

Le Tribunal fédéral et la procédure civile en 2014



François Bohnet,
professeur à l'Université de
Neuchâtel, avocat.

Une sélection d'arrêts en matière de conciliation, de délai pour agir, de conduite du procès, de frais, de preuve à futur et de cas clair.

1. Introduction

Après les quelques milliers de pages de doctrine consacrées au code de procédure civile dans les deux années ayant suivi son entrée en vigueur, on assiste désormais à une intense production jurisprudentielle dans ce domaine. De nombreux arrêts du Tribunal fédéral y sont dédiés dans chaque livraison du recueil officiel. Plutôt que de proposer un simple survol, nous avons opté pour la présentation de quelques arrêts du Tribunal fédéral particulièrement marquants de l'année 2014, en matière de préalable de conciliation, de délai pour agir, de conduite du procès, de frais, de preuve à futur et de cas clair.

2. Conciliation et présence aux audiences

2.1. La personne morale (ATF 140 III 27)

Afin de favoriser la résolution pacifique des litiges et par souci d'économie de procédure, le législateur a imposé un préalable de conciliation dans la plupart des procédures (art. 197 CPC; art. 198 CPC pour les exceptions). Cette phase, qui se veut non formaliste et centrée sur la recherche de solutions concertées (art. 201 al. 1 CPC), n'échappe cependant pas à di-

verses exigences procédurales ayant pour but d'encadrer le processus de conciliation et de permettre à la conciliation de fixer dans une certaine mesure l'objet du litige.

La conciliation suppose, en principe, la présence des parties au litige. Lorsque les personnes directement impliquées se font face, les chances de trouver un accord sont généralement renforcées, tant il est vrai qu'il est souvent difficile, pour un tiers, de maîtriser l'ensemble des critères, juridiques et non juridiques, permettant d'aboutir à un accord. Le Code impose ainsi en principe la présence personnelle des parties à la conciliation (art. 204 al. 1 CPC).

Pour le Tribunal fédéral, la règle vaut également pour les personnes morales¹. Pour que la tentative de conciliation puisse atteindre son but, il faut que les personnes ayant la possibilité de disposer de l'objet du litige soient présentes². La personne morale doit dès lors comparaître par un organe qui exprime sa volonté ou, à tout le moins, selon le Tribunal fédéral, par une personne munie d'une procuration commerciale, autorisée à conduire le procès et connaissant la cause³. Il peut donc s'agir, toujours selon le Tribunal fédéral, d'un fondé de procuration inscrit au Registre du commerce (art. 458 CO) mais aussi d'un

mandataire commercial muni d'une procuration (art. 462 CO)⁴, auquel toutes les affaires de l'entreprise ou certaines opérations déterminées ont été confiées. Il a besoin d'un pouvoir spécial pour représenter l'entreprise en justice (art. 462 CO)⁵. Les pouvoirs peuvent aussi ne concerner qu'un établissement secondaire, par exemple une succursale⁶.

Si l'on suit cette approche, cela signifie que la comparution en personne n'est pas nécessairement une comparution par un organe, ce qui peut paraître surprenant, mais s'explique sans doute par un besoin de souplesse à ce stade de la procédure. Dans cet esprit, le législateur a d'ailleurs prévu un élargissement du cercle des personnes autorisées à comparaître en conciliation en droit du bail, du travail et des assurances lorsque la procédure simplifiée s'applique (art. 204 al. 3 lit. c CPC). Cet élargissement prétorien pour toute personne morale est cependant discutable, faute de disposition légale allant dans ce sens, et ne semble pas avoir été mûrement réfléchi⁷.

Le pouvoir de transiger demeure essentiel en toute hypothèse⁸. A notre avis, on peut en conclure que la personne munie de pouvoirs ne doit pas avoir à se référer à un tiers pour se prononcer sur une offre. Si elle doit s'y référer, elle ne dispose pas de pou-

voirs suffisants pour exprimer la volonté de la personne morale.

2.2. Le défaut (ATF 139 III 478, 140 III 227 et 140 III 310)

Le défaut du demandeur à l'audience de conciliation peut être lourd de conséquences. Dans un tel cas en effet, la cause est rayée du rôle. Si le dépôt de la requête de conciliation garantissait le respect d'un délai de déchéance, le classement du dossier entraîne la perte définitive du droit ou de l'action. Le défaillant peut cependant solliciter une nouvelle audience s'il rend vraisemblable que son absence n'est pas fautive et qu'elle n'est due qu'à une faute légère (art. 148 al. 1 CPC). Aux termes de l'art. 149 CPC, la partie adverse est entendue et le tribunal statue définitivement sur la requête de restitution. Compte tenu des conséquences d'un tel prononcé, le Tribunal fédéral retient très justement que l'art. 149 CPC doit être interprété en ce sens que lorsque le refus de la restitution entraîne une perte définitive du droit (en l'occurrence délai de déchéance pour agir en annulation du congé), l'exclusion de toute voie de recours n'est pas opposable à la partie requérante. La décision étant finale, l'appel est ouvert si la valeur litigieuse de 10 000 fr. est atteinte⁹.

A l'inverse, si le défendeur invoque le défaut du demandeur, mais que le juge lui délivre malgré tout une autorisation de procéder, un recours n'est pas envisageable, l'autorisation de procéder n'étant pas dans ce cas une décision sujette à recours. Sa validité doit donc être examinée par le tribunal saisi de la cause¹⁰. Le moyen doit être soulevé devant le juge du fond lors de l'examen de la validité de l'autorisation de procéder, comme, par exemple, en cas d'incompétence manifeste de l'autorité de conciliation¹¹ ou de manque d'impartialité de cette autorité¹².

Il en va de même en cas de formulation d'une proposition de jugement. Si une partie considère qu'une telle proposition ne pouvait intervenir, en raison du défaut du demandeur ou pour un autre motif, elle dispose uniquement de la voie de l'opposition; pour ce faire, il lui suffit d'exprimer son refus, sans avoir à le justifier¹³. Si l'autorisation lui est ensuite délivrée, c'est donc à elle de prendre l'initiative du procès et de faire valoir dans sa demande que les prétentions soulevées dans la requête de conciliation ne peuvent pas être examinées, puisque la procédure aurait dû être classée en raison du défaut du requérant à la conciliation.

2.3. La représentation à titre non professionnel (TF 5A_289/2014, destiné à la publication)

L'art. 68 CPC ne pose des limites qu'en matière de représentation professionnelle, pour laquelle seules certaines catégories de mandataires sont autorisées à intervenir en procédure. Seul l'avocat inscrit au registre peut représenter en justice sans restrictions (art. 68 al. 2 lit. a CPC). La représentation à titre non professionnel est en revanche admise sans aucune restriction. Il est donc possible d'être représenté par un proche en procédure civile suisse, que le procès porte sur un litige matrimonial, contractuel ou commercial, même lorsque la valeur litigieuse est très élevée. Reste à déterminer ce qu'on entend par représentation non professionnelle. Après une analyse de la doctrine, partagée sur ce point, et se penchant sur la but de la norme, le Tribunal fédéral retient que les règles sur la représentation professionnelle visent la protection du public. Il convient

dès lors d'interpréter avec une certaine retenue les exceptions prévues par le code au monopole de l'avocat, dont la réglementation de la profession assure la qualité des services. Le critère de la rémunération de l'activité ou du but lucratif n'est donc pas seul déterminant. Une telle protection doit aussi intervenir lorsqu'un représentant est prêt à intervenir dans un nombre indéterminé de cas, sans qu'il existe de lien de proximité particulier avec la personne représentée.

3. Autorisation de procéder et délai pour agir (TF 5A_44/2014, destiné à la publication)

On sait depuis l'ATF 138 III 615 que le délai pour agir à la suite de la délivrance de l'autorisation de procéder est suspendu pendant les vacances judiciaires. Restait à déterminer la durée de ce délai lorsque la demande est liée à un délai de déchéance de nature matérielle, par exemple le délai pour agir en annulation d'une décision de l'association (art. 75 CC). En effet, l'art. 209 al. 4 CPC fixe un délai de 30 jours pour agir en matière de baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux et de baux à ferme agricoles et réserve «les autres délais d'action légaux ou judiciaires prévus dans les dispositions spéciales». Le Tribunal fédéral retient que cet alinéa vise uniquement les délais d'action de nature procédurale (*prozessuale Prosequierungsfristen*), à savoir les délais dans lesquels les parties doivent accomplir leurs actes de procédure autres que l'acte d'ouverture d'action, et non pas les délais de péremption fixés par le droit matériel (*Verwirkungsfrist*), tel le délai de l'action en annulation au sens de l'art. 75 CC¹⁴. En effet, le dépôt de la requête en conciliation,

plaidoyer 1/15

acte introductif d'instance, crée la litispendance (art. 62 al. 1 CPC), si bien qu'une fois le délai d'action de droit matériel sauvegardé par cet acte, c'est le droit procédural qui mène le procès.

4. L'allégation des faits et les propositions de preuve (ATF 140 III 312)

Le CPC retient un régime relativement sévère d'allégation des faits et des preuves. Les parties allèguent tous les faits dans leur demande et réponse/demande reconventionnelle (art. 221 ss CPC). Une chance leur est offerte de compléter les allégués et les preuves. En effet, le juge peut, d'office ou sur requête de l'une ou des deux parties, accorder un second tour d'écritures (art. 225 CPC). Par ailleurs, le juge peut librement citer les parties à une ou à plusieurs audiences d'instruction, qui visent à déterminer de manière informelle l'objet du litige, à compléter l'état de fait, à trouver un accord entre les parties et à préparer les débats principaux. Si un second échange d'écritures n'est pas requis ou n'est pas accordé, et faute d'audience d'instruction, des faits et moyens de preuve peuvent encore être ajoutés (et dictés au procès-verbal, art. 235 al. 2 CPC) à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC).

Les parties n'ont cependant que deux occasions pour alléguer leurs faits et proposer leurs preuves. Le Tribunal fédéral retient en effet dans l'ATF 140 III 312 c. 6.3.2.3 que, s'il y a eu un double échange d'écritures, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont plus autorisés à une éventuelle audience d'instruction (art. 225 CPC) ou au début des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC). Si le juge ordonne une audience d'instruction après un seul échange d'écritures, les faits

et moyens de preuve nouveaux sont donc autorisés à cette audience (mais pas à une éventuelle audience d'instruction ultérieure), mais un échange subséquent d'écritures n'est apparemment plus possible. Pourtant, le moment ultime auquel des faits non encore allégués semblent pouvoir l'être à la lecture de l'art. 229 al. 1 lit. a CPC est bien la dernière audience d'instruction. Certes, le Tribunal fédéral relève qu'on ne sait pas en lisant les travaux préparatoires ce qu'on entendait par la «dernière audience d'instruction», à l'art. 229 al. 1 lit. a CPC. On voit mal cependant ce que le législateur pouvait viser d'autre par là que la dernière audience de ce type, à laquelle les faits et les preuves pourraient être librement complétés. Comment expliquer sinon que seuls les faits postérieurs à une telle audience puissent être invoqués aux débats principaux, comme vrais *novas* (art. 229 al. 1 lit. a CPC)? Cela ne peut se justifier que s'ils peuvent l'être librement auparavant. On se demande bien comment une partie fera désormais pour alléguer des faits survenus avant la dernière audience d'instruction, mais qui n'ont pas pu être allégués à celle-ci, car le double échange était alors déjà terminé. Le Tribunal fédéral n'évoque par ailleurs pas le droit de réplique inconditionnel qui permet à une partie de se prononcer sur tout acte de son adversaire, comme il l'a lui-même rappelé pour la procédure d'appel, lorsque le tribunal refuse un second échange d'écritures¹⁵. Enfin, l'élément déterminant est-il la faculté de se prononcer deux fois ou l'exercice de ce droit? Si une partie se voit offrir la possibilité d'un second tour d'écritures, mais qu'elle ne l'utilise pas ou qu'elle n'allègue rien à une audience de débats d'instruction, peut-elle compléter ses allégués et ses offres de preuve

au début des débats principaux?

5. Les frais (ATF 140 III 159 et 140 III 167)

Le demandeur qui dépose une demande en justice ne peut pas présumer que son acte ne sera pas transmis à l'adversaire avant le paiement de l'avance de frais (art. 98 CPC). Le Tribunal fédéral retient qu'il n'existe pas de disposition expresse qui impose de ne pas progresser dans l'avancement du procès avant le paiement de l'avance de frais et un tel devoir ne résulte pas non plus implicitement du Code¹⁶. Certes, attendre le paiement est la règle, mais la décision appartient au juge qui décide avec une grande marge de manœuvre de la conduite du procès. Dès lors, le défendeur peut prétendre à des dépens sur la base de son projet de réponse lorsque le juge n'entre pas en matière sur la demande faite de paiement de l'avance de frais (art. 59 al. 2 lit. f CPC).

Selon l'art. 122 al. 2 CPC, le mandataire d'office de l'indigent victorieux est rémunéré par les dépens qui sont mis à la charge de l'adversaire. Cependant, le Tribunal fédéral précise que l'indemnité équitable due à l'avocat d'office lorsque l'adversaire n'a pas les moyens de payer les dépens ne saurait être inférieure aux dépens résultant du tarif applicable aux affaires plaidées par un avocat de choix¹⁷. Qu'en est-il lorsque le tarif cantonal est moins généreux? L'avocat pouvant déposer une note de frais (art. 105 al. 2 CPC), les dépens ne devraient, à notre sens, pas être fixés de manière exclusivement forfaitaire sur la base de la valeur litigieuse. Dans tous les cas, ceux-ci ne sauraient être inférieurs à la rémunération équitable de l'avocat d'office, faute de quoi le régime prévu par l'art. 122 al. 2 CPC pourrait se révéler

boiteux: en effet, cet alinéa prévoit que les dépens remplacent la rémunération équitable si ceux-ci peuvent être obtenus de la partie adverse. On ne verrait pas que l'avocat d'office puisse se voir amputer d'une partie de sa rémunération dans un tel cas¹⁸.

6. La preuve à futur (ATF 140 III 16, 140 III 24 et 140 III 30)

La jurisprudence s'affine en matière de preuve à futur destinée à déterminer les chances de succès du procès. L'arrêt de principe, ATF 138 III 76 consid. 2.4.2, JdT 2014 II 228, a fixé les bases selon lesquelles un intérêt digne de protection doit être démontré par le requérant, en ce sens qu'il doit rendre vraisemblable qu'il existe des circonstances de fait dont il peut déduire un droit contre la partie adverse. Dès lors, il ne lui suffit pas de simplement alléguer qu'il lui faut évaluer ou clarifier les chances de succès d'une procédure. En d'autres termes, l'intérêt à faire administrer une preuve dépend de l'intérêt à faire reconnaître le bien-fondé d'une prétention.

En matière d'expertise, le Tribunal fédéral a précisé que les éléments déjà en la possession du requérant et lui permettant d'obtenir une vague estimation de ses droits ne remettent pas en cause son droit à une preuve à futur. Ainsi, de simples expertises privées n'excluent pas une expertise par preuve à futur. Un intérêt digne de protection ne peut pas être nié lorsque le moyen de preuve requis (*in casu*, expertise pluridisciplinaire) est central pour la prétention invoquée, elle-même fondée en droit compte tenu d'un état de fait plausible¹⁹. En revanche, lorsqu'une expertise propre à servir de preuve a déjà été réalisée dans une autre procédure (par exemple administra-

tive), il n'y a pas d'intérêt digne de protection à faire ordonner une nouvelle expertise par voie de preuve à futur²⁰.

En matière de frais, ceux-ci sont entièrement à charge du demandeur, qui devra également verser une indemnité de dépens en faveur de l'adversaire qui se serait opposé à tort à la requête de preuve à futur (art. 107 al. 1 lit. f CPC). En effet, le défendeur est attiré à la procédure sans sa volonté et doit collaborer à la preuve requise. Il revient le cas échéant au demandeur de faire valoir la preuve administrée dans le procès au fond, ce sur quoi le défendeur n'a pas de prise. Lui ouvrir la voie du constat négatif pour récupérer des frais judiciaires et des dépens serait manifestement contraire au principe de l'économie de procédure²¹.

7. Le cas clair (ATF 140 III 315)

Aux termes de l'art. 257 al. 3 CPC, le tribunal n'entre pas en matière sur la requête (de cas clair) lorsque cette procédure ne peut pas être appliquée. Se posait ainsi la question de savoir si le cas clair pouvait être retenu en défaveur de l'auteur de la requête. La doctrine était très partagée. Le Tribunal fédéral considère, pour sa part, que la requête de cas clair ne peut pas être rejetée au fond²². Compte tenu des travaux préparatoires et du texte allemand de l'art. 257 al. 3 CPC, il faut retenir en effet que le législateur a entendu exclure que la procédure de protection dans les cas clairs puisse aboutir à un rejet de la prétention du demandeur avec autorité de la chose jugée. Le Message CPC, p. 6960, relevait d'ailleurs que le rejet de la requête avec autorité matérielle de chose jugée aurait constitué une conséquence inéquitable. En effet, le demandeur ne doit pas être contraint, à notre sens, d'alléguer des faits qui

pourraient fonder de manière subsidiaire sa position et il ne doit pas plus être forcé, au stade de sa requête, de proposer toutes les preuves envisageables en procédure ordinaire ou simplifiée²³. I

¹ATF 140 III 27, c. 4.3.

²ATF 140 III 27, c. 4.3: «Art. 204 Abs. 1 ZPO zielt in diesem Sinne – wie das Schlichtungsverfahren überhaupt – darauf ab, diejenigen Personen zu einer Aussprache zusammenzubringen, die sich miteinander im Streit befinden und die über den Streitgegenstand auch selber verfügen können».

³ATF 140 III 27, c. 4.3.

⁴TF 4D_2/2013, du 1^{er} mai 2013, RSPC 2013 293. BK ZPO-Sterchi, art. 68 n. 12; BSK ZPO-Tenchio, art. 68 n. 2, 21.

⁵TF 4D_2/2013, du 1^{er} mai 2013, RSPC 2013 293: «Est excessivement formaliste et ne respecte pas le principe de la bonne foi le fait de refuser l'octroi d'un délai pour le dépôt de la procuracion lorsque les instances précédentes n'ont pas remis en cause les pouvoirs.»

⁶TF 4P.183/2004 du 2 février 2004, c. 2.3.

⁷Voir François BOHNET/Guillaume JÉQUIER, L'entreprise et la personne morale en procédure civile, *in* BOHNET/HARI (éd.), L'entreprise et la personne morale en procédure, Neuchâtel et Bâle 2014, n. 104 ss.

⁸ATF 140 III 27, c. 4.4: «Diese Bestimmung verlangt jedenfalls, dass die für eine juristische Person als Partei an der Schlichtungsverhandlung anwesende Vertreterin vorbehaltlos und gültig handeln kann. So muss sie insbesondere zum Vergleichsabschluss ermächtigt sein.»

⁹ATF 139 III 478.

¹⁰ATF 140 III 27.

¹¹ATF 139 III 273.

¹²TF 4A_131/2013 c. 2.2.2.1.

¹³ATF 140 III 310.

¹⁴TF 5A_44/2014 du 10 novembre 2014, destiné à la publication.

¹⁵ATF 138 III 252, c. 2.2, RSPC 2012, p. 322. Voir également note FB *in* RSPC 2014 540.

¹⁶ATF 140 III 159.

¹⁷ATF 140 III 167.

¹⁸Voir note FB *in* RSPC 2014 433.

¹⁹ATF 140 III 16 c. 2.5.

²⁰ATF 140 III 24 c. 3.3.1.

²¹ATF 140 III 30; François BOHNET, Procédure civile, 2^e éd., Neuchâtel et Bâle 2014 n. 1494.

²²ATF 140 III 315.

²³François BOHNET, *op. cit.* n. 1508.