

# Des formes écrite et orale en procédure civile suisse

FRANÇOIS BOHNET\*

Mots clés: Formes procédurales; écritures; oralité; type de procédure; droit de réplique; principe du contradictoire

## A. Introduction

Depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2011, la question des formes procédurales a déjà eu l'occasion de retenir plusieurs fois l'attention des tribunaux: droit à un deuxième tour d'écritures et droit de réplique spontané<sup>1</sup>; droit (et non devoir) de déposer une réponse écrite en procédure de conciliation<sup>2</sup>; spécificité de la demande en procédure ordinaire et de la requête en justice en procédure sommaire<sup>3</sup>. Ce n'est pas étonnant: la forme est un élément central du processus juridictionnel. Elle détermine la manière dont les parties font valoir leurs droits en justice, comment celles-ci communiquent entre elles et avec les tribunaux, comment ceux-ci organisent le procès, l'instruisent et prononcent leur décision.

Après quelques brefs repères historiques, cet article présente les choix opérés par le législateur en matière de formes procédurales et leurs concrétisations jurisprudentielles. Une fois quelques principes généraux examinés, il passe en revue les solutions retenues en procédure de conciliation, en procédure ordinaire, simplifiée et sommaire, pour tenter de dégager la philosophie générale du Code en matière d'oralité et d'écrit.

## B. Repères historiques

Le débat autour de l'oralité et de l'écrit en procédure civile n'est pas nouveau. Il a été au cœur des réflexions des historiens du droit de procédure civile dans le

---

\* Professeur à l'Université de Neuchâtel, avocat. Je remercie Nicolas Pellaton, avocat et docteur, pour sa relecture du manuscrit.

1 ATF 138 III 252, RSPC 2012 p. 322.

2 ATF 138 III 366, RSPC 2012 p. 315.

3 TF 4A\_87/2012 du 10 avril 2012, RSPC 2012 p. 306.

courant du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>4</sup>. Dans notre pays, la Société suisse des juristes a suscité les premières réflexions comparatistes dans ce domaine: elle s'est impliquée dès sa création, au début des années 1860, pour un rapprochement des droits de procédure cantonaux<sup>5</sup>. Les premiers rapports qu'elle a publiés dans la Revue de droit suisse en 1862 traitaient des principes généraux de la procédure civile, une des questions centrales étant celle de la conduite orale ou écrite du procès<sup>6</sup>. Certains cantons, à l'image de Zurich, connaissaient alors une procédure ordinaire orale, débutant par la simple autorisation de procéder du conciliateur et se déroulant entièrement en audience devant le juge<sup>7</sup>. D'autres, comme Berne, ont réglementé à cette époque une procédure qui prévoyait des échanges écrits, avec mention des moyens de preuves<sup>8</sup>.

Ces deux approches de la procédure – orale et écrite – sont l'expression des deux grandes traditions, l'une romaniste, l'autre germaniste, qui ont chacune influencé, souvent de manière croisée, les lois de procédure civile continentales<sup>9</sup>. De manière schématique, on oppose la procédure canonique, tirée des sources romaines, essentiellement écrite, à l'ancienne procédure coutumière germanique, sacramentelle et orale<sup>10</sup>. Alors qu'en Suisse romande, l'influence romano-canoniste s'est faite rapidement sentir dans la procédure de droit commun, une partie de la Suisse alémanique est demeurée plus longtemps imprégnée des anciennes traditions germanistes<sup>11</sup>. Les codes cantonaux, adoptés dès le premier tiers du XVIII<sup>e</sup> siècle, prévoyaient des procédures plutôt écrites ou plutôt orales, suivant les traditions, les influences et les modèles pris en considération. Parmi ceux-ci, on compte avant tout la théorie de la procédure allemande de droit commun, le Code de procédure civil français de 1806, lui-même fortement in-

4 Pour des repères historiques, voir GIUSEPPE CHIOVENDA, *Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile*, reproduit in *Saggi di diritto processuale civile (1900–1930)*, vol. I, Rome 1930, p. 181–224, ainsi que sa traduction anglaise dans l'ouvrage édité par Robert Wyness Millar: *History of continental civil procedure*, Boston 1929. Voir également la bibliographie du célèbre traité d'ADOLF WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, vol. 1 [et unique], Leipzig 1885, p. 176 n. 28.

5 L'un des buts de l'association, adoptés lors de l'assemblée constitutive du 7 juillet 1861 à Lucerne, est «*in praktischer Beziehung, das Anstreben möglicher Übereinstimmung civilrechtlicher, strafrechtlicher und prozessualischer Gesetzgebung*». Voir FERDINAND ELSENER, *Geschichtliche Grundlegung*, *Traité de droit privé suisse*, vol. I, tome I, Bâle et Stuttgart 1969, p. 235.

6 RDS 1864 p. 5–94.

7 Rapport du juge MENER, RDS 1864 p. 54; ANDREAS HEUSLER, *Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim/Berlin/Leipzig 1923, p. 57 ss; EMIL SCHURTER et HANS FRITZSCHE, *Das Zivilprozessrecht der Schweiz*, vol. 2, 1<sup>re</sup> partie, Zurich 1931, p. 135 s.

8 HEUSLER (n. 7), p. 63.

9 CHIOVENDA (n. 4), p. 190 ss.

10 Voir par exemple GEORG LUDWIG VON MAURER, *Geschichte des altgermanischen, namentlich altbayrischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens*, Heidelberg 1824, p. 86 ss, 125, 194 ss.

11 RENÉ PAHUD DE MORTANGES/ALAIN PRÊTRE, *Anwalts-geschichte der Schweiz: ein Grundriss*, Zurich 1998, p. 17–19; HANNES SIEGRIST, *Advokat, Bürger und Staat: Sozialgeschichte der Rechtsanwälte in Deutschland, Italien und der Schweiz (18.-20. Jh.)*, vol. 2, Francfort-sur-le-Main 1996, p. 137; EMIL ZÜRCHER, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zurich 1920, p. 16 s.

fluencé par l'Ordonnance de Louis XIV de 1667, et, à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, la doctrine allemande moderne avec le Zivilprozessordnung de 1877<sup>12</sup>.

Les codes cantonaux vont peu à peu se rapprocher avec l'unification du droit civil puis l'émergence de principes généraux de procédure civile tirés du droit constitutionnel, en particulier la force dérogatoire du droit fédéral<sup>13</sup>. Mais de nombreuses différences et nuances vont perdurer jusqu'à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2011, du Code de procédure civile suisse adopté le 19 décembre 2008<sup>14</sup>. Dans le domaine de l'oralité et de l'écrit, les codes se distinguaient sensiblement les uns des autres, les cantons étant demeurés très libres en matière de formes procédurales. Certains codes en vigueur au 31 décembre 2010 posaient le principe d'une procédure orale, à moins de règles contraires dans la loi<sup>15</sup>, d'autres organisaient une procédure en principe écrite, mais orale en cas de faible valeur litigieuse<sup>16</sup>. Quelques cantons ne prévoyaient pas une verbalisation systématique des témoignages<sup>17</sup>, alors qu'elle était par principe imposée dans d'autres, selon diverses formes<sup>18</sup>.

## C. La place de l'oralité et de l'écrit dans le CPC

### I. La lettre du Code

Le CPC ne comprend pas de disposition qui fixe un *modèle procédural*, oral ou écrit, au contraire de certains codes cantonaux qui l'ont précédé<sup>19</sup>. Il n'oppose pas formellement l'oralité et l'écrit. Seule la procédure aboutissant à une décision devant l'autorité de conciliation est expressément décrite comme une procédure orale (art. 212 al. 2 CPC). Comme le relève le Message, il existe une certaine perméabilité entre les divers types de procédures organisées par le Code<sup>20</sup>.

---

12 Voir EMIL SCHURTER et HANS FRITZSCHE (n. 7), p. 6 ss.

13 MAX GULDENER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, RDS 1961 p. 1–66; JOSEPH VOYAME, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 1961 p. 67–68; STEPHEN V. BERTI, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Zurich 1989.

14 RO 2010 1739.

15 Par exemple, art. 104 ZPO AR; art. 29 ZPO SH.

16 Par exemple, art. 295 ss, 341 ss CPC NE (procédure orale jusqu'à et y compris CHF 8000.–); art. 72 ss, 294 ss LPC GE.

17 Voir art. 350 CPC NE; art. 209 CPC VD.

18 Voir art. 30 al. 4 ZPO SH; art 128 ZPO BE.

19 Voir par exemple art. 27 ZPO GL: «Das allgemeine mündliche Verfahren kommt zur Anwendung, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt»; art. 104 al. 1 ZPO AR: « Das Verfahren vor den richterlichen Behörden ist mündlich, soweit das Gesetz nicht schriftliche Eingaben vorschreibt oder zulässt»; art. 295 al. 1 CPC NE: «Sauf disposition contraire de la loi, la procédure écrite régit toutes les contestations civiles qui sont du ressort des Cours civiles du Tribunal cantonal»; art. 125 CPC VS: «Sauf disposition contraire, l'instance est introduite par le dépôt d'un mémoire auprès du juge de district».

20 Message CPC, FF 2006 6863.

En procédures ordinaire, simplifiée et sommaire, les actes peuvent être, en totalité ou en partie, écrits ou dictés au procès-verbal. Des débats oraux peuvent intervenir ou non, quelle que soit la procédure engagée. Les plaidoiries finales peuvent être orales ou écrites (art. 232 CPC). En bref, une certaine marge de manœuvre est laissée aux parties dans la présentation de leurs prétentions et au juge dans l'organisation du procès. Encore faut-il parvenir à en poser les limites, dictées par le principe de l'égalité des armes et le droit d'être entendu, fil conducteur de cette contribution.

Le CPC n'accorde pas la même attention à la *réglementation de la forme* orale et de la forme écrite. Bien que le Code comprenne une section consacrée aux actes des parties, elle-même comprise dans le chapitre traitant de la forme des actes de procédure, seule la forme écrite fait en réalité l'objet de ladite section, comprenant trois dispositions, consacrées à la présentation sommaire de la forme écrite des actes des parties (art. 130 CPC), à leur nombre (art. 131 CPC) et aux conséquences des vices de forme (art. 132 CPC). On trouve des précisions sur la présentation des actes écrits dans diverses dispositions relatives aux procédures de conciliation (art. 202 al. 1 et 2 CPC), ordinaire (art. 221 ss CPC), simplifiée (art. 244 s. CPC) et sommaire (art. 252 s. CPC). La forme orale n'est pas mentionnée dans la partie générale du Code. Elle n'est évoquée que comme alternative à la forme écrite en procédures de conciliation (art. 202 al. 1 CPC), simplifiée (art. 244 al. 1 CPC) et sommaire (art. 252 s. CPC) et dans les dispositions relatives à la modification des faits, des preuves et des conclusions en cours de débats (art. 227, 229 ss, 235 CPC).

## II. L'esprit du Code

Le Code de procédure civile suisse évite toute approche dogmatique. Il se veut simple et didactique. Ses dispositions sont brèves; elles font souvent appel à des notions connues dans les cantons et qui ont généralement fait l'objet d'une jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>21</sup>. Le but recherché est de garantir au justiciable une *procédure accessible*, tant dans les processus mis en place que dans les coûts qu'elle entraîne. Dans ce cadre, les formes sont pensées comme un simple véhicule permettant la consécration des droits du demandeur dans le respect de ceux de l'adversaire.

### D. Les différents types d'actes des parties

Les actes de procédure des parties sont des manifestations de volonté portant sur le déroulement de la procédure<sup>22</sup>. Ils sont régis par le droit de procédure et

---

21 FRANÇOIS BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 p. 198.

22 FABIENNE HOHL, Procédure civile, tome 2, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2010, p. 113; WALTER J. HABSCHIED, Droit judiciaire privé suisse, Genève 1981, p. 192.

se distinguent ainsi des actes juridiques, qui portent sur des questions de droit matériel<sup>23</sup>. On ne discerne *pas de classification systématique* entre les différentes formes d'actes des parties envisagées par le Code. Il est en particulier difficile de distinguer la nature de l'acte de sa forme.

## I. La demande

La demande («*Klage*») est l'acte par lequel le demandeur fait valoir sa prétention en justice (en ce sens: art. 63 al. 2 et 207 al. 2 CPC). Elle peut revêtir *plusieurs formes*.

Le Code parle de «demande» en *procédure ordinaire* (art. 220 CPC; «*Klage*»), sans véritablement distinguer la nature de l'acte et sa forme. La spécificité de la demande en procédure ordinaire, au-delà de ses exigences formelles que nous aborderons plus bas, est d'initier l'échange d'écritures entre les parties, selon l'intitulé du Chapitre 2 du Titre 3 consacré à la procédure ordinaire. En parlant d'«échange d'écritures» («*Schriftenwechsel*»), le Code reprend l'esprit d'une communication de partie à partie, à savoir une demande, adressée au tribunal, mais destinée – après vérification des conditions de recevabilité (art. 60 CPC) – au défendeur qui disposera d'un délai pour répondre. Il s'agit d'une réminiscence de la conception classique, retenue dans bien des codes ayant précédé le CPC<sup>24</sup>. Cela signifie que la forme usitée: «demande pour X contre Y; la présente demande est donnée pour être notifiée à [adversaire]» conserve une certaine signification en cas d'échange d'écritures (art. 220 ss CPC; voir aussi art. 82 al. 3, 202 al. 4, 246 CPC).

En *procédure simplifiée*, la procédure débute par une «demande simplifiée» (art. 244 CPC; «*Vereinfachte Klage*»). Celle-ci peut être écrite ou dictée au procès-verbal (art. 244 al. 1 CPC). La demande simplifiée formulée par écrit ne donne pas lieu à un véritable «échange d'écritures» contrairement à la demande en procédure ordinaire. Le Code prévoit certes que le juge peut ordonner un échange d'écritures, mais celui-ci n'est pas initié par la demande simplifiée: il intervient ensuite, à l'initiative du juge (art. 246 al. 2 CPC, qui parle bien d'un échange d'écritures et non d'un second échange d'écritures). La demande en procédure simplifiée est donc une forme hybride, à mi-chemin entre une «écriture» et une «requête», dont il est question ci-dessous.

En *procédure sommaire*, la demande prend la forme d'une requête en justice (art. 252 CPC, «*Gesuch*»), qui doit être remise par écrit ou dictée au greffe dans les cas simples ou urgents (art. 252 al. 2 CPC). Cet acte, qui s'oppose formelle-

---

23 HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Les vices de la volonté en procédure civile, in *Hommage à Raymond Jeanprêtre*, Neuchâtel 1982, p. 61 ss, 72 ss.

24 Comp. art. 19 CPC VD et le commentaire consacré à cette disposition par POUURET/HALDY/TAPPY, *Procédure civile vaudoise*, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne 2002; FRANÇOIS BOHNET, *Code de procédure civile neuchâtelois commenté*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2005, art. 84 CPCN 4.

ment à l'«écriture» dont il est question ci-dessus, est adressé et destiné au juge, comme nous le verrons ci-après.

La version française du Code emploie également l'expression de «demande» pour certaines prétentions procédurales, que l'on qualifie plus généralement de «demandes incidentes» en doctrine, et qui sont formées par requête. C'est le cas de la demande de récusation (art. 49 CPC). La version allemande parle plus proprement d'«*Ausstandsgesuch*». On peut également citer la demande de renvoi des débats (art. 135 let. b CPC) ou la demande de prolongation des délais (art. 144 CPC).

En matière de *révision*, la version française utilise l'expression «demande» (art. 328 ss CPC), la version alémanique celle de «*Gesuch*». La première insiste sur la nature de l'acte, la seconde sur sa forme.

La notion de demande ne se confond pas avec celle d'*acte introductif d'instance* en procédure civile suisse. Cet acte peut être une demande (au sens matériel, y compris la demande en procédure sommaire, formée par requête en justice, art. 252 CPC), mais plus souvent une requête de conciliation (voir art. 198 CPC pour les exceptions) et, en matière de divorce, une requête commune (art. 62 CPC).

## II. La requête

Dans les codes de procédure civile influencés par le droit français, la requête est en principe un acte de partie destiné au juge<sup>25</sup>. La forme de la requête est en particulier utilisée en matière de mesures provisoires, qui peuvent devoir intervenir sans citation préalable de la partie adverse<sup>26</sup>. La requête se distingue en particulier de l'assignation du droit français (art. 55 CPC fr.; art. 59 ss CPC fr. 1806), invitation faite par le demandeur au défendeur de comparaître en justice. Cette invitation intervient par acte d'huissier, ou exploit d'huissier selon l'ancienne terminologie, reprise parfois en Suisse romande où l'on parlait également d'assignation<sup>27</sup> et d'exploit de demande et réponse<sup>28</sup>, actes destinés à la partie adverse.

La requête, qui est une forme procédurale simple<sup>29</sup>, puisqu'elle s'adresse au juge, est la forme requise pour la conciliation préalable (art. 202 CPC), introductive d'instance (art. 62 CPC), et pour l'assistance judiciaire (art. 119 al. 1 CPC) par exemple. La demande, soit l'acte par lequel le demandeur formule sa

25 TC NE, CCC VI 234, 235: «L'exploit est une communication juridique faite en dehors de l'audience à la partie adverse; la requête en revanche est adressée au juge». Voir également art. 5 LPC qui oppose l'assignation à la requête; art. 19, 21, 262 ss a contrario CPC VD.

26 Art. 325, 327 LPC GE; art. 98, 100 CPC NE 1925; art. 104, 106 CPC VD.

27 Art. 5 LPC GE.

28 Art. 107 ss CPC NE 1925.

29 CPC-BOHNET, art. 252 CPC N 3.

prétention, est aussi formée par requête en procédure sommaire (art. 252 CPC), procédure qui se veut par principe simple et rapide<sup>30</sup>.

La terminologie du Code est peu stricte. L'expression de «requête» vise ainsi la «demande formée par requête» aux art. 59 al. 1 et 101 al. 3 CPC.

### III. Les réponse et prise de position

La réponse est l'écriture du défendeur communiquée au demandeur en procédure ordinaire (art. 222 CPC). En procédures simplifiée et sommaire, on parle en revanche de «prise de position» (art. 245 al. 2 CPC; 253 CPC: «*Stellungnahme*», la version allemande faisant manifestement foi sur ce point), puisque celle-ci n'est pas formellement une écriture destinée à la partie adverse mais bien plutôt au juge.

### IV. Les réplique et duplique

La réplique et la duplique représentent le *second échange d'écritures en procédure ordinaire* (art. 225 CPC). En procédure simplifiée, un échange d'écritures peut être ordonné par le juge (art. 246 al. 2 CPC). Il s'agit cependant d'un premier échange, qui fait suite à la demande simplifiée<sup>31</sup>. Aucune écriture au sens propre du terme n'est prévue en procédure sommaire, mais simplement une requête et une prise de position (art. 252 s. CPC).

### V. Le droit de réplique

La réplique et la duplique au sens de l'art. 225 CPC doivent être distinguées du *droit de réplique* garanti par l'art. 6 § 1 CEDH et également déduit par le Tribunal fédéral de l'art. 29 al. 2 Cst., qui l'étend à toutes les procédures judiciaires, y compris celles qui ne sont pas visées par l'art. 6 § 1 CEDH<sup>32</sup>. Ce droit de réplique, tiré du droit à un procès équitable au sens de l'art. 6 § 1 CEDH et du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., impose aux tribunaux de porter toute détermination ou écriture qui leur parvient à la connaissance des parties et de donner à ces dernières la *possibilité de se déterminer* à leur sujet<sup>33</sup>. Le principe vaut que cette détermination ou écriture fasse ou non état de nouveaux faits ou arguments et soit susceptible ou non d'influencer la décision du tribunal<sup>34</sup>. Il

30 MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 1979, p. 584.

31 Voir infra, E.III.1.

32 ATF 133 I 100, JdT 2008 I 368.

33 ATF 133 I 100, consid. 4.6, JdT 2008 I 368.

34 ATF 133 I 100, consid. 4.3, JdT 2008 I 368, et les réf. à la jurisprudence de la Cour EDH; TF 5D\_8/2011 du 8 mars 2011, RSPC 2011 p. 279; TF 5D\_153/2011 du 21 novembre 2011, RSPC 2012 p. 180, et les réf.

appartient en effet aux parties de déterminer si un document nécessite un commentaire, le fondement du droit de réplique étant la confiance des justiciables en la justice, qui se base notamment sur la certitude de pouvoir se déterminer par rapport à toute pièce du dossier<sup>35</sup>. Une lettre par laquelle une partie prie le juge de statuer sur la base des documents déposés par l'autre n'est cependant pas une «détermination» et ne donne pas droit à une réplique<sup>36</sup>.

Lorsque les règles de procédure applicables ne prévoient pas de nouvel échange d'écritures, le Tribunal fédéral a été tout d'abord d'avis que les prises de position pouvaient être notifiées à *titre d'information*, sans invitation formelle à répliquer à l'adresse de la partie adverse<sup>37</sup>. Cette position a été rapidement nuancée, à la suite d'une condamnation de la Suisse dans l'arrêt *Schaller-Bossert c. Suisse* du 28 octobre 2010<sup>38</sup>, qui voit la Cour EDH retenir la violation du droit d'être entendu d'une personne non représentée qui n'a pas été rendue attentive à son droit de réplique devant le Tribunal fédéral.

Le droit de réplique doit être *exercé avec célérité*. La partie qui estime nécessaire de se déterminer par rapport à une prise de position qui lui a été transmise doit en principe immédiatement déposer une détermination ou requérir la possibilité d'en déposer une. A défaut, on présume qu'elle renonce à prendre position<sup>39</sup>. Il ne suffit par ailleurs pas de demander préventivement la possibilité de répliquer dans l'acte précédent. Ce droit doit être exercé après la notification de l'acte concerné, en fonction de celui-ci<sup>40</sup>. Le droit de réplique n'est en revanche pas assuré lorsque le tribunal affirme que l'échange d'écritures est terminé en envoyant la réponse à la partie adverse, une telle pratique privant de fait le recourant de la possibilité de se déterminer<sup>41</sup>.

Le droit de réplique ne permet pas de détourner les *règles sur l'allégation des faits et des moyens*. Le Tribunal fédéral retient ainsi qu'«il est exclu que le recourant présente après la fin du délai de recours des conclusions et des griefs qu'il pouvait déjà faire valoir dans son acte de recours»<sup>42</sup>.

Devant le Tribunal fédéral, la *pratique* est désormais la suivante: «à réception d'un mémoire qui, à son avis, n'appelle pas de déterminations de la part des autres parties, [le Tribunal fédéral] sursoit à statuer afin de permettre à celles-ci de néanmoins déposer des observations si elles le jugent nécessaire et ne rend son arrêt qu'après l'écoulement d'un laps de temps suffisant pour ad-

35 ATF 133 I 100, consid. 4.3, JdT 2008 I 368 et les réf. à la jurisprudence de la Cour EDH.

36 TF 5D\_153/2011 du 21 novembre 2011, RSPC 2012 p. 180.

37 ATF 132 I 42, consid. 3.3.3, JdT 2008 I 110; 133 I 98, consid. 1.2, JdT 2007 I 379; 133 I 100, consid. 4.8, JdT 2008 I 368.

38 Req. n° 41718/05, § 42.

39 ATF 133 I 100, consid. 4.8, JdT 2008 I 368; 133 I 98, consid. 1.2, JdT 2007 I 379; 132 I 42, consid. 3.3.3–3.3.4, JdT 2008 I 110.

40 ATF 132 I 42, consid. 3.3.4, JdT 2008 I 110.

41 ATF 132 I 42, consid. 3.3.2, JdT 2008 I 110 et les réf. à la jurisprudence de la Cour EDH.

42 ATF 132 I 42, consid. 3.3.4, JdT 2008 I 110, qui renvoie aux ATF 131 I 291, consid. 3.5; 125 I 71, consid. 1d/a, JdT 2002 I 278.

mettre que ces parties ont renoncé à présenter un mémoire supplémentaire; le Tribunal fédéral a bien précisé que, pour des motifs de célérité de la procédure, la partie qui voulait déposer des observations devait procéder rapidement et sans préalablement demander à ce qu'un délai lui soit fixé à cet effet. Ultérieurement, dans le but de lever l'incertitude sur le moment où il pouvait statuer, le Tribunal fédéral a décidé de préciser le délai pendant lequel les parties pouvaient, de leur propre chef, déposer des observations. En procédant de la sorte, le Tribunal fédéral ne fixe pas un délai pour déposer un acte; il précise uniquement jusqu'à quelle date il sursoit à statuer dans le sens de la jurisprudence précitée»<sup>43</sup>.

## VI. La modification de la demande

La modification de la demande est régie par les art. 227 et 230 CPC. La première disposition citée définit la modification de la demande et fixe ses conditions matérielles lorsqu'elle intervient avant les débats principaux. La seconde détermine ses conditions lorsque la modification est souhaitée aux débats principaux.

On entend par «modification de la demande» le fait de faire valoir une prétention nouvelle ou modifiée, ce qui implique l'apport de faits non encore allégués dans la procédure et ne se rattachant pas directement au conglomerat de faits déjà soulevés, et/ou la modification des conclusions<sup>44</sup>. Avant les débats principaux, une modification suppose que la procédure applicable demeure la même et qu'il existe soit une connexité entre la prétention nouvelle ou modifiée et la prétention invoquée préalablement, soit un consentement de la partie adverse. Aux débats principaux, la modification suppose encore que celle-ci repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux au sens de l'art. 229 CPC, qui ne visent que les *novas* et, à certaines conditions, les *pseudo-novas*, dans les deux cas invoqués sans retard (al. 1), à moins qu'elle intervienne en début de débats principaux et qu'il n'y ait eu ni second tour d'écritures ni débats d'instruction (al. 2) ou encore si le procès est régi par la maxime inquisitoire (al. 3).

Quant à la forme, le Code n'est pas explicite. Il convient de distinguer le régime retenu en procédure écrite, découlant directement des art. 227 et 230 CPC, de la modification de la demande en procédure simplifiée et en procédure sommaire, qui doit être déduite d'une application analogique de ces dispositions en vertu de l'art. 219 CPC. Des détails seront donnés au moment d'examiner plus spécifiquement la forme des actes dans ces trois procédures.

---

43 TF 4A\_332/2011 du 21 novembre 2011, RSPC 2012 p. 90.

44 ATF 136 III 123, consid. 4.3.1; 115 II 187, consid. 3b, JdT 1989 I 586; 116 II 738, consid. 2b. Voir CPC-SCHWEIZER, art. 227 CPC N 14 ss; BOHNET (n. 21), p. 302; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, art. 227 CPC N 6 ss; KUKO ZPO-NAEGELI, art. 227 CPC N 23 ss.

## VII. Les premières plaidoiries

Les premières plaidoiries interviennent à l'ouverture des débats principaux (art. 228 al. 1 CPC), qui consistent en l'audience ou les audiences lors de laquelle ou desquelles la cause est présentée, instruite et jugée. Les premières plaidoiries sont un *acte oral*<sup>45</sup>. Elles pouvaient autrefois représenter, dans certains cantons restés attachés à l'oralité, un élément important de la procédure puisqu'elles consistaient dans le pendant oral de l'échange des écritures<sup>46</sup>. Le CPC a manifestement été influencé par cette approche puisque les premières plaidoiries sont l'occasion pour les parties de développer leur argumentation et soumettre des faits et des preuves connexes non encore allégués en l'absence d'un second échange d'écriture ou d'audience(s) d'instruction (art. 229 al. 2 CPC). La dictée au procès-verbal peut-elle être remplacée par le dépôt d'un acte écrit à l'audience? Ce n'est pas dans l'esprit du Code, qui distingue manifestement la phase d'échange d'écritures antérieure aux débats principaux du déroulement de ceux-ci lors desquels le procès-verbal occupe une position centrale. Par ailleurs, en cas de refus d'un second tour d'écritures par le juge, le demandeur dispose d'un droit de réplique au sens de l'art. 6 § 1 CEDH, dont il peut faire usage spontanément et qui lui permet de compléter son acte<sup>47</sup>, si bien que rien ne justifie d'autoriser une nouvelle écriture qui reviendrait à contourner le modèle envisagé, d'une part, et à prolonger le délai bref dans lequel le droit de réplique doit être exercé, d'autre part<sup>48</sup>.

## VIII. Les plaidoiries finales

Les plaidoiries finales interviennent à l'issue des débats principaux, une fois terminée l'administration des preuves (art. 232 CPC). Cet acte de procédure peut prendre une forme orale ou écrite. Le Code parle ainsi dans sa version française<sup>49</sup>, improprement, de «plaidoiries écrites», ce alors même qu'une plaidoirie est par définition orale puisqu'elle vise à présenter l'argumentation d'une partie devant le tribunal. Il s'agit probablement d'un compromis, certains cantons ne connaissant que les plaidoiries<sup>50</sup>, d'autres prévoyant avant celles-ci, à certaines conditions, des conclusions en cause, mémoires-conclusions ou mémoires après enquêtes<sup>51</sup>.

45 SHK ZPO-WIDMER, art. 228 CPC N 4; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, art. 227 CPC N 6; KUKO ZPO-NAEGELI, art. 228 CPC N 4; DIKE Komm ZPO-PAHUD, art. 228 CPC N 7.

46 Voir en particulier § 119 ss ZPO ZH.

47 Supra, D.V.

48 Supra, D.V.

49 La version italienne distingue les «arringhe finali» du «memoria scritta conclusiva».

50 Par exemple, art. 198 CPC JU; art. 176 CPC FR (autorisant cependant le dépôt d'un résumé écrit).

51 Art. 326 CPC NE; art. 205 al. 2 CPC VS; art. 132 LPC GE.

En cas de «plaidoiries orales», le procès-verbal ne mentionne, à lire l'art. 235 al. 1 et 2 CPC, que leur déroulement formel, mais non leur contenu, à moins d'une modification des conclusions ou éventuellement d'apports de faits nouveaux ou de moyens particuliers. NAEGLI semble considérer qu'une verbalisation du contenu s'impose, ce qui ne résulte pas du texte légal et alourdit inutilement la procédure. Il plaide d'ailleurs dans cette optique pour l'admissibilité de notes de plaidoiries, le meilleur moyen selon lui de vérifier l'exactitude du procès-verbal<sup>52</sup>. LEUENBERGER, PAHUD, FREI/WILLISEGGER et TAPPY ne voient pas pourquoi de telles notes seraient exclues<sup>53</sup>. GASSER/RICKLI les admettent aussi, mais uniquement en cas d'accord des parties et du juge<sup>54</sup>. Le Message les exclut, le régime de l'avant-projet (art. 223 AP CPC) n'ayant pas été repris<sup>55</sup>. A vrai dire, dès l'instant où le Code propose une variante orale ou écrite des plaidoyers, il revient logiquement aux parties de choisir la variante écrite si elles souhaitent voir un texte versé au dossier. Manifestement, les auteurs s'exprimant sur cette question demeurent nettement influencés par le système qu'ils connaissaient auparavant<sup>56</sup>. Les parties devraient cependant avoir la possibilité de déposer de telles notes en cas d'accord entre elles.

Plusieurs questions demeurent sans réponse expresse quant à la réglementation des «plaidoiries écrites»: les parties peuvent-elles les exiger, ou le juge décide-t-il souverainement? Sont-elles déposées en même temps ou successivement? Le deuxième tour peut-il intervenir par oral? La solution la plus logique doit être recherchée dans les lois qui connaissaient un tel mémoire: celui-ci doit, compte tenu de son caractère de récapitulatif et non de réponse à des allégués de l'autre partie, être déposé en même temps par les parties<sup>57</sup>, quitte pour celles-ci à plaider ensuite oralement la cause. Dans la mesure où le Code prévoit que les parties peuvent renoncer d'un commun accord aux plaidoiries et requérir un délai pour le dépôt d'un mémoire écrit, on doit a priori retenir qu'il s'agit d'un droit qui ne peut leur être refusé par le juge<sup>58</sup>.

52 KUKO ZPO-NAEGLI, art. 232 CPC N 3. Voir aussi BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, art. 232 CPC N 3.

53 CHRISTOPH LEUENBERGER, Das ordentliche Verfahren, ZZZ 2007 p. 335 s.; KomZPO-LEUENBERGER, art. 232 CPC N 6; DIKE Komm ZPO-PAHUD, art. 232 CPC N 3; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, art. 232 CPC N 3; DENIS TAPPY, Le déroulement de la procédure, in: Suzana Lukic (éd.), *Projet de code de procédure civile fédérale*, Lausanne 2008, p. 209 n. 217.

54 GASSER/RICKLI, art. 232 CPC N 1.

55 Message CPC, FF 2006 6950. Voir aussi SHK ZPO-WIDMER, art. 232 CPC N 3.

56 Comp. KomZPO-LEUENBERGER, art. 232 CPC N 6 qui les juge admissibles «wie bisher». Or les notes de plaidoiries n'étaient de loin pas admises dans tous les codes cantonaux.

57 KomZPO-LEUENBERGER, art. 232 CPC N 9 et TAPPY (n. 53), p. 209, qui excluent cependant un second tour, au contraire du Message, FF 2006 6950, de KUKO ZPO-NAEGELI, art. 232 CPC N 6 et de SHK ZPO-WIDMER, art. 232 CPC N 4. En revanche, BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, art. 232 CPC N 4, considèrent que le mémoire doit être échangé.

58 Dans ce sens: BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, art. 232 CPC N 4; TAPPY (n. 53), p. 129; CPC-TREZZINI, art. 232 CPC, p. 1039. Contra: KUKO ZPO-NAEGELI, art. 232 CPC N 5; GASSER/RICKLI, art. 232 CPC N 2; DIKE Komm ZPO-PAHUD, art. 232 CPC N 4.

## E. Les différentes procédures

### I. La procédure de conciliation

La procédure de conciliation précède en principe (art. 197–198 CPC) le procès lorsque celui-ci est régi par la procédure ordinaire ou simplifiée. Elle se veut informelle puisqu'elle vise principalement à trouver une solution concertée entre les parties<sup>59</sup>.

#### 1. La requête

La requête de conciliation est formée par *acte écrit signé* (document papier ou voie électronique; art. 130 al. 1, 202 al. 1 CPC) ou par *acte oral*, dicté au procès-verbal au greffe de l'autorité de conciliation. L'art. 202 al. 2 CPC précise que la requête de conciliation contient la désignation de la partie adverse, les conclusions et la description de l'objet du litige.

La *forme*, tant orale qu'écrite, est *très simple*. Nul besoin de formuler des allégués par numéros d'ordre, suivis des moyens de preuve proposés. Demeure l'exigence de conclusions et de description de l'objet litige<sup>60</sup>, qui montre que le législateur a souhaité *circonscrire le contentieux* et assurer une certaine prévisibilité au processus de conciliation et à ses éventuelles suites procédurales, puisqu'il débouche le cas échéant sur une autorisation de procéder (art. 209 CPC).

#### 2. La réponse

Le CPC prévoit que l'autorité de conciliation peut, dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux, ordonner à *titre exceptionnel* un *échange d'écritures préalable*, si une proposition de jugement ou une décision est envisagée. Dans ce cas, l'autorité pourra soit ordonner le dépôt d'une motivation par le demandeur (comp. art. 245 al. 2 CPC en procédure simplifiée), soit, si sa requête en contient une, considérer celle-ci comme une écriture et la transmettre au défendeur pour réponse. La volonté du législateur est d'éviter que l'échange préalable devienne la règle, la procédure de conciliation devant demeurer informelle et rapide<sup>61</sup>. Dans les autres cas, l'autorité de conciliation n'est pas autorisée à ordonner un échange d'écritures. Il s'agit d'un silence qualifié de la loi, comme le Tribunal fédéral l'a retenu en matière d'audience de conciliation avant divorce<sup>62</sup>. La fixation systématique d'un délai au défendeur pour se prononcer n'est donc pas admissible, lorsque

59 CPC-BOHNET, art. 197 CPC N 5.

60 ATF 136 III 123, consid. 4.3.1; 116 II 738, consid. 2; 105 II 268, consid. 2; 97 II 390, consid. 4.

61 Voir BO CN 2008 954–956.

62 ATF 138 III 366, RSPC 2012 p. 315.

l'autorité ne dispose pas de la faculté de formuler une proposition de jugement ou une décision. Une telle ordonnance laisse en effet entendre au défendeur qu'il ne respecte pas un ordre de justice en ne déposant pas une prise de position écrite, ce qui n'est pas le cas<sup>63</sup>.

Dans la règle, l'autorité de conciliation *citera les parties* à son audience, en même temps qu'elle communique la requête au défendeur (art. 202 al. 3 CPC). Celui-ci se prononcera oralement à l'audience. Rien ne l'empêche cependant de *déposer spontanément une prise de position écrite* dans l'intervalle<sup>64</sup>, ou le cas échéant à l'audience. Ce droit, déduit de l'art. 53 CPC, et qui est une expression du droit à un procès équitable, ne peut lui être refusé, une prise de position orale à l'audience n'étant pas l'équivalent de l'acte écrit déposé par le requérant: si le refus du formalisme explique que l'on renonce à imposer un échange préalable, interdire le dépôt d'une réponse au défendeur qui souhaite s'exprimer par écrit constitue également un formalisme injustifié<sup>65</sup>. On peut également le rattacher au droit de réplique, que le Tribunal fédéral déduit de l'art. 29 al. 1 Cst.<sup>66</sup>.

### 3. *La modification de la requête*

Les conclusions et l'objet du procès peuvent être modifiés lors de la phase de conciliation, de manière souple, si la condition de la connexité est remplie, ou, à défaut, en cas d'accord de l'adversaire (art. 227 CPC, applicable par le renvoi de l'art. 219 CPC). Cette souplesse s'impose dans la mesure où de telles modifications sont également possibles après que l'autorisation de procéder a été délivrée. Des modifications sont possibles *par écrit* avant l'audience, ou *oralement* lors de celle-ci afin d'être mentionnées au procès-verbal.

## II. La procédure ordinaire

La procédure ordinaire s'applique dans les causes revêtant une certaine importance financière et qui atteignent une valeur litigieuse de plus de CHF 30 000 (art. 219 et 243 a contrario), sous réserve de certaines affaires à connotation sociale prononcées, soumises à la procédure simplifiée quelle que soit l'importance du litige (art. 243 al. 2 CPC). Cette procédure suit le schéma classique du procès soumis à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), qui se déroule en phases structurées et d'une certaine technicité<sup>67</sup>.

---

63 FRANÇOIS BOHNET/PHILIPPE CONOD, Bail et procédure civile suisse: premiers développements, in: 17<sup>e</sup> séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012, N 7.

64 Dans ce sens, pour l'audience de conciliation en matière de divorce, ATF 138 III 366, RSPC 2012 p. 315.

65 FRANÇOIS BOHNET, Le droit du bail en procédure civile suisse, in: 16<sup>e</sup> séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, N 65.

66 Supra, D.V.

67 Message CPC, FF 2006 6863.

### 1. *La demande*

La forme de la demande en procédure ordinaire est régie par l'art. 221 CPC. Un acte oral est exclu. Cette disposition impose en particulier l'indication des allégations de fait, avec, pour chacune, l'indication des moyens de preuve proposés (art. 221 al. 1 let. d et e CPC)<sup>68</sup>. En revanche, une argumentation juridique n'est pas imposée (al. 3), le juge appliquant le droit d'office (art. 57 CPC).

Les allégués de faits doivent être correctement articulés, puisque les preuves doivent figurer sous chaque allégué. A notre sens, des allégués de quelques lignes, voire de quelques paragraphes, sont admissibles, tant que la partie adverse peut sans difficulté répondre aux allégués du demandeur de manière structurée<sup>69</sup>. L'absence de preuve sous les allégués est une informalité qui entraîne la fixation d'un délai pour la rectification de l'acte (art. 132 al. 1 CPC) et à défaut l'irrecevabilité de la demande<sup>70</sup>.

### 2. *La réponse*

Les conditions de forme de la réponse correspondent globalement à celles de la demande (art. 222 al. 2 CPC qui déclare l'art. 221 CPC applicable par analogie). L'acte est écrit. Sa spécificité est que le défendeur y expose quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés. A notre sens, la position du défendeur peut résulter de ses propres allégués. Mais pour une plus grande clarté, le défendeur pourrait énoncer, dans une rubrique distincte, quels faits il conteste, admet, ignore ou considère sans pertinence<sup>71</sup>.

Après la réponse, les parties peuvent encore demander à répliquer et dupliquer. Le juge l'admet si les circonstances le justifient (art. 225 CPC). Les dispositions concernant la demande et la réponse s'appliquent par analogie. La jurisprudence de Tribunal fédéral sur le droit de réplique implique que ce deuxième tour soit accordé en principe<sup>72</sup>. A défaut, l'intéressé peut répliquer de manière spontanée dans un bref délai<sup>73</sup> ou compléter oralement ses allégués à une éventuelle audience d'instruction (art. 226 al. 2 CPC) ou, faute d'une telle audience, en début des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC).

68 CPC-TAPPY, art. 221 CPC N 17 ss, 22 ss, et les réf.; ZK ZPO-LEUENBERGER, art. 221 CPC N 51; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, art. 221 CPC N 22 ss.

69 FRANÇOIS BOHNET, Procédure civile, Neuchâtel 2011, p. 134. Voir aussi CPC-TAPPY, art. 221 CPC N 17.

70 TF 4A\_87/2012 du 10 avril 2012, consid. 3.2, RSPC 2012 p. 306; BOHNET (n. 21), p. 272.

71 BOHNET (n. 69), p. 137.

72 ATF 133 I 100, JdT 2008 I 368; supra, D.V.

73 ATF 138 III 252, RSPC 2012 p. 322 avec note de BOHNET.

### 3. *La modification de la demande*

En procédure ordinaire, la modification intervient *par écrit* soit dans la demande, lorsque celle-ci diffère de l'autorisation de procéder, soit dans une éventuelle réplique<sup>74</sup>. En cas de *novas* ou *pseudo-novas* (fait ou preuve) postérieurs au dernier échange, il résulte d'une lecture formelle du Code qu'il faut attendre les débats principaux pour les alléguer *oralement*. Il semble plus logique d'autoriser dans un tel cas le demandeur à déposer sans retard un acte écrit complémentaire<sup>75</sup>, ce qui lui assure un traitement identique pour tous les faits qu'il entend alléguer. En audience, qu'il s'agisse d'une audience d'instruction au sens de l'art. 226 CPC ou de débats principaux au sens de l'art. 228 CPC, le complément est déclaré *oralement*, pour être noté au procès-verbal (art. 235 al. 1 let. d CPC), étant précisé que «les allégués des parties qui ne se trouvent pas dans leurs actes écrits sont consignés dans leur substance (art. 235 al. 2 CPC)». Le dépôt d'un acte écrit aux débats principaux ne correspond pas à l'esprit du Code qui pose le principe d'oralité lors de cette phase du procès. Une telle écriture rompt par ailleurs l'équilibre entre les plaideurs. Elle n'est dès lors envisageable qu'en cas d'accord de l'adversaire. Une partie ne devrait par ailleurs pas pouvoir se plaindre du refus par le juge d'un second tour d'écritures pour justifier un tel dépôt, puisqu'elle dispose en toute hypothèse du droit de réplique garanti par l'art. 6 § 1 CEDH pour déposer spontanément un acte écrit à réception de la réponse. A notre sens, ce droit ne peut pas être remis en cause par la possibilité de s'exprimer oralement en début des débats principaux: l'égalité des parties justifie qu'une partie puisse déposer un acte écrit en réponse aux derniers développements écrits de la partie adverse. Si toutefois le complément se fonde sur des faits intervenus depuis le dernier échange d'écritures, il faut admettre le dépôt, sans retard, d'un acte écrit qui interviendra dès lors en principe avant l'audience, et qui ouvrira le droit de réplique de l'adversaire. Quant au défendeur, si l'allégation de *novas* ou de *pseudo-novas* à l'audience implique pour lui un examen approfondi et qu'une prise de position orale immédiate ne suffit pas à garantir le caractère contradictoire des débats, il peut requérir la fixation d'une nouvelle audience lors de laquelle sa prise de position pourra intervenir.

### III. La procédure simplifiée

La procédure simplifiée s'applique lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000, et dans différentes causes de nature sociale (art. 243 CPC). La pro-

74 BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, art. 227 CPC N 23; KomZPO-LEUENBERGER, art. 227 CPC N 25 s.

75 Dans ce sens également: DIKE Komm ZPO-PAHUD, art. 229 CPC N 9, 230 N 6.

cédure mise en place dans ce type de litiges se veut sans complication, afin de garantir l'accès à la justice à tout un chacun<sup>76</sup>.

### 1. *La demande simplifiée*

L'acte peut être rédigé de manière simple en procédure simplifiée (art. 244 CPC). Le Code admet qu'une telle demande puisse même être dictée au procès-verbal. Ainsi, il n'est nul besoin d'allégués et de preuves. La simple description de l'objet du litige et des conclusions suffisent. Il va de soi qu'une motivation juridique n'est pas imposée. L'intention du législateur est de maintenir une procédure très simple formellement dans les «petits litiges» dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000 ou dont le caractère social est marqué (art. 243 CPC). Ainsi, les actes qui précèdent les débats peuvent être fortement limités, l'ensemble des opérations intervenant en audience, devant le juge, selon le modèle des anciennes procédures orales.

### 2. *La prise de position du défendeur*

Le défendeur a la possibilité de se prononcer *par écrit*. Il peut le faire soit jusqu'à l'audience citée pour débats sur la demande, que le Code impose lorsque la demande ne contient pas de motivation (art. 245 al. 1 CPC), soit dans le délai qui lui aura été fixé par le tribunal (art. 245 al. 2 CPC). Le juge ne peut pas lui retourner une prise de position écrite spontanée en soutenant que la demande n'est pas motivée<sup>77</sup>. Ce serait porter atteinte au droit du défendeur de se prononcer par écrit, qui ne peut être remis en cause par le choix du demandeur de renoncer à une demande motivée.

Le défendeur a également la possibilité de s'expliquer *oralement* à l'audience. A notre sens, lorsque le défendeur ne dépose pas de réponse dans le délai fixé, il conviendrait en principe de citer les parties à une audience, plutôt que de rendre immédiatement une décision. Le Code permet cependant cette dernière possibilité, après l'octroi d'un bref délai supplémentaire (art. 223 al. 1 CPC par analogie), à condition toutefois que le défendeur ait été averti que son silence pourrait signifier un prononcé sur pièces (art. 147 al. 3 CPC)<sup>78</sup>. Si le défendeur décide de déposer une réponse écrite, celle-ci prendra la même forme que la demande, avec ou sans motivation.

### 3. *La modification de la demande*

En procédure simplifiée, la modification de la demande interviendra, soit dans la demande elle-même au regard de l'autorisation de procéder, soit en principe par

---

76 Message CPC, FF 2006 6843, 6863.

77 Comp. en conciliation ATF 138 III 366, consid. 3.2.2, RSPC 2012 p. 315 et note BOHNET.

78 BOHNET (n. 69), p. 140.

oral avec inscription au procès-verbal, lors d'une éventuelle audience d'instruction (art. 246 al. 2 CPC) ou lors des débats principaux (art. 245 al. 1 CPC), aux conditions de l'art. 230 CPC<sup>79</sup>, et donc de manière très large lorsque le juge établit les faits d'office au sens de l'art. 247 al. 2 CPC. Elle peut intervenir par acte écrit lorsque le juge ordonne un échange d'écritures après le dépôt de la demande simplifiée (art. 246 al. 2 CPC). Un mémoire écrit pourrait-il être déposé à une audience d'instruction ou de débats principaux? Eventuellement dans le premier cas, lorsque le juge ordonne à cette occasion un échange d'écritures (art. 246 al. 2 CPC). Non en revanche dans le second: le procès-verbal occupe une position centrale lors des débats principaux. Une simple dictée assure en principe l'égalité des armes entre les parties, ce qui n'est pas le cas du dépôt d'un acte écrit.

#### IV. La procédure sommaire

La procédure sommaire se veut simple et rapide. Elle vise en principe le prononcé rapide d'une décision qui ne tranche que provisoirement le litige, ou qui le tranche définitivement lorsque la solution est évidente<sup>80</sup>.

##### 1. La requête

La procédure sommaire est introduite par requête en justice, *acte écrit* sans préalable de conciliation (art. 198, 252 CPC). Si le cas est simple ou urgent, l'acte peut être déposé *oralement*. Cela suppose qu'il puisse être consigné au procès-verbal sans travail démesuré (art. 252 al. 2 CPC).

Faute d'indication contraire dans le Code, la forme est simple. On ne peut pas retenir que la forme de la demande (art. 221 CPC) s'applique à la procédure sommaire. Le Code parle en effet dans ce cas de *requête* et non de *demande*<sup>81</sup>, si bien que l'on doit considérer que le renvoi général de l'art. 219 CPC n'a pas de portée à cet égard<sup>82</sup>. Une lettre qui présente simplement l'objet du litige et les conclusions du requérant est donc suffisante.

A suivre le Message<sup>83</sup>, le requérant devrait joindre à sa requête écrite ou dictée au procès-verbal tout document utile conformément à l'art. 221 al. 2 CPC. Cette disposition s'appliquerait également à la procédure sommaire en vertu du renvoi général de l'art. 219 CPC. Le renvoi ne nous paraît pas s'appliquer puisque la procédure sommaire se distingue en particulier de la procédure ordi-

---

79 Comp. BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, art. 227 CPC N 24.

80 Message CPC, FF 2006 6956 s.; FRANÇOIS BOHNET, La procédure sommaire: Mesures provisionnelles – Mise à ban, in: Procédure civile suisse, les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, N 5 ss.

81 Supra, D.I,II.

82 BOHNET (n. 69), p. 139. Plus nuancé: FRANÇOIS CHAIX, L'apport des faits au procès, in: Procédure civile suisse, les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, N 33.

83 Message CPC, FF 2006 6957.

naire par une renonciation à tout formalisme. Le Code ne mentionne pas jusqu'à quel moment les pièces peuvent être produites. Devant le silence de la loi, on peut supposer que ces documents pourraient être présentés jusqu'à la fin de l'administration des preuves s'il est tenu une, voire plusieurs audiences. Si tel n'est pas le cas, le juge devrait fixer un délai aux parties pour le dépôt de leurs moyens de preuves, en précisant qu'il sera statué sur pièces<sup>84</sup>.

## 2. *La prise de position du défendeur*

Le défendeur peut répondre, soit par *écrit* (même si la requête a été dictée au procès-verbal), soit *oralement* à l'audience (art. 253 CPC). La réponse sera écrite si le tribunal a renoncé aux débats. A notre sens, le défendeur doit pouvoir déposer sa réponse jusqu'à l'audience, s'il en est tenue une, ce alors même qu'un délai pour ce faire lui avait été fixé préalablement. Si le défendeur ne répond pas dans le délai fixé, le juge devrait en principe lui accorder un bref délai supplémentaire (art. 223 al. 1 CPC par analogie), en l'informant qu'à défaut une décision pourrait être rendue sur la base du dossier (art. 147 al. 3 et 223 al. 2 CPC)<sup>85</sup>. Le Tribunal fédéral a cependant retenu que l'octroi d'un tel délai ne s'imposait pas en mainlevée provisoire de l'opposition, une décision devant tomber à brève échéance<sup>86</sup>. De plus, si l'opportunité de répondre sur la prise de position finale de la partie adverse a été donnée par le tribunal sans fixation formelle d'un délai, le défendeur ne peut pas attendre plus de 7–10 jours pour prendre position<sup>87</sup>.

## 3. *La modification de la requête*

En procédure sommaire, une modification de la demande peut intervenir, comme en procédure ordinaire et simplifiée, lors d'un échange d'écritures, ordonné à titre exceptionnel vu le caractère rapide de cette procédure<sup>88</sup>, ou lors de l'exercice d'un éventuel droit de réplique au sens de l'art. 6 CEDH, garanti également dans une telle procédure<sup>89</sup>. Si le juge renonce aux débats (art. 256 CPC: possibilité offerte sauf disposition contraire, en particulier art. 273 CPC), alors que le défendeur n'a pas formulé d'observations, l'une et l'autre des parties devraient encore pouvoir déposer un acte écrit comprenant des faits et preuves connexes non encore allégués et le cas échéant une modification des conclusions. A défaut, la suppression des débats aurait pour effet de supprimer le «droit à une deuxième chance» résultant de l'art. 229 al. 2 CPC. Il convient également de réserver les

84 BOHNET (n. 80), N 18.

85 BOHNET (n. 69), p. 141.

86 ATF 138 III 483, consid. 3.

87 TF 5A\_449/2012 du 20 août 2012.

88 ATF 138 III 252, RSPC 2012 p. 322, qui parle d'un «second échange d'écritures». Voir Message CPC, FF 2006 6958.

89 ATF 138 III 252, RSPC 2012 p. 322. Apparemment plus large encore, BSK ZPO-FREI/WILLIS-EGGER, art. 227 CPC N 24. Contra: DIKE Komm ZPO-PAHUD, art. 229 CPC N 24.

novas et pseudo-novas (faits ou preuves connexes) au sens de l'art. 229 CPC, qui doivent pouvoir faire l'objet d'un acte écrit lorsqu'ils sont postérieurs à la demande. Il en va de même de tout fait ou preuve connexe lorsque le procès est régi par la maxime inquisitoire (art. 255, 272 et 229 al. 3 CPC). En cas de débats, les faits et preuves connexes peuvent être allégués à l'ouverture de ceux-ci, à condition que la même procédure demeure applicable, par oral, pour être dictés au procès-verbal. Les novas et pseudo-novas peuvent être invoqués ultérieurement ou selon le régime de l'art. 229 CPC.

## F. Synthèse

Le Code de procédure civile suisse ne connaît pas de procédure purement orale ou purement écrite. Il existe une certaine perméabilité entre les divers types de procédures organisées par le Code<sup>90</sup>. La *procédure ordinaire* (E.II) débute par des échanges écrits, mais dès les éventuelles audiences d'instruction puis les débats principaux, l'oralité s'impose et permet à certaines conditions de compléter et de modifier les actes écrits par dictée au procès-verbal. La *procédure simplifiée* (E.III) peut être exclusivement orale: demande dictée au procès-verbal, puis citation aux débats principaux. Elle peut être en partie écrite, avec le dépôt d'une demande simplifiée, motivée ou non, puis le dépôt, requis ou spontané, d'une prise de position écrite avant les débats. La *procédure sommaire* (E.IV) peut prendre une forme entièrement orale ou entièrement écrite, ou une forme mixte: requête dictée au procès-verbal lorsque le cas est simple ou urgent, citation aux débats par le juge, ou requête écrite, renonciation aux débats par le juge et dépôt d'une prise de position écrite, ou encore un panachage de ces diverses modalités.

Une certaine *marge de manœuvre* est laissée aux parties et au juge pour fixer le cadre formel des débats. Elle est l'expression de plusieurs valeurs mises en avant par le CPC, que l'on peut rattacher schématiquement aux trois grands types de procédure: l'*accessibilité de la justice* pour les causes de moindre importance ou de nature sociale, jugées en procédure simplifiée (E.III), la nécessité d'un *règlement simple et rapide* en procédure sommaire (E.IV), le besoin de *sécurité juridique* par la fixation précise des positions des parties en procédure ordinaire (E.II).

Cette marge de manœuvre est encadrée par le *droit d'être entendu* des parties et leur traitement équitable en procédure. Le droit d'être entendu garantit aux parties la faculté de s'exprimer sur toute prise de position de la partie adverse et selon un mode de communication identique. Ainsi une réplique écrite doit être autorisée suite au dépôt d'un acte écrit de l'adversaire, le seul droit de présenter des observations orales à l'audience ne garantissant pas l'équilibre

---

90 Message CPC, FF 2006 6863.

procédural (E.II.3). Le défendeur est également en droit de déposer une prise de position écrite motivée lors même que le demandeur a de son côté opté pour une demande ou requête écrite sans motivation ou dictée au procès-verbal: c'est son choix, qui ne peut s'imposer au défendeur (E.III.2; E.IV.2). En audience, le processus étant oral, chaque partie se trouve dans une situation équilibrée par son droit propre à une dictée au procès-verbal. En cas d'allégation de novas ou de pseudo-novas, la fixation d'une nouvelle audience peut s'imposer lorsqu'une réplique orale immédiate ne suffit pas à garantir le caractère contradictoire des débats (E.II.3), élément central du processus judiciaire.

### *Résumé*

Le CPC ne comprend pas de disposition qui fixe un modèle procédural, oral ou écrit. Il n'oppose pas formellement l'oralité et l'écrit. Une certaine perméabilité existe entre les divers types de procédures organisées par le Code. En procédures ordinaire, simplifiée et sommaire, les actes peuvent être, en totalité ou en partie, écrits ou dictés au procès-verbal. Des débats oraux peuvent intervenir ou non, quelle que soit la procédure engagée. Les plaidoiries finales peuvent être orales ou écrites. En bref, une certaine marge de manœuvre est laissée aux parties dans la présentation écrite ou orale de leurs prétentions et au juge dans l'organisation du procès. La présente contribution examine les limites de cette marge de manœuvre, dictées par le principe de l'égalité des armes et le droit d'être entendu.

### *Zusammenfassung*

Die ZPO enthält keine Bestimmung, die ein mündliches oder schriftliches Verfahrensmodell festlegt. Sie steht formell weder der Mündlichkeit noch der Schriftlichkeit entgegen. Zwischen den von der ZPO geregelten Verfahrensarten besteht eine gewisse Durchlässigkeit. Sowohl im ordentlichen Verfahren als auch im vereinfachten Verfahren und im summarischen Verfahren können die prozessualen Handlungen schriftlich vorgenommen oder zu Protokoll gegeben werden. Je nach Verfahrensart finden mündliche Verhandlungen statt oder nicht. Die Schlussvorträge sind entweder mündlich oder schriftlich. Zusammengefasst wird den Parteien sowie dem Richter bei der Verfahrensleitung hinsichtlich der Schriftlichkeit oder Mündlichkeit der Begehren und deren Begründung ein gewisser Spielraum belassen. Der vorliegende Beitrag untersucht die durch die Grundsätze der Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs vorgegebenen Grenzen dieses Spielraums.