultés générées par la constatation directe de faits par un juge disposant de connaissances spéciales évoquée ci-dessus.

7. Grievs recevables en deuxième ou troisième instance

33. Les praticiens connaissent bien la nécessité de distinguer dans l'exercice des voies de droit entre des griefs de violation du droit et des griefs de constatation inexacte des faits. On a dit qu'en pratique la plupart des arrêts relatifs à cette distinction concernait les moyens invocables dans un recours devant le Tribunal fédéral. Les règles applicables devant celui-ci n'ont d'ailleurs fait au fil du temps que renforcer et généraliser l'idée que sa fonction principale est de vérifier librement la bonne application du droit fédéral, mais qu'il doit statuer sur la base des faits établis par l'autorité précédente, qui le lie en principe. Cette règle figurant aujourd'hui à l'art. 105 al. 1^{er} LTF est complétée par des interdictions pour les parties de critiquer les constatations de fait (art. 97 al. 1^{er} LTF) d'une part, de présenter des faits nouveaux ou des preuves nouvelles (art. 99 al. 1^{er} LTF) d'autre part.
34. Il existe évidemment des exceptions à ces règles, qu'il n'y a pas lieu d'examiner en détail ici. Relevons néanmoins que la principale n'en est pas vraiment une : l'art. 97 al. 1^{er} LTF implique qu'un recours au Tribunal fédéral peut critiquer des constatations de fait, pour autant que leur correction soit susceptible d'influer sur le sort de la cause, si les faits en question ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF. Cette dernière réserve permet de faire rectifier un fait retenu de manière contraire au droit matériel ou procédural, par exemple au mépris de règles légales sur le fardeau de la preuve⁵³. Il s'agit cependant bien d'un grief de mauvaise application du droit fédéral. Quant à la

⁵³ Cf. Commentaire LTF-BOVEY, art. 97 N 33. De même une partie peut faire examiner librement par le TF si une constatation (ou la non-prise en considération d'un fait qu'elle alléguait) viole le droit à la preuve (art. 152 CPC), les règles procédurales sur l'admissibilité ou l'administration des preuves, etc.

possibilité d'invoquer qu'un fait a été établi de manière manifestement inexacte, une jurisprudence abondante a précisé qu'elle se confondait en réalité avec celle de se plaindre d'une constatation arbitraire dudit fait⁵⁴. Là aussi il s'agit donc en réalité d'un grief de mauvaise application du droit fédéral, qui comprend les garanties découlant de la Constitution fédérale, en l'espèce l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.).

35. Les autres exceptions, soit ne concernant pas les affaires civiles⁵⁵, soit sont aisément compréhensibles. Ainsi il est logique que des faits nouveaux ou preuves nouvelles résultant de la décision de l'autorité précédente puissent être invoqués (art. 99 al. 1^{er} *in fine* LTF), dans la mesure où ils peuvent s'être produits postérieurement à l'établissement de l'état des faits de la décision attaquée mais importer pour la recevabilité du recours au Tribunal fédéral (par ex. s'il s'agit de la date de notification de ladite décision au recourant). Tout au plus la formulation légale de cette exception est-elle un peu sibylline⁵⁶. Ajoutons que la jurisprudence a encore admis par ailleurs des exceptions à propos des faits notoires et des règles d'expérience, sur lesquelles nous reviendrons.
36. Les mêmes questions peuvent se poser lors de l'exercice de voies de droit à un niveau inférieur. La distinction entre faits et droit peut

⁵⁴ La jurisprudence est très abondante, cf. les références citées par Commentaire LTF-BOVEY, art. 97 N 28 ss.

⁵⁵ Les seuls domaines dans lesquels les parties sont encore autorisées de manière générale à demander dans un recours au TF que celui-ci revoie librement les faits concernant l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire (art. 97 al. 2 et 105 al. 3 LTF), soit deux domaines relevant du droit public (assurances-sociales). Relevons que par le passé des exceptions de ce type ont existé à propos de litiges civils, en particulier les recours concernant des brevets, pour lesquels l'art. 67 OJ prévoyait jusqu'au 31 décembre 2006 la possibilité pour le TF de revoir d'office ou sur invocation des parties les faits d'ordre technique constatés par la juridiction précédente, de les compléter, de demander un complément de rapport à un expert mis en œuvre en première instance et d'ordonner au besoin de nouvelles mesures probatoires, etc.

⁵⁶ Cf. Commentaire LTF-BOVEY, art. 99, N 22 ss. Cela permet nous le verrons d'invoquer certains faits procéduraux dont dépend par ex. la recevabilité du recours au TF, par exemple au sujet de la notification de la décision attaquée, mais aussi d'autres faits qu'on ne pouvait invoquer avant (décès d'une partie, transaction, etc.).

paraître moins importante dans le cadre d'un appel selon les art. 308 ss CPC, puisque l'autorité cantonale de deuxième instance aura dans les deux cas un plein pouvoir d'examen⁵⁷. Toutefois le traitement d'éventuels éléments nouveaux ne sera pas le même dans l'une ou l'autre hypothèse : vu l'art. 57 CPC et sous réserve seulement de moyens de droit devant être expressément soulevés par les parties, comme la prescription (art. 142 CO) ou d'éventuels situations contrevenant à la bonne foi (art. 52 CPC), les parties sont libres d'invoquer en appel des moyens de droit dont elles ne s'étaient pas prévalués en première instance. En revanche les faits et moyens de preuve nouveaux invocables à ce stade sont strictement limités par l'art. 317 CPC. Cela subsistera à l'avenir, même si une précision concernant les exceptions admissibles dans le cadre de cette disposition devrait prochainement résulter d'une modification introduite par la novelle du 17 mars 2023.

37. La distinction entre fait et droit devrait toutefois importer davantage dans les recours *stricto sensu* des art. 319 ss CPC. L'art. 320 CPC limite en effet alors les griefs touchant les faits à la constatation manifestement inexacte de ceux-ci, contre un libre examen des questions juridiques. L'art. 326 CPC exclut par ailleurs les allégations de fait et preuves nouvelles, tout en réservant les exceptions résultant de dispositions spéciales de la loi qui concernent en pratique essentiellement certains litiges du droit de la LP⁵⁸. La ressemblance avec les règles des art. 97, 99 et 105 LTF est évidente et la jurisprudence relative à ces dernières dispositions probablement presque systématiquement transposable. Malgré le silence du CPC à cet égard, cela doit aussi valoir pour la possibilité d'invoquer en recours, malgré les art. 320 et 326 CPC, des faits résultant de la décision de l'autorité précédente, des faits notoires, etc.⁵⁹.

⁵⁷ Cf. art. 310 CPC. Malgré le terme de recours utilisé, il en va de même selon l'art. 450a al. 1^{er} CC s'agissant d'attaquer en deuxième instance une décision d'une autorité de protection de l'adulte et de l'enfant.

⁵⁸ Cf. notamment art. 174 et 278 al. 3 LP.

⁵⁹ Cf. CR CPC-JEANDIN, art. 226 N 7 s. Voir aussi ATF 139 III 466, consid. 3.4 pour l'application par analogie de l'art. 99 al. 1^{er} LTF. Alors que le législateur de 2023, confirmant une règle prétorienne, a voulu désormais expressément préciser

38. En pratique, la distinction à faire entre fait et droit selon l'art. 220 CPC a peu suscité de jurisprudence jusqu'à présent. La doctrine se contente souvent de renvoyer aux commentaires de la LTF. Il faut dire que s'agissant de décisions finales, le seuil de CHF 10'000.- résultant de l'art. 308 al. 2 CPC limite les cas où le problème peut se poser à des litiges mineurs. La question pourrait néanmoins importer aussi, quelle que soit la valeur litigieuse, pour les « autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance » visées par l'art. 319 let. b CPC. Qu'on songe par exemple à un recours contre une décision en matière de récusation selon l'art. 50 al. 2 CPC : il pourrait ne pas être facile de déterminer ce qui, dans la décision de première instance, relève de la définition juridique de notions comme l'intérêt personnel à la cause (art. 47 al. 1^{er} let. a CPC) ou la prévention (art. 47 al. 1^{er} let. f CPC), donc du droit⁶⁰, des indices rendant dans un cas particulier vraisemblables les faits motivant une demande de récusation (art. 49 al. 1^{er}, 2^e phrase, CPC).

8. Garantie de double instance concernant les faits ?

39. Bien qu'aucune règle constitutionnelle ou conventionnelle ne donne formellement aux parties un droit à une double instance en matière civile, le droit fédéral a en pratique aménagé la procédure civile de manière que chaque affaire relevant de celle-ci puisse être soumise successivement à deux, et même souvent trois instances successives. Certains arrêts y ont vu une sorte de garantie, impliquant aussi parfois que plusieurs instances aient la possibilité de se prononcer effectivement sur une cause donnée. Cela peut conduire une juridiction supérieure à ne pas vouloir statuer elle-même et à préférer annuler et renvoyer devant le juge inférieur une affaire où celui-ci ne s'est en réalité pas prononcé (par ex. parce qu'il s'était estimé incompétent). Il y a évidemment là une tension potentielle avec des impératifs de rapidité, qui pourraient plutôt conduire à ce que l'autorité supérieure en question tranche elle-même le fond, dans le cadre d'un pouvoir de réforme que les lois de procédure

à l'art. 317 CPC que les parties pouvaient librement introduire des faits et moyens de preuve nouveaux en appel si la cause était soumise à la maxime inquisitoire pure, rien n'a été changé à cet égard au régime de l'art. 326 CPC.

⁶⁰ Voir ATF 140 III 221, JdT 2014 II 425 à propos de l'art. 47 al. 1^{er} let. a CPC.

récentes ont eu tendance à généraliser (cf. par ex. art. 318 al. 1 let. b ou 327 al. 3 let. b CPC et 107 al. 2 LTF).

40. Face au choix entre juger eux-mêmes ou renvoyer la cause à la juridiction inférieure pour nouvelle décision, les autorités d'appel ou de recours distinguent-elles selon que les vices de la décision à corriger concernaient les faits ou le droit ? La chose n'est pas évidente. Même devant le Tribunal fédéral, si ce dernier estime que des griefs concernant les faits sont fondés, il a en principe la faculté de compléter lui-même l'état desdits faits et de statuer sur le fond⁶¹. Il répugne cependant en pratique à le faire si les compléments ou corrections nécessaires ne se limitent pas à des points de détail⁶². Les mêmes règles valent probablement par analogie dans le cadre d'un recours *stricto sensu* des art. 319 ss CPC⁶³. Si c'est le droit qui a été mal appliqué par la juridiction inférieure, la règle *iura novit curia* devrait par ailleurs permettre presque toujours à l'autorité d'appel ou de recours de substituer son propre raisonnement juridique à celui qu'elle juge vicié, quitte à modifier elle-même si nécessaire⁶⁴ la décision attaquée.
41. Néanmoins on trouve en pratique aussi des décisions considérant comme inadmissible que la juridiction supérieure tranche des questions juridiques importantes qui n'avaient même pas été discutées par le juge inférieur. C'est en particulier le cas lorsque ce dernier n'avait en pratique aucunement discuté le fond. Là aussi, une garantie implicite de multiples instances est parfois invoquée⁶⁵. La

⁶¹ Cf. art. 105 al. 2 LTF.

⁶² Cf. Commentaire LTF-BOVEY, art. 107 N 22 s.

⁶³ Cf. TF 5A_424/2018 du 3 décembre 2018, consid. 4 : le renvoi plutôt que la réforme s'impose si le premier juge n'a absolument pas traité le fond parce qu'il n'était à tort pas entré en matière. Voir aussi ATF 144 III 394, JdT 2019 II 147, ouvrant la porte à l'admission d'une nouvelle décision directement par l'instance supérieure notamment lorsque se posent essentiellement des questions de droit.

⁶⁴ Sur la possibilité que le recours soit simplement rejeté et la décision attaquée confirmée par substitution de motifs, cf. ATF 135 III 397, consid. 1.4 ; TF 4A_335/2016 du 30 novembre 2016, consid. 1.3.

⁶⁵ Cf. notamment ATF 143 III 261, consid. 4.3 estimant préférable un renvoi s'il faut encore exercer avec une réelle marge de manœuvre un pouvoir d'appréciation qui appartient en principe au juge du fait. Voir aussi TF 4A_437/2015 du 4 décembre 2015, consid. 3 renvoyant une cause à la juridiction cantonale simplement pour

distinction entre fait et droit n'est donc pas décisive dans ce contexte.

9. Moyens de révision

42. La révision peut être considérée soit comme une exception à l'autorité de la chose jugée, soit comme un cas de recours extraordinaire permettant de remettre en cause hors délai une décision antérieure. C'est cette dernière approche que suivent les art. 328 ss CPC. Les motifs de révision sont évidemment strictement limités et concernent essentiellement la découverte de faits ou de moyens de preuve antérieurs à la décision remise en cause mais que la partie instante n'avait pu invoquer alors (art. 328 al. 1^{er} let. a CPC).
43. Des questions de pur droit ne sont en revanche pas, dans le cadre desdits art. 328 ss CPC, des moyens de révision recevables. Cela est évident par rapport à un changement législatif, qui ne vaut normalement que pour l'avenir et dont l'effet éventuel sur des décisions entrée en force ne pourrait résulter que d'une disposition particulière de droit transitoire. Mais même un changement d'interprétation jurisprudentiel d'une disposition déjà en vigueur au moment de la décision considérée ne saurait en principe permettre de demander sa révision⁶⁶.
44. Certes, la loi admet encore d'autres moyens de révision, dont le fait que la décision remise en cause a été influencée par un crime ou un délit (art. 328 al. 1^{er} let. b CPC), le fait qu'un désistement d'action, un acquiescement ou une transaction judiciaire n'est pas valable (art. 328 al. 1^{er} let. c CPC), ou le fait que la Cour européenne des droits de l'homme a constaté dans un arrêt définitif une violation de la CEDH (art. 328 al. 2 CPC). Dans aucun de ces cas il ne s'agit cependant d'un pur changement de droit.

qu'elle fixe une indemnité pour licenciement abusif dont le principe était désormais acquis.

⁶⁶ Ce n'est qu'exceptionnellement et à propos de prestations d'assurances sociales que le TF a admis qu'un changement de jurisprudence pouvait justifier la révision d'une décision entrée en force, cf. ATF 135 V 215, consid. 5.1.2.1.

45. Ce qui précède devrait valoir en principe aussi pour la révision selon les art. 121 ss LTF d'un arrêt du Tribunal fédéral. Toutefois ces dispositions ont été en partie adaptées au fait qu'aucune voie de droit ordinaire ne permet d'attaquer un tel arrêt. Aussi le législateur fédéral a-t-il étendu les motifs de révision possible à certains griefs juridiques dont les parties pourraient s'apercevoir seulement en recevant l'arrêt en question : tel est le cas si les dispositions concernant la composition du tribunal ou la récusation n'ont pas été observées (art. 121 let. a LTF), si l'interdiction de statuer *ultra* ou *extra petita* a été violée ou si le tribunal a fait preuve d'inadvertances qui, dans un autre contexte, auraient pu justifier un recours pour violation du droit d'être entendu ou pour arbitraire (art. 121 let. c et d LTF). Devant notre cour suprême il n'est donc pas vrai que seuls des moyens factuels puissent justifier une révision, même si le Tribunal fédéral a tendance à interpréter restrictivement les cas de révision de ces décisions pour des violations du droit⁶⁷.

C. Eléments de casuistique

46. On l'a dit, une casuistique relativement abondante et nuancée sur la distinction entre faits et droit résulte notamment de la jurisprudence sur les griefs recevables dans un recours au Tribunal fédéral. Plusieurs ouvrages de doctrine auxquels nous pouvons pour l'essentiel renvoyer en ont tenté une recension et nous nous bornerons à évoquer ici quelques arrêts intéressants.

1. Sont des questions de fait selon la jurisprudence du Tribunal fédéral

- Savoir, au-delà de la présomption de l'art. 3 al. 1^{er} CC, si une personne était subjectivement de bonne foi et si elle a fait ou non preuve de l'attention commandée par les circonstances (ATF 143 III 653, consid. 4.3.3)

⁶⁷ Sur la pratique du TF en la matière, cf. Commentaire LTF-DENYS, art. 121 N 11 ss.

- Savoir, au-delà de la présomption de fait qui conduit à considérer ordinairement un adulte comme capable de discernement selon l'art. 16 CC (ATF 117 II 231, consid. 2b), de quelles facultés psychiques et capacité de se déterminer une personne dispose ou disposait à un moment donné⁶⁸, ou si elle est privée de la capacité d'agir raisonnablement (ATF 144 III 264, consid. 6.2.1), preuve qui doit selon une règle de preuve prétorienne si possible être rapportée par une expertise médicale (ATF 117 II 231, consid. 2b). C'est en revanche une question de droit de savoir quelles aptitudes sont nécessaires pour avoir le discernement, notion qui varie d'ailleurs selon l'acte dont il s'agit (TF 4C.82/2005 du 4 août 2005, consid. 2)⁶⁹
- Savoir, dans un procès pour atteinte à la personnalité, si un intérêt justifiant ladite atteinte qu'invoque le défendeur existe réellement, alors que déterminer si cet intérêt pouvait être prépondérant au sens de l'art. 28 al. 2 CC est une question de droit (ATF 143 III 297, consid. 6.7.1)
- Savoir ce que sait ou veut une personne à un moment donné, alors que relève du droit le caractère suffisant ou non de cette connaissance pour faire partir le délai de prescription de l'art. 67 al. 1^{er} CO (TF 4A_254/2016 du 10 juillet 2017, consid. 3.1.3.1 ; voir aussi TF 4A_111/2019 du 23 juillet 2019, consid. 2.1.3)
- Savoir si une personne était dans l'erreur au sujet de certains faits (ATF 134 III 643, consid. 5.3.1), alors qu'en revanche le caractère essentiel ou non de ladite erreur au regard de l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO relève du droit (ATF 135 III 537, consid. 2.2 ; TF 4A_571/2019 du 1^{er} février 2021, consid. 7.2)

⁶⁸ Sur le problème de la preuve du discernement ou de son absence au moment de la confection d'un testament par une personne décédée depuis, cf. notamment ATF 124 III 5, JdT 1998 I 361.

⁶⁹ Sur un arrêt où le TF avait considéré que se marier n'était pas un acte requérant un bien grand discernement de telle sorte que suffisaient des capacités cognitives d'une femme atteinte de faiblesse d'esprit dont à dire d'expert les facultés intellectuelles ne lui auraient guère permis de suivre la première année d'école primaire et auraient été au plus suffisantes pour fréquenter un jardin d'enfants, contrairement à ce qu'avait jugé l'autorité cantonale, cf. ATF 109 II 273, JdT 1985 I 290 !

- Savoir à quel moment une erreur s'est dissipée et quand la volonté d'invalidier un contrat a été signifiée à la partie averse (ATF 135 III 537, consid. 2.1)
- Savoir ce que l'un des cocontractants savait et voulait au moment de passer un contrat (ATF 118 II 58, consid. 3a), de même que quelle était la réelle et commune volonté des deux parties (ATF 135 III 537, consid. 2.2 ; ATF 142 III 671, consid. 3.3 ; ATF 144 III 43, consid. 3.3 ; ATF 144 III 93, consid. 5.2.2 ; TF 4A_437/2020 du 29 décembre 2020, consid. 4.1)
- Etablir un revenu hypothétique en déterminant si une personne a effectivement la possibilité d'exercer un certain type d'activité et quel gain elle pourrait en retirer (ATF 144 III 481, consid. 4 ; ATF 143 III 233, consid. 3.2 ; ATF 147 III 308, consid. 6)
- Etablir si une personne est capable de travailler (TF 4A_587/2020 du 28 mai 2021, consid. 3.1.2)
- Déterminer concrètement l'existence et la quotité des diverses pertes et dépenses entrant dans la notion de dommage (ATF 144 III 155, JdT 2018 II 287 ; TF 4A_190/2019 du 8 octobre 2019, consid. 5.4, non publié sur ce point aux ATF 145 III 506), alors que la notion de dommage elle-même est une notion juridique sur laquelle le Tribunal fédéral se prononce librement⁷⁰
- Etablir la réelle volonté d'un défunt établie d'après des circonstances et indices concrets (ATF 145 III 1, consid. 3 à propos de la volonté de donner dans le cadre d'une donation mixte faisant l'objet d'une action en réduction ; voir aussi ATF 144 III 81 à propos de la volonté de révoquer un testament par sa destruction matérielle)

⁷⁰

Voir par ex. ATF 145 III 225, JdT 2020 II 95 par rapport à des préjudices évoluant dans le temps ; ATF 133 III 462, consid. 3 et 4, à propos de la théorie de la perte d'une chance (dans un cas examiné sous l'angle de l'arbitraire dans l'application du droit cantonal sur la responsabilité d'un hôpital public) ; ATF 147 III 463, consid. 4.2 à propos du dommage dans la gestion d'avoirs bancaires, de la non prise en considération de gains boursiers hypothétiques, etc. ; ATF 147 III 402 sur la définition et le mode de calcul de la perte de soutien, etc.

- Déterminer s'il existe un lien de causalité naturelle entre des travaux invoqués comme excès dans l'utilisation d'un fonds et une atteinte aux droits d'un voisin, alors que l'existence d'un lien de causalité adéquate entre lesdits éléments est une question de droit (ATF 143 III 242, consid. 3.7 : lien entre l'extraction de gravier et la hausse dommageable de la nappe phréatique)
- Savoir comment une œuvre architecturale se présente et déterminer dans quelle mesure l'architecte a créé quelque chose de nouveau ou seulement juxtaposé des lignes ou des formes connues, alors que juger si au vu desdits éléments la notion juridique d'œuvre protégée a été correctement appliquée relève du droit (ATF 142 III 387, consid. 3.1)

2. Sont des questions de droit selon la jurisprudence du Tribunal fédéral

- Savoir si un engagement est contraire aux lois ou aux mœurs selon l'art. 27 al. 2 CC (ATF 143 III 480, JdT 2018 II 234)
- Savoir si une contribution des parents à l'entretien d'un enfant majeur peut raisonnablement être exigée d'eux, alors que ressortissent des faits les circonstances concrètes sur lesquelles le tribunal se fonde pour trancher cette question (TF 5A_129/2021 du 31 mai 2021, consid. 3.1)
- Interpréter une manifestation de volonté selon la théorie de la confiance, si la volonté réelle des parties à un contrat ne peut pas être établie (ATF 144 III 93, consid. 5.2.3)
- Dire si les conditions d'application de l'art. 42 al. 2 CO sont réunies (TF 4A_133/2021 du 26 octobre 2021, consid. 7.3.1.6)
- Savoir s'il y a lieu d'allouer une indemnité pour tort moral et si oui en apprécier la quotité (ATF 123 III 10, consid. 4c/aa)
- Qualifier juridiquement un contrat (TF 4A_500/2018 du 11 avril 2019, consid. 4.1)
- Définir les loyers usuels dans une localité ou un quartier au sens de l'art. 269 let. a CO et la manière de les déterminer (TF 4A_215/2021 du 22 octobre 2021, consid. 7.1.2)

- Apprécier le degré de gravité d'une faute (TF 4A_444/2017 du 12 avril 2018, consid. 4.2.3)
- Déterminer les critères à appliquer s'agissant d'un risque de confusion au sens de l'art. 3 al. 1^{er} let. c LPM et dire si un tel risque existe avec une marque antérieure (ATF 143 III 127, consid. 3.3.2 ; TF 4A_178/2021 du 19 juillet 2021, consid. 2.1)
- Déterminer objectivement du point de vue d'un lecteur moyen si des propos dans un journal portent atteinte à la considération d'une personne (ATF 147 III 185, consid. 2.3.1)
- Déterminer, à propos de l'établissement d'un revenu hypothétique dans un procès matrimonial, si l'on peut raisonnablement exiger du conjoint concerné qu'il reprenne une activité lucrative compte tenu des circonstances (ATF 143 III 233, consid. 3.2)
- Déterminer si un congé contrevient aux règles de la bonne foi, alors que déterminer quel est son motif, et le cas échéant si celui qui a été indiqué est réel, relève du fait (TF 4A_143/2021 du 31 août 2021, consid. 7.2)
- Savoir si un congé donné au fermier est nul faute de respect des exigences de forme de l'art. 266l CO (ATF 144 III 462, consid. 3.3.2)

D. Quelques notions délicates

47. Les art. 150 ss CPC consacrent des règles à certains types particuliers de faits, voire de règles juridiques difficiles à distinguer des faits. D'autres catégories particulières résultent de constructions jurisprudentielles. Il convient de consacrer quelques lignes à chacune d'entre elles.

1. Les faits non contestés

48. Bien des faits dans un procès ne sont pas litigieux et même souvent en réalité incontestables. Il serait absurde de consacrer des opérations coûteuses en temps et en frais à en faire néanmoins la

preuve. Aussi cette dernière n'est-elle généralement pas nécessaire pour les faits admis par toutes les parties.

49. Dans la tradition du droit commun, on recourait volontiers à la notion d'aveu et celui-ci était même parfois assimilé à une forme de preuve. Le terme figure encore dans la loi fédérale de procédure civile du 4 décembre 1947, qui ne s'applique cependant en pratique pratiquement plus jamais à des procès civils de première instance. Elle distinguait de l'aveu formel d'une partie une sorte d'aveu implicite que le juge pouvait déduire de l'ensemble des allégations d'une partie et de son attitude au cours du procès (art. 36 al. 2 PCF). Elle envisageait aussi les effets d'une révocation d'aveu (art. 36 al. 3 PCF). Elle permettait enfin au juge de tenir compte d'un aveu extrajudiciaire en décidant jusqu'à quel point il rendait la preuve superflue (art. 36 al. 4 PCF).
50. Dans le Code de 2007 en revanche, le terme d'aveu n'apparaît jamais. Néanmoins le défendeur doit se déterminer sur les allégations adverses en exposant « quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés ». Il résulte du texte allemand que ces déterminations doivent se rapporter individuellement à chacune desdites allégations (*die beklagte Partei hat darzulegen, welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden*). Certains arrêts ont curieusement appelé en français cette obligation de se déterminer *im Einzelnen* une exigence de « motivation »⁷¹ et la jurisprudence en a déduit à juste titre l'invalidité d'une contestation en bloc⁷².
51. Curieusement, de telles déterminations du demandeur sur les allégations du défendeur ne sont pas expressément prévues par la

⁷¹ Cf. ATF 144 III 519, consid. 5.2.2.3. Il ne s'agit en réalité pas de devoir donner des explications justifiant la contestation d'un fait et qui, faute d'être suffisantes, pourraient le faire réputer non contesté, ce qui contreviendrait à la fois à la genèse de la loi (une règle du projet allant dans un tel sens a été rejetée par le parlement) et aux règles sur le fardeau de la preuve, mais de prendre une position concrète sur chacune des affirmations adverses, y compris par ex. en distinguant les différents postes d'une facture.

⁷² Cf. ATF 141 III 433, consid. 2.6 ; TF 4A_9/2015 du 29 juillet 2015, consid. 5, Sij 2015 I 473.

loi, sauf s'il y a eu des conclusions reconventionnelles⁷³. Il faut évidemment admettre que de telles déterminations doivent en réalité être possibles chaque fois qu'une partie, quelle qu'elle soit, introduit des allégations au procès. A défaut de pouvoir figurer dans une écriture formelle, elles seront dictées au procès-verbal, notamment à l'occasion de débats d'instruction ou de premières plaidoiries, où l'art. 228 al. 2 CPC garantit aux parties l'occasion de répliquer et dupliquer.

52. Si des allégués sont admis par toutes les parties au procès⁷⁴, ils seront en pratique presque toujours dispensés de preuve. Cette règle résulte *a contrario* de l'art. 150 al. 1^{er} CPC limitant la preuve aux faits pertinents et contestés. Une telle formulation implique cependant aussi une dispense de preuve pour des faits qui, sans être admis, n'auraient pas été contestés valablement. Cela peut résulter d'une inadvertance d'une partie ayant par ailleurs procédé normalement mais ayant oublié de prendre position sur un point, de déterminations jugées irrégulières (par ex. parce qu'insuffisamment individualisées), ou encore de l'absence de toutes déterminations, en particulier si un défendeur persiste malgré le délai supplémentaire prévu par l'art. 223 al. 1^{er} CPC à ne pas déposer de réponse sur la demande. Dans ce cas en effet le juge rend immédiatement, sans tenir audience ni administrer de preuves, une décision sur le fond (art. 223 al. 2 CPC). Vu l'art. 150 CPC et l'absence de toute détermination sur les allégués du demandeur, il tiendra en principe pour vrais ces derniers.
53. Un tel cas de jugement par défaut faute de réponse permet de bien mettre en valeur la différence entre faits et droit. En effet seules les allégations de fait du demandeur seront retenues sans preuve, alors que conformément au principe *iura novit curia* (art. 57 CPC) le juge examinera librement les questions juridiques. Imaginons par exemple une demande en dommages-intérêts et en tort moral

⁷³ Dans ce cas l'art. 224 al. 3 CPC prévoit nécessairement la fixation au demandeur d'un délai pour déposer sur la demande reconventionnelle une réponse écrite, à laquelle les règles de l'art. 222 CPC s'appliquent.

⁷⁴ Lorsqu'il y a plus de deux parties procédant séparément (cf. art. 71 al. 3 CPC), un fait ne pourra selon nous être réputé non contesté que s'il ne l'a été par aucune d'elles.

fondée sur un accident de ski ayant causé au demandeur des pertes matérielles, une incapacité temporaire de travail et des blessures finalement guéries sans séquelles permanentes. Si le demandeur alléguait les circonstances de l'accident, divers frais matériels et médicaux ainsi qu'une privation de revenu liée à une cessation temporaire de son activité professionnelle en lien avec ses blessures et que défendeur ne procède pas, une décision finale sera rendue sur la base de la demande. Le juge retiendra en fait les circonstances de l'accident alléguées dans celle-ci, y compris l'existence d'une faute et d'un lien de causalité naturelle entre ledit accident et les frais et blessures invoqués. Cela devrait le conduire à estimer dus les dommages-intérêts réclamés, même s'agissant d'une éventuelle indemnité pour perte de gain, pour autant que les prétentions du demandeur correspondent auxdites allégations. En revanche le juge resterait libre d'apprécier si l'indemnité pour tort moral réclamée est justifiée et de n'allouer à ce titre qu'un montant réduit, voire de ne rien allouer si une telle indemnité ne lui paraît pas due selon l'art. 47 CO.

54. La dispense de preuve au sujet d'allégations non valablement contestées est un danger sérieux pour les parties, qui fait à juste titre peur même à des conseils aguerris. A notre avis les règles doivent s'appliquer en principe même dans les procédures soumises à la maxime inquisitoire, car l'art. 150 CPC est une règle générale applicable aussi bien dans les affaires en procédure simplifiée visées par l'art. 247 al. 2 CPC qu'en procédure ordinaire⁷⁵. Il serait d'ailleurs absurde d'imposer la preuve de tous les faits même expressément reconnus dans des procédures censées être

⁷⁵ La question d'une application par analogie des règles sur le défaut en procédure ordinaire en cas d'inaction du défendeur dans une procédure simplifiée pose des questions trop complexes pour être examinées ici. Voir récemment à ce sujet LÖTSCHER/PFÄFFLI/RUPRECHT, 23 ss. Alors qu'une application par analogie de l'art. 223 CPC dans une procédure qui ne prévoit pas de véritable réponse écrite du défendeur ne pourrait à notre avis intervenir que dans des circonstances exceptionnelles, la révision du CPC du 17 mars 2023 va changer l'art. 245 CPC d'une manière qui rendra parfois expressément applicable par analogie l'art. 234 CPC. Cela impliquera donc bien des situations où des faits seront retenus « sur la base des actes de la partie comparante », soit en pratique en pouvant retenir des allégués non formellement prouvés de la partie présente, à notre avis même dans les procès soumis à la maxime inquisitoire selon l'art. 247 al. 2 CPC.

acheminées particulièrement rapidement vers leur terme. Des cautèles générales existent cependant, dont il pourrait être fait particulièrement usage lorsque l'absence de contestation valable émane d'une partie réputée faible procédant sans conseil juridique.

55. La principale de ces cautèles résulte de l'art. 153 al. 2 CPC : dans tous les cas (donc selon nous que la maxime applicable soit la maxime des débats ou la maxime inquisitoire) le juge peut administrer d'office des preuves sur des faits non contestés s'il a des raisons sérieuses de douter de leur véracité. Une autre cautèle résulte de l'art. 223 al. 2 CPC, selon lequel une décision au fond à la suite d'un défaut de réponse ne peut être rendue que « si la cause est en état d'être jugée ». Cela rejoint en réalité souvent la règle de l'art. 153 al. 2 CPC, car l'une en tout cas des causes pour lesquelles l'affaire pourrait ne pas apparaître en état d'être jugée sera l'existence de doutes sérieux sur une partie des allégations du demandeur restées non contestées. Dans ce cas la procédure se poursuit par la fixation des débats principaux (art. 223 al. 2 CPC), au cours desquels des mesures probatoires, le cas échéant ordonnées d'office selon l'art. 153 al. 2 CPC, pourront être mises en œuvre (art. 231 CPC).
56. Des allégations retenues sans avoir été prouvées en raison de l'attitude de la partie adverse peuvent encore se rencontrer dans d'autres cas. Ainsi cela peut découler d'un refus injustifié de collaborer, dont le tribunal doit tenir compte lors de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC)⁷⁶. Par ailleurs dans l'hypothèse, plus rare en pratique que celle d'un défaut de réponse, où une partie après avoir procédé, omet fautivement de comparaître à une audience de débats principaux (art. 234 al. 1^{er} CPC), le juge statuera également au fond sans une procédure probatoire complète, en se basant sur les preuves déjà administrées, mais pour le surplus « sur les actes de la partie comparante et sur le dossier ». Cela permet aussi de tenir pour constantes des allégations de la partie présente sans qu'elles

⁷⁶ Cette disposition permet probablement dans certains cas de tenir pour vrai un allégué adverse, même formellement contesté, sans qu'il soit pleinement prouvé ou sur la base seulement d'indices, bien qu'il ne s'agisse pas d'une situation devant automatiquement conduire à une telle solution, cf. ATF 140 III 264, JdT 2020 II 144. On peut imaginer aussi que le juge décide d'accorder foi sur les faits concernés à une audition de la partie adverse (art. 191 ss CPC).

aient été prouvées, cela même si à ce stade elles auront souvent été contestées par le défaillant. A notre avis la cautèle de l'art. 153 al. 2 CPC pourrait toutefois s'appliquer aussi et conduire à administrer néanmoins des preuves sur certains desdits faits si le juge éprouve à leur sujet des doutes sérieux.

57. Retenus sans preuve ou pas, les faits non contestés restent des faits. Ils ne peuvent en principe être remis en cause devant une juridiction cantonale de recours *stricto sensu* ou devant le Tribunal fédéral, sauf aux conditions examinées plus haut des art. 320 let. b CPC, respectivement 97 al. 1^{er} et 105 LTF. Un recourant pourrait toutefois éventuellement faire valoir, comme violation de règles du droit fédéral, que le juge inférieur aurait dû éprouver au sujet des faits en question des doutes sérieux au sens de l'art. 153 al. 2 CPC ou qu'une décision par défaut selon l'art. 223 al. 2 CPC a été rendue alors qu'en réalité la cause n'était pas en état d'être jugée.

2. Les faits non pertinents

58. L'art. 150 al. 1^{er} CPC exclut *a contrario* aussi la preuve de faits non pertinents. Il s'agit de faits qui ne peuvent jouer aucun rôle pour la solution du litige. La notion de pertinence est donc relative et doit s'apprécier par rapport à une décision future : dans un divorce, alléguer des violences exercées par un conjoint sur l'autre avant leur séparation peut être pertinent : cela pourrait en effet entrer en ligne de compte pour l'application de l'art. 115 CC, voire de l'art. 125 al. 3 CC. Si en revanche un époux déjà divorcé essaie d'alléguer les mêmes faits remontant à la vie commune dans une action en modification de jugement de divorce portant exclusivement sur une adaptation de rente selon l'art. 129 CC, ils seront sans doute non pertinents et le juge devrait en refuser la preuve ...
59. Dépendant donc des prétentions en jeu dans un litige donné, la pertinence d'allégations de fait peut aussi varier dans le cadre d'un même procès. Par exemple des liens entre un membre du tribunal et une partie n'ont généralement pas de pertinence pour le fond. Une partie peut en revanche naturellement les invoquer, et tenter d'en établir la vraisemblance (art. 49 al. 1^{er}, 2^e phrase, CPC), dans le cadre d'une demande de récusation.

60. Un fait reconnu non pertinent sera soustrait à la procédure probatoire mais, contrairement à un fait non contesté visé par le même art. 150 al. 1^{er} CPC, il ne sera pas retenu dans l'état des faits sur la base duquel le tribunal statuera. Aussi le refus de la preuve à son sujet, en général dans une ordonnance de preuves selon l'art. 154 CPC, doit-il pouvoir être le cas échéant contesté. Le caractère pertinent ou non d'une allégation, par rapport aux prétentions à trancher dans un litige donné, est une question de droit, touchant l'interprétation de l'art. 150 al. 1^{er} CPC, susceptible en soit d'être contestée dans un appel, un recours stricto sensu selon les art. 319 ss CPC ou un recours au Tribunal fédéral. Toutefois une ordonnance de preuves à ce sujet ne sera qu'exceptionnellement attaquable immédiatement : à moins qu'une preuve offerte au sujet du fait déclaré non pertinent risque de disparaître si elle n'est pas administrée rapidement, cette ordonnance ne remplira en effet normalement pas les conditions pour un recours immédiat des art. 319 let. b ch. 2 CPC⁷⁷ ou 93 al. 1^{er} let. a LTF (risque de préjudice difficilement réparable, respectivement de préjudice irréparable) : c'est donc généralement dans le cadre d'un appel ou d'un recours contre la décision finale qu'une partie pourra tenter de soutenir que le fait en question était en réalité pertinent et qu'il aurait fallu en permettre la preuve. Si au contraire cette preuve a été autorisée par le tribunal de première instance contre l'avis d'une partie soutenant qu'il s'agissait d'un fait non pertinent, aucun correctif ultérieur ne sera probablement possible⁷⁸.

⁷⁷ Un appel contre l'ordonnance de preuves sera par ailleurs par principe exclu car cette ordonnance n'est ni une décision finale, ni une décision incidente, ni une décision sur des mesures provisionnelles (art. 308 al. 1^{er} CPC *a contrario*).

⁷⁸ Sur le fond, il suffira qu'en appel ou en recours la partie mécontente de cette preuve demande au tribunal supérieur de suivre un raisonnement juridique faisant abstraction de l'élément en question, mais elle n'aurait pas d'intérêt à le faire retirer de l'état des faits de la décision de première instance. Devant le TF, la décision d'ordonner la preuve concernée, peut-être à tort, serait une décision préjudicielle ou incidente ne pouvant être attaquée par un recours contre la décision finale faute d'influer sur le contenu de celle-ci (art. 93 al. 3 LTF *a contrario*).

3. Les faits notoires

61. Selon l'art. 151 CPC, les faits notoires ou notoirement connus du tribunal ne doivent pas être prouvés. La jurisprudence a par ailleurs précisé que, même dans le cadre d'un procès soumis à la maxime des débats, il n'est pas nécessaire non plus de les alléguer⁷⁹ : ils peuvent être invoqués ou retenus d'office à tous les stades du procès, fût-ce pour la première fois en deuxième instance⁸⁰. Les limitations concernant les novae devant cette dernière (art. 317 ou 326 CPC) ne s'appliquent donc pas. Et leur notoriété fait en général que de tels faits ne sauraient surprendre les parties. Le tribunal qui les retient d'office n'a pas en conséquence à prendre des mesures destinées à respecter à leur sujet le droit d'être entendu de ces dernières, comme pour d'autres faits qu'il introduirait de son propre chef, en particulier dans le cadre de la maxime inquisitoire⁸¹.
62. Les faits notoires, qui contrairement aux faits non pertinents, mais comme les faits non contestés, pourront être pris en considération sans avoir eu à être prouvés, présentent donc d'importantes particularités procédurales, déjà devant les juridictions inférieures ou de deuxième instance cantonale. Ils mériteraient de très importants développements, qui dépasseraient le cadre de la présente étude⁸². Disons seulement que cette notion, autrefois confinée à des éléments triviaux (la doctrine a longtemps donné comme exemple le fait que, sous nos latitudes, à minuit il fait nuit), a pris de l'importance avec les facilités d'accès à de très nombreux renseignements de l'âge informatique. Le Tribunal fédéral a certes précisé à juste titre que tout ce qu'on trouve sur internet n'est pas

⁷⁹ Cf. ATF 135 III 88, consid. 4.1 et de très nombreux arrêts non destinés à la publication.

⁸⁰ Cela sans doute même dans le cadre d'un simple recours *stricto sensu*, cf. CR CPC-JEANDIN, art. 326 N 8.

⁸¹ La jurisprudence a cependant fait une réserve sur ce point pour l'hypothèse, inspirée de la pratique en matière d'application d'office d'une norme juridique insolite, où le juge voudrait retenir d'office un élément notoire, mais dont les parties ne pouvaient pas s'attendre à ce qu'il soit pris en considération, cf. note 52 ci-dessus.

⁸² Pour une monographie sur cette question, cf. RAQUEL POCHON, La notoriété et sa dispense de preuve, thèse Lausanne à paraître (soutenue le 14 juin 2023).

notoire⁸³. En tentant de synthétiser la jurisprudence récente, on peut dire que, pour être réputé tel, il n'est pas nécessaire qu'un fait soit connu de chacun sans aucune recherche. Il faut toutefois que chacun puisse en avoir connaissance, grâce à une source accessible à tous facilement et sans restriction et dont les indications ne puissent pas sérieusement être mise en doute. Ce dernier élément est notamment réalisé pour des données résultant de registres officiels⁸⁴, mais pas seulement : le Tribunal fédéral admet la notoriété d'éléments comme le cours des monnaies⁸⁵ ou les indications des dictionnaires courants⁸⁶, qui ne sont pas des sources étatiques. Dès cependant que des contestations pourraient sans mauvaise foi être soulevées au sujet de la fiabilité d'une source, le droit d'être entendu implique qu'une instruction contradictoire sur les faits en résultant doit être possible, ce qui exclut la notoriété.

63. Dans les recours devant le Tribunal fédéral, les faits notoires bénéficient aussi d'un traitement particulier, alors même qu'il n'en est fait aucune mention quelconque dans la LTF. La jurisprudence admet cependant que, devant notre cours suprême aussi, ils peuvent être retenus d'office⁸⁷. Ils échappent dès lors aux règles ordinaires sur l'interdiction des *novas* et, s'agissant de faits notoires retenus par les juges inférieurs, peuvent être librement revus par le Tribunal

⁸³ Cf. ATF 137 III 623, consid. 3 ; ATF 138 I 1, consid. 2.4.

⁸⁴ Cf. ATF 138 III 557, consid. 6 pour le Registre du commerce. Au contraire les données des registres d'état civil ne sont pas notoires, car elles ne sont pas librement consultables par les particuliers (art. 43a al. 2 CC). S'agissant du Registre foncier, il faut distinguer les renseignements pour lesquels il faut justifier d'un intérêt de ceux accessibles à chacun, seuls ces derniers pouvant être notoires, cf. TF 5A_891/2021 du 28 janvier 2022, consid. 2.3.3.

⁸⁵ Cf. ATF 135 III 88, consid. 4.1 et ATF 137 III 623, consid. 3. En revanche un arrêt récent, après des hésitations, n'a pas jugé notoires de façon générale les cours des actions des sociétés cotées en bourse, cf. TF 5A_1048/2019 du 30 juin 2021, consid. 3.6. Nous ne voyons à vrai dire pas en quoi le cours d'une devise à une date donnée serait en Suisse déterminé de manière plus officielle ou plus incontestable que celui d'une action du Swiss Market Index.

⁸⁶ Cf. ATF 134 III 224, consid. 5.2 (le taux Libor n'est pas notoire car il « ne fait pas partie des données connues de tous et cette information n'est pas non plus accessible en consultant un document dont chacun dispose, comme le calendrier ou un dictionnaire courant »).

⁸⁷ Cf. TF 4A_560/2012 du 1^{er} mars 2013, consid. 2.2.

fédéral. Ce dernier ne semble pas avoir envisagé la possibilité d'une notoriété locale seulement, ce qui à notre avis justifierait pourtant d'appliquer l'art. 105 al. 1^{er} et 2 LTF obligeant notre cour suprême à se fonder sur les faits établis par l'autorité précédente, sauf inexactitude manifeste⁸⁸.

64. L'art. 150 al. 1^{er} CPC distingue les faits notoires des faits notoirement connus du tribunal (*gerichtsnotorische Tatsachen*). Les premiers sont des éléments généraux, qui jouent un rôle pour la solution d'un procès, mais ne sont pas propres à ce litige. En revanche des faits notoirement connus du tribunal pourraient aussi⁸⁹ être particuliers à la cause. C'est une notion délicate, car elle peut poser des problèmes de secret⁹⁰, et que le caractère *gerichtsnotorisch* d'un fait pourrait dépendre de la personne du juge⁹¹, soit un élément aléatoire un peu gênant. On ne saurait faire abstraction de la notion de fait notoirement connu du tribunal, vu le texte clair de la loi, mais à notre avis elle doit rester d'application plutôt exceptionnelle. La prudence voudrait en tout cas que les

⁸⁸ On comprend que le TF puisse s'estimer dispensé de ces règles face à un élément qu'il peut connaître aussi bien que les juridictions inférieures, par ex. parce qu'il résulte d'un registre national public. On ne voit en revanche pas ce qui justifierait qu'il ne soit pas lié par des constatations d'une juridiction locale sur la dangerosité notoire d'un carrefour situé en un lieu où aucun des juges fédéraux appelé à statuer n'est peut-être jamais allé.

⁸⁹ On peut toutefois imaginer qu'une juridiction tienne pour notoirement connue d'elle un élément non particulier à une cause, qui n'est pas de notoriété générale, mais qu'elle connaît pour avoir souvent jugé des affaires où il jouait un rôle : ainsi un tribunal d'une région de montagne où les affaires immobilières sont fréquentes pourrait estimer *gerichtsnotorisch* devant lui le salaire usuel dans cet endroit applicable à la rémunération d'un courtier selon l'art. 414 *in fine* CO.

⁹⁰ Bien que l'existence de frais impayés d'une procédure antérieure soit pertinente dans le cadre de l'art. 99 let. c CPC, il nous paraîtrait ainsi inconcevable qu'un juge en fasse état comme un fait *gerichtsnotorisch* dans une procédure de demande de sûretés dirigée contre un demandeur si ladite procédure antérieure opposait celui-ci à une autre partie. Aussi la jurisprudence a-t-elle tendance à considérer comme pouvant être notoirement connus du tribunal surtout des éléments résultant de procès passés entre les mêmes parties, cf. par ex. TF 5A_755/2023 du 20 février 2023, consid. 2.3.

⁹¹ Selon que les affaires précédentes dont pourrait résulter le caractère *gerichtsnotorisch* d'un fait étaient jugées ou non par la ou les mêmes personnes qui jugent la nouvelle affaire, le tribunal pourrait être ou non conscient d'avoir déjà eu à se pencher sur des faits susceptibles d'avoir ce caractère ...

parties allèguent et offrent de prouver un tel fait, quitte à ce que le tribunal décide ensuite qu'il le dispense de preuve car il en a déjà une connaissance suffisante par des affaires antérieures. A moins que le caractère notoirement connu en résulte d'autres décisions du Tribunal fédéral, il nous paraît évident que ce dernier doit être lié aux conditions de l'art. 105 al. 1^{er} et 2 LTF par une constatation sur cette base d'un tribunal inférieur.

65. Les conditions auxquelles un fait peut être tenu pour notoire ou notoirement connu du tribunal sont naturellement des notions de droit, librement soumises au contrôle du Tribunal fédéral. En revanche les faits en question eux-mêmes restent des faits, mais dont le régime diverge sur bien des points des règles applicables ordinairement aux faits et se rapproche souvent de celles applicables au droit. Il est d'ailleurs concevable que des règles juridiques sur lesquelles des preuves peuvent être administrées selon l'art. 150 al. 2 CPC en soient dispensées selon l'art. 151 CPC : ainsi un usage, voire une règle de droit coutumier pourrait être notoire et une règle de droit étranger pourrait être tenue pour notoirement connue d'un tribunal ayant déjà eu souvent à l'appliquer. Sous cette réserve, il n'y a guère de place face au principe *iura novit curia* pour distinguer entre des règles de droit qui seraient notoires et d'autres qui ne le seraient pas. Malgré une certaine ressemblance, la distinction que fait l'art. 257 al. 1^{er} let. b CPC selon que la situation juridique est claire ou non nous paraît d'une autre nature.

4. Les faits implicites

66. Bien que cette notion n'apparaisse ni dans les lois de procédure ni dans l'art. 8 CC, la jurisprudence et la doctrine admettent qu'il peut y avoir des faits implicites, qui doivent être considérés comme faisant partie du litige sans avoir été expressément allégués, même dans un procès régi par la maxime des débats. Le caractère implicite résulte souvent des autres allégués d'une partie. Ainsi la bonne foi commande de considérer qu'un demandeur qui affirme qu'une marchandise était « prête à être livrée », invoque en réalité aussi

qu'elle est déjà fabriquée, même sans allégation expresse⁹². Le caractère implicite peut se déduire cependant aussi d'autres éléments d'une écriture que les allégations : celui qui réclame le paiement d'un prix convenu dans un contrat invoque par exemple implicitement de la sorte qu'il est le cocontractant à qui ce prix a été promis⁹³.

67. Le régime prétorien des faits implicites exige de la partie adverse qui entendrait contester un tel fait qu'elle le fasse expressément, même s'il n'a pas été formellement allégué. A ce défaut, le tribunal pourra le retenir sans preuve, comme un fait non contesté au sens que nous avons examiné ci-dessus. Pour le surplus, il s'agira d'un fait soumis aux règles ordinaires sur le fardeau et l'administration des preuves. Si dans l'exemple ci-dessus d'une action en paiement d'un prix convenu le défendeur conteste expressément la légitimation du demandeur à réclamer ledit prix (par ex. en contestant que le demandeur en question soit le contractant originaire ou son ayant-droit, mais peut-être aussi en indiquant que cette créance a été engagée, saisie ou séquestrée, etc.), ce sera bien à ce dernier de prouver qu'il est le créancier et de subir le cas échéant les conséquences d'un échec de la preuve à cet égard. Il devrait alors au moins être admis à proposer à ce sujet des preuves, voire des allégués, même le cas échéant après avoir eu son « droit à une deuxième chance »⁹⁴. Par ailleurs les faits implicites sont une béquille tendue par la jurisprudence à un plaideur un peu léger : il est évidemment possible et préférable d'alléguer d'emblée avec des

⁹² Cf. TF 4A_243/2018 du 17 décembre 2018, consid. 4.2.1 à 4.3.1. Voir aussi TF 4A_625/2015, consid. 4.1, non publié sur ce point aux ATF 142 III 581.

⁹³ Cf. TF 4A_357/2016 du 8 novembre 2016, consid. 2.2 considérant la qualité pour agir comme un cas typique de fait implicite possible.

⁹⁴ Si par ex. le défendeur ne conteste un tel fait implicite que dans une duplique formelle clôturant un deuxième échange d'écritures au sens de l'art. 225 CPC, il faudrait à notre avis admettre que le demandeur puisse encore alléguer et offrir de prouver cet élément dans le cadre de novas selon l'art. 229 al. 1^{er} let. b CPC, en admettant qu'il n'avait pas manqué de diligence en ne l'alléguant pas avant ladite contestation. Sur le régime des faits implicites on peut pour le surplus renvoyer à la contribution de François Bohnet et Frédéric Fitzi dans le présent volume.

offres de preuves les faits en question et un avocat scrupuleux devrait veiller à le faire ...

68. Certaines procédures cantonales antérieures à 2011 admettaient que le juge tienne compte d'office de « faits patents, implicitement admis par les parties, et non allégués par une inadvertance manifeste »⁹⁵. L'idée est la même. La jurisprudence relative aux faits implicites dans le cadre du Code de procédure civile unifié a cependant précisé le régime de ceux-ci en réglementant, malgré l'absence d'allégation, leur contestation par la partie adverse, sous peine qu'ils soient réputés reconnus.
69. L'art. 4 al. 2 CPC VD 1966 déjà cité permettait aussi au juge de retenir d'office des faits non allégués, mais révélés par une expertise écrite. Rien dans le droit fédéral actuel ne le permet en revanche, de tels faits ne pouvant évidemment pas être assimilés ni à des faits notoires ou notoirement connus du tribunal, ni à des faits implicites au sens évoqué ci-dessus. Tout au plus peut-on faire preuve d'une certaine souplesse en admettant sans trop de rigueur que ces faits entrent en réalité dans le cadre de précisions relatives à des allégués soumis à l'expertise. Si ce n'est pas le cas, de tels faits ne pourront être pris en considération, à moins que la partie à qui ils profiteraient les introduise formellement comme des novas selon l'art. 229 al. 1^{er} CPC⁹⁶. En pratique, dans certains procès techniques les parties sont ainsi amenées par prudence à multiplier de tels novas ... Encore faut-il faire preuve de rapidité de réaction au regard de l'exigence de l'art. 229 al. 1^{er} CPC exigeant une invocation « sans retard ». La révision du 17 mars 2023 ambitionne de remédier partiellement à ces inconvénients en remaniant cette dernière disposition : il restera toujours nécessaire, dans l'hypothèse qui nous intéresse, de compléter les allégations et offres de preuves, mais la partie concernée pourra le faire dans un délai fixé par le juge ou à défaut

⁹⁵ Cf. art. 4 al. 2 CPC VD 1966. Une formulation inspirée de cette règle figurait notamment dans la dernière loi de procédure civile valaisanne.

⁹⁶ Là aussi il faut espérer une certaine souplesse au moment d'admettre que ces novas n'ont été découverts par la partie concernée qu'en lisant l'expertise (art. 229 al. 1^{er} let. a CPC) ou ne pouvaient être invoqués antérieurement même en faisant preuve de la diligence requise (art. 229 al. 1^{er} let. b CPC).

lors des premières plaidoiries ou, si celles-ci sont passées, à la prochaine audience⁹⁷.

5. Les règles d'expérience générale, l'usage, les usages locaux et le droit étranger

70. Selon l'art. 150 al. 2 CPC, la preuve peut également porter sur l'usage, les usages locaux et, dans les litiges patrimoniaux, le droit étranger. Même si le texte légal ne la mentionne pas (mais peut-être peut-elle entrer dans un des sens en tout cas du terme usage), il est possible que cela vaille aussi pour une règle coutumière ou au moins pour les éléments constitutifs d'une coutume de nature factuelle (existence d'une pratique, régularité et ancienneté de celle-ci)⁹⁸. Inversement, l'art. 151 CPC précise que, comme les faits notoires ou notoirement connus du tribunal, les règles d'expérience généralement reconnues ne doivent pas être prouvées.
71. Ces divers éléments ont en commun de se situer à l'intersection des catégories, centrales pour notre sujet, des faits et du droit. Plus précisément le droit étranger ou la coutume, si on admet de lui appliquer la règle de l'art. 150 al. 2 CPC, sont clairement de nature juridique, mais avec des particularités justifiant qu'ils puissent être soumis à des procédures probatoires. Sur le fait que celles-ci ne correspondent en réalité pas à une simple application des règles relatives à la preuve des faits, on peut renvoyer à ce que nous avons dit plus haut.
72. L'usage ou les usages locaux, parfois aussi appelés usances, sont eux de nature variable. Dans certains cas il s'agit d'éléments de faits, qui peuvent par exemple être intégrés par les parties à leur contrat. Dans d'autres en revanche c'est bien une règle juridique qui est ainsi désignée par un texte légal y renvoyant. Signalons comme une curiosité le renvoi que fait l'art. 122 al. 2 de la loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse du 23 septembre 1953

⁹⁷ Sur cette nouvelle réglementation, fruit d'un compromis en commission de conciliation entre les chambres fédérales et dont la clarté n'est pas exemplaire, cf. STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, 827 s.

⁹⁸ CR CC I-PIOTET, art. 8 N 10.

(RS 747.30, ci-après LNM) aux règles d'York et d'Anvers en matière d'avarie commune. Il s'agit de coutumes maritimes étrangères codifiées⁹⁹, que le renvoi précité a intégré à l'ordre juridique suisse, comme il y a quelque 2'000 ans des constitutions impériales avaient intégré à l'ordre juridique romain une règle d'origine grecque¹⁰⁰ !

73. L'art. 150 al. 2 CPC a simplifié dans une certaine mesure les choses, en permettant de soumettre à des preuves tout usage ou usage local pertinent dans un procès en raison d'un renvoi légal ou contractuel, qu'il relève du fait ou du droit. Dans les deux cas à notre avis une dispense de preuve peut toutefois intervenir si ledit usage ou usage local est tenu pour notoire ou notoirement connu du tribunal.
74. Les règles d'expérience générale, notion que la version allemande de l'art. 151 CPC rend par le terme, parfois aussi utilisé même dans la doctrine francophone, d'*Erfahrungssätze*, sont aussi une notion aux contours fluctuants. Il s'agit de règles tirées soit de l'expérience de la vie, soit d'autres expériences par exemple scientifique ou technique, permettant de dire avec une sécurité suffisante qu'une conséquence a de fortes chances de résulter d'un ou de plusieurs éléments donnés.
75. Par nature, de telles règles, ne résultant d'aucune des sources du droit admises par l'ordre juridique suisse, devraient relever du fait. Elles ont cependant un tel degré de généralité et d'abstraction qu'elles assument une fonction normative assimilable à celle d'une

⁹⁹ Elles ont d'ailleurs été reçu une nouvelle formulation en 2004, car la règle de l'avarie commune remontant à l'Antiquité et qui répartissait le dommage consécutif à une dépense ou un sacrifice de marchandise nécessaire pour sauver un navire entre les diverses personnes (propriétaire du vaisseau, marchands dont d'autres marchandises ont ainsi été sauvées, etc.) ayant bénéficié dudit sauvetage, avait trouvé un regain d'actualité à l'égard notamment des rançons qu'il a fallu parfois payer à des pirates s'étant emparé de cargos au large de la Somalie.

¹⁰⁰ Plusieurs textes du *Corpus iuris civilis* attestent de la réception en droit romain de la *lex Rhodia de iactu*, soit une réglementation qui serait née dans la ville de Rhodes et qui semble à l'origine des règles sur l'avarie commune consacrée par l'art. 122 LNM. Selon D. 14.2.9, la décision de suivre cette *lex Rhodia* remonterait déjà à une décision de l'empereur Auguste. Rhodes était à l'époque de ce dernier un grand centre de commerce en Méditerranée orientale, comme le sont à notre époque York et Anvers pour le trafic maritime dans l'Atlantique.

règle de droit¹⁰¹. Cela explique qu'elles soient dispensées de preuve. En pratique, comme une règle de droit, elles seront initialement posées par le juge lui-même sur la base de son expérience de la vie, en tout cas pour celles qui ne nécessitent pas de connaissances techniques ou scientifiques particulières. Pour ces dernières, elles sont souvent fondées sur la littérature spécialisée, que le juge est toutefois libre de consulter d'office. Comme une règle de droit prétorien, les *Erfahrungssätze*, une fois consacrées par un ou plusieurs arrêts, peuvent d'ailleurs résulter simplement de la jurisprudence.

6. Les faits procéduraux

76. Au cours d'un procès de nombreuses opérations et actes des parties ou du juge interviennent : celles-ci déposent des écritures ou des recours, adressent des requêtes ou des lettres, font des déclarations protocolées, etc. ; celui-là tient des procès-verbaux, fixe des délais, adresse des citations, préside des audiences, rédige et notifie des décisions ... Tous ces éléments, et souvent d'ailleurs aussi leur date exacte, sont susceptibles d'importer pour les droits des parties, qu'il s'agisse de savoir si elles ont passé valablement une convention de procédure, si elles ont donné leur accord à une mesure, si elles ont respecté un délai, si elles ont valablement contesté une allégation ou naturellement si elles ont attaqué en temps utile une décision. Pour en juger, il est parfois nécessaire d'établir certains faits, en particulier la date d'une notification ou d'un envoi.
77. En soi, il s'agit d'élément de fait banals, pouvant être prouvés très souvent par le dossier lui-même ou par d'autres pièces (quittance d'envoi recommandé par ex.), même si exceptionnellement d'autres modes de preuve pourraient être nécessaires¹⁰². Les règles

¹⁰¹ Cf. CR CPC-SCHWEIZER, art. 151 N 8. Un ancien arrêt (ATF 69 II 202) allait jusqu'à affirmer que les règles d'expérience relevaient du droit et non du fait. Il serait plus exact de dire qu'elles sont traitées comme s'il s'agissait de règles de droit, dans la mesure précisément où elles n'ont pas à être prouvées, ni d'ailleurs à être alléguées.

¹⁰² Sur les modalités, impliquant des témoignages préconstitués qui pourraient théoriquement devoir être confirmés verbalement, que la jurisprudence impose pour prouver le dépôt d'un envoi à la poste suisse en temps utile mais après la

ordinaires sur le fardeau de la preuve et les preuves admissibles s'appliquent sous réserve de certaines présomptions prétorienne¹⁰³. Se pose aussi la question d'une présomption de véracité des procès-verbaux selon les art. 9 al. 1^{er} CC et 179 CPC.

78. Une singularité propre aux faits procéduraux est toutefois qu'il n'est de manière générale pas requis d'allégation à leur propos. En conséquence, ils ne sont pas soumis non plus aux règles limitant ou interdisant d'invoquer de nouveaux faits ou preuves à partir d'un certain stade de la procédure. C'est une solution de bon sens dans la mesure où certains des faits en question, et particulièrement ceux nécessaires pour vérifier si un délai d'appel ou de recours a été respecté, interviennent forcément après ladite *deadline*, tandis que d'autres n'apparaissent pas pertinents plus tôt. Nous avons vu qu'en conséquence le législateur fédéral avait édicté à l'art. 99 al. 1^{er} *in fine* LTF une règle spéciale, certes peu claire, permettant d'invoquer pour la première fois devant lui des faits nouveaux ou des preuves nouvelles résultant de la décision précédente. Cela vise notamment des faits procéduraux comme le mode et la date de la notification de la décision attaquée, même si cette disposition peut aussi avoir une autre portée. Bien qu'aucune disposition semblable ne figure aux art. 317 ou 326 CPC, il est communément admis que la même solution prévaut en deuxième instance cantonale¹⁰⁴.

III. Conclusion

79. La distinction entre le fait et le droit a une importance considérable pour le juge et les parties, cela depuis des millénaires. Nous avons essayé de montrer ci-dessus les domaines pour lesquelles cela importait aujourd'hui dans le cadre de procès civils internes à notre

fermeture des guichets, cf. TF 5A_503/2019 du 20 décembre 2019 ; voir aussi TF 6B_157/2020 du 7 février 2020. On pourrait imaginer de même des dépositions de témoins ou de parties à propos d'un incident d'audience invoqué comme cause de récusation ou des propos exactement tenus dans une procédure disciplinaire selon l'art. 128 CPC.

¹⁰³ En particulier la présomption, réfragable, que la date du sceau postal sur un envoi correspond à la date du dépôt de celui-ci à la poste, cf. ATF 142 V 389, consid. 2.2.

¹⁰⁴ Cf. ATF 139 III 466, consid. 3.4 et CR CPC-JEANDIN, art. 326 N 7.

pays. Relevons néanmoins que la différence compte bien au-delà : en droit matériel aussi, tant privé que pénal ou administratif, il existe des règles obligeant à faire le départ entre ces deux éléments, ne serait-ce qu'à propos de la distinction, très ancienne également¹⁰⁵, entre erreur de fait et erreur de droit¹⁰⁶.

80. L'importance de la distinction est légèrement accentuée en procédure civile dès lors que celle-ci est généralement dominée par la maxime des débats, qui concerne les seuls faits. Même dans les procès soumis à une maxime inquisitoriale cependant, cette distinction demeure cruciale à d'autres égards. Cela vaut en particulier pour les limitations du pouvoir d'examen des autorités de recours, en particulier du Tribunal fédéral, qui est en principe lié aussi par les faits retenus par la juridiction inférieure en matière de droit pénal, voire en matière de droit public. Nous nous sommes astreint à n'utiliser pour l'essentiel que des exemples jurisprudentiels tirés d'arrêts rendus en matière civile. Le même type de problèmes et de solutions résulte néanmoins d'une abondante jurisprudence rendue dans le cadre de recours en matière pénale ou en matière de droit public¹⁰⁷.
81. Cette jurisprudence concerne évidemment des cas-limites, où la distinction entre fait et droit peut paraître difficile, voire byzantine. Il n'est d'ailleurs pas impossible que les arrêts ne soient pas toujours d'une cohérence parfaite, voire qu'il existe en la matière des conceptions légèrement différentes selon les cours du Tribunal fédéral. Nous espérons néanmoins avoir montré qu'on peut discerner des lignes directrices claires, permettant au praticien de s'y retrouver dans presque tous les cas. On s'en réjouira, car il s'agit de questions ayant des implications pratiques importantes, susceptibles de troubler le sommeil de bien des avocats, que ce soit au stade de l'allégation ou à celui d'un recours au Tribunal fédéral.

¹⁰⁵ Cf. note 7 ci-dessus.

¹⁰⁶ Voir par ex. art. 13 et 21 CP.

¹⁰⁷ Cf. notamment les arrêts recensés matière par matière dans Commentaire LTF-BOVEY, art. 105 N 36.

Bibliographie

AUBERT GABRIEL, La double impasse de la théorie des faits de double pertinence, RSPC 2021 619 ss

AUBRY GIRARDIN FLORENCE/DONZALLAZ YVES/DENYS CHRISTIAN/BOVEY GRÉGORY/FRÉSARD JEAN-MAURICE, Commentaire de la LTF, 3^e éd., Berne 2022 (cité : Commentaire LTF-AUTEUR)

BABUSIAUX ULRIKE/BALDUS CHRISTIAN/ERNST WOLFGANG/MEISSEL FRANT-STEFAN/PLATSCHKE JOHANNES/RÜFNER THOMAS (édit.), Handbuch des Römischen Privatrechts, 3 vol., Tübingen 2023

BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II 192 ss (cité : RDS 2009 II)

BOHNET FRANÇOIS, Die zwei Paradoxa der Theorie der doppelrelevanten Tatssachen, note sur l'arrêt 4A_484/2018 du 10 décembre 2019, RSPC 2020, 110 ss (cité : RSPC 2020)

BOHNET FRANÇOIS/FITZI FREDÉRIC, Le cadre procédural de l'expertise judiciaire en matière civile, *in* : L'expertise en procédure, Bohnet/Dupont (édit.), Neuchâtel 2022, 1 ss

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

CALAME THIERRY/HESS-BLUMER ANDRI/STIEGER WERNER (édit.), Patentgerichtsgesetz (PAtGG) Kommentar, Bâle 2013 (cité : Patentgerichtsgesetz Kommentar-AUTEUR)

CORNU THÉNARD NICOLAS, Le duel entre fait et droit chez les juristes classiques, *in* : Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert, Chevreau/Kremer/Laquerrière-Lacroix (édit.), Paris 2012, 191 ss

DESCHENAUX HENRI, La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral : étude critique de la jurisprudence, thèse Fribourg 1948

DUTOIT BERNARD/BONOMI ANDREA, Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 6^e édition, Bâle 2022

GMÜR RUDOLF/ROTH ANDREAS, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 14^e éd., Munich 2014

HAAS ULRICH/MARGHITOLA RETO (édit.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zurich 2020

HOFFMANN-NOWOTNY URS H., Doppelrelevante Tatsachen in Zivilprozess und Schiedsverfahren, Zurich 2010

JUNGO ALEXANDRA, Zürcher Kommentar, Art. 8 ZGB – Beweislast, Zurich 2018

LEROY YVES/SCHÖNENBERGER MARIE-BERNADETTE, Introduction générale au droit suisse, 4^e éd., Genève 2015

LÖTSCHER CORDULA/PFÄFFLI DANIEL/RUPRECHT IVAN, Säumnis im vereinfachten Verfahren der ZPO von verpasste Chancen und Laienfreundlichkeit, *in* : Eichel/Hurni/Markus (édit.), Der soziale Zivilprozess. Die Grundlagen des « vereinfachten Verfahrens » und seine Anwendungsfelder in der Praxis, Berne 2023, 17 ss

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (édit.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2018 (cité : BSK Bundesgerichtsgesetz-AUTEUR)

PICHONNAZ PASCAL/FOEX BÉNÉDICT/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA Commentaire romand, Code civil I, art. 1-456 CC, 2^e éd., Bâle 2023 (cité : CR CC I-AUTEUR)

POUDRET JEAN-FRANÇOIS/SANDOZ-MONOD SUZETTE, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire II, Berne 1990

SANTINI MARIO, *Iura novit curia*, thèse, Bologne 2012

SEFEROVIC GORAN, Das Schweizerische Bundesgericht 1848-1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat, Zurich 2010

STAEHELIN DANIEL/VON MUTZENBECHER FLORENCE, Die Revision der ZPO vom 17. März 2023, RSJ 2023, 815 ss.

TAPPY DENIS, L'expertise notariale dans les procès en partage. Passé, présent, avenir, *in* : Mélanges publiés par l'Association des notaires vaudois, à l'occasion de son centenaire, Bianchi (dir.), Genève 2005, 121 ss

TAPPY DENIS, Principe, exceptions et conséquences de la théorie des faits de double pertinence : à propos de l'arrêt 4A_484/2018, RSPC 2020, 195 ss

WURZBURGER ALAIN, La violation du droit fédéral dans le recours en réforme, RDS 1975, 77 ss

ZEITER LIONEL, La distinction du fait et du droit dans les recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral, thèse, Lausanne 2005

ZIMMERMANN REINHARD, The law of obligations. Roman Foundations of the civilian Tradition, Oxford 1996

L'établissement des faits en procédure administrative : entre instruction d'office et obligation de collaborer

par

Stéphane Grodecki

Chargé de cours à l'Université de Genève, docteur en droit, avocat

I. Introduction.....	149
II. Le principe d'instruction d'office.....	149
III. L'obligation de collaborer.....	151
A. Généralités.....	151
B. Définition.....	152
C. Violation.....	153
IV. Quelques exemples concrets.....	154
A. Le droit disciplinaire (et médical) : l'ATF 148 II 465 du 18 octobre 2022	154
B. Le droit de la fonction publique : l'arrêt 8C_515/2022 du 16 mars 2023	155
C. La discrimination salariale : l'arrêt 8C_728/2021 du 18 mai 2022.....	156
D. Le droit de la construction : l'arrêt 1C_611/2020 du 10 mai 2021.....	157
E. Les prestations sociales : l'arrêt 8C_499/2019 du 20 février 2020.....	158
F. Le droit des étrangers et le principe de collaboration des mineurs : l'arrêt 2C_681/2022 du 3 août 2023.....	159

G. Le droit fiscal : l'arrêt 2C_74/2021 du 26 juillet 2021.....	160
H. Le droit pénal fiscal : l'arrêt 1B_279/2021 du 4 février 2022.....	161
V. Synthèse et conclusion.....	162
Bibliographie	164

I. Introduction

1. Alors que la procédure civile se caractérise, en principe, par la maxime des débats (art. 55 CPC) et la procédure pénale par la maxime de l'instruction (art. 6 CPP), la procédure administrative suit une voie médiane.
2. En effet, si le principe d'instruction d'office est présent dans toutes les lois de procédure administrative, il est immédiatement tempéré par l'obligation de collaborer.
3. La présente contribution vise à offrir un panorama sur ces deux principes afin d'examiner comment ils coexistent et ce qu'ils signifient concrètement en pratique. Quand l'administré peut-il simplement attendre et quand doit-il être proactif ?
4. La définition de ces deux principes de procédure administrative étant largement établie, nous nous efforcerons de donner plusieurs exemples concrets afin de (tenter) de définir l'interaction concrète desdits principes.

II. Le principe d'instruction d'office

5. Toutes les lois, fédérales ou cantonales, de procédure prévoient le principe de l'instruction d'office.
6. L'art. 12 PA dispose ainsi que l'autorité constate les faits d'office et procède s'il y a lieu à l'administration de preuves par les moyens ci-après : documents (let. a) ; renseignements des parties (let. b) ; renseignements ou témoignages de tiers (let. c) ; visite des lieux (let. d) et expertises (let. e). Cette liste est exemplative et non exhaustive, le principe de la liberté de la preuve étant applicable¹.
7. Il en va de même pour l'art. 43 al. 1 LPGA, qui prévoit que l'assureur examine les demandes, prend d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin.

¹ KRAUSKOPF/WYSSLING, N 74.

8. Le droit cantonal contient des normes similaires² :
 - Genève : l'autorité établit les faits d'office. Elle n'est pas limitée par les allégués et les offres de preuves des parties (art. 12 LPA/GE) ;
 - Neuchâtel : l'autorité constate d'office les faits. Elle procède, s'il y lieu, à l'administration des preuves (art. 14 LPJA/NE) ;
 - Vaud : l'autorité établit les faits d'office. Elle n'est pas liée par les offres de preuves formulées par les parties (art. 28 LPA/VD).
9. Selon le Tribunal fédéral, le principe de la maxime inquisitoire impose ainsi à l'autorité de définir les faits pertinents et de ne tenir que ceux qui sont dûment prouvés³.
10. Lorsque même après une instruction d'office les faits demeurent incertains, ce sont les règles générales sur le fardeau de la preuve (art. 8 CC) qui s'appliquent pour déterminer qui doit supporter les conséquences de l'échec⁴ : celui qui prétend tirer un droit de l'existence d'un fait subit les conséquences de l'absence de preuve à cet égard⁵.
11. Conformément au principe général consacré à l'art. 8 CC, il incombe en effet à l'administré d'établir les faits qui sont de nature à lui procurer un avantage, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'il est le mieux à même de connaître⁶.
12. Le principe de l'instruction d'office n'est donc pas absolu, et est déjà tempéré par les règles sur le fardeau de la preuve.
13. Il est en outre limité par un deuxième grand principe applicable à l'établissement des faits en procédure administrative : l'obligation de collaborer⁷.

² Cf. BOVAY, 220 ss.

³ ATF 148 II 465, consid. 8.3.

⁴ TF 2C_74/2021 du 26 juillet 2021, consid. 9.2.

⁵ TANQUEREL, N 1563.

⁶ ATF 140 I 285, consid. 6.3.1.

⁷ ATF 148 II 465, consid. 8.

III. L'obligation de collaborer

A. Généralités

14. Selon le Tribunal fédéral, la maxime inquisitoriale ne dispense pas pour autant les parties de collaborer à l'établissement des faits ; il leur incombe d'étayer leurs propres thèses, de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître. En l'absence de collaboration de la partie concernée par de tels faits et d'éléments probants au dossier, l'autorité qui met fin à l'instruction du dossier en considérant qu'un fait ne peut être considéré comme établi, ne tombe ni dans l'arbitraire ni ne viole l'art. 8 CC relatif au fardeau de la preuve⁸.
15. Tout comme le principe de l'instruction d'office, l'obligation de collaborer est prévue par les différentes lois fédérales de procédure.
16. Selon l'art. 13 al. 1 PA, les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits, dans une procédure qu'elles introduisent elles-mêmes (let. a), dans une autre procédure, en tant qu'elles y prennent des conclusions indépendantes (let. b), et en tant qu'une autre loi fédérale leur impose une obligation plus étendue de renseigner ou de révéler.
17. A cet égard, de nombreux domaines du droit connaissent des obligations spéciales de collaborer. On peut citer ici, en matière de droit fédéral et de manière non exhaustive, le droit des étrangers (art. 90 LEI), le droit d'asile (art. 8 LAsi), le droit des assurances sociales (art. 28 al. 2 et 43 al. 2 et 3 LPGa) ou encore le droit fiscal (art. 42 al. 2 LHID et art. 126 al. 2 LIFD, notamment).
18. Le droit cantonal contient des normes similaires⁹ :
 - Genève : les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits dans les procédures qu'elles introduisent elles-mêmes,

⁸ ATF 148 II 465, consid. 8.3.

⁹ Cf. BOVAY, 220 ss.

dans celles où elles y prennent des conclusions indépendantes ainsi que dans les autres cas prévus par la loi (art. 22 LPA/GE) ;

- Neuchâtel : bien que non prévue par la loi, l'obligation de collaborer est consacrée par la jurisprudence du Tribunal cantonal¹⁰;
- Vaud : les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits dont elles entendent déduire des droits (art. 30 LPA/VD).

B. Définition

19. Selon la jurisprudence, et nonobstant les limites que semblent parfois poser certains textes, il existe bien une obligation générale de collaborer¹¹.
20. L'obligation de coopération des parties comprend ainsi l'obligation pour celles-ci d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et les faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences du défaut de preuves. La juridiction administrative peut considérer comme avérés des allégués d'un recourant rendus vraisemblables et non contestés par un intimé se refusant à toute collaboration. Il incombe à l'administré d'établir les faits qui sont de nature à lui procurer un avantage, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'il est le mieux à même de connaître, notamment parce qu'ils ont trait à sa situation personnelle ; son devoir de collaboration est alors particulièrement élevé¹².
21. Cette obligation de collaborer est ainsi très étendue lorsqu'il s'agit d'élucider des faits que les parties sont le mieux à même de connaître, respectivement qui relèvent de leur sphère d'influence ; la jurisprudence considère à cet égard que le devoir de collaboration

¹⁰ TC/NE CDP.2021.207 du 16 août 2022, consid. 6.a ; TC/NE CDP.2009.356 du 14 avril 2011, consid. 4.b

¹¹ ATF 148 II 465, consid. 8.3.

¹² ATF 148 II 465, consid. 8.4.

des parties à l'établissement des faits est spécialement élevé s'agissant de faits que celles-ci connaissent mieux que quiconque¹³.

22. Notons que lorsque l'administré est mineur, c'est le représentant légal qui doit accomplir pour lui tous les actes nécessaires au déroulement de la procédure, y compris ceux qui relèvent de l'obligation de collaborer et de l'établissement des faits¹⁴, pour autant qu'il soit valablement représenté¹⁵.

C. Violation

23. Un défaut de collaboration peut être pris en considération dans le cadre de l'appréciation des preuves et si le justiciable ne réfute pas des présomptions qui jouent en sa défaveur, l'autorité peut alors en tenir compte. Un manque de collaboration peut même donner lieu à une décision en l'état du dossier¹⁶.
24. L'autorité est libérée de son devoir d'instruction, étant donné que l'administré n'a pas respecté son obligation de collaborer. Elle rend une décision en l'état du dossier quand les circonstances l'obligent ou l'autorisent à mettre fin à l'instruction. Il peut ainsi arriver que le défaut de collaboration de la part de l'administré empêche l'autorité d'accomplir son devoir d'instruction pour des raisons d'ordre pratique. En effet, dans certaines affaires, l'autorité n'est pas en mesure d'établir les faits sans la coopération de la partie, dès lors que celle-ci est seule à les connaître ou à pouvoir les dévoiler. Etant donné que l'autorité est rarement habilitée à recourir à des moyens de contrainte, elle se trouve dans une impasse. Dans cette hypothèse, l'autorité n'a simplement d'autre choix que de statuer en l'état du dossier. Pour ce faire, il faut bien entendu que l'autorité ait établi au moins une partie des faits, c'est-à-dire qu'il soit tout de même possible de rendre une décision au fond¹⁷.

¹³ TF 1C_611/2020 du 10 mai 2021, consid. 2.3.

¹⁴ TF 2C_681/2022 du 3 août 2023, consid. 4.3.1.

¹⁵ TF 2C_681/2022 du 3 août 2023, consid. 4.3.2.

¹⁶ MOOR/POLTIER, 295.

¹⁷ GRISEL, 288.

IV. Quelques exemples concrets

25. Les définitions des principes de l'instruction d'office et de l'obligation de collaborer sont connues de longue date, et il n'existe pas de nouveauté ou de révolution à cet égard.
26. Comme souvent, la difficulté se cache dans l'application concrète de ces deux principes, fondamentalement antagonistes. Nous proposons dès lors ci-après une approche casuistique dans les arrêts récents du Tribunal fédéral afin de préciser la portée concrète de ces deux principes.
27. Les exemples qui suivent n'ont ainsi aucune vocation à l'exhaustivité. Il s'agit de tenter de donner les clés au praticien s'agissant des limites et de la coexistence entre les principes de l'instruction d'office et de l'obligation de collaborer

A. Le droit disciplinaire (et médical) : l'ATF 148 II 465 du 18 octobre 2022

28. Dans l'ATF 148 II 465 le Tribunal fédéral s'est penché sur l'obligation de collaborer en matière de procédure disciplinaire.
29. Faisant face à une procédure disciplinaire en raison d'une mauvaise prise en charge médicale, le médecin n'a pas fourni d'observations à l'autorité cantonale en raison du refus de sa patiente de le lever de son secret médical.
30. La dernière instance cantonale a jugé que dans un tel cas, son obligation de collaborer lui imposait de solliciter la levée de son secret médical auprès de l'autorité compétente.
31. Le Tribunal fédéral, tout en indiquant qu'il n'était pas nécessairement indispensable que le médecin se fasse lever de son secret médical dans une procédure disciplinaire¹⁸, a relevé que l'obligation de collaborer imposait au médecin de demander la levée de son secret médical : « *En l'espèce, la Commission de surveillance avait besoin, afin d'établir les faits de la cause de façon exhaustive, du dossier médical de la patiente en possession de la recourante, en complément de celui des*

¹⁸ ATF 148 II 465, consid. 8.7.2 et 8.7.3.

Hôpitaux C. La patiente s'était certes opposée à la levée du secret médical, cela bien que l'autorité compétente l'avait déjà levé pour les médecins des Hôpitaux C. en ce qui concerne les faits relatifs aux maladies faisant l'objet de la procédure disciplinaire. L'art. 86 al. 2 LS/GE prévoit néanmoins précisément un tel cas : ce refus n'empêchait pas la recourante de saisir l'autorité de levée du secret professionnel qui devait alors déterminer si des justes motifs permettaient la levée de ce secret. La levée du secret médical par l'autorité est, en effet, subsidiaire au consentement du patient et entre en considération uniquement lorsque ce consentement ne peut être obtenu. La Commission de surveillance a d'ailleurs, à plusieurs reprises, sommé la recourante de requérir cette levée. Dès lors que l'intéressée ne l'a jamais demandée et, par conséquent, n'a pas transmis le dossier médical de sa patiente à ladite commission, celle-ci a dû établir les faits, repris par la Cour de justice, sur la base des pièces transmises par les Hôpitaux C. Il faut encore préciser que l'absence de collaboration de la part de la recourante n'a pas conduit à un renversement du fardeau de la preuve, puisque les faits dénoncés retenus à l'encontre de l'intéressée étaient prouvés par les pièces contenues dans le dossier des Hôpitaux C. »¹⁹.

32. Un administré, même dans une procédure disciplinaire qui est susceptible d'avoir une nature pénale au sens de l'art. 6 CEDH, se voit ainsi dans l'obligation non seulement de fournir des informations, mais également d'agir activement, en déposant une requête auprès d'une autre autorité afin de solliciter la levée d'un secret.
33. L'obligation de collaborer peut ainsi amener l'administré à solliciter une autre autorité pour fournir des informations, même si elles sont, le cas échéant, en sa défaveur.

***B. Le droit de la fonction publique : l'arrêt 8C_515/2022
du 16 mars 2023***

34. L'arrêt 8C_515/2022 du 16 mars 2023 démontre bien que l'obligation de collaborer comporte l'obligation de transmettre à l'autorité des éléments à charge.

¹⁹ ATF 148 II 465, consid. 8.7.4.

35. Ainsi, un professeur associé d'université qui avait envoyé de nombreux messages électroniques « crus » à une maître-assistante a violé son obligation de collaborer en ne transmettant pas l'ensemble de ces échanges à l'enquêteur administratif²⁰.
36. Ce manque de collaboration a été l'un des éléments qui a justifié le non-renouvellement de l'engagement de l'enseignant, ce qui a été confirmé par le Tribunal fédéral²¹.
37. A nouveau, l'obligation de collaborer telle qu'elle est consacrée par la jurisprudence a une portée étendue et peut mettre l'administré devant un choix cornélien, comme en l'espèce : transmettre les messages « crus » et être sanctionné pour ces faits (par un non-renouvellement) ou refuser de transmettre ces messages et voir son non-renouvellement justifié par sa violation de son devoir de collaborer.

C. La discrimination salariale : l'arrêt 8C_728/2021 du 18 mai 2022

38. En revanche, en matière de fonction publique et de discrimination, le Tribunal fédéral a rappelé dans l'arrêt 8C_728/2021 du 18 mai 2022 que le principe d'instruction d'office et d'appréciation des preuves n'est pas le même en matière de discrimination salariale, conformément à l'art. 6 LEg qui prévoit que l'existence d'une discrimination est présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable.
39. Retenant ainsi en l'espèce qu'au vu des circonstances une employée de la fonction publique avait rendu vraisemblable une discrimination salariale, il a renvoyé le dossier à la Cour cantonale afin qu'elle poursuive son instruction²².
40. Dans le domaine de la discrimination salariale, le tempérant au principe de l'instruction d'office n'est ainsi pas l'obligation de collaboration, mais bien le renversement du fardeau de la preuve découlant de l'art. 6 LEg.

²⁰ TF 8C_515/2022 du 16 mars 2023, consid. 4.2.

²¹ TF 8C_515/2022 du 16 mars 2023.

²² TF 8C_728/2021 du 18 mai 2021.

D. Le droit de la construction : l'arrêt 1C_611/2020 du 10 mai 2021

41. En matière de droit de la construction, le Tribunal fédéral a confirmé dans l'arrêt 1C_611/2022 du 10 mai 2021 que l'obligation de collaboration est particulièrement importante pour les faits (i) que l'administré est à même de mieux connaître ou (ii) qui relèvent de sa sphère d'influence²³.
42. Aussi, lorsqu'il existe un contrôle (public) des loyers après certains travaux, l'administré qui refuse de fournir les détails de ces travaux viole son obligation de collaborer et ne peut plus contester les faits établis, sur la base du dossier, par l'autorité : *« On s'étonne enfin que les recourants n'aient pas d'emblée réservé un accueil favorable aux demandes répétées du département, alors même qu'ils affirment, avec force certitude, que les travaux litigieux ne seraient pas assujettis au régime de la LDTR et relèveraient du strict entretien courant. Cette question aurait ainsi pu être librement débattue devant les instances cantonales, lesquelles ont en l'occurrence, au contraire, dû restreindre leur examen à la seule violation du devoir de collaboration. Or, à ce propos, et dès lors que rien ne permet, pour les motifs exposés ci-dessus, de douter de la pertinence et de la nécessité des informations complémentaires requises par le département – seul aspect d'ailleurs discuté par les recourants –, l'instance précédente pouvait, sans arbitraire, confirmer le refus de l'autorisation requise »*²⁴.
43. Dès lors, celui qui dépose une requête dans un domaine, comme l'immobilier, où par essence il est le mieux à même de connaître les faits, doit produire toutes les pièces complémentaires. A défaut, les autorités judiciaires peuvent refuser d'examiner le fond de la question et se limiter à examiner le respect (la violation en l'occurrence) du devoir de collaboration.
44. La violation du devoir de collaboration restreint ainsi l'obligation du juge d'examiner tous les arguments soulevés par un recourant.

²³ TF 1C_611/2020 du 10 mai 2021, consid. 2.3.

²⁴ TF 1C_611/2020 du 10 mai 2021, consid. 2.5.3.

E. Les prestations sociales : l'arrêt 8C_499/2019 du 20 février 2020

45. En matière d'aide sociale, l'arrêt 8C_499/2019 du 20 février 2020 rappelle que l'obligation de collaborer est pleinement applicable. Cet arrêt précise toutefois qu'une violation de cette obligation ne signifie pas que l'obligation d'appliquer le droit d'office n'est plus applicable ; ainsi lorsqu'une prestation est néanmoins due, la seule violation du principe de collaboration ne peut pas entraîner son refus : *« En l'espèce, le jugement entrepris porte sur la question de la bonne foi de la recourante, au sens de l'art. 36 al. 3 LLASI, en rapport avec la violation – en soi non contestée – de son devoir de collaboration. Si, sur ce point et sous l'angle de l'arbitraire, les considérations des premiers juges n'apparaissent pas critiquables, elles ne permettent pas pour autant de confirmer le bien-fondé de la décision de restitution des prestations litigieuses. En effet, l'art. 36 LLASI prévoit que les prestations sujettes à remboursement sont celles perçues indûment, à savoir toute prestation touchée sans droit (al. 1). Or la cour cantonale a précisément considéré qu'en tenant compte de la présence du mari, la famille aurait tout de même eu droit aux prestations d'aide financière, et même à de plus amples prestations que celles effectivement versées. Dans ces conditions, il n'y avait pas matière à restitution, indépendamment de la bonne ou mauvaise foi de la recourante. Cela ne signifie toutefois pas qu'en pareilles circonstances, une violation du devoir de collaboration peut rester impunie. On rappellera en effet qu'en sus de la demande de remboursement, l'intimé a supprimé le droit aux prestations d'aide financière, point sur lequel il n'y a pas lieu de revenir »*²⁵.
46. Cet arrêt illustre bien que la violation du devoir de collaboration ne permet pas de mettre fin à tous les droits d'un administré. Sanction oui, mais pas si les faits établis nonobstant doivent entraîner l'octroi d'un droit.
47. Le principe de collaboration est donc bien un principe relatif à l'établissement des faits, mais non à l'application des règles de fond.

²⁵ TF 8C_499/2019 du 20 février 2020, consid. 7.2.

F. Le droit des étrangers et le principe de collaboration des mineurs : l'arrêt 2C_681/2022 du 3 août 2023

48. Dans cet arrêt 2C_681/2022 du 3 août 2023, le Tribunal fédéral rappelle qu'il existe une obligation accrue de collaborer en droit des étrangers, conformément à l'art. 90 LEI, qui impose un devoir spécifique de collaborer à la constatation des faits déterminants à la charge de l'étranger ou des tiers participants²⁶. Le Tribunal fédéral rappelle toutefois que lorsqu'il s'agit d'un mineur, ce droit ne peut lui être imputé que s'il est valablement représenté dans la procédure : *« En l'espèce, la recourante 1, âgée de 8 ans, est mineure. Elle doit dès lors agir par le biais de son ou de ses représentants légaux. Or, ses parents ne peuvent pas la représenter, ceux-ci vivant à l'étranger dans un lieu inconnu des autorités suisses. En outre, ni le recourant 2 ni la recourante 3 ne sont les tuteurs de la recourante 1 au sens de l'art. 327a ss CC. Par décision du 4 octobre 2016, le Tribunal de Porto a certes institué à titre provisoire un régime de responsabilités parentales partagées entre les parents de la recourante 1 et les recourants 2 et 3. Cette décision provisoire des autorités portugaises, dont la portée pour les autorités suisses n'est pas évidente (cf. art. 85 al. 1 LDIP [RS 291] et art. 5 ch. 1 Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants [CLaH 96 ; RS 0.211.231.011], en vertu desquels les autorités de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures tendant à sa protection), n'ayant jamais été confirmée par un jugement définitif, il n'apparaît pas que les recourants 2 et 3 soient encore au bénéfice du régime de répartition de l'autorité parentale mis en place par ce jugement. La recourante 1 n'est donc pas valablement représentée par ses grands-parents dans la présente procédure. Dans ces circonstances, l'absence de collaboration de ces derniers ne doit pas être imputée à la recourante 1 et ne doit pas lui porter préjudice, ce d'autant plus que l'art. 3 par. 1 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (CDE ; RS 0.107) commande de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant »*²⁷.

²⁶ TF 2C_681/2022 du 3 août 2023, consid. 4.1.

²⁷ TF 2C_681/2022 du 3 août 2023, consid. 4.3.2.

49. Ainsi, lorsque l'autorité veut opposer à un mineur une violation de l'obligation de collaborer, il doit s'assurer avec soin que le majeur qui le représente dispose bien du droit.
50. A notre sens, en cas de doute, l'autorité administrative devrait solliciter la nomination d'un curateur de représentation par l'autorité compétente de protection de l'enfant (art. 306 al. 2 CC), en particulier au vu des conséquences d'une éventuelle violation du principe de collaboration.

G. Le droit fiscal : l'arrêt 2C_74/2021 du 26 juillet 2021

51. L'arrêt 2C_74/2021 du 26 juillet 2021 démontre que le principe de collaboration a une portée particulièrement large en matière fiscale. Dans ce domaine particulier, le principe de collaboration est toutefois tempéré par l'obligation pour les autorités fiscales d'indiquer les pièces qui doivent être produites.
52. Le Tribunal fédéral commence ainsi par rappeler qu'en droit fiscal, le principe de l'art. 8 CC s'exprime dans le sens où il appartient à l'autorité de démontrer l'existence d'éléments créant ou augmentant la charge fiscale, alors que le contribuable supporte le fardeau de la preuve des éléments qui réduisent ou éteignent son obligation fiscale. La jurisprudence a précisé que, lorsqu'il s'agit de questions juridiques complexes liées à des faits de nature à réduire la charge fiscale et qu'il appartient par conséquent au contribuable de prouver, les autorités fiscales ne peuvent se décharger entièrement de leur obligation d'établir les faits d'office, en laissant le soin à ce dernier, sans connaissances juridiques particulières, de produire les pièces nécessaires à cette fin. Pour autant que le contribuable soit disposé à collaborer, les autorités fiscales doivent lui indiquer les documents à fournir dans ce but²⁸.
53. En application de ces principes, celui qui ne fournit pas les pièces sollicitées ne peut plus contester le fait qu'il dispose d'une fortune mobilière non déclarée : *« Force est de constater, au vu des demandes réitérées de l'autorité intimée auprès de la recourante aux fins d'obtenir le détail des comptes bancaires et la destination des sommes qui y apparaissaient (cf. arrêt*

²⁸ TF 2C_74/2021 du 26 juillet 2021, consid. 9.2.

attaqué, p. 4 ch. 13 et 15), que l'instance précédente pouvait confirmer qu'il existait de forts indices que la recourante disposait d'une fortune mobilière non déclarée, ce qui conduisait à renverser le fardeau de la preuve. Il n'importe pas que l'autorité intimée n'ait pas pu préciser où ces sommes ont abouti. Il suffit de constater que la recourante, dont l'attention a été précisément attirée sur ces faits par l'autorité intimée et qui supportait le fardeau de la preuve à ce stade des investigations de l'autorité intimée, n'a pas été en mesure d'apporter des preuves suffisantes sur l'utilisation des dits montants »²⁹.

H. Le droit pénal fiscal : l'arrêt 1B_279/2021 du 4 février 2022

54. L'arrêt 1B_279/2021 du 4 février 2022 expose bien l'étendue du devoir de collaborer. Celui-ci s'applique également en matière de secret professionnel.
55. Si, selon l'art. 46 al. 3 DPA, il est interdit de séquestrer les objets et les documents concernant des contacts entre une personne et son avocat, les exigences en matière de motivation et de collaboration ne sont pas différentes et il incombe ainsi à celui ayant invoqué la mise sous scellés de démontrer, de manière suffisante, l'existence du secret professionnel dont il se prévaut³⁰.
56. A cet égard, le devoir de collaboration ne se limite pas, même pour sauvegarder un secret, à donner le nom de l'avocat, il faut être bien plus précis : *« Devant le Tribunal fédéral, elle se limite cependant à mentionner le nom des études prétendument concernées par cette protection (cf. des contacts avec les Etudes [...]). La recourante ne soutient en revanche pas avoir indiqué dans ses tableaux établis sur la base des inventaires de l'AFC quel (s) classeur (s) / fourre (s) / support (s) pourrai (en) t éventuellement être protégé (s) par ce secret. Disposant également de l'intégralité des données informatiques, la recourante ne prétend pas avoir effectué des recherches – notamment en fonction des noms des études ou des avocats concernés – afin d'étayer ses dires. En tout état de cause et de manière contraire à ses obligations en matière de motivation, la recourante – qui connaît le nom des études consultées et pouvait donc, le cas échéant, les contacter – ne donne aucune indication sur la nature du mandat en*

²⁹ TF 2C_74/2021 du 26 juillet 2021, consid. 9.3.

³⁰ TF 1B_279/2021 du 4 février 2022, consid. 3.2.

cause, étant rappelé que seule une activité typique de la profession d'avocat peut bénéficier de la protection du secret professionnel». ³¹

57. Le devoir de collaboration impose ainsi parfois l'obligation de donner de nombreux détails, y compris sur un mandat couvert par le secret professionnel.

V. Synthèse et conclusion

58. En définitive, les différents arrêts présentés ci-dessus montrent qu'en matière administrative, le débat n'a guère lieu sur le principe de l'instruction d'office, mais sur la portée de sa limite, l'obligation de collaborer.
59. La synthèse de ces arrêts démontre que si le juge doit appliquer le droit d'office même en cas de violation de collaborer, et s'assurer qu'un mineur est valablement représenté avant de lui opposer une violation de cette obligation, pour le reste, l'obligation de collaborer est très large. Que cela soit en matière disciplinaire, en matière de fonction publique ou encore en matière fiscale, l'administré a l'obligation de transmettre à l'autorité tous les éléments pertinents, y compris ceux qui sont en sa défaveur.
60. La portée de cette obligation – logique en procédure administrative – devient toutefois très vite problématique lorsqu'il existe parallèlement d'autres procédures, en particulier pénales. L'administré se retrouve en effet contraint, par les règles de procédure administrative, à produire des éléments qui pourront, au final, parvenir dans une procédure pénale où il dispose pourtant du droit de ne pas collaborer.
61. Or, dans l'ATF 142 IV 207, le Tribunal fédéral a indiqué qu'un tel passage d'une procédure administrative à une procédure pénale n'était pas contraire au droit de ne pas s'incriminer dans une procédure pénale, aussi longtemps que l'autorité administrative n'avait pas établi sa demande de renseignement en l'accompagnant d'une menace de sanction administrative.

³¹ TF 1B_279/2021 du 4 février 2022, consid. 3.5.

62. En pratique, l'administré doit donc, pour examiner l'étendue (et le risque) de collaborer non seulement prendre en compte les conséquences administratives, mais également, le cas échéant, pénales.
63. En matière administrative, en matière d'établissement des faits, l'obligation de collaborer représente ainsi une fusée à plusieurs étages.

Bibliographie

BOVAY BENOÎT, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015

GRISEL CLÉMENCE, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Zurich 2008

KRAUSKOPF PATRICK L./WYSSLING MARKUS, Art. 12, *in* : Waldmann/Krauskopf (édit.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3^e éd., Zurich 2023, 291 ss

MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011

TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, 2^e éd., Genève 2018

Les faits à l'épreuve de la maxime d'accusation

par

Yvan Jeanneret¹

Professeur à l'Université de Genève, avocat

I. Introduction.....	167
II. Le droit fondamental d'être informé des faits reprochés.....	168
III. La notification initiale des charges	169
IV. L'avis de prochaine clôture	170
V. L'acte d'accusation	171
A. La maxime d'accusation	171
B. Dans la procédure ordinaire.....	176
1. Le dépôt et ses effets.....	176
2. Le contenu	177
a) Généralités	177
b) L'auteur	180
c) Les actes reprochés et leur qualification juridique	181
d) Le lieu et la date	185
e) L'acte d'accusation alternatif ou subsidiaire.....	187
3. La modification.....	188
4. Le retrait.....	191
5. Les conséquences de la violation de la maxime d'accusation	192

¹ L'auteur tient à remercier Madame ELECTRE ELIEZ, assistante-doctorante au Département de droit pénal de l'Université de Genève, pour sa relecture attentive et précieuse du présent article.

C. Dans la procédure simplifiée	193
D. Dans la procédure de l'ordonnance pénale.....	195
VI. Le classement	196
A. La règle.....	196
B. L'exception : le classement implicite.....	199
C. Le classement <i>vs.</i> le complément à l'acte d'accusation	200
VII. Le jugement en 1 ^{ère} instance	203
VIII. Le jugement en appel.....	209
IX. La force de chose jugée – <i>ne bis in idem</i>	211
X. Conclusion.....	212
Bibliographie	214

I. Introduction

1. Les faits ont une importance cruciale dans toute procédure judiciaire. De manière pragmatique, tout praticien du droit sait que dans la plupart des procédures, la vraie difficulté ne consiste pas tant dans l'application du droit matériel, mais dans la capacité de réunir les preuves permettant d'établir les faits pertinents, avec toute la fragilité que peut revêtir cet exercice.
2. Chaque type de procédure – civile, administrative ou pénale – obéit à des règles spécifiques afin de réglementer la question de savoir qui doit apporter quelle preuve et par quel moyen. En procédure pénale, on déduit de la présomption d'innocence, garantie notamment par l'art. 6 § 2 CEDH, les deux règles cardinales (art. 10 CPP) selon lesquelles, d'une part, il incombe à l'accusation de rapporter la preuve de la culpabilité et non au prévenu de prouver son innocence (répartition du fardeau de la preuve) et, d'autre part, lorsque le juge a un doute, il doit trancher dans le sens le plus favorable au prévenu (appréciation de la preuve).
3. La question sur laquelle se concentre la présente contribution est celle de déterminer quels sont les faits qui doivent être établis. L'art. 308 CPP dispose de manière générale que l'instruction menée par le ministère public doit permettre d'établir l'ensemble des faits nécessaires au prononcé d'un verdict sur le principe de la culpabilité et, le cas échéant, permettant de statuer sur les sanctions possibles. Toutefois, pour assurer le caractère équitable de la procédure, il est un moment, au cours de la procédure, où il convient d'arrêter de manière définitive les faits qui sont reprochés au prévenu. Ainsi, on verra ci-après qu'il incombe au ministère public, au terme de l'instruction, de fixer définitivement ce cadre factuel dans un acte d'accusation qui liera le tribunal saisi, dans sa dimension factuelle. Au risque d'une analogie audacieuse avec la procédure civile, on peut dire que le ministère public supporte le fardeau de l'allégation des faits qu'il retient à l'encontre du prévenu, à l'instar du demandeur au civil.
4. La dimension factuelle du procès pénal présente enfin une grande importance s'agissant de l'autorité de chose jugée des décisions rendues, puisque l'objection tirée du principe *ne bis in idem* se

rapporte exclusivement aux faits et non à leur qualification juridique.

II. Le droit fondamental d'être informé des faits reprochés

5. L'art. 6 § 3 let. a CEDH garantit à l'accusé le droit d'être « informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ». Ce droit est également consacré, dans une mesure substantiellement identique, par les art. 14 § 3 let. a Pacte ONU II et 32 al. 2 Cst. Afin de garantir le caractère effectif de cette garantie, l'information doit être donnée dans une langue qui permet à l'accusé de comprendre la nature des reproches qui lui sont adressés² ; ce droit à la traduction est, au demeurant, consacré de manière générale à l'art. 6 § 3 let. e CEDH. Il existe un lien étroit entre le droit d'être informé des charges et le droit de « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense » garanti par l'art. 6 § 3 let. a CEDH, ainsi que les art. 14 § 3 let. b Pacte ONU II et 32 al. 2 2^e phrase Cst. le consacrent. En effet, préparer sa défense suppose nécessairement que l'on soit informé des reproches formulés par l'autorité de poursuite³. Enfin, la jurisprudence fait encore un lien avec le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., dans la mesure où le prévenu ne peut valablement faire valoir son droit de s'exprimer que s'il sait sur quoi doit porter son argumentaire⁴. La combinaison de ces garanties constitue le fondement de ce que l'on appelle la maxime ou principe d'accusation⁵.
6. Ce droit de l'accusé d'être informé des charges retenues contre lui se concrétise principalement en deux étapes de la procédure pénale, les exigences de précision relative aux informations communiquées allant *crescendo* au fur et à mesure de l'avancement de la procédure. Ainsi, avant la première audition du prévenu, celui doit être

² CR Cst.-MACALUSO/GARBARSKI, art. 32 N. 57.

³ ATF 126 I 153, consid. 4a ; ACKERMANN/VETTERLI, 195-196 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 9 N 2 ; JEANNERET/KUHN, N 4023 ; CR Cst.-MACALUSO/GARBARSKI, art. 32 N 55.

⁴ ATF 143 IV 63, consid. 2.2 ; ATF 141 IV 132, consid. 3.4.1 ; ATF 133 IV 325, consid. 6.2 ; JOSI, 77.

⁵ Chap. IV/A.

sommairement informé des charges retenues contre lui (III), puis, lorsqu'un acte d'accusation est rendu (V), les charges doivent être précisément et exhaustivement décrites.

III. La notification initiale des charges

7. Le droit du prévenu d'être informé des faits qui lui sont reprochés se manifeste à plusieurs moments de la procédure. La première manifestation de ce droit s'exprime dans les tout premiers moments ; ainsi, l'art. 158 al. 1 let. a CPP impose à toute autorité de poursuite pénale, y compris la police, d'informer le prévenu avant son audition des faits qui lui sont reprochés. L'art. 219 al. 1 CPP consacre la même obligation pour la police, lorsqu'elle procède à l'arrestation d'un prévenu. L'art. 158 al. 1 CPP reprend l'exigence constitutionnelle de traduction de la notification prescrite, dans une langue comprise par le prévenu, en recourant, au besoin, à un interprète (art. 68 CPP). Cette exigence de traduction ne pose pas de difficulté particulière en pratique, puisque la notification des charges a lieu en audience et que lorsque le prévenu est allophone, un interprète est mis en œuvre et traduit le contenu de l'audition. On rappellera encore que l'art. 158 al. 1 CPP impose simultanément la notification des droits procéduraux du prévenu, soit le droit à un conseil juridique, le droit de se taire, de ne pas collaborer et de bénéficier des services d'un traducteur, le tout sous peine d'inexploitabilité absolue de l'ensemble⁶ de la déposition subséquente (art. 158 al. 4 *cum* 141 al. 1 CPP).
8. Si les droits procéduraux du prévenu doivent lui être rappelés avant chaque audition, tel n'est pas le cas des charges⁷. En revanche, si de nouvelles charges apparaissent en cours d'instruction, celles-ci doivent faire l'objet d'une notification ultérieure répondant aux exigences de l'art. 158 al. 1 let. a CPP⁸. A noter que selon la Cour européenne des droits de l'homme⁹, si les charges s'alourdissent

⁶ TF 6B_646/2017 du 1^{er} mai 2018, consid. 5.3.

⁷ Notamment TF 6B_359/2021 du 20 mai 2021, consid. 1.5.2 ; TF 6B_1477/2020 du 1^{er} novembre 2021, consid. 1.3.3 ; TF 6B_1214/2019 du 1^{er} mai 2020 consid. 1.3.1.

⁸ TF 6B_359/2021 du 20 mai 2021, consid. 1.5.2.

⁹ CourEDH *Zakshchenskiy c. Ukraine* du 17 mars 2016 (req. 7193/04), § 112-123.

significativement en cours de procédure et que l'accusé avait précédemment renoncé à son droit d'être défendu, il y a lieu de rappeler l'existence de ce droit et de s'assurer que la renonciation est toujours d'actualité.

9. Cette notification des charges qui intervient au début de la procédure revêt un caractère sommaire, sachant que la plupart du temps, les autorités ne disposent, à ce stade, que de soupçons encore peu précis. Pour répondre toutefois aux exigences de l'art. 6 § 3 let. a CEDH, la communication faite au prévenu doit contenir au moins un descriptif sommaire des faits, ainsi qu'une indication permettant de situer ces faits dans le temps et dans l'espace ; en revanche une simple référence à une infraction par sa désignation ou un simple numéro d'article, sans description factuelle, ne répond pas à cette exigence¹⁰.

IV. L'avis de prochaine clôture

10. En application de l'art. 318 CPP, lorsque le ministère public est parvenu au terme de son instruction, il doit rendre un avis de prochaine clôture. Ce document doit informer les parties des intentions du ministère public quant à la suite de la procédure (classement total ou partiel, renvoi en jugement), et leur octroyer un délai pour déposer des observations et formuler d'éventuelles réquisitions de preuve.
11. Cet avis doit indiquer le sort envisagé pour chaque complexe de faits ayant été l'objet de l'instruction¹¹. L'avis de prochaine clôture ne doit pas être aussi précis qu'un acte d'accusation, mais il doit être suffisamment clair pour que les parties puissent comprendre ce qu'il adviendra de chaque complexe de faits, afin de pouvoir se déterminer et requérir, au besoin, des compléments d'enquête. Ce

¹⁰ JEANNERET/KUHN, N 4034 ; BSK StPO-HÄRING, Art. 143 N 9 ; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 860 ; CR Cst.-MACALUSO/GARBARSKI, art. 32 N 5 ; CR CPP-VERNIORY, art. 158 N 13 ; ATF 141 IV 20, consid. 1.3.3.

¹¹ CR CPP-GRODECKI/CORNUZ, art. 318 N 7.

document ne lie toutefois pas le ministère public, qui peut encore changer d'avis, moyennant une nouvelle information aux parties¹².

12. L'omission de notifier un avis de prochaine clôture en amont d'un acte d'accusation n'entraîne pas l'annulation de l'acte d'accusation et/ou son renvoi, puisque le tribunal reste libre ensuite de compléter l'instruction et de statuer sur le fond¹³. En revanche, l'ordonnance de classement rendue sans un avis de prochaine clôture doit, en principe, être annulée de ce simple fait, en raison d'une violation du droit d'être entendu de la partie plaignante qui voit la procédure se terminer¹⁴.
13. L'avis de prochaine clôture ne peut pas faire l'objet d'un recours¹⁵, y compris en tant qu'il refuse l'administration de nouvelles preuves (art. 318 al. 3 CPP).

V. L'acte d'accusation

A. La maxime d'accusation

14. La maxime d'accusation est consacrée à l'art. 9 CPP. Selon ce principe, un jugement pénal ne peut être rendu contre un prévenu que si le ministère public a préalablement déposé devant le tribunal compétent un acte d'accusation exposant précisément les faits reprochés à une ou plusieurs personnes déterminées.
15. Ainsi formulée, la maxime d'accusation permet tout d'abord d'assurer le respect des garanties fondamentales évoquées au chap. II, soit le droit d'être informé des charges et de préparer sa

¹² CR CPP-GRODECKI/CORNUZ, art. 318 N 7 ; BSK StPO-STEINER, Art. 328 N 5.

¹³ TF 1B_63/2020 du 9 mars 2020, consid. 2.2 ; CR CPP-GRODECKI/CORNUZ, art. 318 N 23 ; BSK StPO-STEINER, Art. 328 N 17.

¹⁴ TF 1B_59/2012 du 31 mai 2012, consid. 2.1.2.

¹⁵ TF 1B_198/2013 du 3 juin 2013, consid. 2 ; CR CPP-GRODECKI/CORNUZ, art. 318 N 10.

défense¹⁶. C'est l'expression de la fonction d'information de la maxime d'accusation¹⁷.

16. L'affirmation selon laquelle seul le ministère public détient la compétence de dresser un acte d'accusation puis d'en saisir un tribunal (art. 9 al. 1 et 324 CPP) garantit la stricte séparation entre les fonctions d'accusateur et celles de juge du fond ; il s'agit d'une caractéristique propre à une procédure de type accusatoire, cette séparation étant, au demeurant, requise par la maxime d'accusation¹⁸. Ainsi, l'accusateur n'a pas la compétence de juger, tandis que le juge ne peut pas mener l'enquête préliminaire ni fixer le cadre des faits dont il est saisi, assurant ainsi l'indépendance et l'impartialité du tribunal au sens de l'art. 6 § 1 CEDH¹⁹.
17. On déduit encore de la maxime d'accusation le principe d'immutabilité. Selon ce principe, le juge – de première instance ou d'appel²⁰ – est lié par l'état de fait décrit dans l'acte d'accusation (art. 350 al. 1 CPP). Cela signifie que le juge ne peut examiner que les faits qui sont décrits dans l'acte d'accusation et qu'il ne peut pas les compléter et/ou les modifier par lui-même, sous réserve de faits ou de circonstances complémentaires de caractère secondaire et n'ayant aucune influence sur l'appréciation juridique²¹. Il s'agit ici de la fonction de délimitation de la maxime d'accusation²².

¹⁶ ATF 143 IV 63, consid. 2.2 ; ATF 141 IV 132, consid. 3.4.1 ; ATF 140 IV 188, consid. 1.3 ; ATF 133 IV 325, consid. 6.2.

¹⁷ ATF 144 I 234, consid. 5.6.1 ; ATF 143 IV 63, consid. 2.2 ; ATF 141 IV 132, consid. 3.4.1 ; CourEDH Pélissier et Sassi c/ France, Recueil 1999-II 279, § 51.

¹⁸ ATF 149 IV 42, consid. 3.4 ; ATF 148 IV 124, consid. 2.6.7 ; ATF 133 IV 235, consid. 6.2 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 9 N 1 et 7 ; ACKERMANN/VETTERLI, 194-195 et 202-203 ; JEANNERET/KUHN, N 4024 ; JOSI, 74 ; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 206.

¹⁹ BSK StPO-HEIMGARTNER, Art. 9 N 23 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 9 N 7 ; ACKERMANN/VETTERLI, 198 ss.

²⁰ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 210 ; ATF 149 IV 42, consid. 3.4.4 ; ATF 148 IV 124, consid. 2.6.7.

²¹ Parmi de très nombreux arrêts : TF 6B_837/2022 du 17 avril 2022, consid. 1.1 ; TF 6B_1239/2021 du 5 juin 2023, consid. 1.2 ; TF 6B_239/2022 du 22 mars 2023 consid. 4.3 ; TF 6B_583/2021 du 2 novembre 2022, consid. 4.2.3 ; TF 6B_954/2021 du 24 mars 2022, consid. 1.2.

²² ATF 143 IV 63, consid. 2.2.

18. La maxime d'accusation est donc violée, d'une part, lorsque le prévenu est condamné pour des faits, alors que ceux-ci ne sont pas décrits dans l'acte d'accusation avec la précision requise et, d'autre part, lorsque le tribunal condamne un auteur sur la base d'un état de fait qui va au-delà des faits décrits dans l'acte d'accusation²³.
19. En revanche, le principe d'immutabilité n'affecte pas la qualification juridique des faits ; à ce propos, c'est la maxime *iura novit curia* qui s'applique, à savoir que le tribunal est libre d'appliquer le droit aux faits dont il est saisi, sans être tenu par les qualifications juridiques mentionnées par le ministère public dans son acte d'accusation (art. 325 al. 1 let. g CPP), lesquelles ne sont guère plus que des suggestions auxquelles ce dernier n'est lui-même pas tenu (art. 337 al. 2 CPP). Plus généralement, les parties sont libres de suggérer au cours des débats une autre qualification juridique ; il ne s'agit que de propositions qui ne constituent pas une question préjudicielle et n'ont pas à être traitées comme telle²⁴.
20. Toutefois, le droit d'être entendu impose au tribunal d'informer et de donner aux parties le droit de se déterminer, s'il envisage de retenir une qualification juridique différente de celle figurant dans l'acte d'accusation (art. 344 CPP), indépendamment du fait que la nouvelle appréciation juridique soit de nature à entraîner une condamnation plus ou moins sévère²⁵. Cette disposition n'est évidemment applicable que si la nouvelle qualification juridique est possible sur la base des faits tels que décrits dans l'acte d'accusation²⁶. A défaut, c'est vers l'art. 333 CPP qu'il faut éventuellement se tourner²⁷.

²³ ATF 145 IV 63, consid. 3.3.2 ; TF 6B_1150/2020 du 17 avril 2023, consid. 1.5.2.1 ; TF 6B_175/2021 du 24 août 2022, consid. 1.1 ; TF 6B_1298/2021 du 14 janvier 2022, consid. 1.2.

²⁴ CR CPP-DE PREUX/DE PREUX-BERSIER, art. 344 N 10a.

²⁵ TF 6B_1281/2023 du 15 mai 2023, consid. 2.1 ; TF 6B_445/2016 du 5 juillet 2017, consid. 4.1 ; sur ce même principe avant l'entrée en vigueur du CPP : ATF 126 I 19, consid. 2.

²⁶ TF 6B_1281/2022 du 15 mai 2023, consid. 2.1 ; TF 6B_928/2020 du 6 septembre 2021, consid. 3.3.3 ; TF 6B_633/2015 du 12 janvier 2016, consid. 1.4.1.

²⁷ Cf. Chap. V/B/3.

21. L'annonce d'une appréciation juridique potentiellement différente par le tribunal doit intervenir aussi rapidement que possible, en principe au moment du traitement des questions préjudicielles. Toutefois, le Tribunal fédéral²⁸ admet que cette annonce peut encore intervenir alors que les délibérations ont commencé. Nous partageons ce point de vue, parce qu'admettre la solution inverse reviendrait à contraindre le tribunal à rendre un jugement contraire au droit matériel, au prétexte que la conviction des juges sur une appréciation juridique divergente ne serait apparue qu'au cours des délibérations. Par ailleurs, il n'existe pas de verrou absolu une fois la délibération commencée qui empêcherait de rouvrir les débats : l'art. 349 CPP le permet pour d'éventuels compléments de preuves, de sorte qu'à plus forte raison, une réouverture des débats doit être envisagée lorsqu'il s'agit seulement d'entendre les parties sur une éventuelle qualification juridique divergente.
22. Le Tribunal fédéral a étrangement admis que lorsque le doute sur la qualification juridique surgit au cours des délibérations, les parties peuvent être invitées à se déterminer par écrit²⁹. Cette dernière affirmation apparaît aussi isolée³⁰ que critiquable, sachant que le principe de l'oralité des débats devant le juge du fond (art. 66 CPP), en première comme en deuxième instance, est un principe auquel on ne peut déroger que de manière restrictive et pour autant qu'il existe une exception légale³¹, absente en l'occurrence. Selon nous, le tribunal qui envisage une nouvelle qualification au cours des délibérations doit reprendre les débats et entendre les parties oralement.

²⁸ TF 6B_977/2020 du 27 janvier 2020, consid. 3.2 ; TF 6B_941/2018 du 6 mars 2019, consid. 1.2.2. Dans le même sens : SCHMID/JOSITSCH, *Praxiskommentar*, Art. 344 N 3 ; BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 344 N 13.

²⁹ TF 6B_941/2018 du 6 mars 2019, consid. 1.2.2, dans le même sens : BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 344 N 13.

³⁰ L'arrêt 6B_941/2018 est cité dans plusieurs arrêts ultérieurs, mais l'affirmation relative à la forme écrite n'y est jamais reprise. Par ailleurs, l'arrêt se réfère à l'arrêt TF 6B_749/2017 du 12 février 2018, arrêt qui n'évoque absolument pas la question de la forme d'exercice du droit d'être entendu.

³¹ Sur cette thématique en relation avec la procédure d'appel qui peut exceptionnellement suivre la forme écrite selon l'art. 406 CPP : ATF 147 IV 127 ; ATF 143 IV 483 ; ATF 139 IV 290.

23. Le caractère effectif des garanties procédurales suppose que la faculté laissée aux parties de s'exprimer sur la nouvelle qualification juridique envisagée ne soit pas illusoire. De cas en cas et au gré de la difficulté de l'affaire et/ou du caractère prévisible de la modification envisagée, il conviendra de laisser aux parties le temps nécessaire à la préparation d'un argumentaire complémentaire, quitte à devoir ajourner les débats³².
24. L'art. 344 CPP ne concerne que le processus de qualification juridique des faits constitutifs (on non) d'une infraction pénale punissable, y compris les aspects liés à la participation et/ou au degré de réalisation, à l'exclusion des questions relatives aux sanctions et aux effets accessoires, comme les frais et indemnités³³. Pour autant, les parties bénéficient évidemment du droit d'être entendues, garanti de manière générale par l'art. 29 al. 2 Cst., lorsque ces questions sont susceptibles de toucher leurs droits.
25. Le droit de se prononcer sur une nouvelle qualification juridique éventuelle est une émanation directe du droit constitutionnel d'être entendu³⁴, de sorte qu'il s'agit d'un droit formel dont la violation entraîne, en principe, l'annulation du jugement, indépendamment de toute autre considération sur les effets éventuels de cette violation sur le fond³⁵. Il n'y a toutefois pas de violation du droit d'être entendu, nonobstant l'omission du tribunal d'informer les parties au sens de l'art. 344 CPP, si la défense s'est effectivement exprimée sur la nouvelle qualification juridique³⁶. La jurisprudence³⁷ réserve encore la réparation possible de cette violation, lorsqu'elle n'est pas particulièrement grave et que la partie lésée a pu s'exprimer devant une instance supérieure jouissant d'un plein pouvoir de

³² BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 344 N 12.

³³ BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 344 N 7.

³⁴ BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 344 N 9.

³⁵ TF 6B_941/2018 du 6 mars 2019, consid. 1.2.2.

³⁶ TF 6B_155/2021 du 18 mars 2022, consid. 1.3 ; TF 6B_873/2015 du 20 avril 2016, consid. 1.4 (la défense plaide la complicité plutôt que la coactivité sans y avoir été invitée).

³⁷ ATF 145 I 167, consid. 4.5.4 ; ATF 140 I 68, consid. 9.3 ; ATF 135 I 279, consid. 2.6.1 ; en particulier dans le cas de l'art. 344 CPP : TF 6B_941/2018 du 6 mars 2019, consid. 1.2.2 ; ACKERMANN/VETTERLI, 205-206.

cognition en fait et en droit. Sous réserve du cas spécifique de l'art. 398 al. 4 CPP³⁸, la juridiction d'appel revoit le jugement avec un plein pouvoir de cognition, en fait, en droit et en opportunité (art. 398 al. 3 CPP). Une réparation devant le Tribunal fédéral n'est pas possible compte tenu du pouvoir de cognition limité de ce dernier³⁹. Signalons un cas dans lequel le Tribunal fédéral⁴⁰ a considéré que la violation du droit d'être entendu était exceptionnellement réparée par son seul constat, sans annulation du jugement, dans une affaire où le juge avait retenu une diffamation en lieu place d'une calomnie ; comme le prévenu contestait être l'auteur des faits, l'arrêt retient que l'avis au sens de l'art. 344 CPP n'aurait rien changé à la stratégie de défense du prévenu.

26. Le simple fait d'annoncer que le juge envisage la possibilité d'une autre qualification juridique ne constitue pas, *per se*, un motif de récusation⁴¹, à moins que par une formulation trop affirmative, le tribunal ne laisse entendre qu'il a d'ores et déjà forgé sa conviction.

B. Dans la procédure ordinaire

1. Le dépôt et ses effets

27. En application de l'art. 328 CPP, le dépôt de l'acte d'accusation par le ministère public devant le tribunal de première instance marque une étape importante dans l'avancement d'une procédure pénale, puisque c'est le moment de la bascule de la procédure préliminaire vers la phase de jugement. Ainsi, au moment de la réception de l'acte d'accusation par le tribunal, la procédure préliminaire se termine et la litispendance est nouée devant celui-ci. Il en découle la perte de toute compétence décisionnelle du ministère public et le passage de la direction de la procédure en mains du juge unique ou du/de la président·e d'un tribunal collégial (art. 61 let. c et d et 328 al. 2 CPP).

³⁸ Lorsque seule une contravention est l'objet de la procédure de première instance, la juridiction d'appel voit son pouvoir de cognition se limiter à la violation de la loi.

³⁹ ATF 140 I 68, consid. 9.3 ; ATF 137 I 195, consid. 2.7.

⁴⁰ TF 6B_ 941/2018 du 6 mars 2019, consid. 1.3.4.

⁴¹ SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 344 N 3 ; BSK StPO-HAURI/ VENETZ, Art. 344 N 14.

Simultanément, le ministère public se voit relégué au simple rang de partie à la procédure (art. 104 al. 1 let. c CPP).

2. Le contenu

a) Généralités

28. L'acte d'accusation constitue la concrétisation essentielle de la maxime d'accusation et c'est à l'aune de cette dernière qu'il y a lieu d'interpréter les prescriptions relatives à son contenu. L'acte d'accusation doit contenir une description brève et précise⁴² des actes reprochés au prévenu, du lieu, de la date et l'heure de leur commission, leurs conséquences et le mode de procéder de l'auteur, de même que la désignation des infractions que le ministère pense être réalisées. Cette exigence doit être interprétée à la lumière des deux fonctions de la maxime d'accusation : la fonction d'information impose que l'on puisse s'assurer que le prévenu est informé de manière adéquate des charges retenues contre lui, tandis que la fonction de délimitation impose au tribunal de rester à l'intérieur du cadre factuel ainsi posé⁴³. La teneur de l'acte d'accusation ne constitue ainsi pas une fin en soi et son adéquation doit être mesurée, sans formalisme excessif, au regard de sa finalité qui est d'informer le prévenu de ce qui lui est reproché afin qu'il puisse se défendre efficacement⁴⁴.
29. En principe, les faits doivent être décrits de manière précise, même s'il n'est question que d'une simple contravention⁴⁵. Toutefois, la

⁴² Sur ce thème : JOSI, 81-82.

⁴³ ATF 143 IV 63, consid. 2.2 ; ATF 141 IV 132, consid. 3.4.1. Cf. également CourEDH Pélissier et Sassi c/ France, Recueil 1999-II 279, § 51 sur le « soin extrême » à apporter à la description des faits. Dans le même sens : ACKERMANN/VETTERLI, 206 ss.

⁴⁴ TF 6B_1254/2022 du 16 juin 2023, consid. 3.3 ; TF 6B_1404/2021 du 8 juin 2022, consid. 2.3 ; TF 6B_38/2021 du 14 février 2022, consid. 2.3 ; TF 6B_1079/2015 du 29 février 2016, consid. 1.4.

⁴⁵ ATF 140 IV 188, consid. 1.2 ; TF 6B_644/2022 du 9 février 2023, consid. 2.1.

jurisprudence⁴⁶ admet qu'il puisse exister quelques imprécisions au gré des circonstances concrètes, notamment lorsque les infractions reprochées sont de faible gravité et pour autant que le prévenu soit en mesure de comprendre ce qui lui est reproché. *A contrario*, plus les infractions retenues sont graves, plus les faits décrits dans l'acte d'accusation doivent être précis⁴⁷.

30. L'acte d'accusation doit décrire les faits et non les démontrer. Il est donc rédigé sur un mode affirmatif, sans avoir à contenir une quelconque démonstration tendant à affirmer que les faits sont établis, ni une quelconque référence aux éléments de preuve ou indices contenus dans le dossier⁴⁸. C'est ensuite la tâche du juge de procéder à l'appréciation des preuves et de retenir que les faits sont établis ou ne le sont pas⁴⁹. Il convient de se montrer prudent face à un acte d'accusation trop motivé et référencé, car cela peut constituer une sorte de plaidoirie écrite anticipée susceptible de rompre l'égalité des armes⁵⁰, puisque le prévenu ne pourra que se déterminer oralement à l'audience.
31. L'acte d'accusation doit, en principe, se suffire à lui-même et ne peut pas se référer ou être complété par renvoi à une pièce du dossier, comme un rapport de police⁵¹ ou une ordonnance de maintien du ministère public⁵² ; le Tribunal fédéral semble admettre tout au plus

⁴⁶ TF 6B_1401/2016 du 24 août 2017, consid. 1.4 ; TF 6B_357/2013 du 29 août 2013, consid. 1.1 ; cf. également BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 325 N 25 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 325 N 28 *in fine*.

⁴⁷ JOSI, 88 ; TF 6B_333/2007 du 7 février 2008, consid. 2.1.4.

⁴⁸ TF 6B_1179/2021 du 5 mai 2023, consid. 1.3.2 ; TF 6B_424/2021 du 26 janvier 2023, consid. 1.2.2 ; TF 6B_1246/2020 du 16 juillet 2021, consid. 2.3 ; TF 6B_289/2020 du 1^{er} décembre 2020, consid. 1.1 ; TF 6P.183/2006 du 19 mars 2003, consid. 2.3 ; JOSI, 84.

⁴⁹ ATF 145 IV 407, consid. 3.3.2.

⁵⁰ SCHUBARTH, 179.

⁵¹ Toutefois, il arrive que le Tribunal fédéral, s'écartant de sa jurisprudence, affirme que l'acte d'accusation très succinct et lacunaire ne viole pas la maxime d'accusation, car sa lecture à la lumière du rapport de police permet de comprendre les faits reprochés : p.ex. TF 6B_837/2022 du 17 avril 2023, consid. 1.4.

⁵² TF 6B_938/2020 du 12 novembre 2021, consid. 2.4, non publié in ATF 148 IV 96 ; TF 6B_848/2013 du 3 avril 2014, consid. 1.4 ; GRODECKI, 22.

que l'on puisse renvoyer à un point précis du dossier, comme un tableau ou une pièce originale qu'il serait fastidieux ou malaisé d'inclure directement dans l'acte d'accusation⁵³, pour autant que les éléments essentiels de l'accusation figurent dans l'acte d'accusation lui-même⁵⁴.

32. Le choix des infractions que le ministère public décide de poursuivre obéit à la maxime *in dubio pro duriore* ; face à une situation impliquant un doute, tant sous l'angle de l'appréciation des preuves que de la qualification juridique des actes, le ministère public ne peut pas classer la procédure et doit saisir le tribunal par un acte d'accusation pour que ce dernier tranche⁵⁵.
33. Fondamentalement, l'acte d'accusation doit permettre de répondre à quatre questions : qui a commis quoi, où et quand⁵⁶.
34. A ces indications, l'art. 325 CPP ajoute l'exigence de mentions accessoires, à savoir le lieu et la date de l'établissement de l'acte d'accusation, le ministère public qui en est l'auteur, le tribunal auquel il s'adresse, le nom du défenseur ainsi que celui du lésé. Enfin, l'art. 326 CPP requiert que le ministère public communique au tribunal le nom des parties plaignantes ainsi que leurs éventuelles conclusions civiles, les mesures de contrainte ordonnées, les objets et les valeurs séquestrés, les frais engendrés par l'instruction, les réquisitions éventuelles tendant au prononcé de la détention pour des motifs de sûreté, les propositions de sanctions ou l'annonce que ces propositions seront présentées aux débats, les propositions de décisions judiciaires ultérieures ou la demande d'être cité aux débats. Lorsqu'il ne soutient pas l'accusation en personne devant le tribunal, le ministère public peut joindre à son acte d'accusation un rapport final destiné à éclaircir les faits et contenant également une appréciation des preuves. On rappelle à ce propos que l'art. 337 al. 1 CPP permet au ministère public de présenter ses réquisitions par écrit lorsqu'il ne comparait pas aux débats.

⁵³ TF 6B_670/2020 du 14 décembre 2020, consid. 1.4.

⁵⁴ GRODECKI, 23.

⁵⁵ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.7.

⁵⁶ Cf. let. b à d *infra*.

35. Si, comme on le verra ci-après⁵⁷, l'acte d'accusation doit contenir globalement les faits nécessaires à la subsomption vers une infraction du droit pénal matériel, aux fins du prononcé d'un verdict de culpabilité, les faits nécessaires au prononcé d'une sanction n'ont pas à y figurer⁵⁸. Ainsi, nulle mention n'est requise des faits décrivant la culpabilité et la situation personnelle de l'auteur (art. 47 CP), sa situation financière (art. 34 CP), les circonstances atténuantes générales (art. 48 CP) ou encore les faits en relation avec le prononcé de mesures (art. 56 à 73 CP).
36. Finalement, compte tenu de sa fonction d'information découlant de la maxime d'accusation, dont on rappelle qu'elle relève d'un droit fondamental, il faut retenir que le prévenu dispose d'un droit à la traduction complète de l'acte d'accusation s'il ne maîtrise pas la langue de la procédure⁵⁹. Il s'agit de la seule manière d'assurer le caractère effectif de cette garantie.

b) L'auteur

37. Si une procédure pénale peut être ouverte contre inconnu, le renvoi en jugement puis le prononcé de ce dernier ne peuvent intervenir qu'à l'encontre d'un auteur déterminé. Selon le Tribunal fédéral⁶⁰, l'identification et la désignation du prévenu en tant qu'objet de la procédure pénale représentent donc une condition *sine qua non* pour engager l'accusation.
38. En principe, l'auteur doit être désigné par ses données personnelles complètes, soit son nom et son prénom, sa date de naissance, son lieu d'origine, son domicile, voire encore sa filiation⁶¹.

⁵⁷ Cf. let. c *infra*.

⁵⁸ ATF 146 IV 172, consid. 3.2.5 ; BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 326 N 1 ; ACKERMANN/VETTERLI, 213.

⁵⁹ TF 6B_936/2019 du 20 mai 2020, consid. 8.4.1 ; TF 6B_722/2011 du 12 novembre 2012, consid. 2.4 ; TF 6B_719/2011 du 12 novembre 2012, consid. 2.4 ; JEANNERET/KUHN, N 4046 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 325 N 17 ; SIMEONI, 203.

⁶⁰ ATF 149 IV 9, consid. 6.3.2.

⁶¹ ATF 149 IV 9, consid. 6.3.2.5.

39. Il est toutefois des situations dans lesquelles l'autorité ne parvient pas à obtenir l'ensemble de ces informations, que le prévenu n'a pas de documents d'identité ou dispose de faux papiers, qu'il refuse de collaborer à l'établissement de son identité ou dispose de plusieurs alias. Dans ce cas, il faut admettre que l'acte d'accusation peut ne pas contenir toutes les indications requises ; il convient alors de donner toutes les indications pouvant faciliter l'identification ultérieure du prévenu et permettant d'éviter des confusions avec d'autres personnes, tout en indiquant, le cas échéant, le pseudonyme du prévenu et/ou un profil signalétique⁶².
40. Si le prévenu est une entreprise (art. 102 CP et 112 CPP), il y a lieu de la désigner par sa raison sociale et son siège, voire, si on en dispose, un numéro de référence lié à une personne morale, comme, pour la Suisse, le numéro d'identification des entreprises (IDE). Par analogie avec ce qui prévaut pour les personnes physiques, il faut utiliser toute mention qui permette de désigner l'entreprise, de manière à éviter tout risque de confusion.

c) Les actes reprochés et leur qualification juridique

41. Il s'agit ici d'un élément central de l'acte d'accusation. Pour répondre aux exigences découlant de la maxime d'accusation, il faut que l'acte d'accusation contienne tous les faits nécessaires à la subsumption vers les éléments constitutifs objectifs et subjectifs de l'infraction, y compris les circonstances atténuantes ou aggravantes spéciales, de même que la forme de la participation et le degré de réalisation⁶³. Le lésé doit être identifié, et s'il y en a plusieurs, ceux-ci doivent être mentionnés dans leur pluralité et identifiés si les lésés sont connus⁶⁴.
42. Si l'infraction relève d'une norme en blanc, les faits décrits doivent inclure les comportements incriminés tels qu'ils ressortent des normes auxquelles renvoie la norme en blanc ; ainsi, par exemple,

⁶² ATF 149 IV 9, consid. 6.3.2.5 et 6.4 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 325 N 19.

⁶³ ATF 143 IV 63, consid. 2.2 ; ATF 120 IV 348, consid. 3c ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 325 N 32 ; JEANNERET/KUHN, N 4025 ; JOSI, 83 ss.

⁶⁴ ATF 124 IV 145, consid. 1.

lorsqu'il est question d'une infraction à l'art. 90 LCR, l'acte d'accusation doit mentionner la ou les règles de circulation enfreintes⁶⁵. En cas d'accident de la route causant des blessures, l'infraction de lésions corporelles par négligence (art. 125 CP) décrite dans l'acte d'accusation⁶⁶ ne permet pas d'appliquer l'art. 90 al. 2 LCR⁶⁷, faute pour l'acte d'accusation de contenir la description factuelle des éléments permettant de retenir une violation objectivement et subjectivement grave des règles de la circulation⁶⁸.

43. S'agissant des infractions incriminant des propos tenus, comme les atteintes à l'honneur (art. 173 ss CP) ou la discrimination (art. 261^{bis} CP), l'acte d'accusation ne peut pas viser globalement les propos ou les écrits du prévenu, mais doit préciser quels sont les passages, les mots, les images ou les expressions qui fondent les éléments constitutifs de l'infraction⁶⁹.
44. Lorsque le comportement relève de l'omission improprement dite (art 11 CP), l'acte d'accusation doit mentionner les faits dont découle la position de garant et les actes que l'auteur aurait dû accomplir pour éviter la survenance du résultat⁷⁰.
45. Lorsque l'infraction est commise par plusieurs personnes, l'acte d'accusation doit contenir dans toute la mesure du possible une description précise des actes qui ont été accomplis par chacun d'eux. La forme de la participation doit aussi être décrite factuellement afin que l'on puisse déterminer si le prévenu a agi comme coauteur,

⁶⁵ ATF 126 I 19.

⁶⁶ TF 6B_135/2022 du 28 septembre 2022, consid. 2.3 ; la description est ainsi formulée : « A. a enfreint de manière fautive son devoir de prudence causant ainsi, par négligence, une lésion du corps humain à C., la violation des règles de prudence ayant consisté en une violation des règles de la circulation routière ».

⁶⁷ La question se posait ensuite du retrait de la plainte par la partie plaignante, puisqu'à défaut, l'art. 90 LCR en principe absorbé par l'art. 125 CP (ATF 96 IV 39, consid. 2).

⁶⁸ TF 6B_135/2022 du 28 septembre 2022, consid. 2.4.

⁶⁹ TF 6B_710/2015, consid. 1.3 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 325 N 40.

⁷⁰ ATF 120 IV 348, consid. 3c ; TF 6B_670/2020 du 14 décembre 2020, consid. 1.4 ; TF 6B_364/2020 du 26 juin 2020, consid. 6.4 ; TF 6B_189/2020 du 16 juin 2020, consid. 1.4 ; TF 6B_877/2015 du 20 juin 2016, consid. 1.1 ; SCHUBARTH, 176 ; JOSI, 91.

complice ou instigateur. Le Tribunal fédéral admet toutefois qu'en matière de coactivité, lorsque les coauteurs ont participé à un même complexe de faits auquel ils se sont associés, l'acte d'accusation peut ne pas décrire précisément quels actes (p. ex si plusieurs coups ont été assénés par plusieurs personnes sans que l'on sache exactement quel coup peut être attribué à quel prévenu) sont reprochés à quel prévenu⁷¹ ; il suffit que les faits soient décrits et mis globalement en relation avec plusieurs prévenus ayant agi de concert. Pour des formes de participation accessoire, soit la complicité (art. 25 CP) et l'instigation (art. 24 CP), l'acte d'accusation doit mentionner les faits pertinents pour décrire l'activité du participant, mais aussi l'activité principale, compte tenu du caractère accessoire de l'une vers l'autre⁷².

46. S'agissant des éléments constitutifs subjectifs de l'infraction, la jurisprudence admet parfois que ceux-ci, comme le dessein, ne soient pas décrits de manière expresse, dans la mesure où ils ressortent de manière implicite de la description des éléments constitutifs objectifs. Ainsi, par exemple, selon le Tribunal fédéral⁷³, l'accusation de faux dans les titres (art. 251 CP) dans le domaine de la comptabilité ne nécessite pas de concrétisation plus précise du dessein de se procurer un avantage illicite, dans la mesure où une présentation faussée de la situation financière d'une entreprise entraîne une multitude d'avantages illicites possibles, qui ne doivent pas être décrits en détail dans l'acte d'accusation. Il n'est pas non plus nécessaire que l'acte d'accusation mentionne dans quelle mesure des tiers ont été concrètement trompés ou lésés ou auraient potentiellement pu l'être ou encore comment l'auteur s'est concrètement accommodé d'une utilisation des comptes annuels dans les relations juridiques avec des tiers. De même, en matière d'abus d'autorité (art. 312 CP), le dessein de nuire peut-être déduit de la description du comportement objectif de l'auteur à qui l'on reproche un recours disproportionné à la force, sans aucune raison⁷⁴.

⁷¹ TF 6B_275/2014 du 5 novembre 2014, consid. 3.2.

⁷² ATF 130 IV 131, consid. 2.4 ; JOSI, 94.

⁷³ TF 6B_1161/2021 du 21 avril 2023, consid. 6.5.3 ; JOSI, 86.

⁷⁴ TF 6B_101/2022 du 30 janvier 2023 (publication ATF prévue), consid. 1.3.

47. Les faits relatifs à la responsabilité (art. 19 CP) n'ont pas à être mentionnés dans l'acte d'accusation, car la pleine responsabilité est présumée et une diminution de celle-ci peut librement être soutenue par le prévenu comme moyen de défense en sa faveur.
48. S'agissant des éléments de l'intention, la jurisprudence admet que la seule référence à l'infraction, à la suite de l'exposé des faits, suffit en principe à décrire les caractéristiques subjectives, si l'infraction en question ne peut être commise que sous la forme de l'intention⁷⁵. Dans ces cas, la description du déroulement objectif de l'infraction est suffisante, pour autant qu'elle permette d'établir les circonstances dont on peut déduire l'existence d'une intention⁷⁶. Lorsque l'infraction est réalisée sous la forme du dol éventuel, l'acte d'accusation doit mentionner ce que l'auteur savait, envisageait, acceptait et/ou pensait⁷⁷, étant toutefois précisé que si l'acte d'accusation mentionne les éléments de l'intention sous la forme du dol direct (l'auteur sait et veut), il faut admettre que les éléments factuels du dol éventuel (l'auteur envisage et s'en accommode) sont inclus par un raisonnement *a maiore minus*⁷⁸.
49. En revanche, lorsque l'infraction relève de la négligence, l'acte d'accusation doit contenir une description de toutes les circonstances qui font apparaître que l'auteur a manqué de diligence, ainsi que le caractère prévisible et évitable de l'acte⁷⁹. L'acte d'accusation doit aussi préciser les normes de comportement qui auraient dû conduire le prévenu à adopter un comportement différent ; la seule mention du terme « négligence » dans l'acte

⁷⁵ ATF 120 IV 348, consid. 3c ; également TF 6B_1454/2021 du 26 mai 2023, consid. 2.4.

⁷⁶ TF 6B_1150/2020 du 17 avril 2023, consid. 1.5.3 ; TF 6B_1161/2021 du 21 avril 2023, consid. 6.5.3 ; TF 6B_1235/2021 du 23 mai 2022 consid. 2 ; TF 6B_1404/2020 du 17 janvier 2022, consid. 1.4.3, non publié in ATF 148 IV 124.

⁷⁷ ATF 120 IV 348, consid. 3c ; TF 6B_344/2011, consid. 3.2 ; BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 325 N 33 ; JOSI, 86 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, Art. 325 N 54.

⁷⁸ TF 6B_441/2019 du 12 septembre 2019, consid. 1.2.

⁷⁹ ATF 120 IV 348, consid. 3c ; TF 6B_282/2022 du 14 septembre 2022, consid. 1.4 ; TF 6B_670/2020 du 14 décembre 2020, consid. 1.4 ; TF 6B_1452/2019 du 25 septembre 2020, consid. 1.2 ; JOSI, 89.

d'accusation ne suffit en principe pas⁸⁰. Le Tribunal fédéral⁸¹ a parfois admis, pour la commission d'une infraction formelle (en l'occurrence une violation des dispositions sur le temps de conduite de véhicules professionnels) que la seule mention du terme « négligence » suffisait à en déduire qu'il était reproché au prévenu d'avoir violé les normes retenues par imprévoyance coupable.

50. Finalement, l'acte d'accusation doit contenir les propositions de qualification juridique des faits qui sont énumérés, étant rappelé que ces qualifications ne sont que des suggestions qui ne lient ni le juge, ni le ministère public lui-même⁸². Il suffit de mentionner les infractions par leur intitulé, voire leur numéro d'article⁸³. Par ailleurs, la simple reproduction du texte légal, sans énoncé des faits concrètement reprochés, ne satisfait pas aux exigences de l'art. 325 al. 1 let. f CPP⁸⁴.

d) Le lieu et la date

51. L'acte d'accusation doit désigner de manière aussi précise que possible le lieu et la date de commission des faits retenus. Ces indications sont utiles non seulement à la perception de l'ensemble des faits reprochés par le prévenu, mais elles doivent aussi permettre de s'assurer de l'application du droit suisse (art. 3 à 8 CP)⁸⁵ et du respect des délais de prescription (art. 97-98 CP)⁸⁶. Les lieux doivent être décrits avec autant de précision que possible, afin de permettre

⁸⁰ BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 325 N 35 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 325 N 52.

⁸¹ ATF 143 IV 63, consid. 2.3.

⁸² Cf. V/A.

⁸³ JOSI, 79.

⁸⁴ ATF 140 IV 188, consid. 1.6 ; TF 6B_670/2020 du 14 décembre 2020, consid. 1.4.

⁸⁵ ATF 143 IV 63, consid. 2.4 : toutefois, dans ce cas, l'omission de mentionner que les infractions ont été commises à l'étranger n'emporte aucune conséquence, car l'infraction en question était poursuivable en Suisse indépendamment de son lieu de commission.

⁸⁶ CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 325 N 35.

au prévenu de comprendre ce qui lui est reproché, sans qu'il soit nécessaire d'aller jusqu'à indiquer une adresse précise⁸⁷.

52. La jurisprudence admet des imprécisions relatives au lieu ou à la date, pour autant que le prévenu ne puisse pas avoir de doute sur le comportement qui lui est reproché⁸⁸. Ainsi, en matière d'infractions contre l'intégrité sexuelle, il a été jugé comme admissible que l'acte d'accusation mentionne une saison ou plusieurs mois⁸⁹. En matière de stupéfiants également, on s'accommode d'une période décrite de manière relativement imprécise en mois, fourchette temporelle ou période de l'année⁹⁰.
53. Toutefois, ces imprécisions ne sont acceptables que si l'instruction ne permet pas de déterminer précisément la date et le lieu de commission, par exemple en raison du temps écoulé ou dans le contexte d'infractions commises par métier⁹¹. Si l'on ne se trouve pas dans une telle situation, les imprécisions ne sont pas admissibles. Tel est le cas par exemple, lorsque l'on reproche à un médecin de multiples escroqueries et faux dans les titres liés à la facturation de prestations de soins et que l'acte d'accusation ne vise que globalement des fourchettes de temps fixées en mois ; dans ce cas, le Tribunal fédéral⁹² a retenu que l'acte d'accusation devait énumérer précisément les factures et les patients concernés.
54. Dans tous les cas, la question de savoir si les indications relatives au temps sont suffisamment précises doit être examinée concrètement,

⁸⁷ ATF 141 IV 132, consid. 3.4.

⁸⁸ TF 6B_1254/2022 du 16 juin 2023, consid. 3.1 ; TF 6B_206/2022 du 18 janvier 2023, consid. 2.1.2 ; TF 6B_484/2020 du 21 janvier 2021, consid. 3.1.

⁸⁹ TF 6B_1254/2022 du 16 juin 2023, consid. 3.1 ; TF 6B_123/2020 du 26 novembre 2020, consid. 5.1.

⁹⁰ TF 6B_1253/2022 du 26 avril 2023, consid. 1.2 ; TF 6B_716/2014, consid. 2 ; TF 6B_676/2013, consid. 3.5 ; TF 6B_669/2013, consid. 2.3 ; TF 6B_432/2011, consid. 2 ; TF 6B_151/2011, consid. 1.

⁹¹ BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 325, N 20 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 325 N 44 et 49.

⁹² TF 6B_125/2020 du 8 juin 2020, consid. 1.3.3.

en tenant compte de tous les éléments mentionnés dans l'acte d'accusation⁹³.

e) L'acte d'accusation alternatif ou subsidiaire

55. L'art. 325 al. 2 CPP autorise la rédaction d'un acte d'accusation alternatif ou subsidiaire. Cette faculté laissée au ministère public a pour but de permettre à ce dernier de soumettre au tribunal des présentations alternatives ou principales et subsidiaires de l'état de fait retenu contre le prévenu. Tel est le cas lorsque le ministère public ne parvient pas à trancher entre deux, voire plusieurs versions d'un même événement et qu'il entend laisser le juge avoir la liberté d'envisager tous les scénarios. La rédaction d'un tel acte d'accusation alternatif ou subsidiaire n'est nécessaire que si l'hésitation porte sur le déroulement des faits et non sur la qualification juridique, dans la mesure où le juge est libre, en tous les cas, d'appliquer le droit fédéral et de retenir une autre qualification juridique que celle proposée par le ministère public, pour autant que les faits énoncés dans l'acte d'accusation permettent d'opérer la subsomption vers la nouvelle infraction retenue⁹⁴.
56. Ainsi, un acte d'accusation alternatif doit être présenté lorsqu'il y a des doutes, par exemple, sur le degré de participation du prévenu, le lieu ou la date, mais que, dans tous les cas, le ministère public est convaincu qu'il y a eu commission d'une infraction⁹⁵.
57. Il y aura lieu de rédiger un acte d'accusation subsidiaire, par exemple, lorsque le ministère public hésite entre un acte intentionnel et un acte commis par négligence ; dans ce cas, l'acte d'accusation doit mentionner principalement les éléments factuels de l'intention, puis subsidiairement les faits qui pourraient fonder la même infraction, mais sous la forme de la négligence⁹⁶.

⁹³ TF 6B_1254/2022 du 16 juin 2023, consid. 3.1 ; TF 6B_978/2021 du 5 octobre 2022, consid. 2.2.1 ; TF 6B_123/2020 précité, consid. 5.1 ; TF 6B_696/2019 du 24 septembre 2019, consid. 1.2.1.

⁹⁴ Cf. chap. V/A.

⁹⁵ TF 6B_604/2012 du 16 janvier 2014, consid. 2.3.1 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 325 N 58 ; ACKERMANN/VETTERLI, 211.

⁹⁶ CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 325 N 60.

3. La modification

58. La modification de l'acte d'accusation représente une entorse au principe d'immutabilité découlant de la maxime d'accusation. La loi régit de manière stricte et exhaustive les différentes hypothèses envisageables, qui sont au nombre de trois.
59. Tout d'abord, l'art. 329 al. 2 CPP donne la faculté au tribunal de renvoyer l'accusation au ministère public pour complément ou correction, notamment lorsque l'acte d'accusation présente des carences de nature formelle, est irrégulier ou que l'état de fait décrit est lacunaire⁹⁷. A la différence de l'art. 333 al. 1 CP, il s'agit ici uniquement d'un complément relatif aux infractions mentionnées dans l'acte d'accusation⁹⁸. Cette disposition a pour but d'éviter qu'une accusation clairement insuffisante ne conduise à des débats inutiles, mais ne fonde aucun droit du ministère public à se voir retourner l'accusation⁹⁹.
60. L'art. 333 al. 1 CPP permet au tribunal de donner la faculté au ministère public de compléter son acte d'accusation ; ce dernier n'est pas contraint d'en faire usage, tout comme il n'a aucun droit de contraindre le tribunal de lui donner cette opportunité¹⁰⁰. Le Tribunal fédéral rappelle systématiquement que l'art. 333 CPP constitue une dérogation au principe d'immutabilité et qu'il doit en conséquence demeurer l'exception, étant rappelé qu'il appartient exclusivement au ministère public, et non au juge du fond, de déterminer les infractions qu'il entend poursuivre¹⁰¹. La faculté réservée par l'art. 333 al. 1 CPP vise les situations dans lesquelles un acte d'accusation expose un état de fait qui ne se rapporte qu'à une

⁹⁷ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.1 ; TF 6B_135/2022, consid. 2.1.2 ; SIMEONI, 195.

⁹⁸ SIMEONI, 195.

⁹⁹ TF 6B_135/2022 du 28 septembre 2022, consid. 2.1.2 ; TF 6B_383/2019 du 8 novembre 2019, consid. 9.2.2 ; TF 6B_177/2019 du 18 mars 2019, consid. 3.2.

¹⁰⁰ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.7 ; TF 6B_135/2022 du 28 septembre 2022, consid. 2.1.2 et 2.1.3 ; TF 6B_383/2019 du 8 novembre 2019, consid. 9.2.2 ; TF 6B_177/2019 du 18 mars 2019, consid. 3.2.

¹⁰¹ ATF 149 IV 42, consid. 3.4.4 ; ATF 148 IV 124, consid. 26.7 ; ATF 144 I 234, consid. 5 ; TF 6B_135/2022 du 28 septembre 2022, consid. 2.1.3 et 3.3 ; TF 6B_819/2018 du 25 janvier 2019, consid. 1.3.2.

seule infraction, en faisant abstraction des éléments de fait qui permettraient de conclure que le même complexe de faits est constitutif d'une autre infraction, voire d'une infraction additionnelle en concours réel avec celle retenue dans l'acte d'accusation¹⁰². Tel est le cas, par exemple, lorsque l'acte d'accusation décrit les éléments d'un abus de confiance (art. 138 CP) et que le tribunal envisage de qualifier les faits sous l'angle de l'escroquerie (art. 146 CP), supposant alors que les faits décrits incluent la notion de tromperie astucieuse¹⁰³. Le Tribunal fédéral¹⁰⁴ a refusé d'assimiler cette hypothèse à un cas dans lequel le ministère public n'a pas décrit l'entier des faits nécessaires à l'application de la même qualification juridique et non d'une autre. En revanche, il est admis que l'on puisse compléter le complexe de faits par l'énoncé de faits nécessaires à l'application d'une éventuelle circonstance aggravante de l'infraction de base figurant dans l'acte d'accusation¹⁰⁵, mais pour autant que ces faits aggravants n'aient pas fait l'objet d'un classement partiel¹⁰⁶. Si une infraction intentionnelle est décrite dans l'acte d'accusation, mais que le tribunal envisage la négligence, cela constitue un cas d'application de l'art. 333 al. 1 CP¹⁰⁷. Enfin, lorsque l'état de fait est suffisant et que le tribunal envisage de retenir une autre qualification juridique que celle proposée par le ministère public, ce n'est pas un cas d'application de l'art. 333 al. 1 CPP, mais de l'art. 344 CPP qui impose uniquement d'en informer les parties pour qu'elles puissent se déterminer¹⁰⁸.

61. L'art 333 al. 2 CPP permet la poursuite d'une nouvelle infraction qui ne figurait pas du tout dans l'acte d'accusation et dont l'existence a été révélée durant les débats devant le tribunal et pour autant que

¹⁰² ATF 149 IV 42, consid. 3.4.1 ; ATF 148 IV 124, consid. 2.6.2 ; ATF 147 IV 167, consid. 1.4.

¹⁰³ ATF 149 IV 42, consid. 3.4.1 ; TF 6B_777/2011 du 10 avril 2012, consid. 2.

¹⁰⁴ ATF 149 IV 42, consid. 3.4 ; TF 6B_1216/2020 du 11 avril 2022, consid. 1.3.2.

¹⁰⁵ ATF 149 IV 42, consid. 3.4.1 ; ATF 147 IV 167, consid. 1.4.

¹⁰⁶ Cf. chap. VI.

¹⁰⁷ ATF 149 IV 42, consid. 3.5.

¹⁰⁸ TF 6B_135/2022 du 28 septembre 2022, consid. 3.2 ; TF 6B_666/2015 du 27 juin 2016, consid. 1.5.2 ; TF 6B_445/2015 du 29 janvier 2016, consid. 1.3. Cf. au surplus chap. IV/A.

cela apparaisse nécessaire pour des motifs d'économie de procédure¹⁰⁹. A l'instar de l'art. 333 al. 1 CPP, cette disposition permet au tribunal d'autoriser le ministère public à compléter l'accusation, sans que cela ne confère à ce dernier un quelconque droit d'exiger un tel complément¹¹⁰.

62. La modification de l'acte d'accusation doit rester l'exception, notamment parce que le tribunal ne doit pas se substituer au ministère public, à qui il incombe fondamentalement de déterminer les infractions qu'il entend poursuivre ou non¹¹¹. Il peut en aller différemment lorsqu'il existe une partie plaignante, dont on rappelle qu'elle a un intérêt juridique direct et personnel au prononcé d'un verdict correct à propos des infractions par lesquelles elle a été lésée¹¹². Dès lors, la partie plaignante doit se voir reconnaître un droit d'obtenir un complément à l'acte d'accusation au sens des dispositions qui précèdent, y compris lorsqu'il s'agit de faits portant sur une circonstance aggravante¹¹³. Il incombe au juge qui est saisi d'une telle requête de trancher la demande de complément à la lumière du principe *in dubio pro duriore*, à l'instar de ce qui prévaut au moment de classer ou de renvoyer en jugement¹¹⁴. Dans la mesure où le ministère public n'est pas tenu de donner suite à la décision du tribunal et de modifier l'acte d'accusation, mais que la partie plaignante a un droit à la poursuite et au jugement de l'infraction par laquelle elle a été lésée, si le ministère public refuse de compléter l'acte d'accusation, cela doit logiquement correspondre à une décision de classement partiel, que la partie plaignante peut contester par le biais du recours (art. 393 al. 1 let. a CPP).

¹⁰⁹ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.2 ; ATF 147 IV 167, consid. 1.5.1.

¹¹⁰ TF 6B_135/2022 du 28 septembre 2022, consid. 4.2.

¹¹¹ ATF 149 IV 42, consid. 3.3 et 3.4.4 ; ATF 148 IV 124, consid. 2.6.7.

¹¹² ATF 148 IV 124, consid. 2.6.4 ; ATF 141 IV 231, consid. 2.5 ; ATF 139 IV 84, consid. 1.1 ; ATF 139 IV 78, consid. 3.3.3.

¹¹³ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.7.

¹¹⁴ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.7.

63. L'usage de la faculté réservée par l'art. 333 CPP par le tribunal existe du moment de sa saisine, jusqu'à l'instant qui précède les délibérations¹¹⁵.
64. Dans tous les cas où l'acte d'accusation est complété, l'art. 333 al. 4 CPP précise que le droit d'être entendu des parties doit être respecté ; elles doivent avoir l'occasion de se déterminer et, au besoin, les débats doivent être suspendus ou ajournés.

4. Le retrait

65. L'art. 340 al. 1 let. b CPP dispose qu'une fois les questions préjudicielles tranchées par le tribunal, l'acte d'accusation ne peut plus être retiré ni modifié, sous réserve d'un éventuel complément au sens de l'art. 333 CPP. Plusieurs conséquences découlent de cette affirmation.
66. Tout d'abord, cela signifie, *a contrario*, qu'aussi longtemps que le tribunal n'a pas rendu sa décision sur l'ensemble des questions préjudicielles, le ministère public peut retirer l'accusation¹¹⁶. Concrètement, cela signifie que le ministère public peut dessaisir le tribunal en retirant son acte d'accusation, ce qui replace la procédure en ses mains et enclenche une réouverture de l'instruction. Le ministère public se retrouve alors dans la même position que s'il n'avait pas rendu d'acte d'accusation et il a alors toute liberté de rendre de nouvelles décisions, du classement à un nouveau renvoi en jugement en passant par une ordonnance pénale. Le retrait est un acte unilatéral du ministère public. Dans la mesure où le dépôt d'un acte d'accusation n'est pas sujet à recours (art. 324 al. 2 CPP), son retrait ne l'est logiquement pas non plus. Il n'en découle aucune lésion des droits des parties touchées par le retrait, puisqu'elles pourront faire valoir tous leurs moyens dans le nouveau procès subséquent et/ou en recourant contre un éventuel classement. Rappelons que le ministère public peut également renoncer à soutenir l'accusation (art. 337 al. 2 CPP), ce qui ne correspond pas

¹¹⁵ TF 1B_96/2018 du 24 mai 2018, consid. 2.3.3 ; TF 6B_904/2015 du 27 mai 2016, consid. 1.4.1.

¹¹⁶ BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 340 N 3.

à un retrait de l'accusation dont le tribunal reste saisi et à l'égard de laquelle il est tenu de rendre un jugement, le cas échéant même par un verdict de culpabilité¹¹⁷.

67. A l'inverse, une fois les questions préjudicielles tranchées, le juge a l'obligation de mener les débats jusqu'à leur terme et de prononcer un jugement sur le fond sous la forme d'un acquittement ou d'une condamnation, sous réserve de la survenance d'un obstacle à la poursuite qui entraînerait alors un classement au sens de l'art. 329 al. 4 CPP¹¹⁸. Selon le Tribunal fédéral¹¹⁹, cette disposition sert les intérêts du prévenu qui, à ce stade de la procédure, dispose d'un droit à ce qu'une décision au fond soit rendue sur le bien-fondé ou non des accusations portées contre lui.

5. Les conséquences de la violation de la maxime d'accusation

68. Le constat de la violation de la maxime d'accusation en raison d'un acte d'accusation défaillant constitue un cas de retour de l'accusation au ministère public en application de l'art 329 al. 2 CPP et ne conduit pas au prononcé d'un acquittement¹²⁰. C'est au demeurant la même conclusion à laquelle on parvient lorsque l'ordonnance pénale présente des lacunes dans son exposé des faits ; le Tribunal fédéral impose le retour de la procédure au ministère public¹²¹. On peut toutefois envisager une exception, lorsque le tribunal renvoie l'acte d'accusation et que le ministère public refuse d'y donner suite, puisqu'il n'y est pas tenu sous réserve des droits de la partie plaignante. Dans ce cas, si le tribunal considère qu'il ne peut pas prononcer un verdict de culpabilité sur la base de l'acte d'accusation non modifié, il n'a alors pas d'autre solution que de prononcer un acquittement.

¹¹⁷ TF 6B_215/2021 du 17 janvier 2022, consid. 3.4 et 3.5.

¹¹⁸ ATF 144 I 234, consid. 5.6.3 ; BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 340 N 3 ; BSK StPO-NIGGLI/HEIMGARTNER, Art. 9 N 41 ; CR CPP-SCHUBARTH/GRAA, art. 9 N 11 ; SCHMID/JOSITSCH, Handkommentar, N 213.

¹¹⁹ ATF 144 I 234, consid. 5.6.3.

¹²⁰ GRODECKI, 25 ; JEANNERET/KUHN, N 4023 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxis-kommentar, Art. 9 N 4 ; BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 9 N 63 ; ATF 133 IV 93, consid. 2. Cf. toutefois SCHUBARTH, 178, critique.

¹²¹ Cf. chap. V/D.

69. Si l'irrégularité découle d'une violation du droit d'être entendu en ce sens qu'un temps suffisant à la préparation n'a pas été accordé aux parties (art. 333 al. 4 et 344 CPP), le jugement devra aussi être annulé et retourné à l'instance précédente, sous réserve de considérer la violation comme peu grave et réparable devant la juridiction d'appel dotée d'un plein pouvoir de cognition.

C. Dans la procédure simplifiée

70. La procédure simplifiée n'échappe pas aux exigences découlant de la maxime d'accusation et le tribunal saisi dans ce contexte le sera par le biais d'un acte d'accusation. Toutefois, cet acte d'accusation répond à des exigences complémentaires à celles qui prévalent pour un acte d'accusation en procédure ordinaire, dans la mesure où il est destiné à la fois à matérialiser l'accord intervenu entre toutes les parties et à préfigurer le jugement qui sera rendu par le tribunal, s'il le ratifie (art. 362 CPP). L'acte d'accusation constitue donc, dans ce contexte, la formalisation de l'accord conclu entre toutes les parties, soumis toutefois à une condition suspensive, soit la ratification par le tribunal¹²².
71. Selon l'art. 360 CPP, l'acte d'accusation doit contenir toutes les indications ordinaires mentionnées aux art. 325 et 326 CPP (art. 360 al. 1 let. a CPP), auxquelles vient s'ajouter l'énumération exhaustive des peines, de toutes les questions relatives à un possible sursis, des éventuelles mesures, mais encore de l'accord intervenu sur les prétentions civiles et les modalités relatives aux frais et indemnités de procédure. A cela s'ajoute la mention expresse de ce que les parties renoncent au bénéfice de la procédure ordinaire ainsi qu'aux moyens de droit. Cette renonciation expresse, notamment à la garantie d'un procès ordinaire selon l'art. 6 CEDH, est parfaitement admissible tant et aussi longtemps qu'elle est univoque, libre et éclairée¹²³.
72. Le tribunal ne peut que ratifier l'acte d'accusation tel qu'il est ou le rejeter (art. 362 al. 2-3 CPP). Il n'a en revanche aucune compétence

¹²² CR CPP-PERRIN/DE PREUX, art. 360 N 1.

¹²³ JEANNERET/KUHN, N 17062-17064.

pour le modifier ou s'en écarter. Toutefois, il est admis en pratique que l'acte d'accusation peut être modifié, pour autant que toutes les parties y consentent, y compris en audience devant le tribunal et sur suggestion de ce dernier¹²⁴. Pour autant que l'accord demeure libre et éclairé, ce procédé n'appelle aucune critique puisqu'il évite un aller-retour entre le tribunal et le ministère public et, partant, sert à l'économie et à la célérité de la procédure.

73. L'enjeu des négociations de la procédure simplifiée peut porter sur l'abandon de certaines infractions. Matériellement cela correspond à un classement. Toutefois, cette question n'est pas réglementée de manière spécifique dans la loi. Fondamentalement, le classement des faits doit faire l'objet d'une ordonnance formelle et lorsqu'il intervient de manière partielle, en parallèle à un renvoi en jugement, le ministère public doit rendre simultanément une ordonnance de classement et un acte d'accusation¹²⁵. Cependant, en matière de procédure simplifiée, ce parallélisme ne peut pas être tenu, dans la mesure où le classement entrerait en force avant la ratification de l'acte d'accusation par le tribunal, avec le risque de voir le premier entrer en force, tandis que la seconde est refusée. De même, si l'on inverse la logique et le ministère public attend la ratification par le tribunal avant de notifier l'ordonnance de classement, on se heurte, d'une part, au fait que le procureur ne peut plus rendre de décision une fois l'accusation déposée, et, d'autre part, que le prévenu n'a aucune garantie que le ministère public s'exécutera. En l'état actuel du droit, la solution – purement pragmatique – que nous préconisons¹²⁶ consiste à mentionner les complexes de faits « omis » dans l'acte d'accusation, de sorte qu'à l'entrée en force du jugement ratifié, on puisse déterminer les faits qui ont été abandonnés et en déduire le classement de ces derniers par un mécanisme analogue au classement implicite. Ce mécanisme permettrait en outre au tribunal de s'assurer de l'adéquation de l'accord intervenu dans son ensemble, en ayant aussi une connaissance précise des faits classés.

¹²⁴ TPF, SK.2015.8 du 27 mai 2015, consid. 4 qui s'appuie à ce propos sur le Message du Conseil fédéral (FF 2006 1281) ; SIMEONI, 201.

¹²⁵ Cf. chap. VI.

¹²⁶ JEANNERET/KUHN, N 17065.

D. Dans la procédure de l'ordonnance pénale

74. L'ordonnance pénale est classiquement définie comme une proposition de jugement soumise à l'assentiment du prévenu. S'il l'accepte, l'ordonnance pénale devient un jugement définitif et exécutoire (art. 354 al. 3 CPP). Si une opposition est formée, l'affaire revient entre les mains du ministère public qui dispose de plusieurs options : il peut classer la procédure, rendre une nouvelle ordonnance pénale, renoncer à l'ordonnance pénale ou rendre un acte d'accusation ordinaire ou, enfin, maintenir l'ordonnance pénale (art. 355 al. 3 CPP). Dans cette dernière hypothèse, la cause est transférée au tribunal de première instance (art. 356 CPP) et l'ordonnance pénale subsiste alors, mais uniquement en tant qu'elle vaut comme acte d'accusation (art. 356 al. 1 2^e phrase CPP). On relèvera incidemment que le Tribunal fédéral¹²⁷ a récemment affirmé que l'opposition ne pouvait pas être retirée tant que le ministère public n'avait pas décidé quelle voie il souhaitait emprunter, sachant que le retrait de l'opposition n'est possible que lorsque le ministère public décide de maintenir l'ordonnance pénale. Cette jurisprudence est très problématique pour la défense, dans la mesure où l'interdiction de la *reformatio in peius* ne vaut pas en la matière, de sorte que le prévenu prend le risque, au bon vouloir du ministère public, de ne pas pouvoir revenir en arrière, lorsqu'il forme opposition.
75. Le Tribunal fédéral¹²⁸ a admis que le ministère public dispose d'une faculté supplémentaire à celles énumérées à l'art. 356 al. 3 CPP, à savoir de compléter l'état de fait contenu dans l'ordonnance pénale. En effet, un tel complément ne peut pas correspondre à un cas permettant de rendre une nouvelle ordonnance pénale (art. 355 al. 3 let. c CPP), puisque cette faculté suppose qu'un nouveau verdict et/ou une nouvelle sanction soient prononcés, en raison d'éléments nouveaux. Dans une telle hypothèse, l'ordonnance pénale complétée ne constitue pas une nouvelle ordonnance pénale sujette à opposition. Elle doit simplement être transmise au tribunal en vue

¹²⁷ ATF 149 IV 50.

¹²⁸ ATF 145 IV 438.

de la tenue d'une audience de jugement ; elle correspond donc matériellement à une décision de maintien de l'ordonnance pénale, mais avec un état de fait complété. Rappelons ici que le complément ne peut pas ressortir de l'ordonnance de maintien du ministère public¹²⁹.

76. En cas de maintien de l'ordonnance pénale, celle-ci doit fournir les mêmes indications qu'un acte d'accusation, et ce même s'il s'agit d'une simple contravention, puisqu'elle est destinée à jouer le rôle d'un acte d'accusation devant le tribunal de première instance¹³⁰.
77. En application de l'art. 356 al. 2 CPP, le tribunal saisi après maintien de l'ordonnance pénale doit statuer d'office sur la validité de ladite ordonnance ; une ordonnance pénale n'est pas valide non seulement en cas de manquement de nature formelle, mais aussi lorsque son contenu est défaillant, notamment lorsque les faits ne sont pas décrits de manière adéquate et suffisante au regard de la maxime d'accusation¹³¹. Si tel est le cas, le tribunal doit en principe retourner l'accusation au ministère public et non prononcer un acquittement¹³².

VI. Le classement

A. La règle

78. Lorsque le ministère public refuse d'ouvrir une instruction ou clôt son instruction sur le constat qu'il n'y a pas matière à renvoi en jugement ni à rendre une ordonnance pénale, il rend une ordonnance de non-entrée en matière (art. 310 CPP), respectivement une ordonnance de classement (art. 320 CPP).

¹²⁹ Cf. N 31.

¹³⁰ ATF 149 IV 9, consid. 6.3.1 ; ATF 148 IV 445, consid. 1.4.1 ; ATF 145 IV 438, consid. 1.3.1 ; ATF 140 IV 188, consid. 1.4 et 1.5 ; TF 6B_837/2022 du 17 avril 2023, consid. 1.1 ; TF 6B_644/2022 du 9 février 2023, consid. 2.1.

¹³¹ TF 6B_910/2017 du 29 décembre 2017, consid. 2.4 ; TF 6B_848/2013 du 3 avril 2014, consid. 1.3.2.

¹³² ATF 145 IV 438, consid. 1.4 ; ATF 140 IV 188, consid. 1.6 ; TF 6B_910/2017 du 29 décembre 2017, consid. 2.4 ; TF 6B_848/2013 du 3 avril 2014, consid. 1.4 *in fine*.

Lorsque les conditions d'un classement sont données, le ministère public a l'obligation de rendre une ordonnance formelle, sachant que selon le principe de la légalité, toute procédure préliminaire ouverte doit se clore par l'une des voies prévues dans le CPP¹³³.

79. Le classement peut être total ou partiel. Le ministère public rend une ordonnance de classement partiel lorsqu'une partie des complexes de faits instruits fait l'objet d'un abandon de poursuite, tandis que l'autre partie fait l'objet d'un acte d'accusation ou d'une ordonnance pénale. Dans un cas comme dans l'autre, l'ordonnance de classement doit mentionnant expressément les faits que le ministère public renonce à poursuivre, de manière à en définir clairement et formellement les contours¹³⁴.
80. Toutefois, à l'instar de ce qui prévaut en matière d'acquiescement partiel¹³⁵, un classement partiel n'entre en considération que s'il est question de plusieurs complexes de faits indépendants qui nécessitent des sorts procéduraux distincts. En revanche, lorsqu'un même complexe de faits fait l'objet de plusieurs qualifications juridiques envisagées pendant l'instruction et que l'une d'elle est écartée au profit d'une autre, il n'y a pas matière à classement¹³⁶. Le Tribunal fédéral¹³⁷ a retenu que si le ministère public rend, à tort, une ordonnance de classement partiel dans un contexte où il n'est question que d'une appréciation juridique différente d'un même complexe de faits, ce classement – une fois en force – met un terme à l'action pénale s'agissant de ce complexe de faits et le renvoi partiel en jugement effectué parallèlement de manière certes erronée, se heurte malgré tout au principe *ne bis in idem*¹³⁸.
81. Dans un arrêt récent¹³⁹, le Tribunal fédéral a toutefois fait une entorse à ces principes en matière de classement partiel, s'agissant

¹³³ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.5 ; ATF 138 IV 241, consid. 2.4.

¹³⁴ ATF 138 IV 241, consid. 2.5.

¹³⁵ Cf. chap. VII.

¹³⁶ ATF 144 IV 362, consid. 1.3.1 ; TF 6B_653/2013 du 20 mars 2014, consid. 3.2.

¹³⁷ ATF 144 IV 362, consid. 1.4 (classement partiel erroné de la menace et ordonnance pénale pour contrainte, pour le même complexe de faits).

¹³⁸ Cf. chap. IX.

¹³⁹ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.

des faits relatifs à une circonstance aggravante spéciale. Il a ainsi considéré que lorsque le ministère public et la partie plaignante sont en désaccord sur une circonstance aggravante spéciale et que le premier n'entend pas la retenir dans son acte d'accusation, il doit rendre une ordonnance de classement partiel qui ne porte que sur les faits qui fondent la circonstance aggravante afin de permettre à la partie plaignante d'introduire un recours au sens de l'art. 393 al. 1 let. a CPP¹⁴⁰. Ainsi, par exemple, si la partie plaignante soutient qu'il existe une absence de scrupules fondant un assassinat (art. 112 CP) et que le ministère public ne partage pas cette analyse, il doit rendre simultanément un acte d'accusation pour meurtre (art. 111 CP) et une ordonnance de classement partiel qui ne porte que sur les faits relatifs à l'absence de scrupules. Dans ce cas, le classement doit préciser qu'il ne vise que le fait aggravant et non le complexe de faits relatif à l'infraction de base et n'a donc pas force de chose jugée à l'égard de ladite infraction de base¹⁴¹.

82. D'un point de vue dogmatique, cette jurisprudence est critiquable. Le classement ne peut, en principe, qu'être prononcé en lien avec un complexe de faits potentiellement constitutif d'une infraction et non seulement sur un fait isolé. Cela brouille également les cartes sur le terrain de la force de chose jugée, en créant une catégorie inédite de prononcés privés d'une véritable force de chose jugée puisqu'elle ne porte que sur un fait isolé, non constitutif en lui-même d'une quelconque infraction. Enfin, cela rompt le parallélisme entre le régime du classement et de l'acquiescement ; si le tribunal écarte un assassinat figurant dans l'acte d'accusation pour retenir un meurtre, il ne prononce pas un acquiescement partiel pour les faits propres à l'assassinat¹⁴². Cependant, il faut admettre avec le Tribunal fédéral¹⁴³ que d'un point de vue pragmatique, c'est la seule manière d'assurer la nécessaire protection des droits de la partie plaignante lorsque le ministère public refuse de retenir une

¹⁴⁰ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.5.

¹⁴¹ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.6.

¹⁴² Cf. chap. VII.

¹⁴³ ATF 148 IV 93, consid. 2.6.4.

circonstance aggravante spéciale, étant rappelé que l'acte d'accusation lui-même n'est pas sujet à recours (art. 324 al. 2 CPP).

B. L'exception : le classement implicite

83. La jurisprudence¹⁴⁴ a développé la notion de classement implicite pour faire face à des situations dans lesquels il s'avère *a posteriori* que le ministère public n'a pas rendu d'ordonnance de classement, alors qu'il aurait dû le faire selon ce qui a été décrit précédemment¹⁴⁵. Cette configuration ne se présente que dans le contexte du classement partiel, car ce dernier se manifeste par la décision du ministère public de condamner par ordonnance pénale ou de renvoyer en jugement par un acte d'accusation pour certains faits, tout en « oubliant » d'autres complexes de faits. La portée du classement implicite se déterminera par la comparaison entre les faits objet de la procédure préliminaire et les faits finalement retenus dans l'ordonnance pénale ou l'acte d'accusation.
84. La détermination des faits objet de la procédure préliminaire s'effectue en fonction des faits décrits lors de la notification des charges au prévenu par la police et/ou le ministère public, selon l'art. 158 CPP¹⁴⁶. Ce processus doit également tenir compte des faits dénoncés par la partie plaignante qui, même s'ils n'ont jamais fait l'objet d'une notification de charges, s'en trouvent également classés de manière implicite¹⁴⁷.
85. Le Tribunal fédéral¹⁴⁸ a eu l'occasion d'affirmer que le refus du tribunal de donner au ministère public la possibilité de compléter l'accusation à la requête de la partie plaignante ne vaut pas classement implicite des faits concernés.
86. Lorsque le ministère public classe implicitement des faits, c'est la même voie de droit que celle utilisée pour contester une ordonnance

¹⁴⁴ ATF 148 IV 93, consid. 2.6.5 ; ATF 138 IV 241, consid. 2.4 ; ATF 130 IV 90, consid. 2.

¹⁴⁵ Cf. chap. VI/A.

¹⁴⁶ Cf. chap. IV.

¹⁴⁷ ATF 148 IV 93, consid. 2.6.5.

¹⁴⁸ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.8.

de classement formelle qui doit être suivie, soit le recours au sens de l'art. 393 al. 1 let. a et 322 al. 2 CPP¹⁴⁹. Le classement implicite découle de la notification de l'ordonnance pénale ou de l'acte d'accusation, de sorte que le délai de recours de 10 jours (art. 396 al. 1 CPP) court dès la notification de ces prononcés. La jurisprudence¹⁵⁰ a précisé que lorsque l'autorité est saisie d'un recours à l'encontre d'un classement implicite, ce dernier doit être annulé, indépendamment de son bien-fondé, et la cause retournée au ministère public pour qu'il répare ce non-respect de la loi, en rendant une ordonnance formelle de classement qui sera, à son tour, sujette à recours. Il en va également du respect du droit d'être entendu des parties qui est violé, en raison du fait que le classement implicite ne contient, par définition, aucune motivation. La jurisprudence admet exceptionnellement que dans une affaire relativement simple, la violation soit réparée par l'autorité de recours qui pourrait alors se saisir directement du fond et confirmer ou infirmer le classement ; en revanche, une telle démarche est exclue notamment pour des affaires de criminalité économique complexe, imposant le renvoi au ministère public en vue du rendu d'une ordonnance formelle¹⁵¹.

87. En bonne logique, l'omission de recourir contre un classement, même implicite, dans le délai légal, entraîne l'entrée en force dudit classement, doté alors de la force de chose jugée et qui fait obstacle à ce que le tribunal s'en saisisse par le biais d'un complément de l'acte d'accusation (art. 333 CPP), sauf à violer le principe *ne bis in idem*¹⁵².

C. Le classement vs. le complément à l'acte d'accusation

88. La juxtaposition des jurisprudences récentes a complexifié, voire quelque peu brouillé les cartes dans les rapports entre le classement de la procédure¹⁵³ et la faculté de compléter l'accusation selon l'art. 333 al. 1 CPP, dans le contexte d'une procédure avec une partie

¹⁴⁹ ATF 138 IV 241, consid. 2.6.

¹⁵⁰ TF 6B_84/2020, consid. 2.1.3 ; TF 6B_819/2018 du 25 janvier 2019, consid. 3.8.

¹⁵¹ TF 6B_84/2020, consid. 2.1.3 ; TF 6B_819/2018 du 25 janvier 2019, consid. 3.8.

¹⁵² TF 6B_819/2018 du 25 janvier 2019, consid. 1.3.5 ; Cf. au surplus chap. IX.

¹⁵³ Cf. chap. VI.

plaignante qui soutient l'existence d'une circonstance aggravante spéciale que le ministère public rejette (pour les besoins de l'exercice, on retiendra l'exemple d'une partie plaignante qui soutient l'existence de lésions corporelles graves [art. 122 CP], alors que le ministère public ne veut retenir que des lésions corporelles simples [art. 123 CP]). A ce propos, on a vu que :

- une partie plaignante peut revendiquer le droit d'obtenir le complément de l'acte d'accusation pour y faire ajouter des faits aggravants¹⁵⁴ ;
- le ministère public doit statuer par une ordonnance de classement partiel portant uniquement sur les faits aggravants lorsqu'il ne saisit finalement le tribunal que pour l'infraction de base¹⁵⁵ ;
- lorsque le ministère public ne rend pas une ordonnance formelle de classement partiel, l'acte d'accusation ou l'ordonnance pénale qui omet certains faits, implique un classement implicite desdits faits, contre lequel il faut recourir, à défaut de quoi le classement entre en force et fait obstacle à un complément de l'acte d'accusation en cours de jugement, en vertu du principe *ne bis in idem*¹⁵⁶ ;
- le refus par les tribunaux de donner suite à la requête de la partie plaignante de compléter l'accusation ne constitue pas un classement implicite¹⁵⁷.

89. Le problème essentiel que posent ces différents principes jurisprudentiels réside dans l'articulation entre le classement implicite et le droit de la partie plaignante d'obtenir un complément de l'acte d'accusation. Fondamentalement, la partie plaignante ne peut pas obtenir un complément si les faits considérés font l'objet d'un classement en force, par l'effet du principe *ne bis in idem*.

90. Si, saisi d'une plainte/dénonciation pour l'infraction aggravée, le ministère public a correctement appliqué le CPP et ne retient pas

¹⁵⁴ ATF 149 IV 42.

¹⁵⁵ ATF 148 IV 124, consid. 2.6. ; cf. Ch. 81.

¹⁵⁶ Cf. chap. V/B.

¹⁵⁷ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.8.

cette forme aggravée, il prononce une ordonnance de classement partiel pour les faits propres au caractère « grave » des lésions et dresse un acte d'accusation pour des lésions corporelles simples. Il en va de même, que le ministère public ait initialement suivi la partie plaignante en notifiant au prévenu des charges portant sur des lésions graves ou qu'il n'ait d'emblée retenu que des lésions simples. Si le classement n'est pas contesté par un recours ou confirmé par ce dernier, un complément de l'acte d'accusation au sens de l'art. 333 al. 1 CPP est exclu.

91. Si l'on applique les règles relatives au classement implicite, la situation doit être identique lorsque, dans la même situation, le ministère public omet de notifier une ordonnance de classement formel et se contente de dresser un acte d'accusation pour des lésions corporelles simples. Ainsi, un complément de l'acte d'accusation doit également être exclu par l'effet de la force de chose jugée du classement implicite en force. Pourtant, dans l'ATF 148 IV 124¹⁵⁸, le Tribunal fédéral a retenu que faute d'un classement explicite portant sur les faits aggravants, la partie plaignante n'avait aucune possibilité de faire valoir son droit au prononcé d'un verdict de culpabilité portant sur l'infraction qu'elle estime réalisée, de sorte qu'il fallait lui réserver le droit de solliciter un complément de l'acte d'accusation au sens de l'art. 333 al. 1 CPP.
92. De prime abord, cette jurisprudence entre en contradiction avec toute la théorie du classement implicite. La partie plaignante avait en principe la possibilité de recourir contre le classement implicite découlant de l'acte d'accusation lacunaire et ne l'a pas fait, à moins que la question des lésions corporelles graves ne se soit jamais posée au cours de l'instruction. A noter que l'arrêt précité, y compris dans sa version non publiée¹⁵⁹, ne mentionne rien sur les éventuelles actions (contenu de la plainte/dénonciation, charges notifiées, autres requêtes) de la partie plaignante au cours de l'instruction. Lui ouvrir encore une possibilité inédite de rattraper son omission par une extension de l'acte d'accusation viole la maxime *ne bis in idem*. Or, il ne faut pas oublier que la théorie du classement implicite, toute regrettable soit-elle puisqu'elle traduit une activité du

¹⁵⁸ ATF 148 IV 124, consid. 2.6.8.

¹⁵⁹ TF 6B_1404/2020 du 17 janvier 2022.

ministère public contraire au CPP, n'en reste pas moins une nécessité afin de préserver le droit du prévenu à être définitivement fixé sur les faits qui lui sont reprochés.

93. Si telle est la portée générale de cet arrêt, il réduit à néant toute la théorie du classement partiel implicite, qui ne vaudrait dès lors plus rien. La seule hypothèse que l'on peut envisager qui ne remettrait pas tout en cause, serait le cas d'une instruction menée de bout en bout pour l'infraction de base, sans aucune objection de la partie plaignante, puis les faits aggravants apparaissent au cours de la phase de jugement. Toute autre approche revient à dire que le classement implicite ne vaut plus rien.

VII. Le jugement en 1^{ère} instance

94. Dès la réception de l'acte d'accusation par le tribunal de première instance, la litispendance est nouée devant cette juridiction et le ministère public est défait de ses prérogatives décisionnelles, revêtant alors le rôle de simple partie au procès¹⁶⁰.
95. Il doit s'agir d'un acte d'accusation au sens strict du terme, répondant aux exigences des art. 324 ss CPP. Une requête tendant à saisir le tribunal d'une procédure spéciale contre un prévenu irresponsable (art. 374 ss CPP) ne vaut pas acte d'accusation¹⁶¹. Si un prévenu est renvoyé partiellement pour des actes commis en état d'irresponsabilité et partiellement pour des faits commis de manière responsable, le ministère public doit saisir le tribunal par un acte d'accusation ordinaire pour le tout¹⁶².
96. Dès réception du dossier et de l'acte d'accusation, l'art. 329 al. 1 let. e CPP requiert de la direction de la procédure du tribunal de première instance qu'elle procède à un premier examen sommaire¹⁶³ de la régularité de l'acte d'accusation. Le tribunal (et non la direction de la procédure) pourra, le cas échéant, décider de retourner l'accusation au ministère public pour correction et/ou complément

¹⁶⁰ Cf. chap. IV/B/1.

¹⁶¹ ATF 147 IV 93, consid. 1.4.

¹⁶² ATF 147 IV 93, consid. 1.4.3.

¹⁶³ TF 1B_703/2011 du 3 février 2012, consid. 2.6.

de l'acte d'accusation, aux conditions des art. 329 al. 2 et 333 CPP¹⁶⁴. Il s'agit d'un examen informel qui n'est sanctionné par aucune décision formelle notifiée aux parties, pas plus qu'il n'existe de voie de droit à son encontre ; si, de prime abord, l'acte d'accusation paraît valide, les débats sont appointés et les parties disposent de toute latitude pour faire valoir leurs arguments durant les débats¹⁶⁵. A noter encore que le Tribunal fédéral considère que ce premier examen de l'acte d'accusation par la direction de la procédure n'empêche aucune prévention justifiant la récusation du juge¹⁶⁶.

97. Le tribunal doit purger sa saisine et pour ce faire, il dispose de trois possibilités. Il peut tout d'abord renvoyer l'accusation au ministère public, par exemple pour complément d'instruction ou de l'acte d'accusation (art. 329 al. 2 CPP), voire en cas de retrait de l'acte d'accusation par le ministère public¹⁶⁷. S'il existe un empêchement de procéder (*ne bis in idem*, prescription, retrait de plainte, décès du prévenu), le tribunal procède au classement de la procédure (art. 329 al. 4 CPP) ; à noter que s'il y a matière à classement partiel¹⁶⁸, l'art. 329 al. 5 CPP permet le rendu ultérieur de l'ordonnance de classement, simultanément au jugement au fond. Enfin, la troisième possibilité est la tenue du procès au terme duquel un jugement sera rendu sur le fond.
98. Lorsqu'il n'y pas d'obstacle à la poursuite, le tribunal va rendre un jugement, processus au cours duquel l'acte d'accusation joue un rôle déterminant, à plusieurs égards. Tout d'abord, il délimite strictement le cadre factuel dont le tribunal est saisi ; ce dernier ne peut pas s'en écarter ni le compléter pour fonder un verdict de culpabilité¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Cf. chap. IV/B/3. Toutefois, le classement par le tribunal n'est possible que pour un empêchement de procéder.

¹⁶⁵ ATF 141 IV 20, consid. 1.5.4.

¹⁶⁶ TF 1B_703/2011 du 3 février 2012, consid. 2.6.

¹⁶⁷ Cf. chap. IV/B/4.

¹⁶⁸ Cf. chap. V/A.

¹⁶⁹ Cf. chap. IV/A.

99. La jurisprudence admet toutefois que le tribunal peut ajouter des faits complémentaires ou secondaires¹⁷⁰, lorsque l'administration des preuves révèle que, sur certains points, les faits se sont déroulés différemment de ceux présentés dans l'acte d'accusation et pour autant que les modifications ne portent pas sur des points déterminants pour la qualification juridique des faits et que le prévenu ait eu l'occasion de s'exprimer à ce sujet¹⁷¹. Ainsi, par exemple, s'agissant d'une infraction de menace, le fait que le recourant menaçait de frapper « alors » qu'il tenait une boîte de cure-dents à la main selon l'acte d'accusation, ou « avec » cette boîte selon le jugement, constitue une circonstance complémentaire qui n'a aucune influence sur l'appréciation juridique et qui est donc admissible¹⁷². De même, le Tribunal fédéral a admis que le prévenu soit condamné pour avoir frappé une personne avec un tesson de bouteille alors que l'acte d'accusation évoquait un couteau, s'agissant de deux objets tranchants¹⁷³. En revanche, constitue un fait déterminant qui s'écarte indument de l'acte d'accusation, la condamnation d'un médecin pour escroquerie pour avoir facturé des consultations n'ayant pas eu lieu, alors que l'acte d'accusation visait des prestations de soin facturées ne correspondant pas aux maux du patient et avec une date de consultation ne correspondant pas à la réalité¹⁷⁴.
100. Selon la jurisprudence¹⁷⁵, le tribunal peut s'écarter de la forme de participation et retenir la complicité (art. 25 CP) plutôt que la coactivité retenue dans l'acte d'accusation, parce qu'il s'agit d'une question de droit et non de fait, et ce pour autant que l'hypothèse d'une participation secondaire puisse être déduite comme une possibilité dans les faits énoncés par l'acte d'accusation. L'exercice inverse ne nous apparaît possible que si cela découle d'une

¹⁷⁰ Cf. N 17.

¹⁷¹ TF 6B_1239/2021 du 5 juin 2023, consid. 1.2 ; TF 6B_239/2022 du 22 mars 2023, consid. 4.3 ; TF 6B_583/2021 du 2 novembre 2022, consid. 4.2.3 ; TF 6B_954/2021 du 24 mars 2022, consid. 1.2.

¹⁷² TF 6B_1254/2022 du 16 juin 2023, consid. 3.2 *in fine*.

¹⁷³ TF 6B_1239/2021 du 5 juin 2023, consid. 1.3.1-1.3.2.

¹⁷⁴ TF 6B_125/2020 du 8 juin 2020, consid. 1.3.3.

¹⁷⁵ TF 6B_155/2021 du 18 mars 2022, consid. 1.2 ; TF 6B_873/2015 du 20 avril 2016, consid. 1.4.

appréciation juridique différente des faits retenus dans l'acte d'accusation ; tel est le cas si le tribunal retient comme établis les faits reprochés dans l'acte d'accusation, mais les qualifie de coactivité. En revanche, si le tribunal parvient à la conviction que le rôle secondaire du prévenu décrit dans l'acte d'accusation (il a fourni l'arme du crime) est erroné et que sa contribution à l'infraction était autre (il a tiré sur la victime), il s'agit d'une modification de l'état de fait qui ne peut être retenue que moyennant un complément de l'acte d'accusation. S'agissant de l'instigation (art. 24 CP), la situation semble plus délicate, car d'un point de vue factuel, il s'agit de deux types de comportements distincts qui ne se recoupent pas. Commettre l'infraction ou pousser un tiers à le faire relève de deux actions complètement différentes, nécessitant alors un complément de l'acte d'accusation. On peut admettre une exception lorsque l'auteur se voit reprocher des faits relevant de la coactivité intellectuelle, laquelle, dans sa description factuelle, peut se recouper avec les éléments d'une instigation (organiser, planifier et convenir que c'est un tiers qui accomplira les actes).

101. Le raisonnement qui précède peut être repris *mutatis mutandis* en matière de degré de réalisation. Lorsque les faits décrits dans l'acte d'accusation évoquent une infraction consommée (le prévenu a tiré sur la victime et l'a tuée), une tentative (art. 22 CP) apparaît nécessairement incluse (on retire l'élément de fait relatif à la mort de la victime) par un raisonnement *a maiore minus*¹⁷⁶. En revanche, le raisonnement inverse n'est pas possible, car l'élément de fait qui marque la consommation de l'infraction (la victime est morte) fait alors défaut, si l'acte d'accusation ne retient que la tentative (il a tiré, mais la victime n'est pas morte).
102. S'agissant des circonstances aggravantes ou atténuantes spéciales, si le tribunal ne peut évidemment pas retenir les premières sans un énoncé de faits correspondant dans l'acte d'accusation, le tribunal doit pouvoir se saisir d'éventuels faits atténuants, même s'ils ne

¹⁷⁶ TF 6B_873/2015 du 20 avril 2016, consid. 1.4 : le Tribunal fédéral envisage ce raisonnement en matière de degré de réalisation, sans trancher la pertinence de celui-ci ; SIMEONI, 201.

figurent pas dans l'acte d'accusation¹⁷⁷. Tel est le cas, par exemple, si l'acte d'accusation retient un meurtre (art 111 CP) alors que le tribunal considère que le prévenu a commis un meurtre à la demande de la victime (art 114 CP), ce qui suppose l'adjonction de deux faits supplémentaires, soit la demande de la victime et le mobile honorable. Ce raisonnement nous semble devoir s'imposer, puisque ce processus est favorable à la thèse du prévenu, de sorte que ses droits que protège la maxime d'accusation ne sont touchés que d'une manière qui lui est favorable. Certaines circonstances atténuantes spéciales n'appellent toutefois pas nécessairement l'adjonction d'un fait complémentaire ; tel est le cas, par exemple des lésions corporelles graves (art. 122 CP) par rapport aux lésions simples (art. 123 CP) ou de l'assassinat (art. 112 CP) par rapport au meurtre (art. 111 CP). Si le tribunal retient que les éléments de faits qui fondent la gravité de la lésion ne sont pas établis, il condamne alors pour des lésions corporelles simples. De même, s'il écarte les faits qui fondent l'absence de scrupules de l'auteur d'un homicide, c'est alors un verdict pour meurtre qui sera rendu.

103. Dans le processus d'appréciation des preuves permettant d'établir les faits, le juge peut s'appuyer sur des faits non mentionnés dans l'acte d'accusation pour établir les faits retenus dans l'acte d'accusation, même, le cas échéant, si ces faits sont atteints par la prescription¹⁷⁸.
104. Du côté de la défense, il est toujours possible de plaider toutes sortes de faits contraires, permettant de démontrer que l'infraction n'a pas été commise ou commise différemment, qu'il existe des motifs justificatifs¹⁷⁹ ou une diminution de responsabilité ; de même, l'acte d'accusation n'a pas à évoquer des scénarios alternatifs qui permettraient au prévenu d'obtenir un acquittement¹⁸⁰.
105. L'acte d'accusation joue encore un rôle central, dans la mesure où il constitue l'objet du procès, respectivement de la saisine du tribunal.

¹⁷⁷ JOSI, 94 ; SIMEONI, 201 ; TF 6B_754/2013 du 26 novembre 2013, consid. 1.1, TF 6B_267/2008 du 9 juillet 2008, consid. 4.5.2.

¹⁷⁸ TF 6B_892/2020 du 16 février 2021, consid. 7.3.5 ; TF 6B_189/2014 du 2 octobre 2014, consid. 5.3 ; TF 6B_457/2012 du 6 mai 2013, consid. 2 ; JOSI, 79.

¹⁷⁹ GRODECKI, 22 ; TF ; 6B_221/2014 du 5 juin 2014, consid. 1.

¹⁸⁰ TF 6B_466/2012 du 8 novembre 2012, consid. 1.4.

En d'autres termes, l'acte d'accusation représente la liste exhaustive des questions auxquelles le tribunal doit répondre, s'agissant des chefs d'accusation reprochés au prévenu ; il ne peut se saisir d'une question qui ne s'y trouverait pas et doit se saisir de toutes les questions qui s'y trouvent. Afin de s'assurer que ce principe soit respecté, il faut établir une comparaison entre le dispositif du jugement et les chefs d'accusation figurant dans l'acte d'accusation¹⁸¹.

106. Pour chaque complexe de faits retenu dans l'acte d'accusation, le tribunal doit rendre un verdict d'acquiescement ou de condamnation (sous réserve toujours d'un classement). Dès lors, si le juge retient une qualification juridique des faits différente de celle retenue dans l'acte d'accusation (art. 344 et 350 al. 1 CPP), cela n'entraîne pas le prononcé d'un acquiescement pour l'infraction qu'avait retenue, à tort, le ministère public, mais uniquement le prononcé d'un verdict de culpabilité pour l'infraction retenue par le tribunal¹⁸². Il en va de même lorsque le tribunal retient une autre forme de participation ou de degré de réalisation que celle retenue dans l'acte d'accusation (complicité au lieu de coactivité, infraction tentée plutôt que pleinement consommée)¹⁸³. Si pour un même complexe de faits, l'acte d'accusation propose plusieurs qualifications juridiques en concours idéal, mais que le tribunal ne les retient pas toutes, il n'y a pas plus matière au prononcé d'un acquiescement¹⁸⁴. A noter que ces règles s'appliquent *mutatis mutandis* au classement partiel¹⁸⁵.
107. Selon le Tribunal fédéral¹⁸⁶, en cas d'unité d'action (*Tateinheit*), il faut rendre un verdict global de culpabilité ou d'acquiescement, même s'il

¹⁸¹ ATF 142 IV 378, consid. 1.3 ; JOSI, 75.

¹⁸² SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 351 N 2 ; CR CPP-JORNOT, art. 351 N 3 ; BSK StPO-HAURI/VENETZ, Art. 344 N 17 ; ATF 142 IV 378, consid. 1.3 ; TF 6B_941/2018 du 6 mars 2019, consid. 1.3.4 ; TF 6B_1025/2014 du 9 février 2015, consid. 2.3.1 ; TF 6B_99/2012 du 14 novembre 2012, consid. 5.5 (condamnation pour meurtre au lieu d'assassinat) ; TF 6B_574/2012 du 28 mai 2013, consid. 2.4.2 (violation simple des règles de la circulation au lieu de grave).

¹⁸³ BSK StPO-HEIMGARTNER/NIGGLI, Art. 351 N 6 ; CR CPP-JORNOT, art. 351 N 3.

¹⁸⁴ TF 6B_254/2015 du 27 août 2015, consid. 3.2.

¹⁸⁵ Cf. chap. VI/A.

¹⁸⁶ ATF 142 IV 378, consid. 1.3.

écarte une partie des faits retenus dans l'acte d'accusation. En revanche, en cas de pluralité d'actions (*Tatmehrheit*), un verdict distinct doit être rendu pour chaque complexe de faits pris individuellement ; cette règle vaut aussi lorsqu'un ou plusieurs actes retenus dans l'acte d'accusation sont déterminants pour la qualification juridique (p. ex. en cas de métier), mais que tous les actes ne sont pas établis¹⁸⁷.

108. Lorsque le ministère public a opté pour un acte d'accusation alternatif ou subsidiaire en lien avec un même complexe de faits, le tribunal ne prononce pas d'acquiescement pour la version qu'il ne retient pas, mais rend uniquement un verdict de culpabilité en lien avec la version qu'il retient¹⁸⁸.

VIII. Le jugement en appel

109. La procédure d'appel dirigée contre un jugement de première instance ne présente que peu de particularité, s'agissant de la thématique qui nous occupe. En effet, fondamentalement, les règles qui gouvernent la procédure de première instance s'appliquent aussi en appel (art. 379 CPP), de sorte que l'essentiel de ce qui a été dit à propos de la procédure en première instance vaut *mutatis mutandis* en appel. La nuance essentielle tient aux limites du pouvoir d'examen de la juridiction d'appel découlant de la maxime de disposition et de l'interdiction de la *reformatio in pejus* (art. 391 et 404 al. 1 CPP) ; en résumé, la juridiction ne peut pas aller au-delà des conclusions des parties et ne peut pas aggraver le sort du prévenu sur seul appel de ce dernier.
110. Tout d'abord, la violation des dispositions relatives à la maxime d'accusation constitue évidemment un grief que les parties peuvent soulever en appel dans le contexte de l'art. 398 al. 3 CPP. Une partie plaignante à qui l'on a refusé une modification de l'acte d'accusation sera notamment légitimée à recourir en invoquant une violation de l'art. 333 CPP, sachant que la décision y relative est de nature

¹⁸⁷ ATF 142 IV 378, consid. 1.3.

¹⁸⁸ ATF 142 IV 378, consid. 1.3.

incidente et qu'elle ne cause en principe aucun préjudice irréparable, de sorte qu'un recours séparé immédiat apparaît exclu¹⁸⁹.

111. Selon la jurisprudence¹⁹⁰, la faculté d'inviter le ministère public à compléter l'acte d'accusation selon l'art. 333 al. 1 CPP existe également en appel, dans la limite des conclusions prises par les parties et de l'interdiction de la *reformatio in pejus*. Cela vaut même en cas de renvoi de la procédure par le Tribunal fédéral qui a constaté une précédente violation de la maxime d'accusation¹⁹¹. En revanche, l'hypothèse d'ajouter une nouvelle infraction au sens de l'art. 333 al. 2 CPP est exclue en appel, sauf à priver les parties du double degré d'instance¹⁹².
112. De même, le juge d'appel peut aussi retenir une autre qualification juridique de l'état de fait figurant dans l'acte d'accusation, en respectant l'art. 344 CPP, à savoir que les parties sont informées et invitées à se déterminer sur la nouvelle qualification juridique envisagée¹⁹³.
113. La saisine erronée du tribunal par une requête tendant à l'ouverture d'une procédure spéciale contre un prévenu irresponsable, alors qu'un acte d'accusation en procédure ordinaire s'imposait constitue une violation grave de la loi, à telle enseigne qu'il s'agit d'un cas imposant à la juridiction d'appel de s'écarter de la maxime de disposition (art. 404 al. 2 CPP) et d'annuler le jugement, même sans qu'une conclusion n'ait été prise dans ce sens. Le jugement doit être annulé et la cause retournée au ministère public en vue de la rédaction d'un acte d'accusation en procédure ordinaire¹⁹⁴.

¹⁸⁹ SIMEONI, 209-210.

¹⁹⁰ ATF 149 IV 42, consid. 3.2 ; ATF 148 IV 124, consid. 2.6.3 ; ATF 147 IV 167, consid. 1.4.

¹⁹¹ ATF 149 IV 42, consid. 2.6.8.

¹⁹² ATF 148 IV 124, consid. 2.6.3 ; ATF 147 IV 167.

¹⁹³ TF 6B_1281/2022 du 15 mai 2023, consid. 2.1 et 2.3 ; TF 6B_977/2020 du 27 janvier 2022, consid. 3.2 ; TF 6B_352/2018 du 27 juillet 2018, consid. 3.2.2.

¹⁹⁴ ATF 147 IV 93, consid. 1.5.

IX. La force de chose jugée – *ne bis in idem*

114. Le principe *ne bis in idem* est consacré par le droit conventionnel et constitutionnel aux art. 14 § 7 du Pacte ONU II, 4 ch. 1 du Prot. 7 CEDH et découle implicitement de l'art. 8 Cst.¹⁹⁵. Il est réceptionné dans la loi formelle à l'art. 11 al. 1 CPP. Il constitue le corollaire de l'autorité de chose jugée des décisions antérieures¹⁹⁶.
115. Ce principe interdit à la fois la double punition et la double poursuite en Suisse, à raison de la commission d'une infraction qui a été condamnée ou acquittée par un jugement définitif doté de la force de chose jugée, soit un jugement au fond qui n'est pas susceptible d'un recours ordinaire ou contre lequel les parties ont épuisé les voies de recours ou encore ont laissé s'écouler les délais pour les exercer (art. 438 CPP).
116. En application de l'art. 320 al. 4 CPP, une ordonnance de classement en force déploie les mêmes effets qu'un jugement d'acquiescement¹⁹⁷. Lorsqu'un classement en force est rendu en lien avec un renvoi en jugement, le tribunal saisi ne peut plus se saisir des infractions classées sans violer le principe *ne bis in idem*¹⁹⁸. Rappelons que la seule limite au principe se trouve dans la révision (art. 410 ss CPP) ou une reprise de la procédure précédemment classée (art. 323 CPP) qui sont réservées par les art. 11 al. 2 CPP et 4 ch. 1 du Prot. 7 CEDH.
117. Le principe *ne bis in idem* constitue un obstacle absolu à la poursuite pénale, de sorte que toute autorité pénale saisie d'une nouvelle

¹⁹⁵ ATF 137 I 363, consid. 2.2.

¹⁹⁶ BSK StPO-TAG, Art. 11 N 14 ; JEANNERET/KUHN, N 4024 ; ATF 119 Ib 311, consid. 3/a ; ATF 118 IV 271 ; ATF 116 IV 264.

¹⁹⁷ ATF 144 IV 362, consid. 1.3.2 ; ATF 143 IV 104, consid. 4.2.

¹⁹⁸ ATF 144 IV 362, consid. 1.3 et 1.4. A la différence de l'ordonnance de non-entrée en matière qui n'est dotée que d'une force de chose jugée limitée (ATF 144 IV 81, consid. 2.3.5).

procédure doit aussitôt procéder d'office au classement de la procédure (art. 310 al. 1 let. b, 319 al. 1 let. d et 329 al. 4 CPP)¹⁹⁹.

118. Suite à une clarification bienvenue de la Cour européenne des droits de l'homme²⁰⁰, la portée du principe *ne bis in idem* est de nature strictement factuelle. En d'autres termes, il est interdit de poursuivre ou de juger une même personne (identité d'auteur) une seconde fois, pour autant que la deuxième procédure ait pour origine « des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes » (identité des faits), abstraction faite de toutes considérations relatives à la qualification juridique retenue ou écartée par l'autorité pénale. Cet examen de l'identité des faits doit être effectué à la lumière des faits tels qu'ils découlent de l'acte d'accusation et du jugement définitif, pour être ensuite confrontés aux faits retenus dans la nouvelle procédure, tels qu'ils ressortent de la communication des charges au prévenu, puis d'un éventuel nouvel acte d'accusation ou d'un nouveau jugement²⁰¹.
119. On retrouve ici l'expression de l'importance cruciale des faits, puisque ce sont eux qui, une fois jugés, sont dotés de la force de chose jugée et verrouillent toute possibilité de nouvelles poursuites, même si elles se fondent sur d'éventuelles nouvelles qualifications juridiques auxquelles la première autorité n'avait pas pensé.

X. Conclusion

120. La maxime d'accusation revêt une importance cardinale pour l'équité du procès pénal. On peut, peut-être, regretter que la jurisprudence ne soit pas toujours très claire et cohérente à propos du caractère acceptable ou non des erreurs et approximations qui affectent les actes d'accusation, avec un sentiment parfois de pragmatisme, aux dépens des principes juridiques. On voit souvent

¹⁹⁹ ATF 144 IV 362, consid. 1.3.2 ; ATF 143 IV 104, consid. 4.2 ; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 11 N 3 ; JEANNERET/KUHN, N 4086 ; BSK StPO-TAG, Art. 11 N 13.

²⁰⁰ ACEDH Zolotoukhine c/ Russie, 10.02.2009 (requête 14939/03), § 82-83 ; ATF 144 IV 362, consid. 1.3.2 ; ATF 137 I 363, consid. 2.1 ; TF 6B_503/2015 du 24 mai 2016, consid. 1, non publié in ATF 142 IV 276 ; TF 6B_704/2012 du 3 avril 2013, consid. 1.1.

²⁰¹ JEANNERET/KUHN, N 4084.

le Tribunal fédéral faire preuve de grande indulgence à l'égard du ministère public et pardonner des imprécisions ou des lacunes par l'affirmation que, dans tous les cas, le prévenu avait compris ce qui lui était reproché et que l'acte d'accusation défaillant n'avait exercé aucun effet sur la stratégie de défense choisie par le prévenu.

121. La question la plus délicate est sans doute celle de l'articulation entre le classement et le complément de l'acte d'accusation, la jurisprudence de ces dernières années étant complexe et parfois contradictoire. *De lege ferenda*, une piste que nous pourrions suggérer pour y remédier consisterait à supprimer la voie du complément de l'art. 333 CPP et simultanément créer un contrôle juridictionnel de l'acte d'accusation et du classement partiel éventuel y relatif, avant la saisine du tribunal. Il suffirait pour ce faire de créer une voie de recours complète contre l'acte d'accusation dans son ensemble, y compris en tant que des faits sont classés. Le contrôle, puis les éventuels compléments pourraient s'effectuer à ce stade et de manière définitive. Alternativement et à l'image de ce qui se pratiquait à Genève sous l'empire de l'ancien code cantonal²⁰², l'acte d'accusation pourrait passer obligatoirement par le filtre d'un tribunal²⁰³ chargé de son contrôle. Cela présenterait le double avantage de clarifier définitivement le cadre des faits renvoyés en jugement avant le début du procès, puis de libérer le tribunal de cette tâche un peu hybride de contrôle et de complément de l'acte d'accusation, ce qui le contraint à préjuger un peu et à adopter le regard de l'autorité de poursuite qui n'est pas compatible avec son rôle de juge du fond.
122. On a enfin relevé une lacune de la loi en relation avec la procédure simplifiée. Il n'existe aucun mécanisme légal satisfaisant pour procéder au classement des faits sur lesquels les parties s'accordent pour un abandon des charges. Pour y remédier, il suffirait de modifier la loi pour faire en sorte que ces faits abandonnés soient mentionnés dans l'acte d'accusation, de sorte que le classement et la condamnation entrent en force simultanément.

²⁰² Art. 210 à 211 aCPP/GE.

²⁰³ Il s'agissait de la Chambre d'accusation à Genève ; cette tâche pourrait revenir à l'autorité de recours.

Bibliographie

ACKERMANN JÜRG-BEAT/VETTERLI LUZIA, Brisante Aspekte der neuen Anklageschrift – nach EMRK, BV und Schweizerischer Strafprozessordnung, RPS 2008, 193

GRODECKI STEPHANE, Portée pratique du principe de l'accusation, Forumpoenale 1/2015, 20 ss

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne 2018

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE, Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019

JOSI CHRISTIAN, « Kurz und klar, träf und wahr » – die Ausgestaltung des Anklageprinzips in der Schweizerischen Strafprozessordnung, RPS 2009, 73 ss

MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (édit.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Bâle 2021 (cité : CR Cst.-AUTEUR)

NIGGLI MARCEL/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (édit.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, Bâle 2014 (cité : BSK StPO-AUTEUR)

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zurich 2023 (cité : SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar)

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zurich 2023 (cité : SCHMID/JOSITSCH, Handkommentar)

SCHUBARTH MARTIN, Praktische Probleme der Konkretisierung des Akkusationsprinzipes, RPS 2010, 173 ss

SIMEONI MANON, La modification de l'acte d'accusation au sens de l'art. 333 al. 1 CPP, RPS 2020, 187 ss

La preuve par indices en procédures civile, pénale et administrative

par

Valentin Rétornaz

Juge au Tribunal des districts d'Hérens et Conthey

I. Introduction.....	217
A. Un peu de philosophie... ..	217
B. Beaucoup d'histoire... ..	219
1. La Grèce antique : ARISTOTE.....	219
2. Rome : QUINTILIEN et le <i>Corpus Iuris Civilis</i>	220
3. L'époque médiévale : Le <i>Liber Extra</i> et TANCRÈDE DE BOLOGNE.....	223
C. Leçons pour le temps présent.....	225
1. Deux regards sur la preuve par indices	226
2. Choisir ou ne pas choisir	226
3. Annonce de plan.....	229
II. Le concept de preuve par indices	230
A. La définition prétorienne.....	230
1. La conception en matière pénale.....	230
2. La conception en matière civile	232
3. La conception en matière administrative	234
B. Comparaison des différentes approches	236
1. Les similitudes entre les différentes conceptions.....	236
2. Le recours sporadique à une approche normative	238

C. Approche générale.....	239
1. Définition.....	240
2. L' <i>abduction</i> : mécanisme fondamental de la preuve par indice.....	240
D. Présomption de fait et preuve par indices.....	243
1. Définition de la présomption de fait	243
2. Différence avec la preuve par indices.....	244
III. L'acquisition des indices en procédure.....	246
A. La preuve par indice et le fardeau de l'allégation.....	246
1. Nécessité d'alléguer les indices	246
2. La structuration de l'exposé.....	247
B. La preuve par indice et la maxime inquisitoire illimitée.....	249
IV. L'appréciation de la preuve par indice.....	250
A. Quelques considérations mathématiques.....	251
1. La <i>probabilité cumulée</i> et la <i>probabilité conditionnelle</i>	251
2. Calcul de la force probante des indices	253
B. Quelques principes cardinaux.....	255
1. La difficile application du modèle mathématique.....	255
2. Règles de prudence déduites du <i>Théorème de Bayes</i>	257
C. L'appréciation d'un faisceau d'indices	261
1. Relations entre les indices et le fait à prouver	262
a) Le « cercle d'indices »	262
b) La « chaîne d'indices ».....	264
2. La saine critique des règles d'expérience.....	267
V. Conclusion.....	268
Bibliographie	270

I. Introduction

1. La question qui va nous occuper présuppose tout d'abord qu'on ait répondu à une première interrogation : quel rôle jouent les faits dans l'application du droit et pourquoi leur reconstitution en procédure est souvent frappée du sceau de la difficulté ? Nous tenterons d'y apporter un semblant de réponse dans un premier chapitre à l'orientation philosophique (A). Ensuite, nous nous pencherons sur l'histoire de la preuve par indices, qui remonte à l'Antiquité (B) avant de tirer les premières conclusions quant à la manière dont la question doit être abordée (C).

A. Un peu de philosophie...

2. A la différence d'autres sciences humaines, le droit poursuit des buts éminemment concrets¹. Sa mise en œuvre participe de son existence. Sans cette étape, l'ordre juridique demeure à l'état de vœux pieux. L'incarnation de l'ordre juridique dans la société humaine étant le fait des Hommes eux-mêmes, ceux-ci ne peuvent compter sur un quelconque démiurge pour les assister dans cette lourde tâche. A moins que le droit ne soit volontairement respecté, et donc spontanément incarné, la société humaine s'est donné un corpus de règles dont la seule raison d'être est de permettre la régulière application du droit².
3. Mais les difficultés ne s'arrêtent pas là. La plupart des règles de droit sont conçues pour s'appliquer à un état de fait donné et présupposent donc que celui-ci soit établi. La reconstitution de l'état de fait pertinent se trouve ainsi placée au centre du processus de mise en œuvre du droit. Elle doit être faite de telle manière à

¹ Le raisonnement juridique ne se limite pas à déclarer qu'une norme est applicable dans un certain contexte, mais il implique également qu'un individu adopte un comportement précis en fonction de ce résultat, cf. le concept de « *pragmatic law-application* » développé par DUARTE D'ALMEIDA.

² On aura reconnu sans difficulté les « *rules of adjudications* » telles que formulées par Herbert Lionel Adolphus HART. Le concept est loin d'être une vue de l'esprit dépourvue de toute implication pratique, cf. HOWARTH/WILSON STARK, 76 ss.

correspondre le plus possible à la réalité³. Le sujet appliquant le droit, et qui doit donc procéder à la reconstitution des faits, n'a que très rarement une connaissance directe de ceux-ci⁴. La reconstitution des faits est donc la plupart du temps un processus *médiatisé*, en ce sens qu'elle intervient grâce à d'autres éléments dont la connaissance permet d'arriver à la conclusion que tel fait s'est produit ou va se produire. Ces éléments sont communément appelés moyens de preuve et tout code de procédure contient des dispositions y relatives⁵.

Le juge pénal chargé d'une accusation pénale de délit de chauffard (90 al. 4 LCR), le juge civil traitant de l'action récursoire contre le conducteur du véhicule (art. 65 al. 3 LCR) ou le fonctionnaire envisageant de retirer à l'intéressé son permis de conduire (art. 16c al. 1 let. a et 2 let. abis LCR) doivent tous établir la vitesse à laquelle le véhicule roulait au moment de l'accident. N'étant pas dans l'habitacle à ce moment, ils n'en ont pas eu de connaissance directe. Les faits pourront toutefois être établis sur la base du relevé d'un appareil radar, des déclarations d'un des passagers, qui aura vu l'aiguille du compteur de vitesse passer le chiffre 200, ou en visionnant une vidéo, postée sur les réseaux sociaux par le conducteur, dans laquelle il se vante de ses prouesses.

³ SUMMERS, 498.

⁴ Une des rares exceptions est celle de l'arrestation d'un individu en train de commettre une infraction pénale, le fameux *flagrant délit*, qui fait d'ailleurs l'objet de dispositions particulières du Code de procédure pénale (cf. art. 217 al. 1 let. a et 218 al. 1 let. a CPP). Dans ce cas, la personne procédant à l'arrestation, la police ou tout autre particulier est en mesure d'établir les faits qui se produisent sous ses yeux et d'agir en conséquence. Pour la matière administrative, on mentionnera la saisie immédiate du permis de conduire par le policier ayant lui-même constaté la violation des règles de conduite (cf. art. 30 al. 2 OCR) ou la décision d'arrêt des travaux prise par l'autorité de délivrance du permis de construire suite au constat opéré sur place de sa violation (cf. art. 56 LC-VS). On peut également mentionner l'application des règles relatives à la police de l'audience par le juge présidant la séance (art. 128 CPC ainsi que les art. 63 et 64 CPP).

⁵ Art. 168 à 196 CPC et art. 139 à 195 CPP. En matière administrative, les lois renvoient fréquemment aux dispositions applicables en matière civile (cf. art. 12, 16 al. 1, 17 et 19 PA) ou, plus ponctuellement, à celles du Code de procédure pénale (cf. art. 28 al. 1 let. b LPJA-VS).

4. Il arrive fréquemment que la reconstitution des faits ne soit qu'une maigre reconstruction⁶. Une des explications est l'insuffisance des moyens de preuve à dispositions en raison des circonstances particulières de l'affaire⁷, des règles relatives à l'admissibilité desdits moyens de preuve⁸ ou de l'absence d'obligation des parties de collaborer à la manifestation de la vérité en faisant spontanément état des moyens de preuve qui leur sont défavorables⁹. Par ailleurs, le fait que la procédure soit inscrite dans un intervalle de temps limité¹⁰ peut également faire obstacle à la collecte de tous les moyens de preuve qui permettraient une parfaite reconstitution des faits. C'est dans ce contexte qu'intervient la preuve par indice. Celle-ci permet de combler les lacunes en déduisant certains faits partir d'autres.

B. Beaucoup d'histoire...

5. La preuve par indice est un procédé intellectuel ancien, qui était connu des orateurs l'Antiquité et dont la réflexion demeure en grande partie d'actualité. C'est pourquoi il nous paraît indiqué de retracer une brève histoire du concept, car celle-ci permet de mettre en évidence tous les termes du débat autour de la notion. Nous commencerons avec la Grèce antique en la personne d'ARISTOTE (1), poursuivrons en passant par Rome et QUINTILIEN (2) avant de conclure par une présentation du droit médiéval, plus particulièrement du droit canon (3).

1. La Grèce antique : ARISTOTE

6. ARISTOTE distingue soigneusement entre les démonstrations¹¹ « inartificielles », qui correspondent *grosso modo* à nos moyens de

⁶ SUMMERS, 501 ss.

⁷ SUMMERS, 505 ce qui, selon l'auteur, peut entraîner une modification de l'ordre juridique de manière à permettre de trancher malgré cette insuffisance.

⁸ SUMMERS, 502.

⁹ SUMMERS, 503. On aura reconnu le spectre de la fameuse *pre-trial discovery*.

¹⁰ SUMMERS, 504.

¹¹ C'est ainsi qu'il nous a paru indiqué de traduire le terme grec *πίστις* qui comporte la même racine que le verbe « croire » et qui se rapporte aussi bien à la croyance

preuve et les démonstrations « artificielles » qui impliquent l'utilisation de la technique oratoire¹². Ces dernières peuvent reposer sur un « signe » qui peut être « irréfutable »¹³. Les exemples de signes irréfutables donnés par Aristote peuvent être vus comme des indices crédibles selon les connaissances et les mœurs de l'époque¹⁴.

2. Rome : QUINTILIEN et le *Corpus Iuris Civilis*

7. L'influence des penseurs grecs dans la Rome antique n'est plus à présenter¹⁵. Cela vaut aussi pour la question des indices. Dans sa célèbre somme consacrée à l'art oratoire, QUINTILIEN reprend les distinctions établies par ARISTOTE¹⁶ et les développe quelque peu. Notre auteur distingue ainsi trois catégories de preuves artificielles, soit les signes, les arguments et les exemples¹⁷. La différence entre les signes et les arguments résidant dans le fait que les premiers ne dépendent pas de l'orateur mais « *viennent à lui avec la cause* » et sont

en tant que telle qu'à tout ce qui est de nature à créer ladite croyance. Le dictionnaire Bailly recense des traductions aussi variées que « serment », « contrat », « pacte » ou « gage ».

¹² HUBERT, 15. Les adjectifs français « technique » et « artificiel » ont la même traduction en grec ancien (ἐντεχνος, α, ον). Cela ressort du passage pertinent de la Rhétorique (Livre I Chapitre II) : « Τῶν δὲ πίστεων αἱ μὲν ἄτεχνοι εἰσιν αἱ δ'ἐντεχνοί. Ἀτεχνοὶ τε δὲ λέγω ὅσα μὴ δι' ἡμῶν πεπóρισται ἀλλὰ προῦπῆρχεν οἷον μάρτυρες βάσανοι συγγραφαὶ καὶ ὅσα τοιαῦτα ἐντεχνα δὲ ὅσα διὰ τῆς μεθόδου καὶ δι' ἡμῶν κατασκευασθῆναι δυνατόν ὥστε δεῖ τούτων τοῖς μὲν χρῆσασθαι τὰ δὲ εὐρεῖν. »

¹³ Rhétorique (Livre I Chapitre III) : « Τὸ δὲ οἷον εἴ τις εἴπειν σημείον ὅτι νοσεῖ πυρέττει γάρ ἢ τέτοκεν ὅτι γάλα ἔχει ἀναγκαῖον ὅπερ τῶν σημείων τεκμήριον μόνον ἐστὶν μόνον γάρ ἂν ἀληθὲς ἢ ἄλυστον ἐστίν. »

¹⁴ Naturellement, de nos jours on ne déduit plus la preuve de l'accouchement de la lactation...

¹⁵ HUBERT, 20 s.

¹⁶ Au livre 5, chapitre 1, § 1 des Institutionis oratoriae liber duodecim, le nom d'Aristote est mentionné ainsi que les adjectifs grecs caractérisant les démonstrations inartificielles et artificielles (sur ce point : 24). Notre auteur éprouve d'ailleurs plus loin quelques difficultés à traduire en latin le mot grec πιστις, cf. livre 5, chapitre 10, § 8 : « *Haec omnia generaliter pistis appellant, quod etiam si propria interpretatione dicere fidem possumus, apertius tamen probationem interpretabimur.* »

¹⁷ Institutionis oratoriae liber duodecim, livre 5, chapitre 9, § 1.

comparables aux preuves inartificielles¹⁸. Certains signes sont irréfutables, d'autres sont simplement vraisemblables¹⁹.

8. QUINTILIEN poursuit sa présentation des signes vraisemblables en relevant qu'ils peuvent être également appelés « *indicium* » ou « *vestigium* », ce qu'on peut traduire en français par indice ou trace. Il s'agit d'« *une chose qui permet de comprendre une autre chose* ». QUINTILIEN mentionne à ce propos les traces de sang sur un vêtement, tout en relevant immédiatement qu'elles peuvent provenir d'un meurtre, d'un sacrifice animal ou d'un saignement de narine si bien que leur seule présence ne peut constituer la preuve de l'implication dans un homicide²⁰. Il poursuit son raisonnement en relevant que si la présence de taches de sang peut avoir la même valeur qu'un témoignage si elle est cumulée à d'autres éléments, tels que l'inimitié ou le fait de s'être trouvé sur les lieux en même temps que la victime²¹.
9. Sous la plume de QUINTILIEN, l'indice cesse ainsi d'être un simple argument rhétorique comme l'était encore largement le « signe » aristotélicien et l'« argument » cicéronien²². Il devient un élément de fait distinct²³, à partir duquel un autre élément de fait est prouvé, la preuve pouvant découler de la confrontation des indices entre eux. Quant à l'argument, s'il tend également à faire la lumière sur ce qui

¹⁸ Institutionis oratoriae liber duodecim, livre 5, chapitre 9, § 3.

¹⁹ Institutionis oratoriae liber duodecim, livre 5, chapitre 9, § 9 : « *Signum uocatur, ut dixi, σημεῖον (quamquam id quidam indicium, quidam uestigium nominauerunt) : per quod alia res intellegitur, ut per sanguinem caedes. At sanguis uel ex hostia respersisse uestem potest uel e naribus profluxisse : non utique qui uestem cruentam habuerit homicidium fecerit* ». Il s'agit d'une consécration autonome de la preuve par indice, 24-25.

²⁰ Institutionis oratoriae liber duodecim, eodem loco.

²¹ Institutionis oratoriae liber duodecim, livre 5, chapitre 9, § 10 : « *Sed ut per se non sufficit, ita ceteris adiunctum testimonii loco ducitur, si inimicus, si minatus ante, si eodem in loco fuit : quibus signum cum accessit, efficit ut quae suspecta erant certa nideantur.* »

²² Sur la rhétorique de Cicéron, HUBERT, 21-24. Etant donné que la preuve par indice n'est pas traitée d'une manière allant au-delà de ce que faisait Aristote, nous avons choisi de ne pas nous y arrêter.

²³ Même si le passage relatif à la définition de l'argument a pu être cité par un auteur contemporain comme consacrant la preuve par indice à l'époque romaine : MUÑOS SABATÉ, 20.

incertain à partir de ce qui n'a plus besoin d'être prouvé²⁴, il repose tantôt sur des conceptions morales généralement admises dans la société antique, comme l'existence des Dieux, le caractère nécessaire de la piété filiale ou du gouvernement civil²⁵, tantôt sur des déductions considérées comme plus ou moins vraisemblables en l'absence d'autres éléments, notre auteur citant successivement l'adage « *les parents aiment leurs enfants* », envisagé comme étant très vraisemblable, le principe selon lequel « *celui qui se porte bien aujourd'hui sera vivant demain* », tenu pour « *plutôt vraisemblable* » et la déduction selon laquelle « *un vol commis dans une maison l'a été par un de ses habitants* », considérée comme étant uniquement vraisemblable faute de mieux²⁶. On peut sans difficulté voir dans ces quelques exemples la manifestation d'une présomption de fait qui peut être irréfragable ou simplement réfragable et dans ce dernier cas plus ou moins vraisemblable.

10. Si la preuve par indice semble avoir beaucoup occupé les orateurs de l'Antiquité, dont la plupart pratiquaient régulièrement le barreau²⁷, il ne semble pas que cela ait été le cas des juristes. Il n'existe pas de véritable discussion théorique de la notion dans le *Corpus Iuris Civilis*²⁸. Deux passages du *Codex* relatifs à la preuve²⁹ font allusion aux indices. Le premier énumère la règle selon laquelle les documents privés d'une des parties à un procès ne peuvent faire foi des faits sur lesquels elle porte qu'en présence d'autres « *adminicula* »³⁰, ce qu'on peut traduire par « *commencement de preuve* »

²⁴ Institutionis oratoriae liber duodecim, livre 5, chapitre 11, § 11 : « *Signum autem, quod ille indicium vocat, ab argumentis iam separavi. Ergo cum sit argumentum ratio probationem praestans, qua colligitur aliud per aliud, et quae quod est dubium per id quod dubium non est confirmat, necesse est esse aliquid in causa quod probatione non egeat.* »

²⁵ Institutionis oratoriae liber duodecim, livre 5, chapitre 11, §§ 12 à 14.

²⁶ Institutionis oratoriae liber duodecim, livre 5, chapitre 11, § 16 : « *Credibilium autem genera sunt tria : unum firmissimum, quia fere accidit, ut « liberos a parentibus amari », alterum velut propensius : « eum qui recte valeat in crastinum perventurum », tertium tantum non repugnans : « in domo furtum factum ab eo qui domi fuit ».*

²⁷ Il a d'ailleurs déjà été souligné que l'ouvrage de Quintilien « *est conçu comme un ouvrage de formation des juristes* » : PERELMAN, 344.

²⁸ Qui contient cependant un exposé complet du fardeau de la preuve et du renversement de celui-ci par le jeu des présomptions : HUBERT, 34 ss.

²⁹ Il s'agit du titre *De Probatione* figurant au Livre 4.

³⁰ Cod. 4.19.5.

ou « *indice* ». L'autre rappelle aux accusateurs que la cause doit être « *plus claire que la lumière du jour* » et reposer sur « *des témoins dignes de foi, des documents limpides ou des indices dont la force probante ne peut être remise en cause* »³¹. Il découle de ces deux références que les indices étaient considérés comme un moyen de preuve distinct des autres. Elle peut être mise en relation avec l'approche de QUINTILIEN, selon laquelle il faut distinguer les « indices », ou « signes », des « arguments ».

3. L'époque médiévale : Le *Liber Extra* et TANCRÈDE DE BOLOGNE

11. L'entrée en scène du droit canon se traduit par un grand intérêt accordé à la preuve judiciaire. Désormais, l'indice fait l'objet d'un traitement comparable aux autres moyens de preuve. On le retrouve dans un chapitre entier, consacré aux présomptions, du *Liber Extra* ou Décrétale du Pape Grégoire IX³². Un des tout premiers exemples cités est d'ailleurs celui du Jugement de Salomon dont il est tiré « *qu'on peut déduire d'une violente présomption, [une présomption] définitive* »³³. Autrement dit, le comportement de celle qui préfère voir son enfant confié à une autre plutôt que d'être tué doit être considéré comme un indice suffisamment grave pour en déduire le lien de filiation. Tout le titre de la Décrétale consacré aux présomptions est en réalité un catalogue casuistique de situations où des indices doivent être considérés comme étant suffisants pour admettre que certains faits sont établis. On trouve ainsi dans ce véritable fouillis intellectuel³⁴, l'indication selon laquelle le

³¹ Cod. 4.19.25. Bien des procureurs contemporains devraient afficher ce texte dans leur bureau...

³² X. 2.23.1 ss *De praesumptionibus*. Le Décret de Gratien ne contenait aucun titre de ce genre, mais reprenait sur certains points le droit romain. C'est ainsi que C.2, q.8, c.2 n'est qu'une paraphrase de Cod. 4.19.25 dont il ressort que désormais les indices doivent être « *plus clairs que le jour* » et non l'accusation en elle-même. Pour plus de précision : HUBERT, 43.

³³ X. 2.23.2 *in primis* : « *Ex violenta praesumptione fertur definitiva. Et est casus notabilis* »

³⁴ Sur le caractère casuistique du titre : HUBERT, 46.

comportement passé constitue un indice du comportement futur³⁵ ou toute une série d'indices dont on doit déduire l'existence d'un mariage³⁶. Le catalogue des présomptions sur la base d'indices, admises en droit canon, a été encore étendu par la suite, mais ce serait outrepasser les limites de notre sujet que de nous y intéresser³⁷.

12. A la différence de l'approche de QUINTILIEN qui se focalisait sur la nature factuelle de l'indice et sur le fait que celui-ci était plus ou moins probant, les canonistes sont surtout travaillés par le souci de formuler des règles générales, appelées présomptions, dont on doit déduire, dans certaines circonstances l'existence de certains faits. La force probante relative des indices est totalement occultée au profit d'un ensemble d'arguments d'autorité. Paradoxalement, c'est ce qui empêche la formulation d'une règle générale applicable dans toutes les situations. Dans le sillage des canonistes, un auteur s'est efforcé de recenser les différents indices, de manière à formuler des règles générales concernant leur admission à titre de preuve, ce qui aboutit à une multiplication des présomptions³⁸.
13. Cela ne signifie toutefois pas encore que toute tentative d'approche générale de la preuve par indice était abandonnée. Ainsi, un autre auteur, TANCREDUS DE BOLOGNE, dont l'œuvre est probablement antérieure d'une vingtaine d'années du *Liber Extra*, et a été à l'origine de plusieurs traités subséquents, s'est employé à définir la présomption comme étant « *l'argument permettant de tenir un fait pour établi à partir de la preuve d'un autre fait* »³⁹, ce qui permet de tracer le lien entre le concept de « présomption » du droit canon et ceux de

³⁵ X. 2.23.6 et 2.23.9 : « *Ex praeteritis presumitur circa futura* ». Il s'agit d'une véritable obsession canonique, car elle revient également dans un autre titre, soit X. 2.23.15 : « *Non praesumitur incontinens in senectute qui in inventute continuit, maxime si est litterarius* ».

³⁶ Cf. X. 2.23.11 à 13.

³⁷ HUBERT, 46 ss (concernant le *Liber Sextus*), 62 ss (pour ce qui est du *Codex Iuris Canonici* de 1917).

³⁸ Cf. MENOCHUS IACOBUS, *De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis & Indicibus commentaria*, Gênes 1609. Sur cet auteur : HUBERT, 55 ss.

³⁹ TANCREDUS BONONIENSIS, *De Ordine Judiciario Libri quatuor*, Livre III, titre 14, § 1 : *De Praesumptionibus*, § 1 : « *Praesumptio est argumentum ad credendum unum factum, surgens ex probatione alterius facti* ». HUBERT, 49 ss.

« signe » ou « argument » employés par les auteurs antiques. S'agissant de la liste des présomptions, notre auteur se monte plus concis que le *Liber Extra*. Il distingue ainsi quatre catégories de présomption selon leur intensité : les présomptions « téméraire », « probable », « violente » et « nécessaire »⁴⁰. Alors que la première doit être rejetée, et ne peut conduire le juge à retenir aucun fait comme étant établi, les trois autres permettent une telle déduction. La présomption probable vaut tant et aussi longtemps qu'un autre moyen de preuve, tel que le serment de la partie contre laquelle elle est invoquée, ou une autre présomption n'y fait pas échec. La présomption violente a pour effet de conduire le tribunal à tenir le fait pour établi, à moins que la preuve du contraire ne soit rapportée⁴¹. Quant à la présomption nécessaire, elle exclut la preuve du contraire et conduit nécessairement à tenir le fait pour avéré. Ces différentes catégories de présomptions de fait peuvent être considérées sans grande difficulté comme des manifestations ponctuelles de la preuve par indices.

C. Leçons pour le temps présent

14. On peut s'étonner de la longueur de notre préambule historique, cela d'autant plus que la présente contribution a pour but de présenter la question dans une optique purement pratique. Cela s'explique par la permanence des concepts au fil du temps. Nous avons tout d'abord pu mettre en évidence le rôle joué par les faits dans l'application du droit ainsi que les difficultés rencontrées lors de leur reconstitution en procédure. La consultation des sources antiques et médiévales permet de comprendre que la problématique de la preuve par indice oscille constamment autour de deux pôles antagonistes que nous allons brièvement présenter (1). Ensuite, nous nous pencherons sur la question de savoir s'il y a lieu de choisir entre l'une ou l'autre (2) avant d'aborder l'annonce de notre plan (3).

⁴⁰ TANCREDUS BONONIENSIS, Livre III, Titre 14, § 2. HUBERT, 50. La classification va se retrouver dans la *Summa aurea* de HENRI DE SUSE, un commentaire du *Liber Extra* qui eut également une grande influence (cf. HENRICUS DE SUZA, fol. 127 n. 2). Sur l'influence de cet auteur et de TANCRÈDE DE BOLOGNE sur les canonistes médiévaux : HUBERT, 51 s.

⁴¹ HUBERT, 50.

1. Deux regards sur la preuve par indices

15. Nous l'avons annoncé, la preuve par indices peut être abordée de deux manières. Celles-ci ne doivent pas être conçues comme deux concepts différents, mais plutôt comme deux éclairages distincts de la même scène de théâtre. Alors que le décor et les protagonistes sont les mêmes, le jeu des lumières permet de poser deux regards différents sur le tout.
16. La nature factuelle des indices constitue le premier éclairage possible. Dans cette perspective, la preuve par indice constitue essentiellement un pont entre deux faits, le premier étant prouvé et le second douteux. Abordée sous cet angle-là, la preuve par indice se ramène à la question de savoir dans quelle mesure l'établissement du premier fait peut valoir preuve du second, étant entendu qu'il peut s'agir d'un degré plus ou moins élevé de vraisemblance. On comprend immédiatement que dans ce cas, le raisonnement demeure essentiellement casuistique et dépend de toutes les circonstances du cas d'espèce. Dans l'absolu, cette approche renonce à formuler tout principe général codifiant le raisonnement reliant le fait établi et le fait à prouver, mais se limite à envisager diverses catégories de force probante. Il s'agissait de la méthode des orateurs antiques, même si on la retrouve également sous la plume de certains auteurs médiévaux comme TANCÈRE DE BOLOGNE.
17. A l'inverse, la preuve par indice peut aussi être considérée sous l'angle du raisonnement déployé pour mettre en relation le fait prouvé et celui demeurant à prouver. Dans ce cas, l'accent est mis sur le raisonnement suivi et non sur les faits mis en relation. Cette approche, plus abstraite, ne manque pas de déboucher sur une vision purement normative de la question. Immanquablement, elle conduit à établir un catalogue de règles générales susceptibles d'être appliquées dans un nombre indéfini de cas. On aura reconnu la méthode des « présomptions » qui fut mise en œuvre par le droit canon dès le *Liber Extra*.

2. Choisir ou ne pas choisir

18. Doit-on absolument choisir entre l'une ou l'autre méthode ? Tout d'abord, on peut être tenté par le nihilisme et rejeter toute forme de

discours théorique sur la manière dont les preuves sont appréciées. Cela permet de faire l'impasse de toute discussion concernant les indices et leur force probante. Telle fut l'approche suivie en France dès la Révolution française. La question de l'appréciation des preuves fut réduite à deux éléments : la certitude morale s'agissant des procès pénaux et le respect des règles de preuve légale pour les affaires civiles. L'appréciation des preuves se ramène à l'intime conviction du juge. La preuve par indice apparaît comme un des éléments permettant d'asseoir une conviction morale⁴². En matière civile l'essentiel du débat porte sur l'admissibilité de la preuve par indice au regard des règles de preuve légale⁴³, car « *la question de savoir jusqu'à quel point tel élément connu rend vraisemblable l'existence de telle ou telle cause inconnue, subordonnée par sa nature aux lumières de la raison, dépend en général uniquement de l'appréciation du juge.* »⁴⁴ Tout le débat ayant pu exister sur la nature particulière des indices et leur force probante est évacué au profit de la libre appréciation des preuves et de la certitude morale⁴⁵. Le corollaire direct de cette approche est que la preuve par indice, lorsqu'elle respecte les règles de preuve légale, ne peut donner lieu à aucune contestation devant la juridiction suprême, quand bien même il en serait question dans des textes légaux⁴⁶. Pour peu que l'appréciation des indices n'ait pas à être retranscrite dans le jugement⁴⁷, on comprend que tout débat

⁴² Cf. BONNIER, vol. 1, 17. Il est intéressant de noter que l'auteur revient, plus loin, concernant les présomptions fondées sur des indices, à la définition du « signe » donné par QUINTILIEN pour relever que les « *inductions qui sont fondées sur les lois constantes de la nature* » ne sont pas des présomptions : BONNIER, vol. 2, 384.

⁴³ BONNIER, vol. 2, 389 ss. On se rappellera que le droit civil français, à la différence notable du droit suisse, repose sur le système de la preuve légale. Cf. art. 1353 à 1386-1 du Code civil français.

⁴⁴ BONNIER, vol. 2, 386.

⁴⁵ BONNIER, vol. 2, 392 ss.

⁴⁶ Cf. pour la France du XIX^e siècle : BONNIER, vol. 2, 393 s.

⁴⁷ Telles étaient les Cours d'assises françaises : art. 345 à 347 du Code d'instruction criminelle de 1810. Les jugements des Tribunaux correctionnels et de police, siégeant sans le concours du jury, étaient certes motivés, mais sans qu'il ne soit nécessaire d'indiquer exactement pour quelle raison un fait était tenu pour avéré : art. 163 et 195 du Code d'instruction criminelle. En matière civile, l'art. 141 du Code de procédure civile de 1806 prescrivait la motivation des jugements ainsi que « *l'exposition sommaire des points de fait et de droit* », soit des questions litigieuses. Cela n'allait toutefois pas jusqu'à exiger un exposé complet sur l'appréciation des

relatif à la preuve par indice se dissout dans une approche psychosociologique de la fonction judiciaire. L'approche nihiliste permet donc d'évacuer tout débat juridique sur l'appréciation de la preuve par indices.

19. La conception ayant cours en Suisse de l'appréciation des preuves s'oppose à cette approche qui exclut du champ juridique toute discussion relative à la preuve par indice. La libre appréciation des preuves, consacrée formellement dans les codifications civiles et pénales⁴⁸, implique la motivation des constats de fait⁴⁹. Ce concept, que l'on doit à SAVIGNY lui-même⁵⁰, se veut un juste milieu entre un système de preuves légales et la conviction morale dépourvue de motifs telle que pratiquée, à l'époque, en France⁵¹. La libre appréciation de la preuve par indice implique que le juge constate non seulement la corrélation entre le fait devant être prouvé et les indices, mais qu'il se prononce aussi sur la vraisemblance⁵² en tenant compte de la spécificité des indices⁵³. Il n'est donc pas possible de s'en remettre à une seule motivation stéréotypée, telle que la phrase suivante : « *il ressort du dossier, et des nombreux indices mis en lumière au*

preuves. La pratique actuelle relative à l'art. 455 du Code de procédure civile en vigueur n'oblige pas les juges à indiquer les preuves qui sont écartées (Cass. 1^{ère} civ., 14 septembre 2017, n° 17-12.518), ce qui réduit considérablement le degré de motivation sur les questions de fait. En revanche, les arrêts d'assises sont désormais motivés (cf. art. 365-1 CPP), la motivation devant comporter « *l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises et qui ont été exposés au cours des délibérations menées par la cour et le jury en application de l'article 356, préalablement aux votes sur les questions* ». L'intime conviction est désormais une intimité partagée...

⁴⁸ Art. 157 CPC, 10 al. 2 CPP et 61 let. c LPGa. En matière administrative le principe est consacré par la jurisprudence : ATF 130 II 482, consid. 3.2.

⁴⁹ Cf. ATF 140 V 193, consid. 3.1.

⁵⁰ Cf. MENGLER, 44.

⁵¹ Les verdicts dépourvus de toute motivation ne sont plus admis depuis un arrêt bien connu de la Cour européenne des droits de l'Homme, *Taxquet c. Belgique* du 16 novembre 2010 (requête n° 926/05). En revanche, celle-ci a admis qu'un verdict comprenant des questions séparées sur chaque fait reproché au prévenu pouvait constituer une motivation suffisante, même si l'arrêt d'assises n'indique pas comment les jurés sont arrivés à ces conclusions : CourEDH, *Bodein c. France* du 13 novembre 2014 (requête n° 40014/10).

⁵² MENGLER, 81 s.

⁵³ MENGLER, 82 ss.

cours de l'instruction que le fait X. s'est produit »⁵⁴. La libre appréciation des preuves implique la motivation du raisonnement probatoire du juge⁵⁵ et ne peut ainsi être invoquée pour écarter, au nom de l'intime conviction, tout débat juridique concernant la preuve par indice. Si le juge doit motiver son appréciation de la preuve par indice, la question doit forcément faire l'objet d'un débat rationnel dans lequel certains principes généraux sont exprimés.

20. Il ne nous paraît en revanche pas nécessaire de choisir absolument entre les deux approches que nous avons identifiées au cours de nos recherches historiques. Il nous semble possible de concilier celles-ci. Nous avons, en effet, relevé précédemment que ces deux approches devaient être comprises comme deux éclairages différents d'une même scène. Rien ne s'oppose à ce qu'elles soient superposées et qu'on en déduise les questions importantes qui doivent être traitées. L'approche purement factuelle de la preuve par indice doit nous conduire à ne pas oublier que les indices doivent avoir été introduits régulièrement dans le débat et que leur force probante à l'égard du fait devant être établi peut être variable. De l'approche traitant la preuve par indice comme une forme de présomption, nous retiendrons qu'il s'impose d'accorder une importance suffisante au raisonnement utilisé pour relier les deux faits et aux critiques qui peuvent lui être adressées.

3. Annonce de plan

21. La suite de notre exposé commencera par une présentation du concept d'indice. Nous avons déjà laissé entrevoir certains éléments dans la présente introduction, mais il nous paraît important de nous pencher davantage sur certains éléments de la définition (II). Ensuite, nous examinerons comment les indices sont acquis au cours de la procédure (III) avant de nous pencher sur l'appréciation de la preuve par indice (IV). Nous achèverons notre examen par une conclusion (V).

⁵⁴ GEIPEL, 261.

⁵⁵ Cf. parmi tant d'autres TF 6B_110/2017 du 12 octobre 2017, consid. 3.2 ; TF 6B_1385/2019 du 27 février 2020, consid. 4.1 et 4.2 ; TF 5A_600/2009 du 25 mars 2010, consid. 4 ; TF 1C_13/2018 du 24 juin 2008, consid. 2.

II. Le concept de preuve par indices

22. Alors que la preuve par indice est quotidiennement utilisée dans les tribunaux et les administrations, sa définition demeure l'œuvre de la jurisprudence et est loin d'être exhaustive (A). Après avoir passé en revue les différentes définitions données, nous proposerons une approche générale de la question (B). Finalement, nous distinguerons la preuve par indices de la présomption de fait (C).

A. La définition prétorienne

23. C'est en matière pénale qu'on trouve la définition la plus détaillée de la preuve par indice et c'est donc par là que nous commencerons (1). Nous poursuivrons par la présentation des définitions reçues en matière civile (2) et administratives (3) avant de procéder à une comparaison entre elles (4).

1. La conception en matière pénale

24. Un arrêt récent du Tribunal fédéral⁵⁶, rendu en langue allemande, a formulé de manière synthétique la définition de la preuve par indices. Le considérant topique se lit ainsi :

Selon la jurisprudence, la preuve indirecte est aussi admissible lorsqu'il n'existe pas de preuves directes. Avec la preuve par indices, des faits immédiatement juridiquement pertinents qui doivent être prouvés sont déduits de faits qui ne sont pas immédiatement juridiquement pertinents, mais qui sont établis (indices). Une multitude d'indices, qui considérés chacun séparément ne peuvent pointer en direction d'un fait précis, ou de la commission d'une infraction, qu'avec une certaine vraisemblance, et laissent ainsi place au doute, sont susceptibles, lorsqu'ils sont considérés dans leur globalité, de donner une impression qui permet de conclure, avec

⁵⁶ TF 6B_130/2022 du 8 décembre 2022, consid. 3.3.3 et les références. Pour une version légèrement raccourcie, cf. TF 6B_296/2020 du 20 décembre 2022, consid. 1.4.3.

toute la certitude requise, à ce que l'acte ou l'identité de son auteur sont établis.

25. On retrouve cette définition, avec de petites nuances, dans des arrêts du Tribunal fédéral depuis 2007⁵⁷. Elle correspond à celle qu'on rencontre dans la doctrine⁵⁸. A noter toutefois que d'autres arrêts mentionnent aussi que la preuve indirecte a la même valeur que la preuve directe⁵⁹. Dans plusieurs espèces, le Tribunal fédéral a indiqué que le principe *in dubio pro reo* ne s'applique pas aux indices pris isolément, mais uniquement lorsque l'impression d'ensemble ne permet pas d'établir les faits⁶⁰. Plusieurs autres arrêts insistent sur la nécessité d'évaluer globalement la preuve par indice⁶¹.
26. Il est intéressant de relever que tous les arrêts que nous avons recensés ont été rendus en langue allemande. La jurisprudence en français ne comporte pas d'exposé aussi détaillé et se borne, la plupart du temps, à revoir certains aspects ponctuels⁶². Fréquemment, les arrêts du Tribunal fédéral déclarent exempts d'arbitraire les constats de faits se fondant sur un « *faisceau d'indices convergents* »⁶³ sans pour autant se référer à une définition précise de la preuve par indice.
27. Cela étant, il serait exagéré de voir dans cette motivation raccourcie une différence de traitement par rapport aux arrêts rédigés en allemand. L'examen sous l'angle de l'arbitraire est conduit de la

⁵⁷ TF 6B_297/2007 du 4 septembre 2007, consid. 3.4.

⁵⁸ WALDER, 303 s.

⁵⁹ Parmi tant d'autres : TF 6B_1427/2016 du 27 avril 2017, consid. 3 ; TF 6B_824/2016 du 10 avril 2017, consid. 12.1.

⁶⁰ TF 6B_1047/2017 du 17 novembre 2017, consid. 2.2 ; TF 6B_605/2016 du 15 septembre 2016, consid. 2.8.

⁶¹ TF 6B_697/2014 du 27 février 2015, consid. 1.3 et les références.

⁶² Tel était fréquemment le cas pour les recours de droit public introduits sous l'empire de la défunte OJF : TF 1P.361/2005 du 4 août 2005, consid. 3.3 ; TF 1P.230/2005 du 20 juin 2005, consid. 2.1 ; TF 6P.37/2003 du 7 mai 2003, consid. 2.2 ; TF 1P.675/2001 du 20 décembre 2001, consid. 2.2.

⁶³ Cf. parmi tant d'autres : TF 6B_991/2021 du 11 mars 2022, consid. 1.2.1 et 1.2.2 ; TF 6B_859/2021 du 9 décembre 2021, consid. 1.3 ; TF 6B_1047/2020 du 5 mai 2021, consid. 1.2 et 1.3.

même manière et la vérification des constats de fait opérés par les juridictions cantonales n'y est nullement allégée⁶⁴.

2. La conception en matière civile

28. A la différence de la jurisprudence en matière pénale, on ne rencontre pas, dans la pratique civile, de définition courante de la preuve par indice. Cela ne signifie pas encore que la question n'ait jamais occupé les tribunaux. Deux vieux arrêts du Tribunal fédéral relèvent ainsi que le demandeur invoquant la conclusion d'un contrat oral « *ne peut que s'en remettre à la preuve indirecte par indice, soit à établir des faits qui en eux-mêmes ne peuvent fonder sa prétention, mais qui selon la signification qu'on peut leur accorder au vu de l'expérience et de leur récurrence permet de conclure à l'existence des faits juridiquement pertinents qui doivent être prouvés* »⁶⁵. La jurisprudence postérieure se borne à indiquer que la preuve par indice n'est pas exclue par le droit fédéral⁶⁶, sauf en matière d'annulation de la poursuite sur le fondement de l'art. 85 LP⁶⁷. Elle ne comporte donc pas de définition générale. La doctrine va dans le même sens et se borne à relever que la preuve par indices est admise en matière civile⁶⁸.
29. De manière ponctuelle, il arrive que le Tribunal fédéral donne des indications plus précises sur la manière dont la preuve par indice doit être mise en œuvre dans des causes civiles. Ainsi, concernant l'établissement de l'accord subjectif de volonté présidant à la conclusion d'un contrat (art. 1 et 18 al. 1 CO), le Tribunal fédéral a précisé que les tribunaux pouvaient avoir recours à la preuve par

⁶⁴ Pour un exemple de vérification très approfondie : TF 6B_36/2019 du 2 juillet 2019, consid. 2.5.

⁶⁵ ATF 54 II 473 et 57 II 170, *passim*.

⁶⁶ ATF 75 II 102 ; ATF 76 II 188, consid. 3 ; ATF 77 II 292 ; ATF 93 II 345, consid. 2 ; ATF 98 II 231, consid. 5 ; ATF 106 III 49 ; ATF 100 II 440, consid. 7a ; ATF 109 II 338, consid. 2d ; ATF 113 II 359, consid. 3 ; ATF 114 II 289, consid. 2a ; ATF 118 II 365, consid. 1 ; ATF 128 III 390, consid. 4.3.3 ; TF 4P.118/2005 du 6 septembre 2005, consid. 2 ; TF 4C.424/2006 du 23 février 2007, consid. 4.1.

⁶⁷ ATF 140 III 41, consid. 3.4.1 ; TF 5A_216/2018 du 11 septembre 2018, consid. 4.1.

⁶⁸ Cf. HELL, 39 ; BK ZPO-RÜETSCHI, art. 168 N 7 ; HASENBÖHLER/YAÑES, 192 s.

indice et tenir compte, dans ce cadre, « *non seulement [de] la teneur des déclarations de volonté – écrites ou orales –, mais aussi le contexte général, soit toutes les circonstances permettant de découvrir la volonté des parties, qu'il s'agisse de déclarations antérieures à la conclusion du contrat, des projets de contrat, de la correspondance échangée ou encore de l'attitude des parties après la conclusion du contrat, établissant quelles étaient à l'époque les conceptions des contractants eux-mêmes* »⁶⁹. Ce faisant, le Tribunal fédéral donne une liste des indices qui sont susceptibles de permettre d'établir la réelle et commune intention des parties au contrat.

30. Une approche similaire se retrouve dans un arrêt relatif à l'annulation du mariage sur le fondement de l'art. 105 ch. 4 CC. Le Tribunal fédéral indique que le caractère fictif du mariage pour l'un des époux doit fréquemment être établi sur la base d'indices, qui « *peuvent notamment résulter du fait que l'étranger est menacé d'un renvoi ou ne peut pas obtenir une autorisation de séjour en Suisse autrement que par un mariage ; la grande et inhabituelle différence d'âge entre les époux, les circonstances particulières de leur rencontre ou de leurs relations, comme une courte période de fréquentation avant le mariage ou l'absence de vie commune sans motif plausible, une impossibilité ou de grandes difficultés pour les conjoints à communiquer entre eux, de même que le versement d'une somme d'argent au conjoint autorisé à vivre en Suisse, peuvent également constituer des indices démontrant que les époux n'ont pas la volonté de créer une véritable union conjugale* ». A nouveau, la juridiction suprême donne une liste exemplative des différents indices susceptibles d'être pris en considération. Elle va même encore plus loin, en précisant qu'on doit se trouver en présence d'« *indices clairs et concrets* » et qu'« *il convient de se fonder en principe sur un faisceau d'indices autonomes, aucun des critères n'étant souvent à lui seul déterminant pour juger du caractère fictif du mariage* »⁷⁰. Il est intéressant de relever que la nécessité de fonder la preuve par indices sur des « *indices clairs et concrets* » se retrouve dans un autre arrêt du Tribunal fédéral relatif à la parenté sociale, arrêt

⁶⁹ Cf. parmi tant d'autres : TF 4A_485/2020 du 14 octobre 2020, consid. 4 ; TF 4A_449/2019 du 16 avril 2020, consid. 5.3.1 ; TF 4A_385/2017 du 28 septembre 2018, consid. 3.1 ; TF 4A_239/2017 du 6 février 2018, consid. 3.1 ; TF 4A_152/2017 du 2 novembre 2017, consid. 4.1 ; TF 4A_226/2017 du 23 octobre 2017, consid. 3.1.

⁷⁰ TF 5A_413/2022 du 9 janvier 2023, consid. 5.1.

qui se réfère d'ailleurs à l'arrêt rendu en matière d'annulation du mariage⁷¹. On peut en déduire que la nécessité d'indices d'une certaine importance tant à être généralisée en pratique.

3. La conception en matière administrative

31. Alors que le Tribunal fédéral ne donne pas de définition de la preuve par indices en matière administrative, une ébauche en ce sens se trouve dans la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral. Un arrêt récent⁷² a exposé ce qui suit :

La preuve par indice – qui peut être comparée à une présomption de fait – est une preuve indirecte, car l'objet de la preuve n'est pas l'état de fait juridiquement pertinent, mais un autre état de fait à partir duquel il est possible de déduire la matérialité de l'état de fait juridiquement pertinent. La différence avec la présomption de fait est souvent difficile à faire. Naturellement, le détour par la preuve par indice est indiqué lorsque les faits directement juridiquement pertinents ne peuvent pas être prouvés ou ne peuvent l'être que difficilement. La preuve par indice possède la même valeur que la preuve directe, à ceci près qu'un indice, considéré séparément, laisse ouverte la possibilité que les choses se soient passées différemment, ce qui entretient le doute. Il incombe dès lors à la partie concernée de mettre à néant cette présomption par la contre-preuve. La preuve par indice, – tout comme la présomption de fait – n'affecte ni le fardeau de la preuve, ni la maxime inquisitoire.

32. Toujours dans la même veine, on rencontre dans la jurisprudence en matière d'octroi du droit d'asile, le considérant suivant⁷³ :

Les indices (signes) sont des faits accessoires qui, lorsqu'ils sont eux-mêmes prouvés, permettent de déduire un autre fait directement juridiquement pertinent. La preuve par indice couronnée de succès fonde une présomption déduite de l'expérience générale de la vie selon laquelle le fait qui n'a pas été prouvé existe. Considérés séparément, les indices ne pointent en direction d'un fait spécifique

⁷¹ TF 5A_225/2022 du 21 juin 2023, consid. 5.3.

⁷² TAF C-2314/2021 du 23 juillet 2023, consid. 4.4.2. Cf. également ATAF 2012/33, consid. 6.2.3 ; TAF C-2321/2019 du 8 juillet 2021, consid. 4.6.2.

⁷³ TAF D-4179/2019 du 7 décembre 2021, consid. 5.1.4 ; TAF E-3033/2016 du 19 décembre 2019, consid. 5.7.

qu'avec une certaine vraisemblance. Pris en groupe – alors qu'ils se complètent et se renforcent mutuellement – les indices peuvent conduire à la conclusion au terme de laquelle le fait juridiquement pertinent doit être considéré comme existant selon l'expérience générale de la vie. La preuve par indice possède la même valeur que la preuve directe (cf. ATF 144 IV 345, consid. 2.2.3.4).

33. En matière d'assurances sociales, la jurisprudence tend à préciser la manière dont la preuve par indices doit être mise en œuvre. Cela se remarque tout particulièrement en matière d'assurance-invalidité. Ainsi, pour déterminer le taux d'activité qu'une personne pourrait avoir si elle était valide, le Tribunal fédéral prescrit d'examiner quelles pourraient être les décisions qu'aurait prises l'assuré s'il n'avait pas connu de problèmes de santé. Considérant qu'il s'agit d'événements du for intérieur qui ne peuvent en principes pas être prouvés directement, la juridiction suprême s'en remet à la preuve par indices, en indiquant que si l'assuré s'occupait de son ménage « *il faut tenir en particulier compte de ses relations personnelles, familiales, sociales et professionnelles, ainsi que des tâches assumées en ce qui concerne l'éducation et de la prise en charge des enfants, de ses compétences professionnelles, de sa formation, de ses goûts personnels et de ses talents* »⁷⁴ afin d'établir s'il aurait eu une activité professionnelle en l'absence d'invalidité.
34. Le Tribunal fédéral a, dans un arrêt très remarqué, donné la liste des éléments qui doivent être identifiés par l'expert médical pour établir dans son rapport si des troubles somatoformes doivent être considérés comme étant à l'origine d'une invalidité⁷⁵. Par la suite, cette « *procédure probatoire structurée* » a été étendue aux affections psychiatriques⁷⁶ et aux troubles de la dépendance⁷⁷. L'approche suivie par la jurisprudence en matière d'assurance sociale a été critiquée, sous l'angle d'une éventuelle transposition en matière civile⁷⁸, comme étant contraire à la libre appréciation de la preuve

⁷⁴ Cf. parmi tant d'autres : TF 9C_645/2015 du 3 février 2016, consid. 2.3.

⁷⁵ ATF 141 V 281, consid. 4.

⁷⁶ ATF 143 V 418, consid. 6 et 7.

⁷⁷ ATF 145 V 215, consid. 5 et 6.2.

⁷⁸ Depuis plusieurs années, il arrive fréquemment que pour interpréter des notions telles que la causalité adéquate ou l'obligation de diminuer le dommage, la jurisprudence civile s'inspire de la pratique en matière d'assurances sociales, plus

par indices⁷⁹. On peut naturellement s'interroger sur la pertinence de cet avis, car la liste d'indices s'adresse à l'expert et vise plutôt à s'assurer de la qualité de son travail⁸⁰. En revanche, elle est intéressante pour l'objet de la présente contribution dans la mesure où elle révèle une opposition entre deux approches de la preuve par indice, l'une souhaitant reconnaître une plus grande liberté à la personne se livrant à l'appréciation des preuves, l'autre tendant à assujettir dite appréciation à des normes de raisonnement établies à l'avance.

B. Comparaison des différentes approches

35. La comparaison des différentes approches de la preuve par indice permet tout d'abord de relever de nombreuses similitudes entre les différentes branches du droit (1). On constate également que la jurisprudence a fréquemment recours à une approche plus normative du traitement des indices (2).

1. Les similitudes entre les différentes conceptions

36. La première impression qui se dégage de la jurisprudence dans les différents domaines du droit est celle de grandes similitudes dans les approches. Ainsi, la preuve par indice est constamment présentée comme étant celle qui permet de déduire un fait dont la matérialité est incertaine d'un autre fait⁸¹. C'est aussi cette définition qu'on retrouve en doctrine⁸². On constate également que la nature du raisonnement permettant de relier les indices aux faits prouvés

spécifiquement de l'assurance-accident. Cf. sur ce point TF 4A_314/2015 du 1^{er} décembre 2015, consid. 3.2 et 3.3 ; TF 4A_45/2009 du 25 mars 2009, consid. 3.3.

⁷⁹ SUMMERMATTER, 442.

⁸⁰ C'est d'ailleurs ce qui semble ressortir d'un arrêt de 2017 où le Tribunal fédéral était saisi d'un recours interjeté par une assurance qui se plaignait de l'absence de prise en considération de l'ATF 141 V 281 par le juge civil pour apprécier une expertise : TF 4A_407/2016 du 29 mai 2017, consid. 1.2 et 1.3.

⁸¹ Cf. *supra* N 24, 28 et 31.

⁸² DIKE KommZPO-LEU, Art. 150 N 50 ; GULDENER, 319 ; SK-StPO WOHLERS art. 139 N 2 ; HOHL, Procédure civile Tome I, 275.

ne fait pas l'objet de grandes précisions. Tout au plus trouve-t-on en matière pénale⁸³ et administrative⁸⁴ le rappel du principe selon lequel les indices doivent être appréciés dans leur globalité. Il est par ailleurs intéressant de relever que le Tribunal administratif fédéral s'est expressément référé en matière de preuve par indice à un arrêt rendu en matière pénale. Finalement, tant en matière pénale que civile, il est fréquent que la preuve par indice soit traitée par la jurisprudence sans se référer à un concept précis⁸⁵.

37. Même s'il n'existe que peu de références croisées entre les différents domaines du droit, tout porte à croire que le concept de preuve par indice est partout le même, même lorsqu'aucune définition n'est mentionnée. On se trouve donc en présence d'un concept similaire à un principe général du droit. Lorsqu'une définition est donnée, celle-ci ressemble beaucoup à celle qu'on trouvait sous la plume des auteurs antiques⁸⁶. Le fait qu'elle ait été reprise par un auteur médiéval dont l'œuvre a exercé une influence durable explique certainement la permanence du concept.
38. A l'exception de certains incidents de droit des poursuites, pour lesquels la preuve par indice est exclue, il ressort également de la jurisprudence que la preuve par indices est équivalente à la preuve directe et qu'elle peut être librement utilisée⁸⁷. Il est vrai que la jurisprudence indique souvent que celle-ci est susceptible d'intervenir à défaut de preuves directes⁸⁸, mais il s'agit, à notre avis, uniquement d'un constat de fait. Etant donné que la preuve par indice risque davantage d'être contestée, elle sera naturellement mise en œuvre en l'absence d'autres moyens de preuve. La libre appréciation des preuves prohibant toute hiérarchie des moyens de preuve, il ne saurait être question d'en créer une concernant la preuve par indices. Dans les affaires civiles, on ne saurait cependant trop recommander aux parties de faire preuve de prudence avant d'y avoir recours, car le risque de perdre le procès est élevé.

⁸³ Cf. *supra* N 24.

⁸⁴ Cf. *supra* N 32.

⁸⁵ Cf. *supra* N 26 à 28.

⁸⁶ Cf. *supra* N 16.

⁸⁷ Cf. *supra* N 24 et 31.

⁸⁸ Cf. *supra* N 25 et 31.

Une compagnie d'assurance fait l'objet d'une demande en justice portant sur des indemnités journalières. Sa stratégie de défense consistait à soutenir que le risque était déjà réalisé au moment où le contrat avait été conclu, soit en septembre 2011, et qu'il était donc nul (art. 9 aLCA = art. 10 al. 2 nLCA). Pour cela, elle se fondait sur deux certificats médicaux rédigés par le médecin traitant du demandeur qui les avait d'ailleurs produits en justice. Le premier document mentionnait un « *trouble dépressif récurrent* » consécutif à un premier épisode remontant à 2001, le second, rédigé après le refus de servir les indemnités convenues, précisait que le demandeur souffrait d'épisodes dépressifs récurrents tous les deux à trois ans, épisodes dont la survenance dépendait tant de facteurs personnels qu'environnementaux. Pour aboutir dans sa stratégie de défense, la compagnie d'assurance devait persuader le tribunal que l'épisode dépressif en cause s'inscrivait dans le tableau plus large d'une maladie chronique et qu'il était en rapport direct avec l'épisode antérieur à la conclusion du contrat d'assurance. Les documents produits par le demandeur pouvaient tout au plus valoir indice en sa faveur, faute pour eux de constituer une preuve concluante de ses allégations. Le fait qu'elle puisse invoquer en sa faveur des éléments avancés par son contradicteur avait certainement rendu la défenderesse trop sûre de son affaire ; elle omit de demander une expertise médicale et s'opposa à celle offerte par le demandeur. Condamnée en instance cantonale, c'est en vain qu'elle s'adressa au Tribunal fédéral (TF 4A_491/2014 du 30 mars 2015, consid. 2.2 et 2.5.2).

2. Le recours sporadique à une approche normative

39. Mis à part l'approche générale de la preuve par indices, dont nous avons vu qu'elle était similaire à celle des orateurs antiques, on rencontre également dans la jurisprudence des velléités de contrôler le recours à la preuve par indices. Cela ne se rencontre pas en matière pénale, mais uniquement dans les affaires civiles et administratives. C'est ainsi qu'il arrive que la jurisprudence donne des indications sur les indices qui doivent être considérés comme étant pertinents⁸⁹.
40. Ce traitement différencié peut être mis en relation avec l'approche de la preuve par indices instaurée par le droit canon et la théorie des présomptions⁹⁰. Elle se caractérise par une approche davantage

⁸⁹ Cf. *supra* N 29-30 et 33-34.

⁹⁰ Cf. *supra* N 15-17.

normative et trahit, à notre avis, la volonté d'assurer une plus grande prévisibilité aux décisions relatives à l'appréciation des preuves. Même si l'intervention de la juridiction suprême se limite à donner une liste d'indices, toujours présentée comme étant exemplative, la volonté d'instaurer un certain contrôle se remarque au fait que le Tribunal fédéral souligne dans certains cas la nécessité de ne retenir que les indices « *clairs et concrets* »⁹¹. D'ailleurs, la réaction doctrinale face à la jurisprudence en matière de contenu des expertises dans les affaires d'assurances sociales⁹² est révélatrice du fait que le procédé ne va pas sans susciter de débats.

41. Cette moins grande confiance accordée aux juges du fond n'est accompagnée d'aucune explication. On peut deviner qu'elle concerne, en premier lieu, des litiges prêtant facilement à la controverse, soit en raison de leur impact sur le budget étatique, tel que les affaires d'assurances sociales, ou pour d'autres raisons politiques, comme la question de l'annulation des mariages contractés dans le but d'éluder la législation sur le séjour des étrangers. Mais cette explication n'est pas suffisante, car on voit mal pour quelle raison une telle approche a été choisie concernant la reconstitution de l'accord subjectif de volonté des cocontractants. A défaut de fournir d'explications, nous ne pouvons que rendre attentifs les acteurs de la procédure à cette circonstance.

C. Approche générale

42. Après avoir passé en revue les différentes définitions de la preuve par indice dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, nous allons proposer notre propre définition de la preuve par indice (1) avant d'examiner plus en détail le mécanisme intellectuel qui lui sert de fondement (2).

⁹¹ Cf. *supra* N 30.

⁹² Cf. *supra* N 34.

1. Définition

43. La définition que nous allons proposer ci-après est, à vrai dire, dépourvue de toute originalité. Elle s'inspire, en effet, largement de celles qu'on trouve dans la jurisprudence que nous venons d'analyser et dans la doctrine⁹³.
44. La preuve par indice peut être définie comme étant « *le fait de déduire l'existence d'un fait d'un ou plusieurs autres faits* ». La preuve par indice implique donc trois éléments : a) un fait incertain qu'on cherche à prouver ; b) un ou plusieurs autres faits déjà établis ou susceptibles de l'être ; c) un raisonnement permettant de relier les faits établis et le fait à prouver.
45. La preuve par indice peut servir à établir un fait susceptible de s'être produit ou à reconstituer une situation de fait hypothétique. Dans ce dernier cas, elle doit être considérée comme une conjecture, même si cette conjecture peut servir de base à une décision de justice⁹⁴.

C'est ainsi que des indices peuvent servir à établir l'accord de volonté entre un fabricant de conserve et une chaîne de supermarché sur la qualité d'une livraison future de cornichons (fait possible) ou le parcours professionnel qu'aurait emprunté un avocat s'il n'était pas devenu tétraplégique suite à un accident de voiture le lendemain de la réussite de ses examens du barreau (fait hypothétique).

2. L'*abduction* : mécanisme fondamental de la preuve par indice

46. On doit au philosophe américain Charles Sanders PIERCE, le mérite d'avoir relevé l'existence de trois types fondamentaux de syllogismes mettant en relation une proposition majeure, à caractère général, une proposition mineure, soit un fait isolé, et une conclusion. Publié dans une revue de vulgarisation scientifique du

⁹³ WALDER, 303 s. ; MUÑOZ SABATÉ, 40 s. ; GEIPEL, 330 ss ; BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 150 s. ; ANGELETTI, 68 s ; TERRACCIANO/COLARUSSO, 114.

⁹⁴ MUÑOZ SABATÉ, 24 ; ANGELETTI, 14 s., distingue la conjecture de la preuve indice, la première n'allant guère au-delà du soupçon.

vivant de l'auteur⁹⁵, l'exemple donné est particulièrement clair et est cité dans la littérature relative à la preuve par indice⁹⁶. Il mérite qu'on s'y arrête quelque peu⁹⁷.

PIERCE part des trois propositions suivantes : a) tous les haricots qui se trouvent dans ce sac sont blancs ; b) ces haricots proviennent de ce sac ; c) ces haricots sont blancs. Sur cette base, Pierce forme trois syllogismes différents.

Le premier syllogisme, nommé *déduction*, se présente ainsi :

Tous les haricots qui se trouvent dans ce sac sont blancs ; ces haricots proviennent de ce sac. → ces haricots sont blancs. Il s'agit du syllogisme classique que tous les juristes connaissent parfaitement.

Le deuxième syllogisme, nommé *induction*, est formulé de la manière suivante :

Ces haricots sont blancs ; ces haricots proviennent de ce sac → tous les haricots qui se trouvent dans ce sac sont blancs.

Le troisième syllogisme, nommé *hypothèse*, se lit comme suit :

Tous les haricots provenant de ce sac sont blancs ; ces haricots sont blancs → ces haricots proviennent de ce sac.

47. Sans doute pour des raisons d'élégance littéraire, la postérité a retenu le troisième syllogisme de PIERCE sous le nom d'*abduction*, sans pour autant en modifier le sens.
48. Cette brève présentation des trois catégories de syllogisme permet de comprendre qu'ils correspondent à trois formes distinctes d'acquisition du savoir. Le premier consiste à connaître une qualité d'un objet spécifique⁹⁸ en le rattachant à une règle générale⁹⁹ par le

⁹⁵ PIERCE, 470 ss. Une version numérisée de la revue se trouve sur le site www.archive.org. Il s'agit du dernier d'une série de six articles destinés à présenter au grand public américain d'alors les grands concepts de la logique formelle. L'auteur a profité de l'occasion pour faire l'exposé de sa propre conception.

⁹⁶ ANGELETTI, 35 ; MUÑOZ SABATÉ, 42.

⁹⁷ PIERCE, 472.

⁹⁸ D'où proviennent les haricots.

⁹⁹ Tous les haricots provenant de ce sac sont blancs.

biais d'une caractéristique¹⁰⁰. Le second cherche à déduire une règle générale¹⁰¹ de la confrontation de deux circonstances particulières¹⁰². Quant au troisième, il vise à établir un fait¹⁰³ à partir d'un autre¹⁰⁴ et d'une règle générale¹⁰⁵.

49. On aura sans difficulté reconnu dans le troisième syllogisme le raisonnement sur lequel repose la preuve par indice. Le fait que les haricots soient blancs étant l'indice sur lequel on se fonde pour en déduire qu'ils proviennent de ce sac, car, et c'est là le raisonnement probatoire, tous les haricots provenant de ce sac sont blancs. Il est naturellement aussi possible de construire les mêmes syllogismes avec des propositions négatives¹⁰⁶.
50. Le raisonnement *abductif* ne se limite donc pas à l'établissement des faits, mais couvre en réalité tout le champ des sciences humaines¹⁰⁷. On le retrouve ainsi en sémiotique¹⁰⁸ ou dans la recherche historique¹⁰⁹. Un auteur est même allé jusqu'à proposer une explication en lien avec l'évolution humaine. L'*abduction* serait une faculté vitale pour un chasseur-cueilleur, car elle permet de déduire la présence du gibier des traces laissées par celui-ci ou des mouvements affectant la végétation¹¹⁰. Nous ne nous prononcerons

¹⁰⁰ Ces haricots sont blancs.

¹⁰¹ Tous les haricots provenant de ce sac sont blancs.

¹⁰² Ces haricots sont blancs et ces haricots proviennent de ce sac.

¹⁰³ Ces haricots proviennent de ce sac.

¹⁰⁴ Ces haricots sont blancs.

¹⁰⁵ Tous les haricots provenant de ce sac sont blancs.

¹⁰⁶ PIERCE, 473 s.

¹⁰⁷ Au point qu'un auteur a pu y voir un véritable « *paradigme épistémologique* » apparu à la fin du XIX^e siècle en même temps que la psychanalyse et les romans policiers. Cf. l'article emblématique de GINZBURG.

¹⁰⁸ Cf. ECO, 185.

¹⁰⁹ Sur le parallèle intéressant entre l'activité du juge et celle de l'historien concernant la reconstitution des faits : POLASIK KAROLINA, *Historian as Investigating Magistrate – Carlo Ginzburg's « Circumstantial Paradigm »* *Marginalia, Sensus Historiae* 2011/1, 43 ss. La revue peut être consultée à l'adresse <http://www.sensushistoriae.epigram.eu/index.php/czasopismo> (lien consulté le 20 août 2023).

¹¹⁰ MUÑOZ SABATÉ, 34 s. Cette explication se retrouve déjà chez GINZBURG, 166 s.

pas sur la validité de cette hypothèse¹¹¹, mais nous bornerons à reconnaître qu'elle est aussi séduisante que romantique.

D. Présomption de fait et preuve par indices

51. Nous avons vu dans notre introduction que la preuve par indice était appréhendée dans le droit canon médiéval par le jeu des présomptions de fait¹¹². Ce concept existe toujours dans notre droit positif, où il a été en quelque sorte laïcisé, et se pose la question de son rapport avec la preuve par indices. C'est ce que nous allons examiner. Nous commencerons par définir la présomption de fait (1), puis nous verrons dans quelle mesure elle doit être distinguée de la preuve par indices (2).

1. Définition de la présomption de fait

52. A la différence d'autres ordres juridiques¹¹³, le droit suisse ne possède pas de définition légale de la présomption de fait. Celle-ci est l'œuvre exclusive de la jurisprudence et de la doctrine¹¹⁴. Le Tribunal fédéral a défini la présomption de fait comme étant « *un moyen qui facilite l'administration de la preuve sans renverser le fardeau de celle-ci* »¹¹⁵. De manière plus précise, la présomption de fait a été définie comme étant « *l'opération par laquelle le juge, sans être lié par une règle juridique, retient un fait sur la base d'un autre fait en se servant de son expérience générale de la vie* »¹¹⁶. La présomption de fait procède par

¹¹¹ Ni GINZBURG ni MUÑOZ SABATÉ ne se fondent sur la moindre étude scientifique pour justifier leur assertion qui peut tout autant procéder d'une forme de mythologie. Cela étant, nous ne pouvons exclure qu'une telle recherche ait été conduite et qu'elle ait confirmé l'intuition de ces auteurs.

¹¹² Cf. *supra* N 11. Pour une très brève présentation historique des présomptions de fait : ROTH, 330 s.

¹¹³ On pensera à ce propos, notamment, au droit espagnol et à l'art. 386 al. 1 de la *Ley de enjuiciamiento civil* de 2000.

¹¹⁴ Pour une présentation relativement détaillée de la question : BK-ZGB WALTER, art. 8 N 473 ss.

¹¹⁵ ATF 109 II 436, consid. 2c.

¹¹⁶ HOHL, Le contrôle des présomptions et autres déductions, 188 s. ; PC CPC-CHABLOZ/COPT, art. 157 N 26 ; Commentario-CPC TREZZINI, art. 157 N 134 ; WALDER-RICHLI, 305.

raisonnement abductif, et, en l'absence d'autres preuves de nature à éveiller des doutes sérieux¹¹⁷, tient un fait pour établi en raison de l'existence d'un autre fait¹¹⁸. Ce qui caractérise, à notre avis, la présomption de fait est sa présentation sous la forme d'une règle générale du genre « *Si le fait X est établi, en l'absence d'autres preuves, il y a lieu de tenir le fait Y pour prouvé* ».

A titre d'exemple on peut citer le fait de considérer la commune auprès de laquelle une personne s'est annoncée comme étant l'endroit où se trouve le centre effectif de ses intérêts¹¹⁹ ou la présomption de fait selon laquelle une atteinte grave à la personnalité aura des conséquences durables au sens de l'art. 28a al. 1 ch. 3 CC¹²⁰.

2. Différence avec la preuve par indices

53. Dans deux arrêts publiés au recueil officiel, le Tribunal fédéral a indiqué que la présomption de fait n'était qu'une variante de la preuve par indices¹²¹. L'opinion se retrouve également en doctrine¹²². Nous venons de voir que tous les deux procèdent d'une raison abductive, ce qui facilite l'assimilation. Par ailleurs, celle-ci est justifiée si on se place dans une perspective purement historique, les différentes catégories de présomptions établies énumérées TANCREDE DE BOLOGNE, auteur influent du XIII^e siècle, pouvant être considérées comme une forme de présentation de la preuve par indice¹²³. En revanche, on peut s'interroger sur le bien-fondé d'une telle assimilation alors qu'en droit positif la preuve par indice et les présomptions de fait sont pratiquées sans que le recours à l'une n'entraîne de renvoi aux autres.

¹¹⁷ Cf. HOHL, Le contrôle des présomptions et autres déductions, 189 et la jurisprudence citée.

¹¹⁸ SCHWEIZER, Beweiserleichterungen, 140 ss.

¹¹⁹ ATF 125 III 100, consid. 3. Pour un cas de renversement : TF 5A_757 du 15 janvier 2016, consid. 4.2.

¹²⁰ ATF 123 III 384, consid. 4.

¹²¹ ATF 117 II 256, consid. 2b ; ATF 130 III 699, consid. 4.1.

¹²² MEIER, 67 s. ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 157 N 138 ; HOHL, Procédure civile Tome I, 277 s.

¹²³ Cf. *supra* N 13.

54. Il serait, à notre avis, souhaitable de distinguer plus nettement les deux concepts¹²⁴. Tout d'abord, il n'existe que très peu de présomptions de fait en matière pénale¹²⁵, alors que le recours à la preuve par indices y est fréquent, si bien qu'un concept peut être employé sans l'autre. Ensuite, la présomption de fait est construite d'une telle manière que le fait établi et le fait déduit peuvent être connus à l'avance. Elle se limite la plupart du temps à déduire un fait spécifique d'un autre fait alors que les indices sont multiples¹²⁶. Elle se présente sous la forme d'une proposition reliant les deux sur la base d'une règle d'expérience établie *a priori*. Une telle construction n'est pas possible en matière de preuve par indices. Il n'est pas concevable d'établir à l'avance un catalogue de tous les indices susceptibles d'établir un fait. Tout dépend des circonstances particulières de chaque cas d'espèce. Par ailleurs, nous aurons encore l'occasion de revenir sur ce sujet, le raisonnement permettant d'établir le lien entre les indices et le fait devant être prouvé ne se présente pas sous la forme d'une seule proposition, mais découle d'une appréciation globale des preuves.
55. Ce dernier point met également en évidence une autre différence importante entre la preuve par indice et les présomptions de fait. Les présomptions de fait valent en l'absence d'une autre preuve. La partie contre laquelle la présomption de fait est invoquée dispose ainsi de la faculté de présenter sa contre-preuve pour y faire échec¹²⁷. La preuve par indice n'est pas organisée de manière dialectique. Si la partie contre laquelle elle est invoquée est amenée à présenter ses propres indices, cela signifie que la version des faits qui lui est exposée est incomplète et non qu'elle ne fait que réfuter une présomption qui lui est opposée.

¹²⁴ SALADIN, 113 s. ; GRONER, 149.

¹²⁵ En matière de circulation routière, il existe une présomption de fait que le détenteur est aussi le conducteur : TF 6B_1389/2022 du 14 mars 2023, consid. 1.4 ; TF 6B_748/2009 du 2 novembre 2009, consid. 2.2. A notre connaissance, c'est la seule. La présomption de diminution de la responsabilité liée à un certain taux d'imprégnation alcoolique (cf. ATF 122 IV 49) porte autant sur les faits que le droit.

¹²⁶ Cf. GRONER, 149.

¹²⁷ Cf. art. 386 al. 2 de la *Ley de enjuiciamiento civil* espagnole.

III. L'acquisition des indices en procédure

56. L'acquisition des indices en procédure est une question intimement liée à celle des maximes procédurales applicables. C'est pourquoi nous distinguerons entre les procédures où il est attendu des parties qu'elles procèdent à un exposé des faits (A) et celles où règne la maxime inquisitoire illimitée (B).

A. La preuve par indice et le fardeau de l'allégation

57. Les parties ont l'incombrance d'exposer les faits venant au soutien de leurs prétentions dans les procédures civiles instruites selon les règles de la maxime des débats (art. 55 CPC) ainsi que lorsque la maxime inquisitoire sociale est applicable et qu'elles sont assistées par un avocat¹²⁸. Se pose tout d'abord la question de la nécessité d'alléguer les indices et le raisonnement probatoire (1), puis de la manière de structurer l'exposé (2).

1. Nécessité d'alléguer les indices

58. Les indices doivent être considérés comme des faits « *indirectement juridiquement pertinents* »¹²⁹ et tombent, en cette qualité sous le coup du fardeau de l'allégation pesant sur les parties¹³⁰, quand bien même le juge serait autorisé à tenir compte des indices qui ressortent du dossier¹³¹. L'extension de l'office du juge à cet égard ne doit, à notre avis, pas faire oublier le fait que les indices sont des faits impliquant l'administration de moyens de preuve spécifiques¹³², laquelle ne peut avoir lieu qu'en présence de faits régulièrement allégués et contestés¹³³. Le fait que le juge puisse retenir certains indices non

¹²⁸ Voir BOHNET, 49 s.

¹²⁹ Qu'on nous pardonne le manque d'élégance de cette traduction de l'allemand.

¹³⁰ La doctrine est toutefois partagée : MORET, 192 s. ; KommZPO-SUTTER-SOMM/SCHRANK, art. 55 N 46. Opinion contraire : DIKE KommZPO-GLASL, art. 55 N 30 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 55 N 14.

¹³¹ Cf. JOSI, 88.

¹³² GULDENER, 319 et 328.

¹³³ Art. 150 CPC. Cette disposition est applicable aux indices : BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 150 N 6 ; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 150 N 7 ; BSK ZPO-GUYAN, art. 150 N 2.

allégués, à la marge des preuves régulièrement offertes, ne signifie pas encore que celui-ci peut administrer des preuves allant au-delà des offres des parties et, par exemple, convoquer d'office un témoin dont la déposition pourrait valoir indice en faveur de l'une ou l'autre partie. Celles-ci n'ont donc pas d'autres choix que d'alléguer les indices et d'offrir les moyens de preuve propres à les établir.

59. La jurisprudence du Tribunal fédéral entend même appliquer les règles sur la motivation des allégués (*Substanziierung*) aux allégués de fait portant sur des indices. Cela signifie, par exemple, que si une partie allègue un fait en offrant de prouver celui-ci par l'audition de différents témoins et que ce fait est contesté, il lui incombe d'exposer pour chaque témoin les faits que sa déposition viendra établir et donc de préciser tous les indices¹³⁴.

Dans un litige concernant l'exécution d'un contrat, la légitimation active, découlant en l'espèce de la conclusion dudit contrat, est contestée. La partie demanderesse invoque la conclusion par actes concluants et offre l'audition de plusieurs témoins sans fournir d'autres précisions. L'audition des témoins est refusée faute de motivation suffisante et la demande rejetée. La partie demanderesse se prévaut du fait que les témoins devaient révéler des indices permettant d'arriver à la conclusion du contrat. Le Tribunal fédéral rejette son recours au motif que ses allégations sont insuffisamment motivées¹³⁵.

2. La structuration de l'exposé

60. En tant que tels, les indices sont des faits comme les autres et leur allégation ne pose pas de difficultés particulières. Il en va de même du fait devant être prouvé par les indices. Se pose en revanche la question de savoir si le raisonnement permettant de mettre en lien les indices et le fait qu'ils doivent prouver, notamment en présentant les règles d'expérience auxquelles il est fait appel ou en exposant l'impression d'ensemble qui s'en dégage. Cet élément fait certes partie de l'appréciation des preuves, mais sa mention dans les allégués de fait, sous la forme de quelques allégués récapitulatifs, permet de comprendre l'utilité de la preuve par indice.

¹³⁴ Cf. TF 4A_441/2019 du 9 décembre 2019, consid. 2.4.1.

¹³⁵ TF 4A_308/2020 du 5 novembre 2020, consid. 5.

Fait juridiquement pertinent : Incapacité de A. au moment de la rédaction du testament de comprendre la portée de l'acte juridique.

Règle d'expérience : Un comportement gravement erratique et aberrant est, en l'absence d'autres explications, la preuve du fait que la personne concernée n'est plus en mesure d'apprécier le sens et les conséquences de ses actes (p. ex. ATF 39 II 190, consid. 3)

Indices : a) L'appartement occupé par A. au moment de son décès était dans un état de désordre indescriptible et jonché d'ordures.

b) Le rapport d'autopsie de A. indique qu'il présentait des signes de sous-alimentation au moment de son décès.

c) La veille de la date indiquée dans le testament comme étant celle de sa rédaction, Mmes B. et C. ont croisé A. devant la gare de Z. A. cette occasion, il les a apostrophées en les appelant « *maman* » et « *grand-maman* ». Les personnes auxquelles il faisait référence sont toutefois décédées toutes les deux depuis plus de cinquante ans.

d) A. leur a semblé être dans un grand état de confusion et il paraissait avoir négligé son hygiène corporelle depuis plusieurs jours.

e) Le jour indiqué dans le testament comme étant celui de sa rédaction, A. a appelé son ami D. pour lui reprocher de lui avoir volé sa télévision. L'appareil en question se trouvait toutefois dans l'appartement de A.

f) Le testament litigieux institue héritier, chacun pour la moitié de ses biens, sa petite-fille Mme E. et son caniche. Deux mois auparavant, A. avait déclaré à sa cousine, Mme F. que le chien était une « *sale crevure agressive* », qui l'avait d'ailleurs mordu à deux reprises, et qu'il refusait depuis lors de revoir sa petite-fille qui avait pris la défense de son animal.

61. Cela est d'autant plus important lorsque le raisonnement fait appel à un raisonnement en plusieurs étapes.

Exemple tiré de TF 5A_51/2014 du 14 juillet 2015, consid. 4 et 5 : La demanderesse en divorce soutient que son conjoint avait pris l'habitude de déposer dans un coffre-fort loué auprès d'une banque des sommes importantes en espèce provenant de ventes non déclarées réalisées dans le magasin qu'ils exploitaient ensemble. Le défendeur soutient de son côté que le montant en question ne dépassait pas CHF 1 200.-. Outre un document rédigé par le demandeur, la demanderesse se fonde sur les indices suivants :

a) Immédiatement après la dispute ayant entraîné la rupture irrémédiable du couple, le défendeur s'est précipité à la banque pour vider le coffre-fort ;

b) Après que la demanderesse eut prétendu au cours de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale que tout le chiffre d'affaires n'était pas déclaré, la part du chiffre d'affaires en espèces enregistré dans la comptabilité est passée de 5-6% à 13%, 28% et 31% au cours des années qui ont suivi ;

c) Le défendeur a déclaré à un témoin « qu'il avait vidé le coffre-fort et que cela représentait une grosse somme d'argent ».

d) Le train de vie des époux durant leur vie commune n'était pas modeste.

Les deux étapes du raisonnement pour la preuve par indices peuvent être formulées de la manière suivante :

1) « Une variation subite du chiffre d'affaires réalisé en espèces déclarées est la conséquence de la régularisation d'éléments non déclarés, si elle n'est pas expliquée autrement »

2) « Le fait de se précipiter pour vider un coffre-fort après une dispute et de déclarer à un tiers qu'il s'agit d'une grosse somme d'argent permet de présumer que le montant est largement supérieur à CHF 1 200.-, à moins que la personne concernée soit particulièrement modeste. »

B. La preuve par indice et la maxime inquisitoire illimitée

62. Lorsque la maxime inquisitoire est appliquée, soit en procédure pénale¹³⁶ et administrative¹³⁷ ainsi que dans certaines affaires civiles¹³⁸, il appartient à l'autorité d'établir les faits et donc de procéder spontanément à la collecte des indices. Se pose la question d'un éventuel devoir des autres parties de porter à la connaissance de l'autorité les indices en leur faveur. Une telle incombance peut être d'emblée exclue pour le prévenu dans une procédure pénale, lequel n'a aucune obligation de collaborer¹³⁹. S'il le souhaite, il lui est loisible d'apporter des explications en sa faveur, mais on ne saurait lui reprocher de ne pas l'avoir fait¹⁴⁰. Pour ce qui est des procédures administratives, l'obligation de collaborer est prévue

¹³⁶ Art. 6 CPP.

¹³⁷ Art. 12 PA.

¹³⁸ Cf. art. 255 et 296 CPC.

¹³⁹ Art. 113 al. 1 et 158 al. 1 let. b CPP.

¹⁴⁰ Parmi tant d'autres : CR CPP-MACALUSO, art. 113 N 8.

dans la loi¹⁴¹ et dite obligation peut obliger l'administré à « *fournir des renseignements, des explications, une motivation* »¹⁴², notamment lorsqu'il s'agit de présenter des éléments en sa faveur¹⁴³. On peut en déduire que l'application de la maxime inquisitoire illimitée ne dispense pas l'administré d'avancer les indices en sa faveur. Un raisonnement similaire peut être fait pour la procédure civile¹⁴⁴. A l'exception du prévenu, l'application de la maxime inquisitoire illimitée ne dispense pas les parties d'introduire spontanément dans la procédure les indices en leur faveur¹⁴⁵.

63. Si l'autorité est responsable de l'établissement des faits, peut-elle alors refuser librement d'administrer une preuve sur un ou plusieurs indices dont une partie voudrait déduire quelque chose en sa faveur ? Cela pose la question de l'appréciation anticipée des preuves qui reste, en dépit des critiques qui lui sont régulièrement adressées, admise sous conditions dans l'ordre juridique suisse¹⁴⁶. La preuve par indices peut être refusée si ceux-ci ne paraissent pas suffisants pour établir le fait¹⁴⁷. En revanche, il n'est pas possible de se fonder sur les seuls indices pour refuser d'autres moyens de preuve¹⁴⁸.

IV. L'appréciation de la preuve par indice

64. L'appréciation de la preuve par indice repose sur l'évaluation de la probabilité que se soit produit, le fait devant être prouvé, sachant

¹⁴¹ Art. 13 PA.

¹⁴² GRISEL, 106.

¹⁴³ Cf. GRISEL, 113 (retrait du permis de conduire) et 114 (annulation de la naturalisation).

¹⁴⁴ La jurisprudence met à la charge des parties une obligation de collaborer similaire à celle existant en matière administrative : TF 5A_848/2019 du 2 décembre 2020, consid. 8.2.1.

¹⁴⁵ Cf. BICKEL, 63.

¹⁴⁶ Art. 139 al. 2 CPP. En matière civile et administrative, le principe est jurisprudentiel : ATF 129 III 18, consid. 2.6 et ATF 121 V 150, consid. 5a.

¹⁴⁷ KUNTSCHE, 213, qui se réfère à deux arrêts civils du Tribunal fédéral sur ce point. En matière pénale, une certaine prudence est recommandée en doctrine : CR CPP-BÉNÉDICT, art. 139 N 19 et 25a.

¹⁴⁸ BICKEL, 64 et les arrêts civils cités. Le principe devrait aussi valoir en matière civile et administrative.

que d'autres faits sont établis, les indices. S'agissant d'un calcul probabiliste, nous commencerons par quelques considérations mathématiques (A). Nous tenterons ensuite de déduire de celles-ci des principes cardinaux en matière d'appréciation de la preuve par indices (B) avant d'examiner le cas de la multiplication des indices (C).

A. Quelques considérations mathématiques

65. Une distinction statistique est amenée à jouer un rôle important dans l'appréciation de la preuve par indice : la distinction entre la *probabilité cumulée* et la *probabilité conditionnelle* (1). Nous verrons ensuite comment l'appréciation de la force probante d'un seul indice peut être évaluée comme un problème de probabilité conditionnelle (2).

1. La *probabilité cumulée* et la *probabilité conditionnelle*

66. On parle de *probabilité cumulée*, notée $P(A \cap B)$, la probabilité que deux événements indépendants se produisent. Dite probabilité est calculée en multipliant la probabilité des deux événements, ce qui peut être repris dans la formule suivante $P(A \cap B) = P(A) P(B)$. La règle de la multiplication des probabilités peut être généralisée à l'infini. Ainsi, la probabilité que dix événements se soient produits se calcule en multipliant la probabilité de chacun de ces événements. Etant donné que la probabilité qu'un événement faisant l'objet d'une procédure judiciaire se soit produit est rarement également à 1, on comprend intuitivement que la multiplication des événements tend à diminuer la probabilité cumulée.
67. La *probabilité conditionnelle*, notée $P(A|B)$, est la probabilité qu'un événement A se soit produit après B. Les deux événements ne sont plus indépendants, car dans le calcul on part du principe que B se produira avant A. C'est pourquoi, la probabilité conditionnelle doit être minutieusement distinguée de la probabilité cumulée. Elle ne se calcule en effet pas de la même manière. Il ne suffit pas de multiplier

la probabilité des deux évènements, mais il faut avoir recours au *Théorème de Bayes*¹⁴⁹ qui se présente ainsi :

$$P(A|B) = \frac{P(B|A) \cdot P(A)}{P(B)}$$

68. Ainsi, pour connaître la probabilité que l'événement A se soit passé, B étant certain, il faut connaître la probabilité que B se produise après A, ainsi que la probabilité des deux évènements. Cela complique considérablement le calcul. Une simplification possible serait de réduire le nombre de variables. Il est possible de reformuler le *Théorème de Bayes* de manière à évacuer P(B) ce qui permet d'aboutir à une formule contenant une autre variable potentiellement plus simple à évaluer : $P(B|\sim A)$ soit la probabilité que B se produise alors que A ne s'est pas produit. Cela donne une formule mathématique qui se présente ainsi¹⁵⁰ :

$$P(A|B) = \frac{P(B|A) \cdot P(A)}{P(B|A) \cdot P(A) + P(B|\sim A) \cdot (1 - P(A))}$$

69. Considérant que la probabilité qu'un fait ne se soit pas produit peut être calculée au moyen de la formule suivante : $P(\sim A) = 1 - P(A)$, la formule peut être énoncée de la manière suivante¹⁵¹ :

$$P(A|B) = \frac{P(B|A) \cdot P(A)}{P(B|A) \cdot P(A) + P(B|\sim A) \cdot P(\sim A)}$$

70. Même si les opérations utilisées dans la formule ne sont guères difficiles à réaliser, on constate que le calcul de la probabilité que A se soit produit compte tenu de l'existence de B n'est guère intuitif. Il est aussi possible de simplifier la démarche individuelle en introduisant une autre notion, celle de *cote*. Il s'agit du rapport entre la probabilité qu'un événement se produise et celle qu'il ne se produise pas. Si la cote est supérieure à 1, cela signifie que l'événement a plus de chance de se produire que le contraire. Plus elle est élevée, plus la probabilité de survenance de l'événement est

¹⁴⁹ Pour une démonstration de la formule : GEIPEL, 233 ss ; SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 134 ss

¹⁵⁰ A nouveau, pour la démonstration, cf. GEIPEL, 236.

¹⁵¹ C'est ainsi qu'elle se présente chez BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 173.

grande. En partant du *Théorème de Bayes*, il est possible¹⁵² d'aboutir à la formule suivante :

$$\frac{P(A|B)}{P(\sim A|B)} = \frac{P(A)}{P(\sim A)} \cdot \frac{P(B|A)}{P(B|\sim A)}$$

2. Calcul de la force probante des indices

71. Nous avons vu précédemment que la preuve par indice procédait d'un raisonnement abductif, soit qu'elle tendait à déduire l'existence d'un fait à partir d'un autre fait en se fondant sur une règle d'expérience¹⁵³. Imaginons maintenant que la règle d'expérience soit un principe mathématique issu du calcul des probabilités ; cela devrait nous permettre de calculer la force probante d'un indice. Nous venons de présenter le concept de probabilité conditionnelle. Il n'y a pas besoin de beaucoup réfléchir pour comprendre que cette notion peut être transposée à la preuve par indice. Calculer la probabilité qu'un indice soit révélateur du fait devant être prouvé revient ainsi à calculer la probabilité que le fait à prouver se soit produit compte tenu du fait que l'indice est établi. En d'autres termes, cela correspond au calcul de la valeur correspondant à $P(\text{fait à prouver} \mid \text{indice})$ ¹⁵⁴. Plus ce chiffre s'approche de 1, plus l'indice est révélateur dans le cas d'espèce.
72. Si l'on veut réécrire le *Théorème de Bayes* en matière d'indices, il suffit de remplacer dans la formule que nous venons de présenter au paragraphe précédent l'événement A par le fait à prouver et l'événement B par l'indice. Ce qui donne la formule suivante :

$$P(\text{fait à prouver} \mid \text{indice}) = \frac{P(\text{indice} \mid \text{fait à prouver survenu}) \cdot P(\text{fait à prouver survenu})}{P(\text{indice} \mid \text{fait à prouver survenu}) + P(\text{indice} \mid \text{fait à prouver pas survenu}) \cdot P(\text{fait à prouver pas survenu})}$$

73. Pour que le calcul puisse être effectué, il nous faut donc connaître la probabilité que le fait à prouver se soit produit (« $P(A)$ »), dont on

¹⁵² Pour une démonstration : <http://www.dcsience.net/Bayes-prob-odds.pdf> (lien consulté le 26 août 2023).

¹⁵³ Cf. *supra* N 46 ss.

¹⁵⁴ Pour d'autres approches de la question, mais qui se heurtent à des apories logiques : GEIPEL, 254 ss (approche selon SCHREIBER) et 259 s. (approche selon EKELÖF). Voir également SCHWEIZER, *Beweiswürdigung*, 151 ss.

peut déduire la probabilité inverse (« $P(\sim A)$ »), la probabilité que l'indice apparaisse alors que le fait à prouver est établi (« $P(B|A)$ ») et la probabilité que l'indice apparaisse alors que le fait à prouver ne s'est pas produit (« $P(B|\sim A)$ »). C'est d'emblée le lieu de rappeler que ces deux dernières variables n'entretiennent aucune relation et qu'il n'est pas possible de déduire l'une de l'autre¹⁵⁵. Le calcul de la force probante d'un indice au regard d'un fait devant être établi découle dès lors de la conjonction de ces trois variables dans un quotient.

74. On peut aussi utiliser la notion de *cote*, que nous avons précédemment examinée, pour arriver au calcul de la force probante des indices :

$$\frac{P(\text{fait à prouver survenu} | \text{indice})}{P(\text{fait à prouver pas survenu} | \text{indice})} = \frac{P(\text{fait à prouver survenu})}{P(\text{fait à prouver pas survenu})} \cdot \frac{P(\text{indice} | \text{fait à prouver survenu})}{P(\text{indice} | \text{fait à prouver pas survenu})}$$

75. Le rapport entre la probabilité que le fait se soit produit, l'indice étant établi, et la probabilité que le fait ne se soit pas produit, malgré la présence de l'indice, correspond ainsi à la force probante de l'indice dans le cas concret¹⁵⁶. Si elle est supérieure à 1, cela signifie que l'indice est probant ; une force probante très élevée pouvant même être considérée comme confinant à la certitude dans le cas concret. Cette force probante de l'indice dans un cas concret peut ainsi être analysée comme étant le produit de deux autres quotients. Le premier correspond au rapport existant entre la probabilité que le fait à prouver se soit produit et celle qu'il ne se soit pas produit. Il s'agit donc de la cote du fait à prouver. Quant au second il s'agit du rapport entre la probabilité que l'indice se manifeste alors que le fait à prouver est survenu et la probabilité que l'indice se manifeste alors que le fait à prouver n'est pas survenu. Autrement dit, ce quotient indique s'il est plus probable que l'indice apparaisse lorsque le fait s'est produit ou non. On peut considérer ce rapport comme indiquant la force probante de l'indice dans l'abstrait¹⁵⁷, soit sans tenir compte de la probabilité que le fait se soit effectivement

¹⁵⁵ GEIPEL, 286.

¹⁵⁶ SCHWEIZER, *Beiweiswürdigung*, 168.

¹⁵⁷ BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 175 ; MENGLER, 88.

produit. On parle aussi de *Likelihood-Quotient*¹⁵⁸. La formule peut donc être résumée ainsi :

Force probante concrète de l'indice = cote du fait à prouver · force probante abstraite de l'indice

B. Quelques principes cardinaux

76. Dans la partie qui précède, nous avons présenté un modèle mathématique de calcul de la force probante des indices. Nous examinerons tout d'abord pour quelle raison l'application de ce modèle dans des dossiers concrets est extrêmement difficile (1). Ensuite, nous tenterons d'en tirer quelques enseignements susceptibles d'être mis en œuvre pour l'appréciation des preuves (2).

1. La difficile application du modèle mathématique

77. Les mathématiciens se sont penchés depuis longtemps sur l'application du calcul des probabilités à la preuve judiciaire. Malgré un essai célèbre de POISSON¹⁵⁹ sur cette question, les mathématiques n'ont pas fait leur entrée au prétoire¹⁶⁰. A quelle raison doit-on attribuer cette désaffection ? On pourrait tout d'abord penser que les juristes sont réfractaires aux opérations arithmétiques¹⁶¹ et ne sont ainsi pas conscients du risque d'erreur auquel les expose leur réticence¹⁶². Il y a certainement beaucoup de vrai dans cette explication, surtout quand on songe au fait que le

¹⁵⁸ SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 144.

¹⁵⁹ POISSON SIMÉON DENIS, Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile, Paris 1837. L'auteur s'est employé à extraire certaines probabilités des statistiques judiciaires. La démarche semble avoir fait des émules : FERRER BELTRÁN, 110 s.

¹⁶⁰ En tout cas pas en Suisse, mais il semble que cela ait déjà été le cas en Italie, cf. le commentaire d'arrêt de GALATI.

¹⁶¹ On peut songer au brocard latin *Judex non calculat*... dont nous n'avons d'ailleurs pu retracer l'origine.

¹⁶² Sur la méconnaissance du *Théorème de Bayes* par des juges alémaniques et sa conséquence dans l'appréciation des preuves : SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, 161 s. Le résultat ne serait certainement pas meilleur en Suisse romande, loin s'en faut.

principe de la libre appréciation des preuves est encore trop souvent confondu avec l'intime conviction¹⁶³. Mais ce n'est pas la seule raison.

78. Nous l'avons vu, l'approche mathématique de la force probante des indices repose sur des calculs impliquant plusieurs variables. De la modeste expérience du soussigné, il est impossible d'identifier ces variables dans le dossier d'une procédure, car l'objet de l'administration des preuves ne porte pas sur ce point¹⁶⁴. Par ailleurs, certaines données sont par essence difficiles à évaluer. Ainsi, la mise en œuvre du *Théorème de Bayes* tant sous sa forme initiale que ramené aux cotes des événements, implique de connaître la probabilité que se soit produit le fait devant être prouvé par indices. On voit mal sur quelle base le juge pourrait la fixer¹⁶⁵, sauf à se livrer à une analyse sommaire du dossier avant de procéder à l'appréciation des preuves¹⁶⁶. Et même dans ce cas, son analyse risque de procéder de l'intime conviction non motivée¹⁶⁷.
79. A cela vient s'ajouter une autre considération d'ordre purement pratique. L'appréciation de la preuve par indice implique, la plupart du temps, la conjonction de plusieurs indices. Dans ce cas, les calculs peuvent s'avérer fort ardu¹⁶⁸ et dépasser amplement les compétences acquises par le juge sur les bancs du lycée. Ainsi, même si les données existent, il est peu probable qu'elles puissent être valorisées autrement qu'en ayant recours à une expertise. Or c'est

¹⁶³ Sur ces deux concepts, cf. *supra* N 18 ss.

¹⁶⁴ Sentiment partagé par SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 187.

¹⁶⁵ Cf. pour l'identification du cercle des auteurs potentiels d'une infraction : MENGLER, 93 s. Voir également FERRER BELTRÁN, 112 s ; SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 170 qui rapporte les doutes des tribunaux allemands et britanniques sur ce point.

¹⁶⁶ En matière civile, cette analyse pourrait avoir lieu sur la base des faits allégués par les parties. Elle aurait le mérite de donner une raison d'être aux règles sur le fardeau d'allégation, de contestation et sur l'obligation de motivation (*Substanziierung*). Pour plus de précisions, notamment sur le fardeau de la contestation motivée : SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 236 ss.

¹⁶⁷ Sans compter le risque de violation de la présomption d'innocence si le juge évalue la culpabilité du prévenu avant d'avoir apprécié les preuves : FERRER BELTRÁN, 118 ss.

¹⁶⁸ Pour un exemple à deux indices : BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 173 s.

un lieu commun que de rappeler que le juge ne peut pas déléguer à l'expert l'appréciation des preuves.

80. On l'aura compris, une approche purement mathématique de la preuve par indice n'est guère concevable. Sa mise en œuvre en dépit des difficultés que nous avons identifiées pourrait même être à l'origine d'erreurs judiciaires. Dans la célèbre *Affaire DREYFUS*, le non moins célèbre BERTILLON, a tenté de démontrer la culpabilité du prévenu en se fondant sur un calcul de probabilité reposant sur des éléments biaisés¹⁶⁹. Dans une lettre demeurée célèbre, elle aussi, le mathématicien POINCARÉ contesta l'analyse effectuée et qualifia même de « *scandale des mathématiques* » l'utilisation des calculs de probabilité dans l'appréciation judiciaire des preuves¹⁷⁰. Sans aller jusqu'à nous faire l'écho d'une telle condamnation en bloc, les propos de l'auteur doivent inviter à la prudence¹⁷¹. C'est pour cette raison que nous ne recommanderons pas l'utilisation des mathématiques par le juge, mais essaierons de déduire quelques règles de prudence du *Théorème de Bayes*.

2. Règles de prudence déduites du *Théorème de Bayes*

81. Il ressort de notre présentation du *Théorème de Bayes* qu'évaluer la probabilité qu'un indice soit révélateur d'un fait devant être prouvé ne relève, en principe¹⁷², pas des *probabilités cumulatives*. Cela implique donc qu'en présence d'une multitude d'indices on ne peut simplement multiplier les probabilités pour en déduire que la

¹⁶⁹ ROLLET LAURENT, Des mathématiciens dans l'affaire Dreyfus ? Autoforgerie, bertillonage et calcul de probabilités, <https://hal.science/hal-00587003/document> (lien consulté le 27 août 2023).

¹⁷⁰ La lettre est reproduite in-extenso dans l'article suivant : MANSUY/MAZLIAK, 366 s.

¹⁷¹ Nous ne saurions ainsi souscrire à l'opinion de GEIPEL, 262 s., selon lequel les multiples erreurs survenant au cours de la libre appréciation des preuves justifient le recours systématique à la discussion mathématique des indices.

¹⁷² Nous verrons que cela peut toutefois être le cas en présence d'une « *chaîne d'indices* ».

probabilité du fait contraire est négligeable¹⁷³. De manière symétrique, lorsque plusieurs indices sont établis et qu'est avancé un fait présentant des liens évidents avec ces indices¹⁷⁴, on ne peut s'arrêter au fait que le nombre élevé d'indices est suffisant pour retenir qu'il est peu probable qu'une autre version des faits puisse être retenue¹⁷⁵. Le fait que les indices pointent dans une certaine direction ne constitue ainsi pas la preuve en soi du fait visé ; on ne saurait prétendre que le nombre d'indices permet en lui-même d'arriver à la conclusion qu'une autre version des faits est impossible. Le raisonnement contraire, et erroné, a donné lieu à un célèbre arrêt de la Cour suprême de Californie¹⁷⁶.

82. Il faut soigneusement distinguer la probabilité qu'un fait survienne, l'indice étant donné et la probabilité que l'indice survienne, le fait étant établi¹⁷⁷. Cela découle, entre autres, du fait que la force probante concrète ne se ramène pas à la force probante abstraite¹⁷⁸. Autrement dit, s'il est établi que presque tous les consommateurs de drogue dure ont touché au cannabis, on ne peut en déduire que tous les consommateurs de cannabis deviendront des amateurs de drogues dures¹⁷⁹. Pour faire le lien entre la consommation des deux produits stupéfiants, il faut encore connaître la probabilité de débiter une consommation de drogues dures. Vu le rapport de multiplication existant entre la cote du fait à prouver et la force probante abstraite de l'indice, on peut en déduire qu'en présence d'un fait donc la survenue est très plausible, une force probante

¹⁷³ Pour un exemple de calcul de l'impact de l'ajout d'un indice : BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 173 s. Le *Théorème de Bayes* peut, par ailleurs, être généralisé à un nombre illimité d'indices : SCHWEIZER, *Beweiswürdigung*, 137.

¹⁷⁴ Par exemple, qu'un individu identifié par une des caméras se trouvant dans l'Aula des Jeunes Rives de l'Université de Neuchâtel à 12h30 le 17 novembre 2023 mesure 1m85, est corpulent, brachycéphale, possède des cheveux cendrés ainsi que des yeux bleus et souffre d'une scoliose de degré moyen tout comme d'un début de calvitie.

¹⁷⁵ Soit qu'une autre personne que l'auteur de ces quelques lignes se trouvait dans l'Aula des Jeunes Rives à 12h30 le 17 novembre 2023.

¹⁷⁶ *People vs. Collins* 68 Cal. 2d 319 (Cal. 1968).

¹⁷⁷ SCHWEIZER, *Kognitive Täuschungen*, 132.

¹⁷⁸ Cf. *supra* N 76.

¹⁷⁹ L'exemple est repris de SCHWEIZER, *ibid.*

abstraite faible peut emporter la conviction alors que si le fait n'est pas plausible, celle-ci ne peut être arrachée que si la force probante abstraite est élevée.

83. La force probante d'un indice ne se ramène pas à la relation statistique entre dit indice et le fait devant être prouvé¹⁸⁰. La force probante de l'indice implique également de connaître la fréquence à laquelle l'indice apparaît sans que le fait devant être prouvé ne soit établi¹⁸¹. Ce n'est que si cette dernière est inférieure à la première qu'on peut parler d'un indice probant¹⁸². Un exemple célèbre de confusion entre la force probante d'indice et sa fréquence statistique se rencontre dans le procès du sportif O.J. SIMPSON¹⁸³. Afin d'éviter ce genre d'erreur, des auteurs¹⁸⁴ recommandent¹⁸⁵ d'envisager chaque indice sous l'angle de trois questions distinctes :
- A. A quelle fréquence l'indice apparaît-il lorsque le fait à prouver est établi ?
 - B. A quelle fréquence l'indice apparaît-il lorsque le fait à prouver n'est pas établi ?
 - C. Est-ce que l'indice se produit plus souvent dans l'hypothèse A ou dans l'hypothèse B ?
84. Bien qu'il ne se soit jamais prononcé directement sur la question, le Tribunal fédéral a implicitement imposé, toujours dans sa jurisprudence pénale, la vérification de la force probante des indices selon le schéma que nous venons d'identifier. Deux arrêts ayant déclaré arbitraire l'établissement des faits sur la base d'un seul indice en sont la preuve. Dans la première affaire, neuf véhicules avaient été vandalisés un soir de fête, seuls trois propriétaires avaient porté plainte et le prévenu avait reconnu avoir commis des déprédations ce soir-là en état d'imprégnation alcoolique avancée. Le verdict de

¹⁸⁰ Cf. la *fallacia consequentis* présentée par SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, 132 s. MENGLER, 87.

¹⁸¹ On aura reconnu la définition de la force probante abstraite ou *Likelihood-Quotient*, cf. *supra* N 76.

¹⁸² SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, 133 s.

¹⁸³ Cf. KOEHLER, 218 s.

¹⁸⁴ BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 153 et 175.

¹⁸⁵ La recommandation est reprise par SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen, 134.

culpabilité est annulé au motif que « *même si le recourant a admis avoir commis des déprédations ce soir-là, aucun élément de preuve ne permet d'établir que dans le cas d'espèce, il est l'auteur de l'une ou l'autre des déprédations reprochées ; il n'y a ainsi pas lieu d'accorder une portée extensive aux déprédations admises* »¹⁸⁶. En substance, la probabilité que le prévenu ait endommagé les véhicules dont le propriétaire n'avait pas porté plainte était aussi élevée que celle qu'il s'en soit pris à ceux faisant l'objet de la procédure. Dès lors, son aveu ne pouvait valoir indice suffisant de sa culpabilité. Dans la seconde espèce, le Tribunal fédéral a estimé arbitraire la déclaration de culpabilité pour un vol se fondant sur le seul fait que le téléphone portable du prévenu avait activé une antenne à proximité des lieux, « *sauf à retenir qu'il serait l'auteur de tous les cambriolages commis dans les alentours des lieux où il se trouvait durant sa présence en Suisse* »¹⁸⁷, l'intéressé ayant par ailleurs séjourné dans les environs au moment des faits. A nouveau, la probabilité que l'indice apparaisse alors que les faits n'étaient pas avérés a dû paraître plus importante aux yeux de la juridiction suprême que l'hypothèse contraire.

85. S'il fallait résumer en quelques phrases les règles de prudence découlant de l'application du *Théorème de Bayes* à la preuve par indices, c'est, sans doute, la nécessité de toujours envisager le scénario alternatif qui constitue, à notre avis, le point le plus important. Lorsque la force probante des indices est examinée, celle-ci doit être envisagée aussi bien au regard du fait que l'on veut prouver, mais également de toute version alternative ou contraire. Ce n'est que si la probabilité du scénario alternatif ou contraire apparaît comme étant plus faible que l'indice peut être considéré comme étant probant. Sans se référer à aucune démonstration mathématique, la jurisprudence pénale du Tribunal fédéral considère d'ailleurs que la preuve par indice peut échouer en entraîner l'application du principe *in dubio pro reo* lorsque des scénarios alternatifs favorables au prévenu peuvent tout autant être déduits des indices¹⁸⁸. Cette règle de prudence avait d'ailleurs déjà

¹⁸⁶ TF 6B_63/2014 du 5 février 2015, consid. 3.3.

¹⁸⁷ TF 6B_1074/2018 du 24 janvier 2019, consid. 2.3.2.

¹⁸⁸ Cf. ATF 144 IV 345, consid. 2.2.3.5.

été identifiée par QUINTILIEN, lorsqu'il exposait qu'en l'absence d'autres éléments la présence de taches de sang sur le vêtement du prévenu ne pouvait à elle seule conduire à ce qu'il soit déclaré coupable de meurtre, car elle pouvait tout aussi bien s'expliquer autrement¹⁸⁹. Vu son fondement mathématique, cette règle de prudence doit également trouver application en matière civile et administrative.

Dans l'exemple que nous avons cité de la preuve *post-mortem* par indice de la diminution des facultés intellectuelles¹⁹⁰, une fois les faits établis, le juge doit se demander si ces faits sont susceptibles de prouver non seulement le fait principal mais également d'autres scénarios alternatifs, tels qu'un comportement volontairement provocateur ou une forme d'excentricité. Ce n'est que si les indices sont davantage susceptibles de se rencontrer en présence d'une diminution des facultés intellectuelles que le juge peut arriver à la conclusion que la preuve par indice a abouti.

Lorsque se pose la question de l'activité professionnelle qui aurait été choisie en l'absence de handicap, même si les indices sont compatibles avec un pronostic défavorable à l'emploi, la preuve par indices n'aboutit que si les indices ne permettent pas de retenir une quelconque activité professionnelle.

86. Sur ce point, les avocats peuvent être amenés à jouer un grand rôle en suggérant au juge les scénarios alternatifs susceptibles de mettre en cause l'appréciation des indices en défaveur de leur client¹⁹¹. Pour que la défense soit la plus effective possible, il ne suffit pas de contester le lien effectué entre les indices et le fait à prouver, mais également de fournir les scénarios alternatifs qui peuvent être retenus sur cette base¹⁹².

C. L'appréciation d'un faisceau d'indices

87. La première étape dans l'appréciation d'un faisceau de preuve par indice consiste à établir les liens intellectuels entre les indices et le

¹⁸⁹ Cf. *supra* N 8.

¹⁹⁰ Cf. *supra* N 61.

¹⁹¹ En ce qui concerne la preuve par ADN, les avocats américains sont plus actifs que leurs homologues suisses cf. VUILLE, 783.

¹⁹² Pour un exemple d'une telle discussion, sans toutefois que les constats de fait ne soient remis en question par le Tribunal fédéral : TF 6B_1051/2022 du 14 juin 2023, consid. 1.2. Voir également TERRACCIANO/COLARUSSO, 244 ss.

fait à prouver, de manière à pouvoir estimer leur force probante abstraite (1). Ensuite, il faut observer une attitude critique à l'égard des règles d'expérience qui peuvent venir remplacer le calcul mathématique (2).

1. Relations entre les indices et le fait à prouver

88. La relation entre le fait à prouver et les indices peut révéler une plus ou moins grande proximité et cette circonstance a une grande influence sur la force probante concrète des indices. Pour cela il faut distinguer deux situations différentes : le « *cercle d'indices* » (a) et la « *chaîne d'indices* » (b).

a) Le « *cercle d'indices* »

89. Il se peut que les indices entretiennent une relation directe avec le fait à prouver. Autrement dit, chaque indice pointe directement sur le fait en question. On parle alors du « *cercle d'indices* »¹⁹³.

Tel est le cas de notre exemple concernant la preuve *post-mortem* d'une atteinte à la santé mentale. Chaque indice peut servir à prouver le fait sans qu'il ne soit nécessaire de s'appuyer sur d'autres faits. Par ailleurs, rien ne permet de présumer que la survenance de chacun d'eux dépend de celle d'un autre fait.

90. Lorsque les indices sont indépendants les uns des autres, il est théoriquement possible de calculer la force probante abstraite des indices formant un cercle en multipliant la force probante abstraite de chaque indice¹⁹⁴. Comme nous venons de le voir, un tel calcul est difficilement concevable. On peut toutefois en déduire que la force probante abstraite du faisceau d'indice augmente avec le nombre d'indices, à moins que certains indices aient une force probante abstraite inférieure à un. Sous cette réserve, la multiplication des indices indépendants est donc un facteur penchant en faveur de la force probante de ceux-ci¹⁹⁵.

¹⁹³ Cf. BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 161 ; GEIPEL, 248 (« *Beweisring* »).

¹⁹⁴ BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 176. Pour une démonstration de cette règle : SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 149.

¹⁹⁵ En ce sens : SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 149.

91. Une telle conclusion n'est cependant pas possible lorsque les indices sont dépendants les uns des autres, de telle manière que la survenance d'un indice accroît celle d'un autre indice. On comprend aisément que, dans ce cas, le fait qu'un indice soit identifié peut être la conséquence du fait qu'un autre indice est avéré et non du fait que le fait à prouver s'est produit. Si le degré de dépendance est élevé, l'indice dépendant ne peut guère accroître la force probante abstraite du faisceau d'indices¹⁹⁶, au point qu'on peut même considérer que les deux indices n'en forment qu'un seul¹⁹⁷.

Au cours d'une instruction pénale, sont identifiées les traces de pas et les empreintes palmaires d'un cambrioleur, qui permettent de penser qu'il possède de grands pieds et de grandes mains. Il est toutefois fréquent qu'une personne possédant de grands pieds ait également de grandes mains¹⁹⁸, car ses os se sont davantage allongés que la moyenne au cours de sa croissance. Il en va de même du fait qu'une personne arbore une barbe et une moustache. Les individus présentant la première sans la seconde sont plutôt rares, en tout cas en Europe. Dès lors, la moustache ne peut être considérée comme un indice indépendant de la barbe et il serait plus correct de les regrouper dans un seul concept, celui de « pilosité faciale ».

92. Les liens de dépendances entre les indices peuvent être parfois difficiles à identifier, voir s'avérer à l'origine de véritables débats, notamment lorsque la question dépend de l'état de la science sur une question précise.

Ainsi, le fait que plusieurs enfants décèdent dans la même famille de la mort blanche du nourrisson peut constituer un faisceau d'indices à charge contre les parents si ceux-ci doivent être considérés comme des faits indépendants les uns des autres, car la probabilité que ces faits surviennent l'un à la suite des autres est très faible. Plusieurs verdicts de culpabilité ont, par le passé, été rendus sur cette seule base, jusqu'à ce que les médecins légistes se rendent compte que la mort blanche du nourrisson était influencée par des facteurs de risque qui perduraient dans le temps de telle manière que la survenance d'un premier décès rendait plus fréquents ceux qui suivent¹⁹⁹.

¹⁹⁶ GEIPEL, 251.

¹⁹⁷ SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 150 s.

¹⁹⁸ BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 177.

¹⁹⁹ Sur cette question : GEIPEL, 253 s.

93. Finalement, il arrive aussi que les indices se renforcent mutuellement et que, dans ce cas, la présence cumulée des indices accroît considérablement la force probante abstraite du faisceau d'indices. Tel est le cas lorsqu'un groupe d'indice accompagne fréquemment un fait.

En matière pénale on rencontre certaines configurations de fait qui plaident fortement en faveur de la commission d'une infraction, ce qu'on nomme en allemand « *deliktstypische Indizien* », tel que l'attrail d'un faux-monnaieur²⁰⁰.

En matière civile, la jurisprudence allemande a développé le concept d'*Anscheinsbeweis* reposant sur le fait que certaines constellations factuelles plaident de manière typique en faveur de l'admission d'un fait précis malgré l'absence de preuve concluante²⁰¹. La notion est discutée en droit suisse, et on la rencontre aussi dans la jurisprudence²⁰².

b) La « chaîne d'indices »

94. Il arrive aussi que les indices n'entretiennent pas nécessairement une relation directe avec le fait devant être prouvé, mais qu'ils servent à établir un autre fait qui, à son tour, peut servir d'indice en faveur d'un autre fait, et ainsi de suite jusqu'à aboutir au fait devant être prouvé. Dans ce cas on parle de « *chaîne d'indices* »²⁰³. Il arrive souvent que plusieurs chaînes d'indices conduisent au fait ou que la chaîne d'indices soit combinée à un cercle d'indice²⁰⁴.

L'exemple donné ci-dessus²⁰⁵ de la preuve par indice d'une somme d'argent se trouvant sous forme de billets de banque dans un coffre-fort constitue un cas de preuve par une chaîne d'indice. Les variations dans le chiffre d'affaires réalisé en espèce sont des indices du fait que celui-ci n'est pas entièrement reporté dans la comptabilité. La présence d'un bénéfice non déclaré constitue à son tour un indice du fait que les espèces entreposées dans le coffre-fort servaient à la dissimulation de celui-ci, ce qui permet, finalement, de retenir que la somme était importante. En parallèle à cette chaîne d'indice, les déclarations faites

²⁰⁰ BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 179.

²⁰¹ SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 171 ss.

²⁰² METTLER, 9 ss ; SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 182 ss.

²⁰³ BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 163 ; GEIPEL, 267.

²⁰⁴ GEIPEL, 269.

²⁰⁵ Cf. *supra* N 61.

par l'époux à l'attention d'un tiers constituent un indice pointant directement en direction d'une somme importante.

Un piéton est renversé par une voiture présentant un certain numéro d'immatriculation, laquelle zigzaguait à vive allure et a poursuivi son chemin sans s'arrêter. Pour en déduire qu'une personne s'est rendue coupable de violation des devoirs en cas d'accident et de conduite sous l'influence de l'alcool, il faut tout d'abord s'assurer qu'elle est bien la détentricrice du véhicule ayant ledit numéro d'immatriculation puis qu'elle en était la conductrice au moment des faits. On se trouve en présence d'une chaîne de preuve. En revanche s'agissant du style de conduite et de l'allure ce sont des indices en cercle de l'influence de l'alcool²⁰⁶.

95. La distinction entre le cercle et la chaîne d'indices est importante, car l'appréciation de la force probante abstraite des indices est différente dans ce dernier cas. Alors que la multiplication des indices accroît la force probante du faisceau d'indices organisé sous forme d'un cercle, la présence d'une chaîne conduit au résultat opposé. Plus les maillons de la chaîne sont nombreux, plus faible est la force probante abstraite, car les incertitudes s'accumulent au point de compromettre la force probante abstraite de la chaîne d'indices²⁰⁷.
96. La présence de chaînes d'indice dont la force probante abstraite peut être valablement discutée est une situation courante dans les affaires pénales où l'essentiel du dossier est composé d'éléments relevant de la police technique et scientifique. Une trace, quelque qu'elle soit, ne conduit à un élément constitutif d'une infraction qu'en s'appuyant sur d'autres traces, voir sur d'autres moyens de preuve. Il est donc important qu'un véritable débat existe autour de leur force probante abstraite, notamment en examinant tout d'abord la probabilité que la trace apparaisse malgré l'innocence et ensuite dans la mesure où les incertitudes sont cumulées. Le risque d'accorder une force probante abstraite trop importance à une trace est particulièrement élevé²⁰⁸.

²⁰⁶ BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 163.

²⁰⁷ BENDER/HÄCKER/SCHWARZ, 163 s. ; GEIPEL, 270.

²⁰⁸ Cf. pour l'ADN : KOTSOGLOU/BIEDERMANN/VUILLE, 922 ss.

Dans une cause célèbre ayant agité la justice italienne il y a quelques années²⁰⁹, deux individus ont été déclarés coupables, puis innocentés, d'un assassinat sur la base de deux indices. Le premier était la présence des empreintes génétiques de l'accusé sur une des bretelles du soutien-gorge de la victime et la seconde les empreintes génétiques de l'accusée sur le manche d'un couteau ayant probablement servi à donner la mort. Au terme de la procédure, il a été retenu que la trace sur le soutien-gorge pouvait aussi provenir d'une contamination, sachant qu'il avait été manipulé sans protection lors d'une reconstitution²¹⁰, et que l'analyse de la trace sur le couteau n'avait pu être effectuée une seconde fois pour vérification²¹¹.

La présence d'un mégot de cigarette portant l'ADN du prévenu sur les lieux du crime peut s'expliquer de plusieurs manières excluant sa participation à l'infraction, soit parce qu'un individu particulièrement malveillant l'a déposé à cet endroit, soit parce que le prévenu s'est bien rendu sur les lieux, mais à une autre heure que celle à laquelle le crime a eu lieu, etc... On peut donc reconstituer la chaîne suivante : mégot avec l'ADN du prévenu → provenant d'une cigarette fumée par le prévenu et non d'une contamination → abandonné par le prévenu et non déposé par un tiers → présence du prévenu sur les lieux du crime → présence au moment du crime → commission de l'infraction par le prévenu²¹².

97. Ce genre de configuration se rencontre également dans des procédures civiles lorsqu'à partir d'une situation problématique, une partie cherche à déduire le fait que son adversaire n'est pas crédible pour retenir à sa charge un autre fait. Le succès de la preuve par indice implique dans cas que la force probante abstraite demeure suffisante en dépit de l'existence d'une chaîne d'indices.

Le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu'il était arbitraire de déduire du fait que le confident d'un défunt prétendait ne pas être informé de

²⁰⁹ Il s'agit de l'affaire appelée *Meredith Kercher* ou *Amanda Knox et Raffaele Sollecito*, selon qu'on se réfère à la victime ou aux accusés. Pour une présentation de l'affaire par un des juges d'appel qui ont eu à l'examiner, voir l'ouvrage de BARONCINI. L'affaire a connu un certain retentissement international ; on en veut pour preuve l'article de GILL.

²¹⁰ BARONCINI, 93 ; GILL, 14.

²¹¹ BARONCINI, 95 ; GILL, 11 s.

²¹² Pour un autre exemple en matière d'activation des antennes par les téléphones portables : ANGELETTI, 128 ss.

l'existence d'un testament, le fait qu'il aurait commis une captation d'héritage²¹³.

2. La saine critique des règles d'expérience

98. Nous avons vu plus haut qu'une approche purement mathématique de la preuve par indice n'est en pratique pas possible, notamment parce qu'il est difficile d'évaluer la probabilité *a priori*, et donc la cote, du fait à prouver²¹⁴. L'identification des cercles et des chaînes d'indices permet d'évaluer, au moins de manière sommaire, la force probante abstraite des indices. Celle-ci ne permet toutefois pas de connaître la force probante concrète, soit le rapport existant entre la probabilité que les indices soient la conséquence du fait à prouver par rapport à la probabilité qu'ils apparaissent sans que le fait à prouver ne soit donné²¹⁵.
99. Pour arriver au résultat final, soit la question de savoir si la preuve par indices a abouti ou non, le juge n'a pas d'autre solution que de s'en remettre aux règles ordinaires d'expérience²¹⁶ fondées sur la récurrence de certaines configurations factuelles²¹⁷. Celles-ci sont innombrables et ne se prêtent guère à une présentation systématique. Or nous venons de voir que ce genre d'instrument statistique n'est en principe pas probant²¹⁸. C'est pourquoi il est très important d'une part de pondérer leur influence par les quelques règles de prudence que nous avons pu déduire du *Théorème de Bayes*, mais aussi en se posant la question de la validité de ladite règle d'expérience et de son actualité. Ce dernier point est tout particulièrement important, car à deux reprises déjà la Cour européenne des droits de l'Homme a déploré qu'en matière d'assurances sociales, la pratique administrative et judiciaire appliquait sans grande nuance la règle d'expérience selon laquelle

²¹³ TF 5A_401/2022 du 6 mars 2023, consid. 6.3.4.

²¹⁴ Cf. *supra* N 78.

²¹⁵ Cf. *supra* N 75.

²¹⁶ SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 368 ss.

²¹⁷ FERRER BELTRÁN, 133 parle de « *généralisation empirique* ». Cf. également SCHWEIZER, Beweiswürdigung, 378 ss.

²¹⁸ Cf. *supra* N 83.

une personne de sexe féminin abandonnait son activité professionnelle en raison de la naissance d'un enfant²¹⁹ ou réduisait fortement celle-ci pour prendre soin de l'enfant²²⁰. Des déductions insoutenables en raison de l'application de règles d'expériences surannées dans le domaine du droit des étrangers ont également été relevées en doctrine²²¹. Les règles d'expérience ne doivent ainsi pas être considérées comme des données intangibles, mais plutôt comme des raccourcis qui peuvent être empruntés à un moment donné en fonction de certaines données socio-culturelles, ce qui implique leur remise en cause lorsque certaines évolutions ont eu lieu²²².

Les variations peuvent aussi être conditionnées par des facteurs géographiques. Ainsi, en matière civile, la jurisprudence allemande a développé le concept d'*accident à la berlinoise* (*Unfall nach Berliner Modell*) comme une configuration d'indices plaidant en faveur d'une escroquerie à l'assurance²²³. Une approche similaire ne s'est pas imposée en Suisse, même si la jurisprudence a aussi eu à se prononcer sur les cas d'accidents imaginaires²²⁴.

V. Conclusion

100. Parvenus au terme de notre analyse, nous sommes bien conscients qu'il resterait encore beaucoup à dire au sujet de l'appréciation de la preuve par indice, ne fût-ce qu'en discutant un plus grand nombre de cas concrets. Il nous paraît cependant important de rappeler les traits saillants de notre étude.
101. Tout d'abord, la preuve par indice est un procédé ancien qui se rencontrait déjà dans l'Antiquité, même s'il était surtout l'apanage

²¹⁹ CourEDH, *Schuler-Zraggen c. Suisse* du 24 juin 1993 (requête n° 14518/89), §§ 64 à 67.

²²⁰ CourEDH, *Di Trizio c. Suisse* du 2 février 2016 (requête n° 7186/09), §§ 94 à 102.

²²¹ Sur un mode humoristique, mais n'oublions pas que, comme le disait si justement Boris VIAN, l'humour est la politesse du désespoir : OGOREK, 123 ss.

²²² S'agissant des affaires *Schuler-Zraggen* et *Di Trizio*, l'évolution du rôle de la femme dans la société aurait dû conduire à une remise en question des règles d'expériences appliquées par le Tribunal fédéral.

²²³ OLG Köln 19 U 203/99 du 30 juin 2000, NVersZ 2001, 133 ; OLG Hamm 9 U 61/94 du 28 juin 1994, NJW-RR 1995, 224.

²²⁴ Cf. TF 4A_180/2010 du 3 août 2010, consid. 2.4.

des orateurs et bien moins celui des juristes. A ce propos, il est frappant de constater l'actualité de certaines analyses de QUINTILIEN sur la question. Le Moyen-Âge nous a amené le concept de présomption de fait élaboré par les canonistes qui ont introduit une approche plus normative fondée sur une règle d'expérience. Il nous paraît important de distinguer la présomption de fait de la preuve par indice, malgré les similitudes entre elles. Les rapprochements opérés ont toutefois laissé des traces, notamment sous la forme de catalogues d'indices pertinents élaborés par la juridiction suprême dans certaines affaires.

102. La modernité a amené à la fois l'identification du mécanisme intellectuel dont découle la preuve par indice, l'abduction, mise en évidence par PIERCE, et le calcul des probabilités, sous la forme du *Théorème de Bayes*. Bien qu'appelée de ses vœux par certains auteurs, une approche purement mathématique de la preuve par indice ne s'avère pas possible, même si certains principes peuvent être relevés. Pour le surplus, les règles d'expérience, cousines des présomptions de fait médiévales, demeurent applicables. Leur saine critique est d'autant plus requise que leurs limites sont désormais connues.
103. Voilà pour le passé et pour le présent. Qu'en est-il de l'avenir ? Nous avons volontairement omis de mentionner, pour des raisons de place, les discussions sur le rôle que pourrait jouer l'intelligence artificielle. Les immenses ressources en termes de calcul des probabilités qu'offrent les logiciels d'intelligence artificielle pourraient favoriser une approche plus mathématique de la question. Les avantages et les risques de cette évolution sont un sujet de discussion à eux tout seuls.

Bibliographie

ANGELETTI RIZIERO, Il processo indiziario – Indizio, sospetto e congettura al vaglio della giurisprudenza di legittimità, Turin 2021

BENDER ROLF/HÄCKER ROBERT/SCHWARZ VOLKER, Tatsachenfeststellung vor Gericht – Glaubhaftigkeits- und Beweislehre – Vernehmungslehre, 5^e éd., Munich 2021

BICKEL MARLIS, Antizipierte Beweiswürdigung unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrenrechts, thèse Fribourg, Berne 2021

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

BONNIER EDOUARD, Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel, 4^e éd., 2 vol., Paris 1873

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO, Schweizerische Zivilprozessordnung – Kommentar, 2^e éd., St-Gall 2016 (cité : DIKE KommZPO-AUTEUR)

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

DE SEGUSIO HENRICUS, Summa Aurea, Lyon 1597 (<https://www.digitale-sammlungen.de/de/view/bsb10197189?page=9>)

DONATSCH ANDREAS/LIEBER VIKTOR/SUMMER SARAH/WOHLERS WOLFGANG (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 3^e éd., Zurich 2020 (cité : SK-StPO AUTEUR)

DUARTE D'ALMEIDA LUÍS, What is it to apply the law ?, Law and Philosophy (20) 2021, 372 ss

ECO UMBERTO, Trattato di Semiotica Generale, Milan 1975

FERRER BELTRÁN JORDI, La valoración racional de la prueba, Madrid/Barcelone/Buenos Aires 2007

GALATI ANDREA, La valutazione della prove mediante il teorema di Bayes, *CamminoDirittoIt* du 7 octobre 2020 (<http://rivista.camminodiritto.it>)

GEIPEL ANDREAS, *Handbuch der Beweiswürdigung*, 3^e éd., Bonn 2017

GILL PETER, Analysis and implications of the miscarriages of justice of Amanda Knox and Raffaele Sollecito, *Forensic Science International : Genetics* (23) 2016, 9 ss

GINZBURG CARLO, *Spie – Radici di un paradigma indiziario*, in *Miti, embleme, spie – Morfologia e storia*, Turin 1986, 158 ss

GRISEL CLÉMENTINE, *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2008

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

GÜNGERICH ANDREAS (coord.) *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO*, vol. I : Art. 1-149 ZPO, vol. II : Art. 150-352 ZPO, Berne 2013 (cité : BK ZPO-AUTEUR)

HASENBÖHLER FRANZ/YAÑES SONYA, *Das Beweisrecht der ZPO*, vol. 1, Zurich 2015

HELL CONRADIN TITUS, *Die Testierfähigkeit und deren Beweis*, Zurich 2022

HOHL FABIENNE, *Procédure civile, Tome I : Introduction et théorie générale*, 2^e éd., Berne 2010

HOHL FABIENNE, Le contrôle des présomptions et autres déductions par le Tribunal fédéral, en particulier en matière de preuve facilitée, *in* : Bolle (édit.), *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Bâle/Genève/Munich 2000, 187 ss

HOWARTH DANIEL/WILSON STARK SHONA, H.L.A. Hart's secondary rules : what do « officials » really think ?, *International Journal of Law in Context* 2018, 76 ss

HUBERT PATRICK, *De Praesumptionibus Iurisprudentialiae – Zur Entwicklung ständiger richterlicher Vermutungen in der neueren Rota-Rechtsprechung und derer Anwendung an untergeordneten Gerichten*, thèse Université Grégorienne, Rome 2009

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE (édit.), Commentaire romand – Code de procédure pénale suisse (CPP), 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-AUTEUR)

JOSI CHRISTIAN, Behaupten, Bestreiten und Beweisen – praktische Fragen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, *in* : Markus/Eichel/Rodriguez, Der handelsgerichtliche Prozess, Berne 2019, 55 ss

KOEHLER JONATHAN J., One in Millions, Billions and Trillions : Lessons from *People v. Collins* (1968) for *People v. Simpsons* (1995), *Journal of Legal Education*, (47) 1997, 214 ss

KOTSOGLOU KYRIAKOS N./BIEDERMANN ALEX/VUILLE JOËLLE, DNA und Beweiswürdigung – Der statistische Rubikon und die Dogmatik der Identitätsfeststellung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (132) 2020, 891 ss

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

MANSUY ROGER/MAZLIAK LAURENT, L'analyse graphologique controversée d'Alphonse Bertillon dans l'affaire Dreyfus, *in* : Piazza (édit.), *Aux origines de la police scientifique*, Paris 2011, 354 ss

MEIER ISAAK, Das Beweismass – ein aktuelles Problem des Schweizerischen Zivilprozessrechts, *BJM* 1989, 57 ss

MENGLER TILL, Die lückenhafte Beweiswürdigung im tatgerichtlichen Urteil – Eine Untersuchung zum System der Beweiswürdigungsfehler, thèse Potsdam, Baden-Baden 2017

METTLER CHRISTOPH, Der Anscheinsbeweis im schweizerischen Zivilprozess, thèse Zurich, Zurich 2022

MORET SÉBASTIEN, Aktenschluss und Novenrecht nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Zurich, Zurich 2014

MUÑOS SABATÉ LUIS, La prueba de indicios en el proceso judicial – Análisis para juristas, detectives, periodistas, peritos y policías, 2^e éd., Madrid 2020

OGOREK REGINA, Methodenlehre/Alltagstheorien/Sonntagstheorien – Zum Einsatz « ungewissen Wissens » bei der Rechtsanwendung, *in* : Forstmoser/Honsell/Wiegand (édit.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis – Festschrift für Hans Peter Walter*, Berne 2015, 123 ss

PERELMAN CHAÏM, La logique juridique et le conflit judiciaire, *in* : Koopmans (édit.), *t'Exempel dwinght : Opstellen aangeboden door vrienden en vereerders aan prof. Mr. I. Kisch ter gelegenheid van zijn 70^e verjaardag*, Zwolle 1975, 343 ss

PIERCE CHARLES SANDERS, Deduction, induction and hypothesis, *Popular Science Monthly*, vol. 13 (août 1878), 470 ss

ROTH ROBERT, Die « tatsächliche Vermutung » im Zivilprozess, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, vol. 16 (2014) : Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 329 ss

SALADIN JELENA, *Der Zuwendungswille (animus donandi) und seine beweisrechtliche Lage*, Zurich 2022

SCHWEIZER MARK, Kognitive Täuschungen vor Gericht – Eine empirische Studie, thèse Zurich, Zurich 2005 (cité : SCHWEIZER, Kognitive Täuschungen)

SCHWEIZER MARK, Beweiswürdigung und Beweismaß – Rationalität und Intuition, *habil.* St-Gall, Tübingen 2015 (cité SCHWEIZER, Beweiswürdigung)

SCHWEIZER MARK, Beweiserleichterungen bei Beweisschwierigkeiten im schweizerischen Recht, *in* : Fellmann/Weber (édit.), *Haftpflichtprozess 2016*, Zurich 2016, 121 ss (cité : SCHWEIZER, Beweiserleichterungen)

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

SUMMERMATTER DANIEL, BGE 9C_492/2014 : Honni soit qui mal y pense, *REAS* 2015, 440 ss

SUMMERS ROBERT S., Formal Legal Truth and Substantive Truth in Judicial Fact-Finding – Their Justified Divergence in Some Particular Cases, *Law and Philosophy* (18) 1999, 497 ss

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

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

TERRACCIANO GENNARO/COLARUSSO ANDREA MARCO, L'indizio nella decisione amministrativa – Teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio della funzione amministrativa e del potere giurisdizionale, Naples 2021

TREZZINI FRANCESCO/FORNARO STEFANO/COCCHI BRUNO/BERNASCONI GIORGIO A./VERDA COCHIETTI FRANCESCA, Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Vol. I : Art. 1-196, Vol. II : Art. 197-408, Lugano 2017 (cité : Commentario-CPC AUTEUR)

VUILLE JOËLLE, Dans le doute abstiens-toi ? Le rôle du défenseur dans l'appréciation de l'indice ADN – Etude comparative des pratiques suisses et américaines, *Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé* 2013, 777 ss

WALDER HANS, Der Indizienbeweis im Strafprozess, *RPS* (109) 1991, 299 ss

WALDER-RICHLI HANS ULRICH, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnung, 4^e éd., Zurich 1996

Parus dans la même collection

Production et consommation durables dans une économie circulaire –
Défis et solutions juridiques – 4^e Journée des droits de la consommation
et de la distribution (2023)

ISBN 978-3-7190-4804-4

L'expertise en procédure (2022)

ISBN 978-3-7190-4632-3

Les conclusions en procédures civile et pénale (2021)

ISBN 978-3-7190-4505-0

Dix ans de Code de procédure civile (2020)

ISBN 978-3-7190-4383-4

Dix ans de Code de procédure pénale (2020)

ISBN 978-3-7190-4384-1

Le nouveau droit de la prescription (2019)

ISBN 978-3-7190-4248-6

Le procès civil social (2018)

ISBN 978-3-7190-4136-6

3^e Journée des droits de la consommation et de la distribution

Blockchain et Smart Contracts – Défis juridiques (2018)

ISBN 978-3-7190-4136-6

Droit pénal – Evolutions en 2018 (2017)

ISBN 978-3-7190-3993-6

Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral (2017)

ISBN 978-3-7190-3953-0

Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage
de la prévoyance (2016)

ISBN 978-3-7190-3873-1

2^e Journée des droits de la consommation et de la distribution

Assurance de protection juridique – Clauses contractuelles abusives –

Nouveautés législatives et jurisprudentielles (2016)

ISBN 978-3-7190-3801-4

Les mesures provisionnelles en procédures civile,
pénale et administrative (2015)
ISBN 957-3-7190-3731-4

La personne morale et l'entreprise en procédure (2014)
ISBN 978-3-7190-3562-4

Le droit de réplique (2013)
ISBN 978-3-7190-3482-5

Droits de la consommation et de la distribution :
les nouveaux défis (2013)
ISBN 978-3-7190-3404-7

Le nouveau droit de la protection de l'adulte (2012)
ISBN 978-3-7190-3289-0

Le nouveau droit des conditions générales
et pratiques commerciales déloyales (2012)
ISBN 978-3-7190-3292-0

Quelques actions en exécution (2011)
ISBN 978-3-7190-3184-8

Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans
et entrepreneurs (2011)
ISBN 978-3-7190-3185-5

La procédure pénale applicable aux mineurs (2010)
ISBN 978-3-7255-6231-2

Procédure pénale suisse (2010)
ISBN 978-3-7255-6188-9

Procédure civile suisse (2010)
ISBN 978-3-7255-6187-2

Quelques actions en paiement (2009)
ISBN 978-3-7255-5946-6

Quelques actions en responsabilité (2008)
ISBN 978-3-7255-5748-6

Quelques actions en annulation (2007)
ISBN 978-2-940400-01-0

Le nouveau droit pénal des mineurs (2007)
ISBN 978-2-940400-00-3