

# 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 romain<sup>1</sup>, 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)<sup>2</sup>. 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 répartition 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*)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Message CPC, FF 2008 6848.

<sup>3</sup> 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 (*Rechtsschutzanspruchsbauptung*)<sup>4</sup>. 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*)<sup>5</sup>. 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'être<sup>6</sup>.
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 demandeur<sup>7</sup>. 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 juge<sup>8</sup>. 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 preuve<sup>9</sup>.

### ***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'allégation<sup>10</sup>. Les allégués du demandeur doivent ainsi comprendre tous les éléments constitutifs (*Tatbestand*) des normes fondant sa prétention<sup>11</sup>. A défaut d'allégation suffisante, le demandeur devra supporter les conséquences de l'absence d'un

---

<sup>8</sup> ROSENBERG, 8 : « konkrete rechtliche Beurteilung » ; DESCHENAUX, 221 s.

<sup>9</sup> 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.

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

<sup>11</sup> 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'allégation<sup>12</sup>.

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 demandeur<sup>13</sup>. 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)<sup>14</sup>.
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 admis<sup>15</sup>.

### *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 preuve<sup>16</sup>). Il supporte en outre les conséquences inhérentes au défaut de preuve à savoir la perte du procès (fardeau *objectif* de la preuve)<sup>17</sup>. Il en va

---

<sup>12</sup> BOHNET, Allégation, N 27 et les réf. jurisprudentielles. Pour un exemple récent : TF 4A\_624/2021 du 8 avril 2022, consid. 3.1.

<sup>13</sup> BOHNET, Défenses, 313.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> BOHNET, Allégation, N 28.

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

<sup>17</sup> 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 soulève<sup>18</sup>.

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*)<sup>19</sup> et permettent au tribunal de rejeter ou d'admettre une prétention indépendamment de la conviction du juge sur le fait pertinent en question<sup>20</sup>.

## 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 question<sup>21</sup>. Comme le montre les travaux préparatoires<sup>22</sup>, 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 exceptions<sup>23</sup>. Cette approche, qui était déjà celle du droit

---

<sup>18</sup> BOHNET, Allégation, N 28.

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

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

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> Voir MEIER, 709 s. ; KUHN, 66 ss.

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

romain<sup>24</sup>, 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 nécessaire<sup>25</sup>. 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 1900<sup>26</sup>. Cette théorie fut ensuite reprise en Suisse dès 1910<sup>27</sup>.
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 souhaite<sup>28</sup>. Le fardeau de la preuve pour un fait déterminé incombe ainsi à la partie pour laquelle la présence du fait est favorable<sup>29</sup>.

---

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

<sup>25</sup> BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 127.

<sup>26</sup> 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<sup>e</sup> éd., Munich 1965, 98 s. Elle s'exprime ainsi : « jede Partei hat die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm [...] zu beweisen » ; BOHNET/JEANNIN, N 23.

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

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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 elles<sup>30</sup>.
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 extinction<sup>31</sup>.
20. Cette classification<sup>32</sup>, qui reprend celle que la doctrine allemande du XIX<sup>e</sup> siècle avait déjà fait émerger pour les faits<sup>33</sup> 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 suisse<sup>34</sup>.

---

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

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

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

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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 extinctifs<sup>35</sup>. 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 fédéral<sup>36</sup>.

### *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 dirimants<sup>37</sup>. 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 opposer<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> ROSENBERG, 106 ; BOHNET/JEANNIN, N 25.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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 normes<sup>39</sup>.
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 preuve<sup>40</sup>.
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,

---

<sup>39</sup> DESCHENAUX, 242 avec de nombreux exemples et réf. citées.

<sup>40</sup> 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 preuve<sup>41</sup>. 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 droit<sup>42</sup>. 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 doctrine<sup>43</sup>.

28. Pour MEIER<sup>44</sup>, et comme pour beaucoup d'autres<sup>45</sup>, 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'espèce<sup>46</sup>. 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*)<sup>47</sup>. 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 graves<sup>48</sup>. 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 nécessaire<sup>49</sup>.

---

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 preuve<sup>50</sup>. 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 droit<sup>51</sup>. 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*)<sup>52</sup>. 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 contracter<sup>53</sup>.
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 dirimants<sup>54</sup>.
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,

---

<sup>50</sup> ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 253.

<sup>51</sup> ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 254.

<sup>52</sup> ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 257.

<sup>53</sup> ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 362 ss.

<sup>54</sup> 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 preuve<sup>55</sup>.
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 précision<sup>56</sup>. On peut également lui reprocher de manquer de prendre en compte certaines valeurs qui traversent l'ordre juridique et la société moderne<sup>57</sup>. L'analyse de la position du

---

<sup>55</sup> LEO ROSENBERG, *Die Beweislast nach der Civilprozessordnung und dem bürgerlichen Gesetzbuche*, Berlin 1900, 22.

<sup>56</sup> MEIER, 737 s. et réf. citées.

<sup>57</sup> 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 justice<sup>58</sup>. 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 injuste<sup>59</sup>. 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 parties<sup>60</sup>. 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 précitées<sup>61</sup>. 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-avant<sup>62</sup>. Cette conclusion peut être illustrée par l'exemple ci-dessous.

---

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

<sup>59</sup> BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 134.

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

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> 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-preuve<sup>63</sup>. 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 vie<sup>64</sup>. 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 doctrine<sup>65</sup>. 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*

---

<sup>63</sup> ATF 139 III 13, consid. 3.1.4 et 3.2.

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

<sup>65</sup> MEIER, 736.

*naissance du droit invoqué*<sup>66</sup>. 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 règle<sup>67</sup>. 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*<sup>68</sup>.
41. Prenons un exemple<sup>69</sup>. 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 naissance<sup>70</sup>. 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 demandeur<sup>71</sup>. L'allégation des faits dirimants et extinctifs concrétise les objections en main du défendeur dont le juge tirera d'office les conséquences

---

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

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

<sup>68</sup> DESCHENAUX, 242 s. ; BOHNET, Procédure civile, N 1174.

<sup>69</sup> TF 4A\_41/2011 du 27 avril 2011, consid. 2.2.

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

<sup>71</sup> BOHNET, Défenses, 313.

en droit<sup>72</sup>. 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 (*rechtsbindernde Tatsachen*) se définissent comme des faits qui empêchent ou retardent la naissance du droit découlant des faits générateurs<sup>73</sup>. Il survient nécessairement en même temps que le fait générateur<sup>74</sup>. 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 générateur<sup>75</sup>.
44. Il s'agit de la circonstance *anormale* qui s'oppose à l'allégation des faits générateurs incombant au demandeur dans la circonstance *normale*<sup>76</sup>. Dans la mesure où les faits dirimants s'écartent du cours normal des choses, il revient au défendeur de les alléguer<sup>77</sup>.
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 naissance<sup>78</sup>. 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.

---

<sup>72</sup> BOHNET, Défenses, 315.

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

<sup>74</sup> ROSENBERG, 122.

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

<sup>76</sup> BOHNET, Défenses, 310 s.

<sup>77</sup> BOHNET, Procédure civile, N 1218.

<sup>78</sup> 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 extinction<sup>79</sup>. 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 anéanties<sup>80</sup>.
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 extinctives<sup>81</sup>. 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)<sup>82</sup>.
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 demandeur<sup>83</sup>.
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 demandeur<sup>84</sup>. Le demandeur ne doit ainsi pas prouver que son droit n'est pas éteint<sup>85</sup>.

---

<sup>79</sup> BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 281 s. et 283 s.

<sup>80</sup> ROSENBERG, 119 ; BOHNET/JEANNIN, N 32.

<sup>81</sup> ROSENBERG, 119 s.

<sup>82</sup> BOHNET/JEANNIN, N 33.

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

<sup>84</sup> BOHNET, Défenses, 313.

<sup>85</sup> 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 conditions<sup>86</sup>. 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)<sup>87</sup>. 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 prouvé<sup>88</sup>. 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*<sup>89</sup>.
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*)<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Pour les conditions, TERCIER/PICHONNAZ, 1621 ss.

<sup>87</sup> 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.

<sup>88</sup> BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 318 ; BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 387.

<sup>89</sup> BOHNET/JEANNIN, N 38 s.

<sup>90</sup> 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 juridique<sup>91</sup>. 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*)<sup>92</sup>.

## 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 vie<sup>93</sup>. 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 vie<sup>94</sup>. 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 également<sup>95</sup>. 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

---

<sup>91</sup> 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.

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

<sup>93</sup> ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 278.

<sup>94</sup> BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 398.

<sup>95</sup> 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 concret<sup>96</sup>.

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 générale<sup>97</sup>. Tout plaideur pourra s'y référer de manière analogue à une présomption légale issue du droit privé<sup>98</sup>. Sous l'angle du fardeau de la preuve, les présomptions de l'homme ainsi définies offrent donc un allègement pour l'avenir<sup>99</sup>.
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 durable<sup>100</sup>. 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 faire<sup>101</sup>. 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 générale<sup>102</sup>. La portée de la règle ainsi établie est limitée au cas d'espèce. Dans cette mesure, elles ne relèvent que de l'appréciation des preuves<sup>103</sup>. Sous l'angle du fardeau de la preuve, elles n'offrent donc aucun allègement<sup>104</sup>.
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

---

<sup>96</sup> ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 280 et 282.

<sup>97</sup> ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 280.

<sup>98</sup> STEINAUER, N 655.

<sup>99</sup> ATF 126 III 10, consid. 2, JdT 1998 I 290.

<sup>100</sup> ATF 123 III 385, consid. 4, JdT 1998 I 361.

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

<sup>102</sup> ZK ZGB-JUNGO, Art. 8 N 282.

<sup>103</sup> Sur ces distinctions STEINAUER, N 655 et 656.

<sup>104</sup> ATF 120 II 248, consid. 2, JdT 1995 I 559.

rendement<sup>105</sup>. 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 nécessaires<sup>106</sup>.

### 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 fiction<sup>107</sup>. Le défendeur n'a pas d'autre choix que de contester l'existence du *factum probans* en apportant la preuve qu'il n'existe pas<sup>108</sup>. 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 admis<sup>109</sup>.
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 inopérante<sup>110</sup>.

### 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

---

<sup>105</sup> ATF 123 III 241, consid. 3, JdT 1998 I 290.

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

<sup>107</sup> 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.

<sup>108</sup> BK ZGB-WALTER, Art. 8 N 438.

<sup>109</sup> BOHNET/JEANNIN, N 44.

<sup>110</sup> 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 libérée<sup>111</sup>.

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 renversement<sup>112</sup>.
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 majoritaire<sup>113</sup>, 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 présumée<sup>114</sup>. 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 preuve<sup>115</sup>.

---

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

<sup>112</sup> 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.

<sup>113</sup> ROSENBERG, 203 ss.

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

<sup>115</sup> 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 abusif<sup>116</sup>.
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 CO<sup>117</sup>. 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 congé<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> TF 4A\_412/2022 du 11 mai 2023, consid. 4.2, destiné à la publication ; BOHNET/CORTHAY, 5 s.

<sup>117</sup> CPra Actions-BOHNET, vol. II § 35 N 19.

<sup>118</sup> 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 avocat<sup>119</sup>.
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.

---

<sup>119</sup> 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 preuve<sup>120</sup>.

### *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 médicale<sup>121</sup>. 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 publique<sup>122</sup>.
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

---

<sup>120</sup> *Supra*, N 65.

<sup>121</sup> TF 4A\_679/2010 du 11 avril 2022, consid. 6.5.1.3.

<sup>122</sup> 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 droit<sup>123</sup>.

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 reconnaissable<sup>124</sup>. 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 concret<sup>125</sup>.
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 dommage<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> TF 4A\_679/2010 du 11 avril 2022, consid. 6.5.1.3, qui renvoie à l'ATF 128 III 271, consid. 2a/aa.

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

<sup>125</sup> *Supra*, N 57.

<sup>126</sup> 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'assurance<sup>127</sup>.
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

---

<sup>127</sup> 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 particulier<sup>128</sup>.

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 médical<sup>129</sup>. 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 circonstance<sup>130</sup>.
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

---

<sup>128</sup> ATF 148 III 105, consid. 3.3.1.

<sup>129</sup> ATF 148 III 105, consid. 3.3.1.

<sup>130</sup> 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 CPC<sup>131</sup>, n'a pas été remis fondamentalement en question à l'occasion de sa récente révision du 17 mars 2023<sup>132</sup> dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1<sup>er</sup> 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

---

<sup>131</sup> 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 ».

<sup>132</sup> 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)<sup>133</sup>.
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 principaux<sup>134</sup>. Il est le lieu de rappeler que l'ouverture des débats principaux correspond à une phase de l'audience située « *avant les premières plaidoiries* »<sup>135</sup>. La notion n'est pas sans poser certaines difficultés pratiques<sup>136</sup>. 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'allégation<sup>137</sup>. 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

---

<sup>133</sup> BOHNET, Allégation, N 73 s.

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

<sup>135</sup> ATF 147 III 475 ; TF 4A\_338/2017 du 24 novembre 2017, consid. 2.1, RSPC 2018 111.

<sup>136</sup> Pour les développements sur cette question, BOHNET, Allégation, N 75.

<sup>137</sup> 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)<sup>138</sup>.

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 thématique<sup>139</sup>.

### ***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 écrit<sup>140</sup>.
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)<sup>141</sup>.

### ***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,<sup>142</sup> ni avec la tenue d'une audience (art. 253 CPC).

---

<sup>138</sup> TF 4A\_494/2017 du 31 janvier 2018, consid. 2.4.2, RSPC 2018 193.

<sup>139</sup> ATF 146 III 55, consid. 2.5.

<sup>140</sup> ATF 144 III 117, consid. 2.2 ; ATF 140 III 450, consid. 3.2.

<sup>141</sup> BOHNET, Allégation, N 76 s.

<sup>142</sup> 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'écriture<sup>143</sup>.

## 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.

---

<sup>143</sup> 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

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

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

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

BOHNET FRANÇOIS, CPra-Actions civiles, vol. I et II, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019

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

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

BOHNET 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)

BOHNET FRANÇOIS/CORTHAY 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

BOHNET FRANÇOIS/DROESE LORENZ, Le droit d'action en procédure civile suisse, RSPC 2021 466 ss

BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, Le fardeau de la preuve en droit du bail, *in* : Bohnet/Carron(édit.), 19<sup>e</sup> séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, 1 ss

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

DESCHENAUX HENRI, Le titre préliminaire du Code civil, TDP II/1, Fribourg 1969

EGGER AUGUST, Zürcher Kommentar, Einleitung : Art. 1-10 ZGB, Das Personenrecht : Art. 11-89 ZGB, 2<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> éd., Zurich 2018

KASER MAX/HACKL KARL, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> éd., Genève 2019

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