

[ 6/7 | 2020 ]

# ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

DAVID SCHWANINGER / ROLAND KÖCHLI / MICHAEL BURKART /  
CHRISTOPH KÜNG

LEGALTECH-TRENDS IN DER SCHWEIZ SEITE / PAGE 247

ÉVOLUTION ET PERSPECTIVES  
DE LA *LEGALTECH* EN SUISSE SEITE / PAGE 250

EMILIE CONTI MOREL

LE NOUVEAU DÉLAI DE PRESCRIPTION PÉNALE  
DE PLUS LONGUE DURÉE SEITE / PAGE 262

WILLI EGLOFF

NEUES IM NEUEN URG SEITE / PAGE 273



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

# INHALTSVERZEICHNIS

## TABLE DES MATIÈRES

<b>IM FOKUS DES VORSTANDS SAV</b>	<b>243</b>
<b>LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA</b>	<b>245</b>

### THEMA / QUESTION DU JOUR

David Schwaninger / Roland Köchli / Michael Burkart / Christoph Küng	Legaltech-Trends in der Schweiz	247
David Schwaninger / Roland Köchli / Michael Burkart / Christoph Küng	Évolution et perspectives de la <i>legaltech</i> en Suisse	250
Caroline Danner / Ioannis Martinis	LegallInnovation: die Innovationskonferenz der Swiss LegalTech Association (SLTA)	253
	LegallInnovation: la Conférence sur l'innovation de la Swiss <i>LegalTech</i> Association (SLTA)	254
Sabrina Nathalie Weiss / Dario Ramon Buschor	Schweizer Anwaltsmarkt: Quo Vadis Legal Corporate Governance	256
Emilie Conti Morel	Le nouveau délai de prescription pénale de plus longue durée	262
Célian Hirsch / Grégoire Geissbühler	La charge de la contestation en procédure civile – précise ou motivée?	268

### ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Willi Egloff	Neues im neuen URG	273
Thierry Obrist / Thierry Bornick	Déductibilité des honoraires d'avocats pour les personnes physiques: la grande oubliée?	278

### SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX

Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	286
---	-----

#### IMPRESSUM

**Anwaltsrevue / Revue de l'avocat**  
23. Jahrgang 2020 / 23<sup>e</sup> année 2020  
ISSN 1422-5778 (Print)  
e-ISSN 2504-1436 (Online)

**Erscheinungsweise / Parution**  
10-mal jährlich / 10 fois l'an

**Zitervorschlag / Suggestion de citation**  
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.  
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

**Herausgeber / Edité par**  
Stämpfli Verlag AG  
Schweizerischer Anwaltsverband /  
Fédération Suisse des Avocats

**Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef**  
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vI)  
Bollwerk 21, CH-3001 Bern  
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40  
peter.vonins@bollwerk21.ch

Dr. Patrick Sutter, Rechtsanwalt (PS)  
Färberstrasse 4, CH-8832 Wollerau  
Tel. 044 687 32 32, Fax 044 687 32 33  
patrick.sutter@klgp.ch

**Kontakt Verlag /  
Contact maison d'édition**  
Martin Imhof  
Stämpfli Verlag AG  
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88  
www.staempfliverlag.com  
anwaltsrevue@staempfli.com  
revueavocat@staempfli.com

**Mitarbeiter / Collaborateur**  
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)  
Livia Kunz, MLaw (LKU)

**Sekretariat SAV / Secrétariat FSA**  
Marktgasse 4, Postfach 8321,  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16  
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

**Inserate / Annonces**  
Stämpfli AG  
Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90  
inserate@staempfli.com

**Auflage / Tirage**  
10108 Exemplare / exemplaires  
(notariell beglaubigt / authentifié par  
un notaire)

**Vertrieb / Distribution**  
Stämpfli Verlag AG  
Periodika  
Wölflistrasse 1, Postfach 5662  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88  
zeitschriften@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für  
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.  
Les membres de la FSA s'adressent  
directement à la FSA pour leurs change-  
ments d'adresse.

**Preise / Prix**  
Jährlich / Annuel:  
CHF 233.-, EUR 271.- (Print und Online);  
CHF 187.-, EUR 187.- (Online)  
Studenten / Etudiants: CHF 123.-  
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.  
Einzelheft / Numéro séparé:  
CHF 28.-, EUR 28.-  
Mitglieder des SAV gratis /  
Membres FSA gratuit  
Alle Preise inkl. 2,5% MwSt. /  
Tous les prix incluent la TVA de 2,5%  
Die Preisangaben in € gelten nur  
für Europa.  
Les prix indiqués en € ne sont valables  
que pour l'Europe.  
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate  
vor Ende der Laufzeit möglich. /  
Résiliation de l'abonnement possible  
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de  
l'abonnement.

**Copyright**  
©Titel <<AnwaltsRevue / Revue de  
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-  
verband, Bern  
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-  
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern  
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-  
scher Anwaltsverband, Bern.  
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift  
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-  
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher  
noch nicht im Druck erschienene Original-  
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen  
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-  
schliessliche Recht zur Vervielfältigung  
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-  
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-  
verband übergeht. Jede Verwertung und  
Vervielfältigung bedarf der vorherigen  
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /  
Tous droits réservés. La revue est protégée  
par la législation sur le droit d'auteur.  
Ne sont publiées que des contributions  
originales qui n'ont pas encore été diffu-  
sées sous forme imprimée. Les contribu-  
tions ne sont acceptées qu'à la condition  
que le droit exclusif de reproduction et de  
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions  
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.  
Toute exploitation et reproduction néces-  
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen  
und Autoren geäußerte Meinungen und  
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-  
gen der Redaktion oder des SAV decken. /  
Les opinions exprimées dans cette revue  
par les auteurs sont personnelles et n'en-  
gagent ni la rédaction ni la FSA.

# LA CHARGE DE LA CONTESTATION EN PROCÉDURE CIVILE – PRÉCISE OU MOTIVÉE?

## CÉLIAN HIRSCH

Avocat, Doctorant au Centre de droit bancaire et financier de la Faculté de droit de l'Université de Genève

## GRÉGOIRE GEISSBÜHLER

Avocat, Docteur en droit, Chargé de cours en méthodologie, rédaction et argumentation juridique à l'Université de Lausanne<sup>1</sup>

Mots-clés: procédure civile, charge de la contestation, précision, motivation, dommage bancaire

Dans un récent arrêt en matière bancaire, le Tribunal fédéral s'est écarté de sa théorie de la charge de la «précision» de la contestation, pour retenir une charge de la «motivation» de la contestation. Une telle approche est à juste titre rejetée par la doctrine quasi-unanime, car elle n'est compatible ni avec le CPC, ni avec l'allocation du fardeau de la preuve.

## I. Introduction

Dans un récent arrêt publié au recueil officiel<sup>2</sup>, le Tribunal fédéral a précisé les charges procédurales supportées par les parties dans un procès civil. Alors que le demandeur supporte la charge de la motivation suffisante des faits allégués (*Substanziierungslast der Tatsachenbehauptungen*)<sup>3</sup>, le défendeur supporte «[d]ans certaines circonstances exceptionnelles» la charge de la motivation de la contestation (*Substanziierung der Bestreitungen*)<sup>4</sup>.

Cette seconde notion, la «charge de la motivation de la contestation», n'est apparue que très récemment dans la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>5</sup>, et ses contours ne semblent pas encore bien délimités. Dans un arrêt du 17.2.2020, le Tribunal fédéral semble l'avoir élargie sans aucune justification<sup>6</sup>.

Après avoir exposé cet arrêt relatif à un contentieux bancaire, nous présentons de manière succincte l'évolution historique de cette notion, de la période antérieure au CPC à la récente jurisprudence du Tribunal fédéral en passant par l'adoption du Code de procédure fédéral. Nous concluons avec un regard critique sur cette récente jurisprudence, doctrine à l'appui, avant de proposer deux potentielles solutions.

## II. L'arrêt 4A\_126/2019 du Tribunal fédéral du 17 février 2020 – le dommage bancaire insuffisamment contesté

### 1. Les faits

Un client et une banque nouent une relation de type *execution only* en 2007. Quelques années plus tard, le chargé

de relation quitte la banque mais continue à effectuer des opérations sur le compte du client. Ce dernier n'est pas informé de ce départ.

Les transactions effectuées par le chargé de relation ont mené à des pertes sur le portefeuille du client, qui ouvre action contre la banque. La Cour de justice du canton de Genève, s'estimant liée par la division entre les différents postes du dommage faite par le client, n'admet que partiellement l'action. Dans un premier arrêt 4A\_54/2017<sup>7</sup>, le Tribunal fédéral casse cette décision, car seules les conclusions – portant sur l'entier du dommage – sont déterminantes.

Saisie à nouveau de la cause, la Cour de justice accorde au client USD 842 568.65, correspondant à la perte

<sup>1</sup> Les auteurs remercient Me Rebecca Stockhammer pour sa relecture assidue ainsi que ses commentaires critiques sur la présente contribution.

<sup>2</sup> ATF 144 III 519 (résumé *in* LawInside.ch/686/ et commenté *in* HEINZMANN MICHEL, Allégation et contestation: le ping-pong procédural, DC 2019 p. 140 ss).

<sup>3</sup> ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.1. Cf. également d'autres arrêts récents sur cette charge: TF 4A\_437/2017 du 14. 6. 2018, 4A\_243/2018 du 17. 12. 2018 (résumé *in* LawInside.ch/803/) et 4A\_535/2018 du 3. 6. 2019.

<sup>4</sup> ATF 144 III 519, consid. 5.2.2.3.

<sup>5</sup> À notre connaissance, le premier arrêt à mentionner expressément cette notion est l'arrêt 4A\_129/2017 du 11. 6. 2018, cons. 9.1. Cette notion a ensuite été reprise dans cinq arrêts du Tribunal fédéral subséquents: ATF 144 III 519; 4A\_243/2018 du 17. 12. 2018; 4A\_487/2018 du 30. 1. 2019; 5A\_740/2018 du 1. 4. 2019 et 4A\_535/2018 du 3. 6. 2019.

<sup>6</sup> TF 4A\_126/2019 du 17. 2. 2020, consid. 6.1.4.

<sup>7</sup> TF 4A\_54/2017 du 29. 1. 2019, commenté *in* cdbf.ch/1003/.

totale engendrée par les opérations effectuées sans autorisation. La banque recourt au Tribunal fédéral.

## 2. Le droit

Le principe de la prétention du client n'est plus contesté: la banque aurait dû l'informer que le chargé de relation avait continué à gérer le compte malgré son départ de la banque. Le Tribunal fédéral laisse la question du fondement de la prétention ouverte, savoir s'il s'agissait d'une violation du devoir de diligence ou d'un défaut de légitimation du représentant étant ici sans impact. De même, l'exclusion des clauses de banque restante et de ratification, retenue par la Cour de justice en application des règles de l'abus de droit, n'est plus contestée par la banque.

Seule reste litigieuse la question du dommage. La banque critique la décision de l'instance précédente en invoquant une violation de la maxime des débats et de la charge de l'allégation. En effet, le client n'aurait ni prouvé ni même allégué son dommage. Par ailleurs, la Cour de justice genevoise ne se serait pas fondée sur les allégués eux-mêmes, mais sur des faits ressortant des pièces qui n'ont pas été formellement allégués.

Le Tribunal fédéral rappelle les principes qu'il a dégagés en matière de preuve et d'allégations. La preuve ne porte que sur les faits pertinents pour l'issue du litige, valablement allégués par le demandeur, et contestés par le défendeur (art. 150 al. 1 CPC).

Le demandeur supporte le fardeau de la preuve, mais également la charge de l'allégation des faits et des moyens de preuve. Ainsi, si les faits ne sont pas allégués, ils ne seront pas retenus, ce qui conduira au rejet de l'action.

De plus, le demandeur supporte la charge de la motivation des allégués. Il lui incombe donc de présenter les faits de façon suffisamment claire afin que le défendeur puisse se déterminer et pour que le juge puisse identifier clairement quels faits sont admis ou contestés. Cette charge varie en fonction de la réaction du défendeur: la contestation entraînera un devoir d'allégation plus détaillé lors d'un éventuel second échange d'écritures ou à l'audience.

Le Tribunal fédéral en tire un devoir réciproque du défendeur de contester de façon «précise et détaillée» les allégués du demandeur, faute de quoi ils seront considérés comme admis. Nous y reviendrons.

Or, dans le cas d'espèce, la banque s'est contentée de contester l'allégué relatif au dommage allégué par le client (soit USD 1770 153.19, correspondant à la perte subie entre le 4.6.2009 et le 30.9.2010), sans entrer dans les détails. En particulier, elle n'a pas contesté la méthode de calcul ni les dates retenues. Le Tribunal fédéral retient donc que cet allégué était «censé admis». Le demandeur n'avait ainsi pas à alléguer d'autres faits.

Le recours est donc rejeté par substitution de motifs.

## III. Une analyse

Cet arrêt traite de deux questions particulièrement importantes pour la pratique: (1) le calcul du dommage bancaire

et (2) la *charge de la contestation*. La première question étant traitée dans un *obiter dictum*<sup>8</sup>, nous examinerons ci-dessous exclusivement la seconde problématique, décisive pour le cas d'espèce.

### 1. L'évolution de la charge de la contestation

#### A) Du droit cantonal à l'adoption du CPC

Reprenons depuis le début. Avant l'entrée en vigueur du CPC, chaque droit cantonal pouvait imposer au défendeur une certaine charge de la contestation des allégués du demandeur, et cela dans les limites de l'art. 8 CC. Ainsi, en 1991, le Tribunal fédéral a considéré comme non contraire à l'art. 8 CC d'exiger qu'une contestation soit *précise* afin que le demandeur puisse déterminer lesquels de ses allégués sont contestés. En particulier, on pouvait exiger du défendeur qu'il précise quels postes du dommage sont contestés afin que le demandeur puisse y apporter les preuves pertinentes. Une telle exigence découlait d'ailleurs du principe de la bonne foi<sup>9</sup>.

Avec l'entrée en vigueur du Code de procédure civile en 2011, la question fait désormais partie du droit fédéral. Pour mieux comprendre la charge de la contestation, il convient d'examiner le processus d'adoption de l'actuel art. 222 al. 2 CPC. Cette norme impose au défendeur d'exposer dans sa réponse «quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés»<sup>10</sup>.

L'art. 211 al. 2 let. c AP-CPC prévoyait que la réponse contenait «les *déterminations* sur les faits allégués dans la demande»<sup>11</sup>. La Commission d'experts précisait dans son Rapport explicatif qu'on peut «attendre du défendeur qu'il indique également de manière détaillée quelles sont les positions qu'il conteste et quelles sont celles qu'il reconnaît le cas échéant»<sup>12</sup>. Pour appuyer cette solution, la Commission citait précisément l'ATF susmentionné de 1991<sup>13</sup>. Dans son projet, le Conseil fédéral a proposé que le défendeur doive exposer dans sa réponse «ses déterminations sur les faits allégués dans la demande» (art. 219 al. 2 P-CPC)<sup>14</sup>. Ainsi, selon le Conseil fédéral, «la contestation des faits doit de ce fait être étayée; des explications glo-

<sup>8</sup> À ce sujet, cf. OLLIVIER NICOLAS: TF 4A\_449/2018: litige bancaire, mandat de gestion de fait – devoir d'information envers un homme d'affaires – non-ratification – calcul du dommage, AJP/PJA 10/2019 1058, p. 1066. Cet auteur considère notamment que le Tribunal fédéral a nouvellement créé une présomption de fait réfragable que la performance d'un portefeuille est nulle (p. 1066).

<sup>9</sup> ATF 117 II 113, c. 2.

<sup>10</sup> En allemand: «*welche Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei im Einzelnen anerkannt oder bestritten werden*».

<sup>11</sup> Nous mettons en évidence; en allemand: «*ob und inwiefern die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei bestritten werden*».

<sup>12</sup> Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts de juin 2003, p. 105.

<sup>13</sup> Rapport accompagnant l'avant-projet de la commission d'experts de juin 2003, p. 105 citant l'ATF 117 II 113.

<sup>14</sup> En allemand: «*Die beklagte Partei hat darzulegen, ob und inwiefern die Tatsachenbehauptungen der klagenden Partei anerkannt oder bestritten werden*».

bales ne sauraient suffire»<sup>15</sup>. Le défendeur aurait ainsi dû alléguer et *expliquer* ses contestations<sup>16</sup>. Lors des débats parlementaires, le Conseil des États a décidé de modifier cette disposition afin que la norme prévoie uniquement que «[l]e défendeur (...) expose [dans la réponse] quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés»<sup>17</sup>. Cette modification était justifiée afin que le défendeur doive indiquer *précisément* quels allégués sont contestés; une contestation en bloc n'est pas suffisante<sup>18</sup>.

#### B) L'évolution jurisprudentielle

Quelques années après l'entrée en vigueur du CPC, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt de principe relatif aux moyens de preuve, notamment en matière d'expertise privée<sup>19</sup>. Il a alors cité l'ATF susmentionné de 1991<sup>20</sup> pour affirmer que la contestation doit être suffisamment *précise* afin que l'on comprenne quels allégués du demandeur sont contestés<sup>21</sup>. Plus les allégués du demandeur sont détaillés, plus le défendeur doit indiquer concrètement quels faits sont contestés<sup>22</sup>. En particulier, une expertise privée revêtait le caractère d'un allégué «particulièrement détaillé», qui accroissait le fardeau de la contestation. Le défendeur doit alors préciser quels éléments sont spécifiquement contestés<sup>23</sup>.

Dans un arrêt récent publié au recueil officiel, le Tribunal fédéral a précisé les contours du devoir d'allégation. La solution retenue est pragmatique: l'allégation doit être «suffisamment claire et circonscrite»<sup>24</sup> afin de permettre au défendeur de se déterminer et au juge de comprendre l'objet du procès. Le degré de précision dépend «des circonstances et de la complexité du cas d'espèce»<sup>25</sup>.

La jurisprudence relative aux allégués a également été développée dans l'ATF 144 III 519: bien que la partie défenderesse puisse en principe se contenter de contester les faits allégués, «[d]ans certaines circonstances exceptionnelles, il est toutefois possible d'exiger [de la défenderesse] qu'elle *concrétise* sa contestation (charge de la *motivation* de la contestation; *Substanziierung der Bestreitungen*) de façon que le demandeur puisse savoir quels allégués *précis* sont contestés et, partant, puisse faire administrer la preuve dont le fardeau lui incombe»<sup>26</sup>.

#### C) Une charge de la motivation ou de la précision?

Dans cet ATF 144 III 519, le Tribunal fédéral a selon nous mélangé la question de la *précision* de la contestation avec celle de la *motivation* de la contestation. Le défendeur doit en effet contester *précisément* les faits allégués par le demandeur, en particulier lorsque plusieurs éléments de faits ressortent d'un même allégué, «de façon que le demandeur puisse savoir quels allégués précis sont contestés et, partant, puisse faire administrer la preuve dont le fardeau lui incombe»<sup>27</sup>. Il ne doit néanmoins pas *motiver* sa contestation, comme le prévoyait le projet du Conseil fédéral selon lequel le défendeur aurait dû expliquer ses contestations<sup>28</sup>. Dans ses exemples de «charge de la motivation de la contestation», le Tribunal fédéral indique d'ailleurs que, «lorsque le demandeur allègue dans ses écritures un montant dû en produisant une facture ou un

compte détaillés, qui contient les informations nécessaires de manière explicite [...], on peut exiger du défendeur qu'il indique *précisément* les positions de la facture ou les articles du compte qu'il conteste, à défaut de quoi la facture ou le compte est censé admis et n'aura donc pas à être prouvé»<sup>29</sup>. Il n'existe ainsi qu'une charge de la *précision* de la contestation, et non une charge de la *motivation* de la contestation.

#### D) La solution retenue dans l'arrêt commenté

Cette imprécision semble avoir malheureusement évolué. Le Tribunal fédéral a en effet considéré dans l'arrêt commenté que «[l]orsque le demandeur a présenté un allégué et l'a suffisamment motivé, en l'occurrence son dommage, le défendeur doit le contester de manière *précise et motivée*. À défaut, l'allégué du demandeur est censé non contesté (ou reconnu ou admis), avec pour conséquence qu'il n'a pas à être prouvé (art. 150 al. 1 CPC)»<sup>30</sup>. Alors que dans l'ATF 144 III 519 il s'agissait en réalité d'une *charge de la précision de la contestation*, laquelle ne devait s'appliquer que dans «certaines circonstances exceptionnelles», le Tribunal fédéral semble avoir désormais créé par voie jurisprudentielle une réelle *charge de la motivation de la contestation*. Or celle-ci n'est pas prévue dans le CPC. Elle semble même avoir comme conséquence un renversement du fardeau de la preuve<sup>31</sup>. Une réelle charge de la

<sup>15</sup> Message, p. 6947.

<sup>16</sup> Message, p. 6921.

<sup>17</sup> Actuel art. 222 al. 2 CPC (nous mettons en évidence).

<sup>18</sup> BO CE 2007 p. 528 («Wichtig bei dieser Änderung ist vor allem der Einschub»im Einzelnen«. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass pauschale Bestreitungen nicht genügen, sondern dass die Bestreitungen detailliert sein müssen»).

<sup>19</sup> ATF 141 III 433, résumé in LawInside.ch/95/ et commenté par TREZZINI FRANCESCO/BOHNET FRANÇOIS: L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433. Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait, RDS t. 136 (2017) I cahier 4, p. 367).

<sup>20</sup> ATF 117 II 113.

<sup>21</sup> ATF 141 III 433 c. 2.6.

<sup>22</sup> ATF 141 III 433 c. 2.6.

<sup>23</sup> ATF 141 III 433 c. 2.6. À noter que le récent projet de modification du CPC prévoit de reconnaître les expertises privées comme étant des titres (FF 2020 2607, p. 2659), sans toutefois que le Conseil fédéral ne prenne position sur la question des allégués particulièrement détaillés. Concernant la prise en compte par le tribunal des faits ressortant des pièces produites par les parties, cf. BRUGGER DANIEL, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, RSJ 115/2019 p. 533 ss.

<sup>24</sup> ATF 144 III 54, c. 4.1.3.5 (résumé in LawInside.ch/552/ et commenté in RSPC 2019 N. 2181).

<sup>25</sup> ATF 144 III 54, c. 4.1.3.5.

<sup>26</sup> ATF 144 III 519 c. 5.2.2.3 (nous mettons en évidence). Cf. également l'arrêt 4A\_129/2017, c. 9.1. lequel cite pour la première fois cette «charge de la motivation de la contestation» en faisant référence à l'ATF 141 III 433.

<sup>27</sup> ATF 144 III 519 c. 5.2.2.3.

<sup>28</sup> Message, p. 6921.

<sup>29</sup> ATF 144 III 519 c. 5.2.2.3 (nous mettons en évidence).

<sup>30</sup> TF, 4A\_126/2019 du 17. 2. 2020, c. 6.1.4 (nous mettons en évidence).

<sup>31</sup> En 1991 déjà le Tribunal fédéral soulignait que «darf die Bestreitungslast nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen» (ATF 117 II 113, c. 2).

motivation de la contestation est ainsi à juste titre rejetée presque unanimement par la doctrine<sup>32</sup>.

## 2. Les solutions souhaitables

### A) Une charge de la précision

Nous rejoignons la doctrine quasi unanime: le défendeur ne doit supporter aucune charge de la *motivation* de la contestation, celle-ci n'étant pas prévue par le CPC. Il peut néanmoins supporter, «[d]ans certaines circonstances exceptionnelles»<sup>33</sup>, une charge de la *précision* de la contestation. Celle-ci découle à notre avis du principe de la bonne foi ancré à l'art. 52 CPC<sup>34</sup>. Comme mentionné ci-dessus, le Tribunal fédéral avait d'ailleurs déjà retenu en 1991 une charge de la précision de la contestation en application du principe de la bonne foi<sup>35</sup>. Partant, lorsqu'il a respecté sa charge de la motivation des allégués, notamment en produisant des preuves détaillées, le demandeur peut de bonne foi attendre du défendeur qu'il précise quels éléments factuels sont contestés. À défaut d'une contestation *précise*, l'allégué peut être considéré comme admis en application du principe de la bonne foi.

### B) Le devoir de collaborer

La remarque du Tribunal fédéral concernant l'absence de preuves fournies par la banque sur la réalité des chiffres pouvait pourtant trouver une solution conforme au CPC<sup>36</sup>. À condition que le demandeur ait valablement requis la production de documents pertinents en mains de la banque, le juge du fait aurait pu considérer que la banque avait failli à son devoir de collaborer, et que cela devait lui être imputé (art. 164 CPC)<sup>37</sup>. Le résultat serait comparable – la banque aurait à subir les conséquences de son manque de coopération –, mais le raisonnement serait alors conforme au CPC: le juge ferait alors une appréciation des *preuves*, et non une appréciation des *allégués*<sup>38</sup>.

## IV. Conclusion

La charge de la motivation de la contestation, développée récemment par le Tribunal fédéral, constitue à notre avis une charge de la précision de la contestation. Lorsque cette charge trouve application, à savoir «dans certaines circonstances exceptionnelles», le défendeur ne doit pas motiver sa contestation, mais la préciser, en particulier lorsque plusieurs éléments factuels ressortent d'un seul allégué. Tel sera le cas lorsqu'à l'appui d'un allégué, le demandeur produit une pièce qui est explicite et qui contient les informations nécessaires, par exemple une facture ou un compte détaillés.

En revanche, lorsque le demandeur produit à l'appui de l'allégué relatif à son dommage des documents attestant de l'état de son patrimoine à deux moments distincts, le défendeur devrait pouvoir simplement contester cet allégué, sans devoir indiquer s'il conteste la méthode ou la pertinence des dates choisies par le demandeur. La contestation serait alors suffisamment précise – le défendeur conteste l'existence du dommage – et n'aurait pas besoin d'être motivée. Admettre le contraire revient sin-

gulièrement à renverser le fardeau de la preuve. Une réelle charge de la motivation de la contestation est à juste titre rejetée presque unanimement par la doctrine.

En pratique, plutôt que d'invoquer le non-respect par le défendeur de la charge de la contestation – ce qui est d'ailleurs difficile à anticiper dans la demande ou la réplique, le défendeur pouvant toujours se déterminer par la suite – le demandeur devrait requérir la production de documents pertinents de la part de la partie adverse. Si cette dernière refuse de collaborer de manière injustifiée, le tribunal pourra alors considérer les faits allégués comme établis en application de l'art. 164 CPC.

<sup>32</sup> NOVIER MERCEDES, Demande et réponse en procédure ordinaire selon le CPC, quelques observations, JdT 2010 II 195, p. 215 s.; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 222, N 21; PAHUD ERIC, Art. 222 ZPO, in BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (édit.), ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2<sup>e</sup> éd., Zurich/Saint-Gall 2016, N 11; LEUENBERGER CHRISTOPH, Art. 222 ZPO, in SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3<sup>e</sup> éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, N 22; ENGLER THOMAS, Art. 222 ZPO, in GEHRI MYRIAM A./JENT-SØRENSEN INGRID/SARBACH MARTIN (édit.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2<sup>e</sup> éd., Zürich 2015, N 6; KILLIAS LAURENT, Art. 222, in Berner Kommentar, ZPO, vol. 2, Schweizerische Zivilprozessordnung, Berne 2012, N 19; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 30; CR CC-I-PIOTET Art. 8 N 63; *contra* RÉTORNAZ VALENTIN, La preuve dans les litiges civils relatifs à la circulation routière: «Ceci n'est (peut-être) pas un sujet», Circulation routière 3/2019, p. 40 ss («Au vu de ces principes, on comprend donc que la partie contre laquelle des faits sont articulés ne peut se contenter de présenter, comme c'est souvent l'usage en Suisse romande, une «détermination» où elle déclare sobrement admettre ou contester lesdits allégués. Il lui faut répondre aux allégués de son contradicteur. À défaut elle pourrait être considérée comme ayant admis les faits allégués en dépit de sa déclaration» p. 44).

<sup>33</sup> ATF 144 III 519 c. 5.2.2.3 (nous mettons en évidence); cf. également l'arrêt 4A\_129/2017, c. 9.1. lequel cite pour la première fois cette «charge de la motivation de la contestation» en faisant référence à l'ATF 141 III 433.

<sup>34</sup> Dans un arrêt de 2013, mais appliquant l'ancienne Loi de procédure civile genevoise (RS/GE E 3 05), le Tribunal fédéral fait d'ailleurs expressément référence au principe de la bonne foi pour admettre une charge de la précision de la contestation: «[d]ans une affaire où autant de chiffres sont contestés, on peut attendre d'une partie, selon les règles de la bonne foi, qu'elle indique clairement si elle conteste une prétention dans sa quotité» (TF, 4A\_47/2013 du 4. 6. 2013, c. 2.4.3). Du même avis, cf. SCHNEUWLY ANDREAS, Lange Rechtsschriften – Wieso? und was tun?, Revue de l'avocat 2019 p. 443 ss, p. 445.

<sup>35</sup> ATF 117 II 113, c. 2.

<sup>36</sup> TF, 4A\_126/2019 du 17. 2. 2020, c. 6.2.1.

<sup>37</sup> En application de cette disposition, le tribunal peut «tenir des faits non établis pour avérés au détriment de la partie qui se refuse à collaborer, en dépit du fait qu'en vertu de l'art. 8 CC le fardeau de la preuve objectif incombe à la partie adverse» CR CPC-JEANDIN, art. 164 N 7.

<sup>38</sup> Cf. également NOVIER (n. 31), p. 217, qui souligne que le résultat d'une obligation de motivation de la contestation peut être atteint par le biais de l'obligation de collaborer.