

LE PROCES CIVIL SOCIAL

LE PROCES CIVIL SOCIAL

Edité par
François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont

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



FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

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

ISBN 978-3-7190-4136-6

© 2018 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Avant-propos

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel propose chaque année, en collaboration avec le CEMAJ, une journée de formation continue destinée aux avocats, notaires, magistrats et juristes. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois et de la Chambre des notaires neuchâtelois et s'articule en principe autour d'un thème général, décliné dans divers domaines du droit.

En 2018, nous avons choisi de consacrer cette journée au procès civil social, en raison de son importance en pratique et des subtilités procédurales auxquelles il est soumis, subtilités qui ne sont pas nécessairement les mêmes selon la branche du droit concernée (droit du travail, droit du bail, droit des assurances, etc.).

Pour tenter de faire le tour de la question, Patricia Dietschy-Martenet expose dans un premier temps les règles applicables aux fors, aux frais et à la représentation dans le procès social. François Bohnet lui emboîte le pas pour examiner les questions qui se posent au moment de rédiger les écritures. Il apporte également un éclairage important sur les maximes de procédure et sur le déroulement des débats. Michel Heinzmann explique ensuite le cumul et le concours d'actions dans le contexte particulier du procès civil social. Finalement, Anne-Sylvie Dupont se confronte à la procédure en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale.

Dédié à des questions pratiques importantes, tant pour les avocat(e)s que les magistrat(e)s, cet ouvrage trouve naturellement sa place dans leur bibliothèque.

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

François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont

Sommaire

PATRICIA DIETSCHY-MARTENET Fors, frais et représentation dans le procès civil social	1
FRANÇOIS BOHNET Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social	31
MICHEL HEINZMANN Cumul et concours d'actions dans le procès civil social	59
ANNE-SYLVE DUPONT La procédure en matière d'assurances complémentaires à l'assurance maladie sociale	91

Abréviations

a[sigle de la loi]	Version abrogée d'une loi
AGO	Österreichische Allgemeiner Gerichtsordnung du 1 ^{er} mai 1781
al.	alinéa(s)
AOS	Assurance obligatoire des soins
AP-CPC	Procédure civile suisse (PCS), avant-projet de la commission d'experts, de juin 2003
art.	article(s)
ASLOCA	Association suisse des locataires
ASS	Aspects de la sécurité sociale
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATAS	Arrêts de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice du canton de Genève
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
ATSG	= LPGA
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BO CE/CN	Bulletin officiel, Conseil des Etats/Conseil national
BSK	Basler Kommentar
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)

Abréviations

CDPJ/VD	Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 (RS VD 211.02)
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cf.	confer
CGSS	Cahiers genevois et romands de sécurité sociale
ch.	chiffre(s)
CHF	Francs suisses
CJ	Cour de justice
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livres cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
comp.	comparer
consid.	considérant(s)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPC BE	Code de procédure civile du canton de Berne du 7 juillet 1918 (abrogé)
CPCN	Code de procédure civile neuchâtelois du 30 septembre 1991 (abrogé)
CPra	Commentaire pratique
CR [loi]	Commentaire romand (voir bibliographie)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DB	Revue Droit du bail
éd.	édition

Abréviations

édit.	éditeur(s)
ég.	également
etc.	et caetera
FF	Feuille fédérale
FSA	Fédération suisse des avocats
i. f.	in fine
in	dans
Ip	Initiative parlementaire
JaSo	Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht
JdT	Journal des Tribunaux
KUKO	Kurzkommentar
KVG	Krankenversicherungsgesetz (= LAMal)
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (RS 832.20)
LaCC/GE	Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 (RS GE E 1 05)
LACC/VS	Loi d'application du code civil suisse du 24 mars 1998 (RS VS 211.1)
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (RS 831.20)
LCC	Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 23 mars 2001 (RS 221.214.1)
LcTr/VS	Loi cantonale sur le travail du 12 mai 2016 (RS VS 822.1)

Abréviations

LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (Loi sur l'égalité) (RS 151.1)
let.	lettre
LFors	Loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 (RO 2000 2355 ; abrogée au 1er janvier 2011)
LHand	Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées du 13 décembre 2002 (Loi sur l'égalité pour les handicapés) (RS 151.3)
Li-CO/NE	Loi d'introduction du code des obligations du 27 janvier 2010 (RS NE 224.1)
LiCp/JU	Loi instituant le Conseil de prud'hommes du 30 juin 1983 (RS JU 182.34)
LiCPC/JU	Loi d'introduction du Code de procédure civile suisse du 16 juin 2010 (RS JU 271.1)
lit.	littera (lettre)
LiTbIf/JU	Loi instituant le Tribunal des baux à loyer et à ferme du 30 juin 1983 (RS JU 182.35)
LJ/FR	Loi sur la justice du 31 mai 2010 (RS FR 130.1)
LJB/VD	Loi sur la juridiction en matière de bail du 9 novembre 2010 (RS VD 173.655)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (Loi sur les avocats ; RS 935.61)
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (RS 943.02)
LPAg/VD	Loi sur la profession d'agents d'affaires brevetés du 20 mai 1957 (RS VD 179.11)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)

Abréviations

LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (RS 830.1)
LPP	Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle du 25 juin 1982 (RS 831.40)
LSA	Loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance du 17 décembre 2004 (RS 961.01)
LSAMal	Loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale du 26 septembre 2014 (RS 832.12)
LSE	Loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services du 6 octobre 1989 (RS 823.11)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
LTr	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (Loi sur le travail; RS 822.11)
n.	note
n°	numéro
N	numéro(s) de paragraphe
OGer	Obergericht
OSAMal	Ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale du 18 novembre 2015 (RS 832.121)
öZPO	Gesetz vom 1. August 1985 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
P	Postulat
p./pp.	page(s)
PCEF	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée

Abréviations

P-CPC	Projet de Code de procédure civile suisse du 28 juin 2006
p. ex.	par exemple
P-LPGA 2018	Projet de révision de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales du 2 mars 2018
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et assurance
réf.	référence(s)
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RS [canton]	Recueil systématique du canton indiqué
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RTFMC/GE	Règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RS GE E 1 05.10)
SJ	Semaine judiciaire
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC-VD	Tribunal cantonal vaudois
TDC/VD	Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 (RS VD 270.11.6)
TF	Tribunal fédéral
TFJC/VD	Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 (RS VD 270.11.5)
Tit. fin. CC	Titre final du Code civil

Abréviations

TFrais/NE	Décret fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative du 6 novembre 2012 (RS NE 164.1)
vol.	volume
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZPO	= CPC
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social

par

François Bohnet*

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

I. Introduction.....	33
II. Préalable de conciliation.....	34
III. Demande et prise de position du défendeur	35
A. Généralités	35
B. Demande simplifiée	36
1. Demande non motivée	36
2. Demande motivée	38
C. Prise de position du défendeur	39
1. En cas de demande non motivée	40
2. En cas de demande motivée	41
IV. Deuxième possibilité d'alléguer et de proposer des preuves.....	42
A. Par écrit.....	42
B. A l'audience.....	43
V. Faits et preuves nouveaux et conclusions nouvelles.....	45

* L'auteur remercie Me Marie-Laure Percassi, doctorante et collaboratrice scientifique à l'Université de Neuchâtel, pour sa relecture du présent article.

VI. Maxime des débats et maxime inquisitoire sociale	46
A. Maxime des débats.....	46
B. Maxime inquisitoire sociale.....	48
VII. Débats	50
A. Audience d’instruction	50
B. Débats principaux	51
1. Principe et renonciation.....	51
2. Allégués et moyens de preuves nouveaux.....	52
3. Premières plaidoiries	53
4. Administration des preuves.....	54
5. Plaidoiries.....	55
6. Clôture des débats	55
7. Décision	55
VIII. Conclusion.....	56
IX. Bibliographie	57

I. Introduction

1. Le Code de procédure civile suisse (CPC), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, prévoit une procédure simplifiée « pour les petits litiges et pour les causes relevant du droit civil social. Cette procédure se distingue par un formalisme simplifié, par son caractère oral et par un rôle plus actif du juge »¹. Le procès civil social est l'un des piliers de la réglementation adoptée, dans le prolongement des dispositions de procédure éparses de droit fédéral concernant la protection de la partie faible, en particulier en matière de droit du bail, de droit du travail et de loi sur l'égalité². Diverses procédures cantonales prévoyaient également une procédure dite orale pour les petits litiges, tous domaines confondus³.
2. La procédure simplifiée, réglementée aux art. 243 ss CPC, et qui s'applique à tous les litiges dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-, et, indépendamment de la valeur litigieuse, dans certains domaines dits « sociaux » (entre autres, LEg, baux d'habitation et de locaux commerciaux pour les principaux litiges, accès aux données en matière de LPD, assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, voir art. 243 al. 2 CPC), vise à offrir une protection simple et rapide, par exemple en assouplissant les règles relatives à la présentation de la demande et à la maxime de l'instruction. L'autorité doit, lorsque le litige implique une partie faible, appliquer la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC)⁴. A cet égard, les Chambres fédérales ont complexifié la réglementation envisagée par le Conseil fédéral (art. 243 P-CPC) en refusant de soumettre l'ensemble des litiges relevant de la procédure simplifiée à la maxime inquisitoire sociale. Celle-ci ne s'applique qu'à quelques domaines sociaux (art. 247 al. 2 CPC), seul un devoir d'interpellation renforcé du juge existant en principe (art. 247 al. 1 CPC).

¹ Message CPC, FF 2006 6843.

² Message CPC, FF 2006 6953 ; CPC-TAPPY, art. 243 N 14 ss.

³ Voir par exemple art. 341 ss CPCN, art. 294 ss CPC BE.

⁴ Sur les autres différences, en général, entre procédure ordinaire et simplifiée, cf. CPC-TAPPY, art. 243 N 5.

3. La présente contribution porte sur le déroulement de la procédure simplifiée, spécialement en matière de procès civil social, de la demande qui l'initie à la décision qui la clôt. Nous examinerons la conciliation préalable (II) les écritures des parties (III-IV), les faits et moyens de preuve nouveaux (V), les maximes applicables au procès (VI) et les débats (VII), en tenant compte de l'abondante jurisprudence rendue depuis l'entrée en vigueur du CPC.

II. Préalable de conciliation

4. Une tentative de conciliation préalable doit en principe intervenir avant le dépôt d'une demande en procédure ordinaire ou simplifiée (art. 197 CPC)⁵. Des exceptions existent dans des domaines en principe régis par la procédure simplifiée : le préalable est exclu en matière d'état civil (art. 198 let. b et art. 295 CPC pour la paternité et le désaveu de paternité) et de contribution d'entretien pour l'enfant (art. 198 let. c CPC). Le demandeur peut y renoncer en matière de loi sur l'égalité (art. 199 al. 2 let. c CPC).
5. Si la conciliation n'aboutit pas, le demandeur se voit délivrer une autorisation de procéder (art. 209 CPC), qui lui permet d'agir au fond en principe dans un délai de 3 mois (al. 3), parfois de 30 jours (al. 4). Une autorisation valable est une condition de recevabilité de la demande (art. 59 CPC)⁶.
6. Comme la procédure de conciliation n'est pas différente et que la procédure ensuite applicable soit la procédure simplifiée ou ordinaire, le fait que la conciliation soit tentée sur des *conclusions dépassant CHF 30'000.-* ne remet pas en cause la validité de

⁵ Message CPC, FF 2006 6953. En matière d'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale, le préalable de conciliation est exclu si le canton a désigné une instance cantonale unique au sens de l'art. 7 CPC ; voir ATF 138 III 558, consid. 4 et les développements de DUPONT ANNE-SYLIVIE, La procédure en matière d'assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, dans le présent ouvrage, N 31 ss.

⁶ ATF 139 III 273, consid. 2.1, RSPC 2013 400 ; 140 III 70, consid. 5, RSPC 2014 338.

l'autorisation de procéder si c'est ensuite une procédure simplifiée qui est entamée⁷.

III. Demande et prise de position du défendeur

A. Généralités

7. A lire le Message du Conseil fédéral, la procédure simplifiée se caractérise par un *formalisme allégé* et une place importante laissée à l'*oralité*⁸. Ces deux caractéristiques trouvent en particulier leur expression dans la réglementation relative aux écritures des parties, dont la loi prévoit qu'elles devraient en principe être peu nombreuses, une réponse écrite n'étant envisagée qu'en cas de demande motivée en faits (art. 245 al. 2 CPC) et un échange d'écritures n'étant ordonné que si « les circonstances l'exigent » en cas de demande non motivée (art. 246 al. 2 CPC).
8. Quant à la forme de tout acte des parties, les exigences de base sont fixées à l'art. 130 al. 1 CPC : les actes sont adressés au tribunal sous forme de documents papier ou électroniques⁹. Ils doivent être signés.
9. La signature doit figurer en original sur l'acte. La copie n'est pas valable en raison des risques de tromperie. Cette exigence proscrit également la possibilité d'adresser son acte uniquement par fax¹⁰. A défaut, un délai est accordé par le juge au requérant pour réparer le vice (art. 132 al. 1).

⁷ Comp. TF 4A_222/2017 du 8 mai 2018, consid. 4.1.2, RSPC 2018 286.

⁸ Message CPC, FF 2006 6843.

⁹ Cette forme encore peu usitée fait l'objet d'une réglementation particulière selon l'art. 138 al. 2 CPC : voir l'Ordonnance sur la communication électronique, OCEI-PCPP ; RS 272.1. La marche à suivre est bien décrite dans le formulaire de demande simplifiée mis à disposition sur le site de la Confédération (admin.ch).

¹⁰ ATF 121 II 252, consid. 3 et 4a.

B. Demande simplifiée

1. Demande non motivée

10. La demande simplifiée est formée *par écrit* (en exemplaires suffisants, art. 131) ou par voie électronique (art. 130 al. 1, 202 al. 1), signée dans les deux cas.
11. Elle peut être *dictée au procès-verbal* au greffe du tribunal (art. 244 al. 1 CPC). Dans cette hypothèse, elle est soit signée par l'intéressé, soit par le greffier qui la rédige, après légitimation, ce que le procès-verbal devrait attester¹¹.
12. L'acte contient les rubriques suivantes (art. 244 al. 1 CPC) :
 - a) la désignation des parties ;
 - b) les conclusions ;
 - c) la description de l'objet du litige ;
 - d) si nécessaire, l'indication de la valeur litigieuse ;
 - e) la date et la signature.
13. Sont joints à la demande, le cas échéant (art. 244 al. 3 CPC) :
 - a) la procuration du représentant ;
 - b) l'autorisation de procéder ou la déclaration de renonciation à la procédure de conciliation ;
 - c) les titres disponibles présentés comme moyens de preuve.
14. La forme est simple : le demandeur n'a pas besoin de présenter des allégués (et moins encore par numéros d'ordre), suivis des moyens de preuve proposés¹². Il peut se contenter d'indiquer ce qu'il veut (ses *conclusions*) et de décrire l'objet du litige.
15. Par *objet du litige*, on entend le complexe de faits sur lequel les conclusions se fondent¹³. Décrire l'objet du litige peut ainsi se

¹¹ Comp. BSK ZPO-INFANGER, art. 202 N 9.

¹² Message CPC, FF 2006 6955 ; CPC-TAPPY, art. 244 N 15. Voir TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.2, RSPC 2014 160 ; 5A_211/2017 du 24 juillet 2017, consid. 3.1.3.2, RSPC 2017 538.

¹³ ATF 139 III 126, consid. 3.2.1.

limiter à mentionner très brièvement la prétention¹⁴ : annulation du congé ; remboursement du prêt ; congé immédiat sans justes motifs.

16. Un *formulaire* de demande simplifiée est mis à disposition par le Conseil fédéral (art. 400 al. 2 CPC ; sur le site www.bj.admin.ch). Il indique en particulier (note 3) que « L'objet du litige doit être décrit en quelques phrases ou mots-clefs. Le demandeur doit notamment indiquer la nature de sa prétention (par ex. le prix de vente d'un réfrigérateur). Donner une motivation est possible, mais non nécessaire ».
17. La demande simplifiée permet donc de *circonscrire le litige*¹⁵, puisqu'elle détermine les parties, l'objet du litige et la protection requise.
18. En cas de *vice de forme* (langue de l'acte ; absence d'objet ou de conclusions ; défaut de procuration, etc.), le tribunal fixe un délai pour réparer l'informalité, faute de quoi l'acte n'est pas pris en considération (art. 132 al. 1 CPC)¹⁶.
19. Si une demande non motivée n'est *pas adaptée au vu du litige* en cause (en particulier s'il est technique et complexe)¹⁷, le juge peut exiger au demandeur le dépôt d'un acte motivé en fait (art. 246 al. 2 CPC selon lequel le juge peut ordonner un échange d'écritures¹⁸). A notre sens, le tribunal ne peut pas exiger que l'échange d'écritures respecte les formes de la procédure ordinaire¹⁹ (indication des preuves sous les allégués, art. 221 al. 1 let. e CPC, par exemple), faute de quoi la procédure simplifiée pourrait prendre un nouveau cadre selon la volonté du juge²⁰. Or le Tribunal fédéral a jugé que les exigences de

¹⁴ KomZPO-HONEGGER, art. 202 N 12 ; CPra Bail-BOHNET, art. 243-247 CPC N 13.

¹⁵ Message CPC, FF 2006 6955.

¹⁶ CPC-TAPPY, art. 244 N 22 ; CPra Bail-BOHNET, art. 243-247 CPC N 16.

¹⁷ Les auteurs sont plus ou moins exigeants concernant les circonstances justifiant un échange d'écritures, voir par exemple DIETSCHY, p. 183 N 20 et CPC-TAPPY, art. 244 N 15 ss : possibilité plutôt exceptionnelle ; BSK ZPO-MAZAN, art. 245 N 14, 246 N 12 ss : grande retenue, en particulier dans les procès sans mandataires professionnels.

¹⁸ Pour l'hypothèse où l'acte requis n'est pas déposé, voir N 22.

¹⁹ Voir sur ces exigences de forme, ATF 144 III 54.

²⁰ *Contra* : CPC-TAPPY, art. 246 N 9.

la procédure doivent être prévisibles et ne pas dépendre de la volonté du juge²¹.

2. Demande motivée

20. L'art. 244 al. 2 CPC précise expressément qu'une motivation (en fait) n'est pas nécessaire. Il est cependant fréquent, en particulier lorsque le demandeur est représenté par un mandataire professionnel et que le litige est technique ou complexe pour une autre raison²², que la demande comprenne des développements en faits.
21. On doit retenir la nature de demande motivée à toute demande qui ne se limite pas à décrire l'objet du litige, mais qui présente dans plus de détails les faits sur lesquels se fondent les prétentions articulées, sans nécessairement le faire de manière poussée²³, et encore moins en les articulant en allégués distincts²⁴. A notre avis, des *renvois à des annexes* sont possibles, sans qu'un défaut d'allégués puisse ensuite être reproché au demandeur²⁵.
22. Les *exigences de forme de la motivation* ne sont donc pas poussées, puisque celle-ci n'est pas exigée²⁶. Cependant, si la motivation, par exemple parce qu'elle est désordonnée, permet uniquement de comprendre quel est l'objet du litige, la requête doit à notre sens être considérée comme non motivée. Comme le juge peut ordonner un échange d'écritures (art. 246 al. 2 CPC), il a la faculté de demander

²¹ ATF 140 III 312, consid. 6.3.2.3 *in fine*, en matière d'allégation des faits et des preuves.

²² Voir par exemple en matière d'assurance complémentaire, DUPONT (n. 5), N 43.

²³ Selon CPC-TAPPY, art. 245 N 4, il faut en cas de doute retenir que la demande est motivée. En revanche, c'est l'inverse qui prévaut selon BSK ZPO-MAZAN, art. 245 N 11 s.

²⁴ Pour la procédure ordinaire, voir ATF 144 III 54, consid. 4.1.3.5 : « la loi exige que la demande soit rédigée de telle manière que le juge soit en mesure de comprendre quel est l'objet du procès et sur quels faits le demandeur fonde ses prétentions, et de déterminer quels moyens de preuve sont proposés pour quels faits. En outre, elle doit permettre au défendeur de se déterminer aisément sur ceux-ci et de proposer des contre-preuves ».

²⁵ Voir *infra*, N 27.

²⁶ DIETSCHY, p. 182 s. N 19. Comp. CPC-TAPPY, art. 244 N 16.

que le demandeur lui adresse un acte plus complet. Celui-ci ne remplace pas le précédent (il ne s'agit pas d'une rectification au sens de l'art. 132 al. 1 CPC), mais s'inscrit dans l'organisation du procès, telle que décidée par le juge. Si le demandeur ne dépose pas l'écriture requise, le juge doit selon nous²⁷ poursuivre malgré tout la procédure et citer les parties à une audience (art. 245 al. 1 CPC), en faisant application de l'art. 147 al. 2 CPC selon lequel la procédure suit son cours en cas de défaut d'une partie. Il faut en effet éviter d'appliquer trop facilement les règles de la procédure écrite par analogie (art. 219 CPC), au risque sinon de mettre à mal les spécificités de la procédure simplifiée.

C. Prise de position du défendeur

23. La prise de position du défendeur intervient soit (1) à l'audience si la demande n'est pas motivée (art. 245 al. 1 CPC), soit (2) par écrit dans le délai fixé par le juge en cas de demande motivée (art. 245 al. 2 CPC).
24. Le défendeur peut prendre des *conclusions reconventionnelles*, dans sa prise de position écrite ou à l'audience en cas de demande non motivée (art. 224 et 219 CPC)²⁸. Cela suppose que lesdites conclusions soient soumises à la même procédure (art. 224 al. 1 CPC). Le demandeur doit pouvoir répondre à la demande reconventionnelle ; il ne peut pas en revanche former une demande reconventionnelle (art. 224 al. 1 et 2 CPC ; selon l'adage « reconvention sur reconvention ne vaut » ; voir aussi art. 246 al. 2 CPC). Le retrait de la demande est sans effet sur les conclusions reconventionnelles (art. 14 al. 2 CPC, implicitement)²⁹.

²⁷ CPra Bail-BOHNET, art. 243-247 N 22. CPC-TAPPY, art. 246 N 10, propose pour sa part de ne pas prendre en considération la demande non motivée (art. 132 al. 1, 2^e phrase et 291 al. 3, 2^e phrase CPC, par analogie). BSK ZPO-MAZAN, art. 246 N 14, propose la fixation d'un délai supplémentaire par le juge (art. 223 al. 1 CPC par analogie), puis une radiation de la cause faute d'objet (art. 234 al. 2 CPC par analogie).

²⁸ CPC-TAPPY, art. 245 N 11 s.

²⁹ CPra Bail-BOHNET, art. 243-247 CPC N 19.

1. En cas de demande non motivée

25. En cas de demande non motivée, la phase des allégations se déroule en principe *complètement par oral*, à l'audience (de débats principaux, art. 246 al. 1 CPC ou le cas échéant d'instruction, art. 246 al. 2 CPC, si cette audience est citée entre autres à cette fin³⁰)³¹.
26. Cependant, le défendeur est à notre sens en droit de déposer une *prise de position écrite*, jusqu'à l'audience³². Si le demandeur peut choisir de ne pas motiver en fait sa demande, le défendeur doit selon nous avoir la possibilité de s'exprimer par écrit s'il le souhaite. Le Tribunal fédéral admet du reste que le défendeur dans une procédure de divorce dépose une prise de position écrite pour l'audience de conciliation³³.
27. On peut déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fardeau de l'allégation³⁴ que la motivation orale de la demande et la prise de position du défendeur, et non seulement les conclusions, devraient le cas échéant être *consignées par écrit au procès-verbal*, ce qui est discutable vu le but de simplicité de la procédure simplifiée. L'art. 235 CPC traitant du procès-verbal en procédure ordinaire doit selon nous être appliqué uniquement par analogie (art. 219 CPC), en tenant compte des spécificités de la procédure simplifiée. Comme le Message du Conseil fédéral le souligne, cette procédure a un

³⁰ Comp. en procédure ordinaire, TF 4A_338/2017 du 24 novembre 2017, consid. 2.4.2, destiné à la publication, RSPC 2018 111 ; ATF 140 III 312, JdT 2016 II 257, RSPC 2014 538.

³¹ Message CPC, FF 2006 6955 ; TF 5A_211/2017 du 24 juillet 2017, consid. 3.1.3.2, RSPC 2017 538.

³² CPra Bail-BOHNET, art. 243-247 CPC, N 17 ; BOHNET FRANÇOIS, Le droit de réplique en procédure civile, in : Bohnet (édit.), Le droit de réplique, Neuchâtel et Bâle 2013, p. 164, N 39. Selon CPC-TAPPY, art. 245 N 5, le dépôt doit intervenir avant l'audience.

³³ ATF 138 III 366, JdT 2015 II 283, RSPC 2012 315.

³⁴ Voir en particulier TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.3, RSPC 2014 160 qui évoque un « allégué supplémentaire à l'audience » sans lien avec la problématique, l'objet du litige, à savoir des honoraires d'avocat, celui-ci s'étant contenté de déposer ses décomptes d'activités mentionnant le travail réalisé, le temps passé et le tarif horaire, mais sans allégués les reprenant et indiquant au surplus l'importance du travail, sa difficulté, etc.

caractère oral marqué³⁵. Or exiger en vertu de l'art. 238 al. 2 CPC que « les allégués des parties qui ne se trouvent pas dans leurs actes écrits [soient] consignés dans leur substance » va trop loin. Il ne s'agit pas de rédiger à l'audience une demande et une réponse écrite.

28. En particulier, si le demandeur donne diverses explications et se réfère à quelques pièces qu'il a déposées ou qu'il dépose, on ne comprend pas l'utilité d'une verbalisation des postes par exemple détaillés dans une facture ou un relevé de compte ou des précisions fouillées dans le procès-verbal des explications du demandeur à la suite de la contestation du défendeur. A cet égard, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fardeau de l'allégation, de la contestation et de la motivation³⁶ ne peut pas s'appliquer purement et simplement en procédure simplifiée, ne serait-ce qu'en raison de la forme que prennent les débats dans cette procédure. Cela vaut même si la maxime des débats s'applique à la cause³⁷.

2. En cas de demande motivée

29. En cas de demande motivée, le tribunal fixe un délai au défendeur pour prendre position par écrit. Dans son écriture, le défendeur indique sa position quant aux affirmations du demandeur et prend ses conclusions³⁸. Cet acte permet au demandeur de déterminer les faits qui doivent faire l'objet de la preuve, puisque celle-ci ne porte que sur les *faits contestés* (art. 150 al. 1 CPC).
30. Le délai pour le dépôt de la prise de position écrite peut le cas échéant être *prolongé*, sur requête avant son échéance (art. 144 al. 2 CPC)³⁹.

³⁵ Message CPC, FF 2006, p. 6843.

³⁶ Voir par exemple TF 4A_443/2017 du 30 avril 2018, consid. 3-4 ; 4A_281/2017 du 22 janvier 2018, consid. 5, RSPC 2018 173 et 4A_427/2017 du 22 janvier 2018, consid. 4.4, qui posent des exigences sévères pour l'admission d'une allégation par renvois aux pièces en procédure ordinaire.

³⁷ *Infra*, N 43 ss.

³⁸ Réponse « motivée », voir Message CPC, FF 2006 6955.

³⁹ CPra Bail-BOHNET, art. 243-247 CPC N 18.

31. Si la prise de position n'est pas déposée dans le délai fixé, le juge doit à notre avis poursuivre la procédure et citer les parties aux débats (art. 147 al. 2 CPC). Le défendeur prendra alors position oralement et ses conclusions seront inscrites au procès-verbal (art. 235 al. 1 CPC). L'application des règles de la procédure ordinaire (prononcé de la décision finale à l'échéance d'un bref délai supplémentaire, art. 223 et 219 CPC), n'est à nouveau pas adaptée à la procédure simplifiée⁴⁰.

IV. Deuxième possibilité d'alléguer et de proposer des preuves

32. Il découle de l'art. 229 al. 2 CPC que les parties à la procédure ordinaire ont deux possibilités d'alléguer et de proposer des preuves⁴¹. Le Tribunal fédéral applique également cette règle à la procédure simplifiée⁴². Cette « deuxième chance » peut être exercée par écrit (A) ou par oral à l'audience (B) suivant les circonstances.

A. Par écrit

33. Lorsque la demande est motivée et que le défendeur y a répondu par écrit (art. 245 al. 2 CPC), le tribunal peut ordonner, s'il le juge opportun, un *second échange d'écritures*. Selon la version allemande et italienne de l'art. 245 al. 2 CPC en effet, le tribunal fixe *tout d'abord* (*zunächst ; dapprima*) un délai au défendeur pour prendre position, ce qui laisse ouverte la possibilité d'un second échange (art. 225 et 219 CPC)⁴³. Un tel échange devrait en principe demeurer plutôt exceptionnel en procédure simplifiée vu son caractère simple et rapide, mais peut se justifier (art. 246 al. 2 CPC) dans des procédures techniques, en droit du bail dans le domaine des loyers, en matière de LEG ou d'assurances complémentaires⁴⁴ par exemple. Lorsque

⁴⁰ CPra Bail-BOHNET, art. 243-247 CPC N 18 ; CPC-TAPPY, art. 245 N 9. *Contra* : BSK ZPO-MAZAN, art. 245 CPC N 19. Voir aussi N 22.

⁴¹ ATF 140 III 312, JdT 2016 II 257, RSPC 2014 538

⁴² ATF 144 III 117, consid. 2.2 ; 140 III 450, consid. 3.2.

⁴³ ATF 140 III 450, consid. 3.2.

⁴⁴ Voir DUPONT (n. 5), N 54.

s'applique la maxime des débats⁴⁵, le dépôt de la duplique clôt la phase d'allégation, puisque la loi offre deux possibilités d'alléguer en procédure ordinaire et simplifiée⁴⁶.

34. Les *conclusions* peuvent aussi être modifiées dans la réplique et la duplique, à condition que la même procédure s'applique (art. 227 al. 1 CPC) et que la prétention nouvelle ou modifiée présente un lien de connexité avec la dernière prétention (let. a) ou que la partie adverse consent à la modification de la demande (let. b).
35. Chaque partie peut déposer spontanément, dans un bref délai⁴⁷, une prise de position écrite sur la dernière écriture de son adversaire⁴⁸. Le *droit de réplique spontanée* est tiré par le Tribunal fédéral de l'art. 29 al. 1 Cst.⁴⁹. Il ne permet pas de déroger aux règles procédurales régissant l'apport des faits et des preuves⁵⁰. En d'autres termes, si exceptionnellement le juge a ordonné en procédure simplifiée un double échange d'écritures et que la maxime des débats s'applique⁵¹, une réplique spontanée ne peut pas comprendre de nouveaux faits et de nouvelles propositions de preuves en dehors des cas visés par l'art. 229 CPC⁵².

B. A l'audience

36. Si la motivation de la demande et la réponse interviennent à l'audience (d'instruction ou de débats principaux)⁵³, le demandeur

⁴⁵ *Infra*, N 43 ss.

⁴⁶ ATF 144 III 117, consid. 2.2 ; 140 III 450, consid. 3.2. Voir aussi ATF 140 III 312, consid. 6.3.2.

⁴⁷ Pour une synthèse : ATF 142 III 48, consid. 4.1.1, RSPC 2016 143.

⁴⁸ BOHNET, Droit de réplique (n. 32), p. 159 N 21.

⁴⁹ ATF 133 I 100, JdT 2008 I 368.

⁵⁰ ATF 132 I 42, consid. 3.3.4, JdT 2008 I 110 ; TF 4A_487/2014 du 28 octobre 2014, consid. 1.2.4.

⁵¹ *Infra*, N 43 ss.

⁵² ATF 144 III 117, consid. 2.2-2.3 (procédure sommaire) ; 132 I 42, consid. 3.3.4, JdT 2008 I 110 (en général).

⁵³ *Supra*, N 25.

peut directement répliquer puis le défendeur dupliquer, en vertu du droit à alléguer à deux reprises⁵⁴.

37. En cas de demande motivée puis de prise de position écrite, et faute de second échange d'écritures ordonné par le juge⁵⁵, les parties peuvent compléter leurs allégués et leurs moyens de preuve à l'audience (de débats principaux, art. 246 al. 1 CPC ou le cas échéant d'instruction, art. 246 al. 2 CPC, si cette audience est citée entre autres à cette fin⁵⁶). A suivre la jurisprudence particulièrement formaliste du Tribunal fédéral, inaugurée en procédure ordinaire⁵⁷, il semble qu'il faille distinguer l'allégation de faits et de moyens de preuves non encore apportés au débat, allégation qui doit intervenir en tout début d'audience, de la prise de position sur les allégués de la partie adverse qui prend place lors des premières plaidoiries⁵⁸. Une telle exigence, contestable en procédure ordinaire⁵⁹, n'a aucun sens en procédure simplifiée.
38. Les *conclusions* peuvent être *modifiées* librement jusqu'à l'audience de débats principaux, à condition que la même procédure s'applique (art. 227 al. 1 CPC) et que la prétention nouvelle ou modifiée présente un lien de connexité avec la dernière prétention (let. a) ou que la partie adverse consent à la modification de la demande (let. b).
39. A l'audience de débats principaux, les conclusions peuvent être modifiées aux mêmes conditions, si la modification repose sur les faits et preuves apportés lors de la seconde chance d'alléguer en début d'audience (art. 230 al. 1 let. b CPC)⁶⁰.

⁵⁴ *Supra*, N 32.

⁵⁵ *Supra*, N 33.

⁵⁶ Comp. en procédure ordinaire, TF 4A_338/2017 du 24 novembre 2017, consid. 2.4.2, destiné à la publication, RSPC 2018 111 ; ATF 140 III 312, JdT 2016 II 257, RSPC 2014 538.

⁵⁷ TF 4A_338/2017 du 24 novembre 2017, destiné à la publication, RSPC 2018 111.

⁵⁸ Consid. 2.1.

⁵⁹ BOHNET FRANÇOIS, note à l'arrêt 4A_338/2017 in : RSPC 2018 117 ; BOHNET FRANÇOIS, Restriction de la possibilité d'alléguer en procédure sommaire (arrêt 4A_557/2017), Newsletter bail.ch avril 2018.

⁶⁰ Voir *supra*, N 37.

V. Faits et moyens de preuves nouveaux et conclusions nouvelles

40. Lorsque la *maxime des débats* s'applique en procédure simplifiée⁶¹, les faits et moyens de preuve nouveaux ne peuvent être avancés que restrictivement après la deuxième chance d'alléguer⁶². Les conditions de l'art. 229 al. 1 CPC doivent être respectées : ces faits ou moyens de preuves doivent être allégués sans retard (suivant les auteurs dans les dix ou vingt jours dès leur connaissance⁶³), et à condition qu'ils soient postérieurs au dernier moment admis pour alléguer (let. a)⁶⁴ ou, s'ils sont antérieurs, que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b).
41. Selon l'art. 229 al. 3 CPC, lorsqu'il doit *établir les faits d'office*, le tribunal admet des faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations. On admet que le juge établit les faits d'office lorsque le procès est régi par la maxime inquisitoire ou la maxime inquisitoire sociale⁶⁵. Les parties peuvent dans un tel cas, fréquent en procédure simplifiée⁶⁶, compléter les faits et proposer des preuves jusqu'aux délibérations. Les parties complètent leurs faits ou les preuves soit par écrit en dehors de l'audience, soit oralement lors de celle-ci.
42. Les *conclusions* peuvent être modifiées en cas de connexité (art. 227 al. 1 let. a CPC) ou, à défaut, en cas d'accord de l'adversaire (art. 227 al. 1 let. b CPC, applicable par le renvoi de l'art. 219 CPC) jusqu'aux délibérations également, mais uniquement si la modification repose sur des faits et moyens de preuve nouveaux (art. 230 al. 1 let. b CPC). Les conclusions peuvent être restreintes en tout état de cause (art. 227 al. 3 et 230 al. 2 CPC), à savoir jusqu'à l'entrée en force du prononcé du tribunal⁶⁷.

⁶¹ Voir *infra*, N 43 ss.

⁶² Voir *supra*, N 33 ss.

⁶³ Voir les références in : TF 4A_707/2016 du 29 mai 2017, consid. 3.3, RSPC 2017 438.

⁶⁴ ATF 140 III 312, JdT 2016 II 257, RSPC 2014 538.

⁶⁵ CPra Bail-Bohnet, art. 243-247 CPC N 29 s.

⁶⁶ Voir *infra*, N 50 ss.

⁶⁷ Voir TF 5A_538/2011 du 5 juin 2012 en matière de retrait de la demande en divorce ; CPra Matrimonial-BOHNET, art. 294 CPC N 21, et les réf.

VI. Maxime des débats et maxime inquisitoire sociale

A. Maxime des débats

43. Le projet du Conseil fédéral prévoyait de soumettre la procédure simplifiée à la maxime inquisitoire sociale⁶⁸. Les Chambres ont revu le texte sur ce point, pour ne soumettre qu'un nombre limité de causes à cette maxime (art. 247 al. 2 CPC)⁶⁹. Ainsi, l'apport des faits est en principe régi par la maxime des débats en procédure simplifiée⁷⁰ : il revient aux parties d'alléguer tous les faits sur lesquels elles se fondent pour en déduire leur droit (art. 55 al. 1 CPC).
44. Selon la jurisprudence, les exigences en matière de motivation de l'allégation découlent d'une part des éléments de fait de la norme invoquée et d'autre part du comportement procédural de la partie adverse. Ainsi, le demandeur peut se limiter dans un premier temps à présenter les faits « dans leurs traits ou contours principaux » (*fardeau de l'allégation*), afin que le défendeur puisse le cas échéant contester lesdits faits (*fardeau de la contestation*), ce qui exige ensuite du demandeur de présenter les faits pertinents de manière complète et détaillée (*fardeau de la motivation*), de telle sorte qu'ils puissent faire l'objet de preuves et de contre-preuves⁷¹. Le principe vaut aussi en procédure simplifiée⁷².
45. Ces fardeaux sont des *incombances procédurales* : « si une partie ne respecte pas le fardeau de l'allégation (soit elle n'allègue pas un fait

⁶⁸ Art. 243 al. 1 P-CPC : « Le tribunal établit les faits d'office dans le sens où il amène les parties à compléter des allégations insuffisantes et à apporter les moyens de preuve à leur disposition ». Pour des détails, voir BOHNET/JEANNIN, p. 230.

⁶⁹ BO CE 2007 532, intervention d'Inderkum ; comp. BSK ZPO-MAZAN, art. 247 CPC N 7.

⁷⁰ TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.2 ; 4A_57/2014 du 8 mai 2014, consid. 1.3.3 ; 4A_33/2015 du 9 juin 2015, consid. 6.2.2 ; 5A_211/2017 du 24 juillet 2017, consid. 3.1.3.2, RSPC 2017 538.

⁷¹ ATF 127 III 365, consid. 2b, arrêt de principe rendu sous l'ancien droit mais repris sous l'empire du CPC : TF 4A_197/2014 du 27 novembre 2014, consid. 7.3.2-7.3.3, RSPC 2015 114 ; 4A_299/2015 du 2 février 2016, consid. 2.3, RSPC 2016 192 ; 4A_443/2017 du 30 avril 2018, consid. 2.

⁷² TF 4A_57/2014 du 8 mai 2014, consid. 1.3.3 ; 4A_33/2015 du 9 juin 2015, consid. 6.2.2.

ou pas de façon suffisamment précise), ce fait n'est pas pris en compte. S'il s'agit d'un fait constituant le fondement de sa prétention, sa demande sera rejetée »⁷³.

46. La jurisprudence en la matière est *assez redoutable*. Il n'est pas toujours aisé de déterminer si l'allégation, la contestation ou encore la motivation était suffisante. Il faut en effet souligner qu'à défaut de contestation suffisante, le fait est considéré comme admis et ne fait pas l'objet de preuve⁷⁴. Si cependant l'allégation est elle-même insuffisante, le tribunal ne doit pas administrer de preuve puisque faute d'allégation des faits constitutifs de la norme, la prétention ne peut par principe pas être admise. Et dans l'hypothèse où la contestation est suffisante, le demandeur doit motiver et détailler ses allégués. A défaut, ils sont considérés comme insuffisants⁷⁵.
47. A notre sens, ces principes ne peuvent s'appliquer sans nuance à la procédure simplifiée, alors même que la maxime des débats est de rigueur, pour deux raisons. Tout d'abord, parce que les prises de position des parties peuvent être orales et que les actes écrits n'ont pas à comprendre d'allégués détaillés⁷⁶. Dès lors, les éléments de faits doivent être considérés comme suffisamment allégués et motivés si les parties se réfèrent à des pièces déposées au dossier et que celles-ci comprennent des éléments pertinents⁷⁷. Une verbalisation détaillée de chaque élément avancé semble superflue dans ce cadre. L'art. 235 al. 2 CPC, qui prévoit qu'en procédure ordinaire « les allégués des parties qui ne se trouvent pas dans leurs actes écrits sont consignés dans leur substance » ne doit pas être

⁷³ TF 4A_437/2017 du 14 juin 2018, consid. 4.6.

⁷⁴ Pour un exemple : TF 4A_9/2015 du 29 juillet 2015, consid. 5, SJ 2015 I 473.

⁷⁵ Voir TF 4A_443/2017 du 30 avril 2018 : le premier juge avait considéré les faits suffisamment allégués et la contestation insuffisante ; la Cour cantonale avait quant à elle retenu le défaut d'allégués suffisants ou subsidiairement une contestation suffisante et l'absence de motivation ultérieure. Le Tribunal fédéral a considéré que les allégués étaient suffisants, mais que malgré la contestation suffisante, il n'y avait pas eu de motivation détaillée ultérieure.

⁷⁶ *Supra*, N 21 s.

⁷⁷ Dans ce sens : TF 5A_211/2017 du 24 juillet 2017, consid. 3.2.2, RSPC 2017 538. *Contra* : TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.3, RSPC 2014 160, qui exige des allégués suffisamment détaillés.

appliqué à la lettre en procédure simplifiée⁷⁸. Ce serait sinon nier le fait que cette procédure peut être orale⁷⁹.

48. Ensuite, parce que cette maxime est tempérée par un *devoir d'interpellation renforcé* du tribunal : celui-ci doit non seulement interpellier les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donner l'occasion de les clarifier et de les compléter (art. 56 CPC), mais il doit encore amener les parties, par des questions appropriées, à *compléter leurs allégations insuffisantes* et à *désigner leurs moyens de preuve* (art. 247 al. 1 CPC).
49. Il convient cependant de relever que lorsqu'une partie est *représentée par un avocat*, le tribunal peut en général se fier aux compétences du représentant et partir du principe que les allégations et les offres de preuves sont présentées de manière complète⁸⁰.

B. Maxime inquisitoire sociale

50. Divers litiges à *connotation sociale marquée* sont soumis à la maxime inquisitoire sociale. C'est le cas par exemple pour les litiges portant sur des baux à loyer et à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et sur des baux à ferme agricoles (qu'il s'agisse de la consignation, de la protection contre les loyers, fermages ou congés abusifs, ou des autres litiges soumis à la procédure simplifiée), pour tous les litiges LEg et en droit du travail jusqu'à CHF 30'000.–, ou encore en matière d'assurance complémentaire (art. 247 al. 2 let. a CPC).
51. La maxime inquisitoire sociale, ou maxime inquisitoire simple⁸¹, est reprise des art. 343 al. 3 et 274d al. 3 CO, abrogés à l'entrée en vigueur du CPC⁸². Elle a pour but de protéger la partie la plus faible

⁷⁸ *Supra*, N 27.

⁷⁹ Message CPC, FF 2006, p. 6843 ; *supra*, N 1.

⁸⁰ TF 4A_57/2014 du 8 mai 2014, consid. 1.3.2 ; 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.2, RSPC 2014 160 ; 5A_211/2017 du 24 juillet 2017, consid. 3.1.3.2, RSPC 2017 538.

⁸¹ ATF 141 III 569, consid. 2.3.1.

⁸² Pour des développements, voir BOHNET/JEANNIN, p. 224 s.

économiquement⁸³, d'établir l'égalité entre les parties en leur permettant d'agir personnellement sans recours à un avocat⁸⁴ et d'accélérer la procédure⁸⁵.

52. Si elle ne change rien au principe selon lequel les parties répondent de l'établissement des faits, elle impose au juge d'interpeller les parties et leur signaler qu'elles doivent coopérer à la constatation des faits ainsi qu'à l'administration des preuves. Le tribunal est aussi tenu de s'assurer que leurs allégations et leurs offres de preuve sont complètes si des doutes sérieux existent sur ce point, le juge doit inviter les parties à indiquer et à produire leurs moyens de preuve. Lorsque, contrairement à ce qu'on serait en droit d'attendre d'elle, une partie refuse de collaborer à l'administration des preuves, celle-ci peut être close. La maxime inquisitoriale n'oblige pas le tribunal à étendre à volonté la procédure probatoire et à administrer toutes les preuves possibles⁸⁶. Ainsi, la maxime inquisitoire sociale n'oblige pas le tribunal à procéder à une appréciation anticipée des preuves pour avertir une partie que les preuves déposées sont insuffisantes à emporter sa conviction⁸⁷.
53. L'implication du magistrat sera fonction des *connaissances des parties* (juridiques ; linguistiques), de la complexité du cas et de la présence d'un conseil juridique⁸⁸. La maxime inquisitoire sociale ne fait pas du juge l'avocat des parties : « Le débat judiciaire revêt souvent un caractère aléatoire, en ce sens qu'il n'est pas rare que le sort du procès dépende de la manière dont sont présentés les points de vue antagonistes des plaideurs. Ce serait en fausser les données et en détruire l'équilibre que de permettre au juge d'y intervenir de son propre chef pour épauler l'une des parties »⁸⁹.
54. Lorsqu'une partie est représentée par un avocat, le tribunal peut en général se fier aux compétences du représentant et partir du principe

⁸³ ATF 141 III 569, consid. 2.3.1.

⁸⁴ TF 4C.143/2002 du 31 mars 2003, consid. 3.

⁸⁵ ATF 125 III 231, consid. 4a, JdT 2000 I 194.

⁸⁶ ATF 141 III 569, consid. 2.3.2 ; 139 III 13, consid. 3.2 ; 136 III 74, consid. 3.1.

⁸⁷ ATF 141 III 569, consid. 3.1.

⁸⁸ BSK ZPO-MAZAN, art. 247 CPC N 16 ss.

⁸⁹ TF 4C.301/2000 du 12 février 2001, consid. 2b.

que les allégations et les offres de preuves sont présentées de manière complète⁹⁰. Une retenue particulière s'impose également lorsque la maxime est invoquée par la partie réputée forte⁹¹.

55. Au vu de ce qui précède, il existe *peu de différences* entre la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 CPC) et le devoir d'interpellation renforcé décrit à l'art. 247 al. 1 CPC⁹².
56. A notre sens⁹³, les deux régimes diffèrent de par l'obligation faite au juge, lorsque la maxime inquisitoire sociale s'applique, de *tenir compte de faits non allégués* par les parties, mais qui résultent des preuves administrées. De plus, dans ce régime, le juge est en *droit* – même s'il n'en a pas l'obligation – *d'administrer des preuves d'office* (art. 153 al. 1 CPC)⁹⁴, et les parties peuvent *compléter leurs allégués* et propositions de preuves jusqu'à la clôture des débats (art. 229 al. 3 CPC).

VII. Débats

A. Audience d'instruction

57. L'art. 246 al. 2 CPC prévoit que le juge peut tenir des audiences d'instruction si les circonstances l'exigent. Une telle audience peut avoir pour but de tenter la conciliation, d'entendre les parties ou

⁹⁰ Par exemple : ATF 141 III 569, consid. 3.1. Comp. pour le devoir d'interpellation renforcé : TF 4A_57/2014 du 8 mai 2014, consid. 1.3.2 ; 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.2.

⁹¹ TF, RSPC 2006 134, avec note de BOHNET.

⁹² BO CE 2007 532, intervention de BLOCHER ; BSK ZPO-MAZAN, art. 247 CPC N 10 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 247 CPC N 4 ; CPC-TAPPY, art. 247 CPC N 28.

⁹³ CPra Bail-BOHNET, art. 243-247 CPC N 37 ; BOHNET/JEANNIN, p. 249. Du même avis : CPC-TAPPY, art. 247 CPC N 28 ; DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Thèse Neuchâtel et Lausanne 2010, N 279 ; WILDHABER BOHNET STÉPHANIE, Le devoir d'interpellation du juge en procédure civile suisse, in : Jusletter du 23 septembre 2013, N 20.

⁹⁴ Voir cependant ATF 141 III 569, consid. 2.3.1, selon lequel le juge « ne se livre à aucune investigation de sa propre initiative », mais qui précise au consid. 2.3.2, en relation avec l'ATF 139 III 13, consid. 3.2, que « si le juge a des motifs objectifs de soupçonner que les allégués et offres de preuves d'une partie sont lacunaires, et qu'il a connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de moyens de preuve pertinents, "il n'est pas lié par l'offre de preuve" de cette partie ».

encore de compléter la phase d'allégation⁹⁵. Le tribunal peut aussi souhaiter organiser le procès avec les parties⁹⁶, en déterminant par exemple les preuves à administrer ou l'ordre des débats.

58. A moins que le litige ne soit régi par la maxime inquisitoire, les compléments des parties à l'audience d'instruction *closent la phase d'allégation*, puisque les parties n'ont que deux possibilités d'alléguer⁹⁷.

B. Débats principaux

1. Principe et renonciation

59. Les débats principaux constituent la phase orale du procès lors de laquelle les parties présentent leur cause, la motivent, la prouvent et la plaident devant le tribunal.
60. Il s'agit d'une phase essentielle des procédures ordinaire et simplifiée. Dans cette dernière, il n'est pas rare, lorsque la demande n'était pas motivée⁹⁸, que tout le procès prenne corps devant le juge.
61. Le tribunal n'est pas libre d'organiser ou non des débats principaux. Les parties y ont droit. Elles peuvent y *renoncer* (art. 233 CPC), mais doivent le faire de manière consciente et volontaire. Selon le Tribunal fédéral, un tel accord peut être oral, voire tacite, mais il ne faut pas l'admettre à la légère, en particulier pour un laïc, compte tenu du droit d'être entendu et du droit à une audience publique⁹⁹. Il relève ainsi que lorsqu'une partie n'est pas assistée par un avocat, le tribunal doit l'informer qu'il statuera sur le vu des écritures à moins qu'elle ne sollicite expressément une audience de débats dans un certain délai¹⁰⁰.

⁹⁵ *Supra*, N 37.

⁹⁶ CPra Bail-BOHNET, art. 243-247 N 20.

⁹⁷ *Supra*, N 32, 36.

⁹⁸ *Supra*, N 10.

⁹⁹ ATF 140 III 450, RSPC 2014 540.

¹⁰⁰ ATF 140 III 450, consid. 3.2, RSPC 2014 540 ; TF 4A_318/2016 du 3 août 2016, consid. 2.1.

62. Alors que dans l'arrêt de principe sur ce thème (ATF 140 III 450), le Tribunal fédéral avait laissé ouverte la question de savoir si ces principes valaient lorsque s'applique la *maxime inquisitoire sociale*¹⁰¹, il a eu l'occasion de les appliquer sans les remettre en cause dans plusieurs affaires genevoises (dans lesquels les parties étaient représentées) concernant l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale, litiges soumis à cette maxime¹⁰². Lorsque la procédure se déroule entièrement pas écrit (échange des écritures, instruction avec questionnaires écrits aux témoins et délai pour observations finales), il convient ainsi de retenir d'après la jurisprudence une renonciation aux débats principaux par actes concluants lorsque les parties, représentées par des mandataires professionnels ou des collaborateurs de leur service juridique, ne requièrent pas expressément la tenue d'une audience de débats¹⁰³.
63. Le tribunal devant à tout le moins, dans toute procédure simplifiée, amener les parties, par des questions appropriées, à compléter leurs allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve (art. 247 al. 1 CPC), il devrait éviter de renoncer aux débats principaux lorsque les parties ne sont pas représentées par des mandataires professionnels ou chaque fois qu'il a un doute sur la nature exhaustive des écritures¹⁰⁴.

2. Allégués et moyens de preuves nouveaux

64. Comme déjà relevé¹⁰⁵, si les parties n'ont eu la possibilité d'alléguer qu'à une seule occasion avant les débats principaux, elles peuvent compléter leurs allégués et leurs propositions de preuve en début de débats principaux. Un arrêt du Tribunal fédéral destiné à la

¹⁰¹ ATF 140 III 450, consid. 3.2, RSPC 2014 540.

¹⁰² TF 4A_627/2015 du 9 juin 2016, consid. 2.3 ; 4A_318/2016 du 3 août 2016, consid. 2.1.

¹⁰³ TF 4A_627/2015 du 9 juin 2016, consid. 2.3 ; 4A_318/2016 du 3 août 2016, consid. 2.1.

¹⁰⁴ Voir TF 4A_680/2014 du 29 avril 2015, consid. 3.4, qui cite la doctrine allant dans ce sens (BK ZPO-KILLIAS, art. 233 N 3 ; KUKO ZPO-NAEGELI/MAYHALL, art. 233 N 6).

¹⁰⁵ *Supra*, N 37.

publication¹⁰⁶ précise que ces ajouts doivent intervenir avant les premières plaidoiries en procédure ordinaire¹⁰⁷. Distinguer entre la motivation des conclusions, objet des premières plaidoiries selon l'art. 228 al. 1 CPC, et l'apport de faits et preuves non encore avancés n'est pas aisé. Cette nuance n'a manifestement pas sa place en procédure simplifiée.

65. La souplesse est en revanche la règle lorsque s'applique la maxime inquisitoire sociale : les parties peuvent alléguer et proposer des preuves jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 et 219 CPC). Par délibérations, on entend la clôture des débats¹⁰⁸. Il en va de même pour les juridictions fonctionnant avec un juge unique : « la délibération correspondant en réalité au moment de la prise de décision, activité purement intellectuelle et qui ne s'exteriorise d'aucune manière »¹⁰⁹. Une formule du type « un jugement sera prochainement rendu » ou « la cause est en état d'être jugée » (art. 236 al. 1 CPC) doit de bonne foi être interprétée comme une clôture des débats¹¹⁰.
66. Il convient de rappeler que des faits et moyens de preuves nouveaux sont admis de manière restrictive en *appel*. Alors même que s'applique la maxime inquisitoire sociale, les exigences de l'art. 317 al. 1 CPC doivent être remplies¹¹¹.

3. Premières plaidoiries

67. On peut déduire de la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral¹¹² que les premières plaidoiries servent uniquement en procédure écrite à proposer une sorte de résumé de la cause, puisque

¹⁰⁶ TF 4A_338/2017 du 24 novembre 2017, destiné à la publication, RSPC 2018 111.

¹⁰⁷ Consid. 2.1.

¹⁰⁸ ATF 138 III 788, consid. 4.2.

¹⁰⁹ TF 5A_445/2014 du 28 août 2014, consid. 2.1.

¹¹⁰ Voir RSPC 2014 459, note de BOHNET FRANÇOIS.

¹¹¹ Voir TF 4A_569/2013 du 24 mars 2014, consid. 2.3. La situation est désormais différente dans le champ d'application de la maxime inquisitoire pure : TF 5A_788/2017 du 2 juillet 2018, consid. 4, destiné à la publication.

¹¹² TF 4A_338/2017 du 24 novembre 2017, consid. 2.1, destiné à la publication, RSPC 2018 111.

l'allégation de faits nouveaux ou la proposition de preuves nouvelles doit intervenir au début des débats principaux, avant lesdites premières plaidoiries¹¹³. En procédure orale en tout cas, il devrait s'agir du moment procédural lors duquel les parties exposent les faits et leurs preuves si la demande n'était pas motivée, ou complètent leurs arguments si elles ont eu l'occasion d'échanger par écrit à une occasion¹¹⁴.

68. A notre avis, il ne se justifie pas de distinguer entre le premier et le second tour de parole (réplique et duplique, art. 228 al. 2 CPC) pour l'apport de faits ou de preuves en procédure simplifiée, sous peine de compliquer inutilement le processus.

4. Administration des preuves

69. Les règles d'administration des preuves de la procédure ordinaire sont applicables (art. 219 CPC)¹¹⁵. En partant des faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC), sur la base des propositions de preuve des parties, et après avoir entendu celles-ci¹¹⁶, le tribunal rend son *ordonnance de preuve* (art. 124 CPC). Celle-ci indique les preuves que le tribunal entend administrer, même s'il s'agit de preuves qu'il ordonne d'office¹¹⁷. Si la demande était motivée et que le défendeur a pris position par écrit, l'ordonnance de preuve est adressée en principe avec la citation des parties à l'audience (art. 245 et 246 CPC)¹¹⁸.
70. A cet égard, l'*audition des parties* (interrogatoire, art. 191 CPC, voire déposition, art. 192 CPC) est souvent opportune pour bien saisir la position des parties et se faire une idée des faits. Des *renseignements*

¹¹³ Pour une critique, voir les notes de LEUENBERGER CHRISTOPH et BOHNET FRANÇOIS in : RSPC 2018 115, 117.

¹¹⁴ *Supra*, N 29.

¹¹⁵ TF 4A_108/2017 du 30 mai 2017, consid. 3.1, RSPC 2017 429.

¹¹⁶ TF 4A_108/2017 du 30 mai 2017, consid. 3.1, RSPC 2017 429.

¹¹⁷ TF 4A_108/2017 du 30 mai 2017, consid. 3.1 ; 5A_503/2017 du 14 mai 2018, consid. 3.2 ; KomZPO-HASENBÖHLER, art. 154 N 10 ; DIKE ZPO-LEU, art. 154 N 20.

¹¹⁸ TF 4A_108/2017 du 30 mai 2017, consid. 3.1, RSPC 2017 429.

écrits (art. 190 CPC) de services officiels (al. 1) ou de médecins (al. 2), par exemple, peuvent se révéler utiles.

5. Plaidoiries

71. Faute d'indication contraire dans le code (art. 219 CPC), c'est le régime de la procédure ordinaire (art. 232 CPC) qui s'applique¹¹⁹ : les plaidoiries sont soit orales (deux tours de parole le cas échéant), soit formulées par écrit en cas de requête des parties.

6. Clôture des débats

72. Lorsque le juge a clôturé les débats, les parties peuvent toujours lui soumettre des faits et preuves nouveaux en lui suggérant de rouvrir les débats¹²⁰.
73. Cela peut se justifier pour éviter un nouveau débat en appel, en particulier lorsque le juge a tardé à rendre son prononcé et que la situation a évolué depuis l'audience, ou lorsqu'un fait important survient même peu de temps après la clôture des débats.

7. Décision

74. Les mentions que doit comporter une décision rendue en procédure orale sont identiques à celles de la procédure ordinaire (art. 238 CPC). En particulier, les *voies de recours* doivent y figurer (art. 238 let. f CPC).
75. L'art. 239 al. 1 CPC retient que le juge peut communiquer la décision aux parties *sans motivation écrite* à l'audience, par la remise du dispositif écrit accompagné d'une motivation orale sommaire (let. a) ou en notifiant le dispositif écrit (let. b). La règle s'applique à la procédure

¹¹⁹ Dans ce sens : BK ZPO-KILLIAS, art. 219 CPC N 30 ; KomZPO-HAUCK, intro art. 243 CPC N 10.

¹²⁰ Comp. ATF 138 III 788, consid. 5 ; BOHNET FRANÇOIS, Les procédures de mesures protectrices et provisionnelles en vingt-cinq questions, in : Bohnet/Dupont (édit.), Les mesures provisionnelles en procédures civile, pénale et administrative, Neuchâtel 2015, p. 61 s., N 43.

simplifiée. Les pratiques sur ce point varient grandement d'un tribunal à l'autre, voire d'un juge à l'autre.

76. Le juge n'est donc pas obligé de motiver d'emblée sa décision. Il peut attendre une demande de motivation, que chaque partie peut requérir dans un délai de dix jours à compter de la communication de la décision (al. 2). A défaut d'une telle requête, les parties sont considérées avoir renoncé à l'appel ou au recours (al. 2 *in fine*)

VIII. Conclusion

77. Avec l'intervention des Chambres fédérales et la suppression de la maxime inquisitoire sociale comme élément caractéristique de la procédure simplifiée¹²¹, celle-ci a perdu de sa lisibilité. Dans l'idée du Conseil fédéral, l'application de la maxime inquisitoire « atténuée » à tous les litiges soumis à la procédure simplifiée était « indissociable d'une procédure qui se veut accessible à tous ». Certes, le texte adopté prévoit qu'un devoir d'interpellation renforcé s'applique lorsque le litige est soumis à la maxime des débats et non à la maxime inquisitoire sociale, mais l'existence de plusieurs régimes d'allégation des faits et des preuves pour la même procédure a pour effet de la rendre difficile à synthétiser. Une révision de l'art. 247 CPC serait à cet égard appropriée.
78. De plus, le Tribunal fédéral applique de manière assez automatique les règles de la procédure ordinaire à la procédure simplifiée, en particulier en matière de fardeau de l'allégation, de fardeau de la contestation et de fardeau de la motivation, ce qui supprime une partie de la souplesse souhaitée en principe dans cette procédure. La jurisprudence mériterait d'être nuancée sur ce point.

¹²¹ Message CPC, FF 2006 6841, p. 6956.

IX. Bibliographie

BK ZPO-[AUTEUR] : Gungerich Andreas (coord.), Alvarez Cipriano et al., Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, vol. I : Art. 1–149 ZPO, vol. II : Art. 150–352 ZPO, Berne 2013

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2^e éd., Neuchâtel et Bâle 2014

BOHNET FRANÇOIS, Le droit de réplique en procédure civile, in : François Bohnet (édit.), Le droit de réplique, Bâle 2013

BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, in : Revue de droit suisse 134 (2015), p. 223-256

BSK ZPO-[AUTEUR] : Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (édit.), Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., Bâle 2017

CPC-[AUTEUR] : Bohnet François/Haldy Jacques/Jeandin Nicolas/Schweizer Philippe/Tappy Denis, Code de procédure civile commente, Bâle 2011

CPra Bail-[AUTEUR] : Bohnet François/Carron Blaise/Montini Marino (édit.), Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique, 2^e éd., Bâle 2016

CPra Matrimonial-[AUTEUR] : Bohnet François/Olivier Guillod (édit.), Droit matrimonial, Commentaire pratique, 1^e éd., Bâle 2016

DIETSCHY PATRICIA, Le déroulement de la procédure simplifiée, in : Bohnet François (édit.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour les praticiens, Neuchâtel 2010, p. 173 ss

KomZPO-[AUTEUR] : Sutter-Somm Thomas/Hasenbohler Franz/Leuenberger Christoph (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., Zurich 2016

KUKO ZPO-[AUTEUR] : OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH, Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2013