

UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE
UFR de droit et de sciences politiques

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
Faculté de droit

THÈSE

Pour obtenir le grade de

Docteur de l'Université de Bourgogne et de l'Université de Neuchâtel

Discipline : Droit privé

Par

Valentin Rétornaz

Soutenue le 29 janvier 2013

L'INTERDICTION DU FORMALISME EXCESSIF EN PROCEDURE CIVILE

Sous la direction de

M. Georges Bolard (Université de Bourgogne)

M. François Bohnet (Université de Neuchâtel)

Jury:

M. Serge Guinchard, Professeur émérite de l'Université de Paris-II, président du jury

M^{me} Frédérique Ferrand, Professeur à l'Université de Lyon-III, rapporteur

M. Denis Tappy, Professeur à l'Université de Lausanne, rapporteur

M. Georges Bolard, Professeur émérite de l'Université de Bourgogne, directeur de thèse

M. François Bohnet, Professeur à l'Université de Neuchâtel, directeur de thèse

IMPRIMATUR POUR LA THESE

L'interdiction du formalisme excessif en procédure civile

Valentin RÉTORNAZ

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

FACULTE DE DROIT

En cotutelle de thèse avec l'Université de Bourgogne

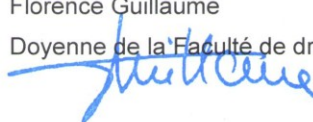
La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Serge Guinchard (Recteur de l'Université de Panthéon-Assas Paris II, président et rapporteur)
- Mme Frédérique Ferrand (Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III, rapporteur)
- M. Denis Tappy (Professeur à l'Université de Lausanne, rapporteur)
- M. François Bohnet (Professeur à l'Université de Neuchâtel, codirecteur de recherche)
- M. Georges Bolard (Professeur à l'Université de Bourgogne, codirecteur de recherche)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 29 janvier 2013

Florence Guillaume
Doyenne de la Faculté de droit



MOTS CLÉS

Procédure civile

Formalisme excessif

Procès équitable (droit à un)

Accès à un tribunal

KEY WORDS

Civil procedure

Excessive formalism

Fair trial (right to a)

Access to a Court

RÉSUMÉ

La présente thèse tente une analyse comparée d'un problème récurrent de la procédure civile, soit son prétendu excès de formalisme et les moyens d'y obvier. Elle s'articule autour d'une présentation comparée du droit français et du droit suisse à la lumière de la Convention européenne des droits de l'Homme. Elle part du constat que deux approches sont possibles : l'une reposant sur l'interprétation du droit judiciaire privé (approche privatiste) ; l'autre visant à insérer directement le droit à un procès équitable au sein de la pratique judiciaire (approche publiciste). La première partie de la thèse est consacrée à une présentation historique des deux approches évoquées. Le droit français, analysé sur la période allant de 1806 à l'adoption du Nouveau Code de procédure civile, repose sur l'approche privatiste, alors que le droit suisse a très tôt développé, pour des raisons constitutionnelles, une approche publiciste, suivie également par la Cour européenne des droits de l'Homme. La seconde partie de la thèse aborde le droit positif des deux pays, ainsi que les solutions consacrées par la Cour européenne des droits de l'Homme, par le biais de divers problèmes concrets (le sort des vices de procédure et l'interprétation raisonnable du droit de procédure). En guise de conclusion, il est constaté que les deux approches, privatiste et publiciste, sont amplement complémentaires et que les droits suisse et français gagneraient à s'enrichir mutuellement.

SUMMARY

This thesis attempts to analyse a recurring problem of civil procedure in a comparative context : the so-called excess of formalism and the ways to overcome it. It is structured around a comparative analysis of French and Swiss law in the light of the European Convention on Human Rights. It starts from the assumption that two different approaches are possible : the one relying on the interpretation of civil procedure (private law based approach) ; the other aiming at directly implementing the right to a fair trial in the judicial case law (public law based approach). The first part of the thesis is dedicated to a historical presentation of the both above mentioned approaches. French law, as analysed on the period going from 1806 to the adoption of the New Code of Civil Procedure, has been build on the private law based approach, whereas Swiss law has very early developed, for constitutional reason, a public law based approach which is also followed by the European Court of Human Rights. The second part of the thesis deals with the present state of the legislation in both countries, and with the case law of the European Court of Human Rights. The examination is conducted through concrete problems (procedural flaws and reasonable interpretation of Judicial law). In conclusion, it is noted that both approaches, either based on public or on private law, are mainly complementary and that French and Swiss law would therefore benefit from a mutual enrichment.

INTRODUCTION

- A) Contexte général
- B) Intérêt du sujet
- C) Intérêt d'une étude comparée
- D) Etendue de la question
- E) Annonce de plan

Première partie

Les deux approches de l'interdiction du formalisme excessif

TITRE I : LA RECONNAISSANCE IMPLICITE PAR L'APPROCHE PRIVATISTE EN DROIT FRANÇAIS

Chapitre 1 : Le statut des règles de forme dans le Code de procédure civile de 1806

Chapitre 2 : L'évolution du traitement judiciaire des règles de forme

TITRE II : LA RECONNAISSANCE EXPLICITE PAR L'APPROCHE PUBLICISTE SUIVIE EN SUISSE ET EN DROIT EUROPÉEN

Chapitre 1 : La définition de l'interdiction du formalisme excessif

Chapitre 2 : Les relations entre l'interdiction du formalisme excessif et la procédure civile en droit suisse

Deuxième partie

La portée de l'interdiction du formalisme excessif

TITRE I: LE SORT DES VICES DE PROCÉDURE

Chapitre 1: La régularisation des vices de procédure

Chapitre 2 : La guérison des vices de procédure

TITRE II : L'INTERPRÉTATION RAISONNABLE EN PROCÉDURE

Chapitre 1 : La prise en compte du contexte procédural

Chapitre 2 : L'interprétation protectrice des parties

CONCLUSION GÉNÉRALE

TABLE DES ABREVIATIONS

a	ancien, abrogé.
al.	alinéa
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique juridique actuelle
ass. plén.	Assemblée plénière
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
BGBI	Bundesgesetzblatt
BISchK	Bulletin des poursuites et faillites
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BOGC	Bulletin officiel du Grand Conseil
Cass.	Cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation ¹
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
cant.	Canton, cantonal
CC	Code civil suisse
C. civ.	Code civil français
C. com.	Code de commerce français
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'Homme)
cf.	conferre
ch.	chiffre
ch. mixte	chambre mixte
chron.	chronique

¹ Le numéro de la chambre est ajouté à la suite : Cass. 1^{ère} civ. = Première chambre civile de la Cour de cassation

civ.	civil, civile
CJA	Code français de justice administrative
CO	Code des obligations suisse
COJ	Code français de l'organisation judiciaire
Coll.	Collection
com.	commercial, commerciale
CommEDH	Commission européenne des droits de l'Homme
cons.	considérant
Cons.	Conseil
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CP	Code pénal suisse
CPC	Code de procédure civile ²
CPCE	Code français des procédures civiles d'exécution
C. pén.	Code pénal français
CPP	Code de procédure pénale
crim.	criminel, criminelle
CSS	Code français de la sécurité sociale
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999
C. trav.	Code français du travail
D.	Recueil Dalloz
D.A.	Recueil Dalloz actualité
D.H.	Dalloz. Recueil hebdomadaire de jurisprudence en matière civile, commerciale, administrative et de droit public
D.P.	Recueil Dalloz périodique
D.R.	Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'Homme
dactyl.	manuscrit dactylographié
dir.	direction
doctr.	doctrine

² Afin de distinguer entre les différents textes, nous avons employé les conventions suivantes. Pour l'essentiel, nous nous sommes référé aux dates d'adoption. Ainsi, « CPC 1975 » désigne le Code de procédure civile français actuellement en vigueur et « CPC 2008 » le texte suisse. Concernant la législation cantonale, le droit en vigueur au 31 décembre 2010 est désigné par l'abréviation usuelle (par exemple : CPC NE = Code neuchâtelois de procédure civile en vigueur au 31 décembre 2010). La mention supplémentaire d'une date indique une législation abrogée avant le 31 décembre 2010 (CPC VD 1824 = Code vaudois de procédure civile de 1824).

édit.	édition, éditeur(s)
ex.	exemple(s)
FamPra	Die Praxis des Familienrechts/La pratique du droit de la famille/La prassi del diritto di famiglia
fasc.	fascicule(s)
FF	Feuille fédérale
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
gouv.	gouvernement, gouvernemental
<i>ibid.</i>	ibidem
<i>i.e.</i>	c'est-à-dire (<i>id est</i>)
<i>in</i>	dans
infra	ci-dessous, plus bas
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
J.C.P.	La Semaine Juridique-JurisClasseur périodique
JdT	Journal des Tribunaux
<i>J.O.</i>	Journal officiel
J.Pal.	Journal du Palais ³
jur.	Jurisprudence
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite
LPC	Loi de procédure civile
L.R.Q.	Lois révisées du Québec
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral
MP	Mietrechtspraxis
n°	numéro
obs.	observations
OJF	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire fédérale
p./pp.	page/pages
par./§	paragraphe
PCEF	Procédure civile et exécution forcée
req.	Chambre des requêtes

³ Pour les années 1791 à 1835, nous avons consulté la troisième édition imprimée par A. Ledru-Rollin.

RD pub.	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDS	Revue de droit suisse
RDT	Revue du droit de tutelle
REP	Repertorio di giurisprudenza patria
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
rés.	résumé
RGDP	Revue générale des procédures
RJB	Revue de la Société des juristes bernois
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
RTiD	Rivista ticinese di diritto
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s/ss	suivant/suivants
S.	Recueil Sirey
SJ	La Semaine judiciaire
somm.	sommaire
supra	ci-dessus, plus haut
TF	Tribunal fédéral
TFB	Tribunal fédéral des brevets
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
trad.	traduit/traduction
Trib.	Tribunal
v°	<i>verbo</i>
vol.	volume
voy.	voyez
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

INTRODUCTION

A) Contexte général

1. De tout temps la procédure civile a traîné dans son sillage une mauvaise réputation en raison de son prétendu formalisme. Ne la considère-t-on pas souvent comme une *« fille de Thémis à mauvaise réputation »* qui *« serait l'apanage des plaideurs mesquins, de ceux dont on dit qu'ils utilisent précisément toutes les armes de la procédure parce que leur cause est mal engagée au fond »*⁴ ? Des avocats bavards de Daumier à la figure trouble de Maître Derville, la littérature est peuplée de créatures malfaisantes qui cherchent vainement leur salut dans la forme. Ce ne sont toutefois que des chimères de papier. La réalité des prétoires n'est pas aussi manichéenne, car le monde des juristes n'est pas celui des écrivains. Depuis IHERING⁵, nous savons que le formalisme du procès protège parfois les parties contre l'arbitraire et MONTESQUIEU⁶ nous a appris à douter des lieux communs sur le sujet. Il ne faut donc pas attendre un vibrant plaidoyer de notre part en faveur d'une liberté procédurale inconditionnelle des parties. C'est dans une optique essentiellement technique que nous avons entrepris nos recherches.

B) Intérêt du sujet

2. Nous sommes parti d'un constat simple : la lutte contre l'excès de formalisme est au cœur des préoccupations des réformateurs du procès civil. Celles-ci transparaissent parfois directement dans la production législative. Les Codes de procédure civile

⁴ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 1 et 2.

⁵ Cf. le célèbre brocard : *« Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté »* (Rudolf VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, 3^{ème} édition, trad. par O. de Meulenaere, Vol. 3, A. Marescq aîné et F. Clemm, Paris/Gand, 1877, p. 158) qui concernait, en réalité, le droit des obligations.

⁶ Charles-Louis DE SEGONDAT, baron de LA BRÈDE et de MONTESQUIEU, *L'esprit des Lois*, Librairie Firmin Didot, Paris, 1849, p. 65 : *« Si vous examinez les formalités de la justice par rapport à la peine qu'a un citoyen à se faire rendre son bien, ou à obtenir satisfaction de quelque outrage, vous en trouverez sans doute trop. Si vous les regardez dans le rapport qu'elles ont avec la liberté et la sûreté des citoyens, vous en trouverez souvent trop peu; et vous verrez que les peines, les dépenses, les longueurs, les dangers même de la justice, sont le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté. »*

québécois⁷ et portugais⁸ contiennent des dispositions invitant les tribunaux à éviter l'excès de formalisme. En 1976, l'Allemagne modifia de fond en comble son Code de procédure civile en adoptant une « *Loi sur la simplification et l'accélération des procédures judiciaires* »⁹. Vaste programme ! Treize ans plus tard, le Grand Duc du Luxembourg promulguait une loi ayant pour but « *l'humanisation de la procédure de cassation* »¹⁰ ...qui n'épargnera d'ailleurs pas aux juridictions luxembourgeoises les reproches d'excès de formalisme venant de la Cour européenne des droits de l'Homme¹¹.

3. Quand le formalisme de la procédure ne fait pas les gros titres des lois, il se rencontre au détour des travaux préparatoires. Ainsi le Gouvernement suisse relève, dans le Message accompagnant le projet de Code fédéral de procédure civile, que, s'agissant du contentieux civil en général, « *on déplore son coût, sa lenteur croissante, la surcharge des tribunaux et la perte de qualité des jugements qui en résulte ainsi que le formalisme proverbial, en bref, la disproportion frappante entre l'investissement que requiert la conduite d'une procédure et son résultat.* »¹² Deux cents ans auparavant, l'orateur présentant le futur Code de procédure civile français au Conseil d'Etat s'enflammait dans son introduction : « *Nous sommes chargé de vous présenter aujourd'hui les deux premiers livres de la première partie du Code de procédure. Que ce mot ne rappelle pas à vos esprits l'idée désastreuse de quelques formes antiques qui trop souvent étouffèrent la justice et ruinèrent les plaideurs. Loin de nous ces vaines subtilités qui avaient introduit à Rome des formules particulières pour chaque action et qui attachoient quelquefois en France, à l'omission d'un seul mot, la déchéance, absolue d'une prétention avouée par la loi. Ce n'est pas dans notre siècle qu'une formalité doit cacher un piège tendu à la bonne foi ; et, sous l'empire des lumières, les règles seront toujours d'accord avec la raison.* »¹³ Plus sobrement, un auteur contemporain relève que « *la procédure permet de réaliser les droits substantiels aussi bien qu'elle peut les empêcher de vivre.* »¹⁴ Si l'on fait abstraction des différences stylistiques, les idées demeurent les

⁷ Voy. art. 2 du Code de procédure civile de 1965 publié in L.R.Q. chapitre C-25.

⁸ Art. 138 § 1 du Code de procédure civile de 1961.

⁹ *Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle)* du 3 décembre 1976, publiée in BGBl I 3281 ss.

¹⁰ *Loi du 6 avril 1989 tendant à l'humanisation de la procédure de cassation*, publiée in Mémorial n° 20 du 10 avril 1989, pp. 255 ss.

¹¹ Cf. infra, n° 1120 à 1122.

¹² Message FF 2006 6850.

¹³ Guillaume LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure civile ou Conférence du Code de procédure avec les discussions du Conseil, les observations du Tribunal, les exposés de motifs, les discours des orateurs du Tribunal, les dispositions des autres Codes*, vol. 1, Imprimerie P. Didot l'Aîné, Paris, 1816, p. 1.

¹⁴ BOLZE, *Codification et procédure civile*, p. 95-96.

mêmes. La lutte contre l'excès de formalisme constitue donc un véritable *leitmotiv* législatif. De ce seul fait, elle présente un intérêt indéniable.

C) Intérêt d'une étude comparée

4. Bien que les deux pays soient géographiquement et culturellement voisins, de nombreuses différences existent entre les traditions juridiques française et suisse¹⁵. Alors que la France s'est dotée d'un Code de procédure civile unique en 1806, dans le prolongement de l'Ordonnance civile de 1667, l'évolution a été bien plus longue en Suisse. Le Code fédéral de procédure civile ne date que de 2008. Auparavant, vingt-sept législations différentes étaient appliquées sur l'ensemble du territoire suisse, dont la superficie est treize fois plus petite que celle de la France. Autant dire que le domaine d'application de certaines législations suisses correspondait à peine au ressort d'un tribunal de grande instance français. Le contraste est donc saisissant. L'idée même de codifier la procédure civile s'est imposée plus tardivement en Suisse. Le canton de Neuchâtel n'a ainsi adopté son premier code qu'en 1874, mettant fin à l'application simultanée de la coutume et d'une succession de législations particulières. A cela viennent s'ajouter les différences liées à l'organisation politique. En raison du fédéralisme, les pouvoirs du Tribunal fédéral suisse connaissent des limitations qui n'existent pas en droit français, où la Cour de cassation peut revoir l'application de l'ensemble de la législation, même lorsqu'elle n'a qu'une portée locale¹⁶. Les ordres juridiques français et suisse ont donc connu des trajectoires suffisamment éloignées pour qu'une confrontation soit enrichissante.

5. S'agissant plus particulièrement de l'objet de notre étude, l'intérêt à la comparaison est encore plus grand. Alors que le droit à un procès civil sans formalisme excessif est judiciairement sanctionné en Suisse depuis 1920¹⁷, la problématique n'a jamais véritablement occupé le devant de la scène en droit français. Il serait toutefois erroné d'en déduire que les juristes français se désintéressent. Celle-ci apparaît

¹⁵ Pour une brève présentation de la procédure civile française à l'attention des juristes suisses : Marco ITIN, Ce qu'il faudrait savoir pour mener un procès en France, *Revue de l'avocat* 2004, pp. 198 ss.

¹⁶ Tel est le cas du droit local d'Alsace-Moselle, composé d'éléments de la législation allemande demeurée en vigueur après le retour sous souveraineté française. Voy. pour quelques exemples récents : Cass. 2^{ème} civ., 14 juin 2012, pourvoi n° 11-18158 ; Cass. soc., 16 février 2012, Bull. civ. V, n° 74 ; Cass. 2^{ème} civ., 6 janvier 2012, pourvoi n° 10-26840 ; Cass. com., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-25131 ; Cass. soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-42677 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 février 2011, pourvoi n° 10-11667.

¹⁷ Cf. infra, n° 272 ss.

régulièrement dans la doctrine. On la rencontre dès le dix-neuvième siècle au détour de certains ouvrages consacrés à la nullité en général¹⁸, quand elle n'est pas mentionnée en passant dans le cadre d'une étude plus vaste¹⁹. Le droit public n'est pas en reste. Une étude portant sur le déni de justice en droit public, consacre quelques passages à la problématique des recours rejetés en raison d'un vice de forme²⁰, l'auteur se déclarant dans un cas « *frappé par la disproportion existant entre la gravité extrême de la sanction et l'importance toute relative de la formalité omise.* »²¹ La doctrine française s'est penchée sur la question de l'excès de formalisme en matière de droit judiciaire privé, soulignant aussi la nécessité d'un rapport de proportionnalité entre le vice de procédure commis par une partie et la sanction qui lui est imposée²². La question ne fait toutefois pas l'objet d'une étude approfondie²³. Dans une étude récente, consacrée au « *pouvoir modérateur du juge* »²⁴, l'auteur aborde certes la question de la « *modération des conséquences manifestement excessives du droit processuel* »²⁵. Il relève cependant d'emblée que « *le caractère formel du droit est une garantie de bonne justice préservant les intérêts des parties et limitant l'arbitraire judiciaire* »²⁶ avant de limiter son analyse à

¹⁸ Voy. ce chef d'œuvre de profondeur philosophique et d'art rhétorique : Victor Hippolyte SOLON, *Traité des nullités des conventions et des actes en tout genre en matière civile – Nouvelle édition augmentée de la législation de Belgique*, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1836, p. IV-V : « *Quant à nous, notre conviction est formée ; nous nous sommes déclaré contre la rigueur des formalistes. Notre plus grand désir a été de substituer à la règle subtile et fausse : la forme emporte le fond, cette autre règle : la forme ne doit emporter le fond, que dans les cas où elle est nécessaire pour constituer ou conserver le droit. [...] Combien de ces magistrats ne voit-on pas qui concluent, de cet adage, que la forme doit régner en souveraine dans les causes qui leur sont soumises, et qui, par cela même, cherchent la raison de décider dans le code de procédure plutôt que dans les faits du procès. Singulière façon de rendre la justice ! n'est-il pas évident, pour tous, qu'en vénérant ainsi la forme, on juge plutôt du mérite de l'avoué, de l'exactitude de l'huissier, que de la probité du plaideur, de la légitimité de sa demande ? Le juge voit de quel côté est la justice, mais il semble craindre de la faire triompher, parce qu'on lui dit qu'elle a point été environnée des formes ordinaires ; on fait, en quelque sorte, à celle-ci le reproche de se montrer dans une tenue peu régulière ; et d'oser se montrer seule [...] Cet abus existe encore dans beaucoup de tribunaux, et nous ne saurons trop le répéter, notre but est de le signaler pour le détruire.* »

¹⁹ Voy. BEAUCHARD, p. 212 : « *Mais il eût été trop sévère et d'un formalisme excessif d'interdire toutes les prétentions nouvelles.* »

²⁰ FAVOREU, pp. 340 ss.

²¹ FAVOREU, p. 341. Il s'agissait de l'irrecevabilité d'une requête en raison de l'absence de dépôt au greffe de la juridiction administrative du nombre requis de copies certifiées conforme. Actuellement, l'irrecevabilité est toujours encourue (art. R. 411-3 CJA), mais la régularisation est possible (art. R. 612-1 CJA). La procédure civile suisse applique également la régularisation : art. 131 CPC 2008.

²² Voy. CADIET, *La sanction et le procès civil*, p. 152 ; CADIET, *Les tendances contemporaines de la procédure civile*, p. 74-75 ; HÉRON/LE BARS, p. 14. Voy. également Serge GUINCHARD/Nathalie FRICERO, *Le nouveau Code de procédure civile et la Convention européenne des droits de l'Homme*, in Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Coll. Etudes juridiques, vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 425 ss, spécialement p. 427-428 où les auteurs soulignent la nécessité de garantir l'effectivité du droit d'accès à un tribunal.

²³ On rencontre en doctrine des présentations détaillées de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (voy. par exemple : GUINCHARD, *Procès équitable*, n° 94), mais la réception de ceux-ci en droit judiciaire privé national n'est pas traitée de manière détaillée.

²⁴ Jérôme FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse Toulouse, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2004.

²⁵ FISCHER, pp. 135 ss.

²⁶ FISCHER, p. 135 citant d'ailleurs JHERING.

l'exécution provisoire²⁷ et au retrait du rôle d'un recours en raison de l'absence d'exécution spontanée de la décision attaquée²⁸. La problématique de l'excès de formalisme est brièvement esquissée. Elle est, en revanche, totalement écartée dans une étude consacrée au respect de l'article 6 § 1 de la Convention par les juridictions françaises²⁹. Commentant un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁰, l'auteur se livre à un véritable panégyrique du formalisme procédural et de la neutralité du juge³¹. La doctrine française est donc encore loin de reconnaître expressément le droit à un procès civil sans excès de formalisme³².

6. L'intérêt académique pour la question fait écho à la jurisprudence européenne en la matière. Chapeautant les ordres juridiques français et suisse, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme tend également à imposer le respect d'un nombre sans cesse croissant de principes aux juridictions des Etats membres du Conseil de l'Europe. La Cour de Strasbourg a été confrontée à de multiples reprises à l'excès de formalisme. Elle a développé une jurisprudence bien établie en la matière concernant certains pays, tels que la Grèce³³ et la République tchèque³⁴, mais aussi, dans une moindre mesure toutefois, le Luxembourg³⁵, pays dont l'ordre juridique présente de nombreux liens avec la France. La Cour de cassation a d'ailleurs été récemment saisie de plusieurs pourvois à l'appui desquels était dénoncé un excès de formalisme violant l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁶. Le fait que les arrêts ne se livrent pas à une appréciation détaillée de la situation, et, surtout, qu'ils ne soient

²⁷ FISCHER, pp. 136 ss.

²⁸ FISCHER, pp. 148 ss.

²⁹ Xumin CHEN, L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la procédure civile française, thèse Aix-Marseille III, dactyl., 2002.

³⁰ CourEDH, *Levages Prestations Services c. France*, n° 21920/93, arrêt du 23 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, § 37. Nous aurons l'occasion d'examiner cette jurisprudence.

³¹ CHEN, p. 75-76 : « Plus généralement, il est permis de se demander si les juges ont le devoir de suppléer aux carences procédurales d'une partie. Dans l'affirmative, il faudrait alors admettre qu'ils doivent également avertir un justiciable d'une éventuelle péremption de la procédure, par exemple – et les exemples ne manquent pas. D'autre part, si l'on considère que la sanction est disproportionnée sous prétexte que l'arrêt non produit se trouvait dans le dossier communiqué par la cour d'appel au greffe de la Cour suprême, on doit logiquement appliquer le même "laxisme" à toutes les règles de procédure déclarer par exemple recevables les conclusions déposées par un plaideur alors que la règle de représentation obligatoire impose normalement (et sans véritable fondement) qu'elles soient déposées par son conseil. Certaines règles de procédure sont certes contestables, mais dès lors qu'elles sont appliquées, aucun vice de forme ne peut être considéré comme "mineur". C'est pour cette raison que nous voyons dans la rigueur de la Cour européenne une volonté louable de discipliner les justiciables »

³² En tout cas pour ce qui est des privatistes. Les auteurs publicistes semblent avoir déjà découvert la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière : Eric J. VAN BRUSTEM, Le formalisme de la procédure de cassation face aux exigences de la CEDH, *Revue de droit fiscal* 2008, Etude n° 614.

³³ Cf. infra, n° 710 ss.

³⁴ Cf. infra, n° 1072 ss.

³⁵ Cf. infra, n° 1120 à 1122.

³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-21677 ; Cass. 2^{ème} civ., 3 mars 2011, pourvoi n° 10-30554 ; Cass. 2^{ème} civ., 18 février 2010, pourvoi n° 09-13160.

pas publiés au Bulletin officiel montre que les juridictions françaises ne sont pas encore prêtes à franchir le pas qui les rapprocherait de leurs homologues suisses. La question est toutefois dans l'air et une évolution ne peut être exclue. La pression venant de la Cour européenne des droits de l'Homme n'ira certainement pas en s'amenuisant et deux arrêts ont été déjà rendus contre la France en matière pénale³⁷. Dans ce contexte, une comparaison entre le droit suisse et le droit français permettrait de faire mieux ressortir les éléments communs, et les divergences, de manière à identifier les points sur lesquels une évolution serait envisageable au vu de la pratique de la juridiction européenne. Quant au droit suisse, il tirera également profit d'une confrontation avec la législation française. Le Code fédéral de procédure civile n'étant entré en vigueur que depuis peu³⁸, son interprétation est encore essentiellement l'œuvre de la doctrine. Les juridictions suisses auraient certainement intérêt à connaître la voie empruntée, sur plusieurs points, par leurs homologues français qui bénéficient de l'expérience d'une législation parfaitement unifiée depuis plus de deux siècles.

D) Etendue de la question

7. Le sujet que nous nous proposons d'étudier est vaste, il est donc nécessaire de fixer les limites de notre analyse. Il est étonnant de constater que malgré tous les efforts consentis, chaque nouvelle codification est bientôt critiquée avant d'être à son tour remplacée par un autre texte. Ces changements ne seraient pas problématiques s'ils se traduisaient par une amélioration objectivement constatable du procès civil. Après tout, le progrès intellectuel avance aussi pas-à-pas. Les remèdes d'aujourd'hui sont souvent les poisons de demain. Nous ne constatons pas une telle évolution semblable concernant la procédure civile. Des progrès ont indéniablement eu lieu depuis la glorieuse époque du droit romain, par exemple pour ce qui est de l'indépendance des magistrats, mais ils ne concernent pas nécessairement le formalisme procédural. Il est, en effet, difficile de dire si le droit positif est moins formaliste que certaines procédures médiévales entièrement orales. Nous ne saurions donc exclure que le procès civil parfait soit un idéal inatteignable, une sorte d'*idée transcendente*³⁹, qui ne puisse jamais se couler dans le moule du droit positif. Il ne présente donc qu'un intérêt plus philosophique que juridique. On en veut pour preuve la veine tentative de disséquer la législation nationale en se

³⁷ Cf. infra, n° 538.

³⁸ Depuis le 1^{er} janvier 2011 plus précisément.

³⁹ Sur cette notion, voy. Emmanuel KANT, Critique de la raison pure, trad. par A. Tremesaygues et B. Pacaud, Coll. Quadrige, 6^{ème} édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, p. 451-452.

référant à un modèle, supposé parfait, de procès civil simplifié à l'extrême⁴⁰. Nous en déduisons qu'il est essentiel d'étudier la question du formalisme excessif à l'intérieur du cadre étroitement tracé par le droit national.

8. Même en voulant demeurer dans les limites de la législation nationale, le sujet demeure vaste. Il faut tout d'abord s'entendre sur ce qu'on doit considérer comme de la procédure civile. Afin d'éviter tout malentendu, quelques précisions terminologiques s'imposent d'emblée. Notion fondamentale, matricielle même, le *droit judiciaire privé* englobe toutes les disciplines concourant, directement ou indirectement, à la réalisation du droit privé matériel. La *procédure civile* constitue une sous-catégorie du droit judiciaire privé, car elle ne s'applique qu'aux procès pendant devant les juridictions civiles⁴¹.

9. Les autres domaines du droit judiciaire privé dépendent amplement des classifications nationales. La question ne reçoit pas la même réponse en France et en Suisse. Ainsi, la matière des saisies et des procédures de distribution, soit les procédures civiles d'exécution à titre singulier, ont longtemps été incluses en droit français dans le Code de procédure civile. Il est donc naturel que les *voies d'exécutions*, soient toujours considérées par la doctrine française comme une branche du droit judiciaire privé⁴², malgré l'existence d'une codification séparée⁴³. En revanche, les procédures collectives ont toujours été intimement liées au droit commercial. Leurs aspects procéduraux n'ont été que récemment mis en lumière⁴⁴ et elles ne sont généralement pas considérées comme faisant partie du concept usuel de droit judiciaire privé. Pour des raisons historiques, le droit suisse sépare clairement la procédure civile, pendant longtemps du domaine de la législation cantonale, de l'*exécution forcée*, qui regroupe les procédures individuelles d'exécution, les procédures collectives et le recouvrement simplifié des créances. Notre

⁴⁰ Simeon DJANKOV/Rafael LA PORTA/Florencio LOPEZ-DE-SILANES/Andrei SHLEIFER, Courts : The Lex Mundi project, Coll. NBER Working Paper Series, National Bureau of Economic Research, Cambridge (Massachusetts), 2002 (disponible sur internet à l'adresse suivante : <http://www.nber.org/papers/w8890> ; lien visité le 14 octobre 2012). Pour une présentation critique de l'approche statistique suivie, voy. Christoph KERN, Justice between Simplification and Formalism-A discussion and Critique of the World Bank Sponsored Lex Mundi Project on Efficiency of Civil Procedure, Mohr Siebeck, Tübingue, 2007, pp. 123 ss.

⁴¹ Voy. GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 14, qui contestent l'utilité de la notion tout en admettent l'usage à condition de ne « voir en elle qu'une notion fonctionnelle, utile parce qu'elle permet d'embrasser à la fois les institutions judiciaires, la procédure civile proprement dite (l'action, la compétence et l'instance) et les voies d'exécution, prolongement naturel et nécessaire de la précédente. »

⁴² Voy. par exemple: HÉRON/LE BARS, p. 27-28.

⁴³ Le tout récent *Code des procédures civiles d'exécution*.

⁴⁴ Cf. Pierre CAGNOLI, Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, thèse Caen, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 368, L.G.D.J., Paris, 1999, pp. 125 ss où l'auteur essaie de dégager les principes généraux d'une « instance en droit des entreprises en difficulté ».

étude se focalisera essentiellement sur la *procédure civile*, mais afin de ne rien laisser au hasard, nous avons également pris en considération certains aspects emblématiques des procédures de saisie et du recouvrement simplifié des créances.

10. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a également été incorporée à notre analyse. Partagée par les deux pays comparés, nous la considérons comme un socle commun sur lequel il devient possible de construire notre analyse comparative. Nous avons donc fréquemment choisi d'exposer d'abord les principes consacrés par la Cour de Strasbourg avant de présenter les différentes solutions nationales.

E) Annonce de plan

11. Une première approche envisageable, serait de présenter séparément, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, le droit français puis le droit suisse, avant de se livrer à une synthèse du tout en guise de conclusion. Ce procédé n'est pas dépourvu de pragmatisme, car il permet aux juristes de chaque pays de retrouver les analyses portant sur leur propre ordre juridique exclusivement. Certains sujets peuvent être abordés dans une seule perspective. Nous avons mené pendant longtemps nos recherches en suivant cette approche, avant de nous rendre compte qu'elle se heurtait à trois obstacles majeurs. Le premier concerne le rôle de la Convention européenne des droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Sans entrer dans toutes les subtilités du droit international public, il ne nous paraît pas correct d'en faire un ordre juridique distinct des droits français et suisse. Il s'agit en réalité d'un trait d'union entre les deux ordres juridiques, un *tertium comparationis*⁴⁵, sur lequel nous devons nous appuyer. Le deuxième écueil, quant à lui, est purement méthodologique. Tenter une synthèse, après avoir présenté séparément le droit suisse, le droit français et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme implique de se livrer à d'innombrables renvois internes bien peu commodes. La dernière difficulté est d'ordre intellectuel. En traitant séparément les ordres juridiques, on dissimule les enjeux de la

⁴⁵ Sur cette notion : Nils JANSEN, Comparative law and comparative knowledge, in Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN, The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford/New York, 2008, p. 311-312.

comparaison. Comme le font élégamment remarquer trois auteurs célèbres, « *une collection de traités de droits nationaux n'est pas un traité de droit comparé.* »⁴⁶

12. Nous avons donc décidé de suivre une approche synthétique en analysant simultanément, aussi souvent que cela était possible, les différents termes de la comparaison⁴⁷. Nous nous sommes inspiré de la démarche adoptée par FERRAND dans son étude consacrée à la comparaison des recours adressés à la juridiction suprême en droit français et allemand⁴⁸. Plutôt que de présenter séparément les deux ordres juridiques, l'auteur s'est efforcé de dégager les enjeux de la comparaison⁴⁹.

13. A la base de notre étude se trouve un constat fort simple. A quelques rares exceptions près⁵⁰, l'interdiction du formalisme excessif n'est pas mentionnée dans les codes nationaux de procédure civile. Afin de résoudre les problèmes concrets qui se posent, deux approches sont concevables. La première, que nous appellerons *publiciste*, s'élabore directement autour du droit à un procès équitable et vient, en quelque sorte, se greffer sur la procédure civile. Il n'est donc pas exclu que les juridictions soient amenées à écarter certaines règles de procédure au motif qu'elles sont excessivement formalistes. La seconde approche, *privatiste*, repose essentiellement sur les textes légaux⁵¹. Elle ne s'appuie pas directement sur le droit à un procès équitable. Elle implique l'introduction, soit dans le texte même du Code de procédure civile, soit dans la jurisprudence, d'une série de principes destinés à en modérer la rigueur. Ceux-ci constituent autant

⁴⁶ Pierre ARMINJON/Boris NOLDE/Martin WOLFF, *Traité de droit comparé*, Tome I, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950, p. 29.

⁴⁷ CONSTANTINESCO, Tome II, p. 240-241 (*description et synthèse comparative*). Voy. également ZWEIGERT/KÖTZ, p. 42 : « *Kommentarlose Gegenüberstellung der Lösungen verschiedener Rechtsordnungen ist noch keine Rechtsvergleichung ; sie beginnt danach. Dies ist der schwierigste Teil jeder rechtsvergleichenden Arbeit und entzieht sich fast völlig dem Versuch, sie in starre Regeln einzufangen...* » Sur la nécessité d'une approche comparatiste dégagée des contingences nationales : Basil MARKESINIS, *Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre*, Sellier – European Law Publishers, München, 2004, pp. 196 ss ; ZWEIGERT/KÖTZ, p. 45-46.

⁴⁸ Frédérique FERRAND, *Cassation française et Révision allemande*, thèse Lyon, Coll. Les grandes thèses du droit français, Presses Universitaires de France, Paris, 1993. Voy. également l'étude suivante : William DUNAND, *Du rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits – Etude comparative des principes des lois allemandes, françaises et genevoises*, thèse Genève, Georg & Cie SA, Genève, 1940 où l'auteur présente pour chaque question, le droit français, le droit allemand, puis le droit positif genevois avant d'en déduire un principe général.

⁴⁹ Voy. plus particulièrement l'annonce du plan aux pages XVII et XVIII de l'introduction.

⁵⁰ Cf. supra, n° 2.

⁵¹ Il est vrai que le Code de procédure civile français est formé de droit réglementaire, le Code des procédures civiles d'exécution français comportant une partie législative et une partie réglementaire, tout comme le Code de l'organisation judiciaire. Pour simplifier nous emploierons indistinctement l'expression *texte légal*. Que le lecteur veuille bien nous pardonner cette approximation.

d'*équivalents fonctionnels*⁵² des garanties que l'approche publiciste déduit directement des droits fondamentaux du justiciable.

14. L'opposition entre ces deux approches n'est d'ailleurs pas propre à la procédure civile, mais elle concerne toutes les matières où le contenu des droits fondamentaux devient à ce point précis qu'il entre directement en concurrence avec les autres branches du droit positif. Soit ces dernières évoluent de manière à incorporer les standards constitutionnels, soit les droits fondamentaux se substitueront progressivement au Code civil, au Code pénal, ou à certains domaines de la législation administrative.

15. L'objet de notre étude sera d'examiner si les deux approches du formalisme excessif conduisent à des résultats équivalents, ou s'il y a lieu de privilégier l'une à l'autre. Il nous paraît indispensable de ne pas nous en tenir au droit positif, mais d'inclure également une dimension diachronique⁵³ afin de mieux cerner les tenants et les aboutissants du processus⁵⁴. Pour cela, nous commencerons par présenter les deux approches dans une perspective historique afin d'en faire ressortir les différences (première partie). Ensuite, nous nous pencherons sur le contenu de l'interdiction du formalisme excessif en droit positif suisse et français (deuxième partie).

⁵² Sur cette notion : Ralf MICHAELS, The functional method of comparative law, in Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN, The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford/New York, 2008, p. 369-370 ; ZWEIGERT/KÖTZ, p. 33-34.

⁵³ Sur cette notion et sur l'utilisation du droit comparé en droit comparé : CONSTANTINESCO, Tome II, p. 42-48.

⁵⁴ En ce sens : ARMINJON/NOLDE/WOLFF, Tome I, p. 29-30

Première partie

Les deux approches de l'interdiction du formalisme excessif

16. Dans cette première partie nous allons présenter séparément les deux approches possibles de l'interdiction du formalisme excessif. Notre présentation suivra un schéma chronologique, car le choix en faveur de l'une ou de l'autre est essentiellement le fruit de l'Histoire. C'est cela même qui permet d'expliquer pourquoi l'approche privatiste s'est imposée au fil du temps en droit français (Titre I), alors que l'approche publiciste est suivie en droit suisse, et, ce n'est guère une surprise, dans le système de la Convention européenne des droits de l'Homme (Titre II).

TITRE I: LA RECONNAISSANCE IMPLICITE PAR L'APPROCHE PRIVATISTE EN DROIT FRANÇAIS

17. L'interdiction du formalisme excessif n'a jamais été reconnue de manière explicite en droit judiciaire privé français. Le but de ce titre sera de démontrer que la pratique des tribunaux, et, dans une certaine mesure, la législation elle-même, ont développé au fil du temps certaines stratégies permettant d'éviter l'excès de formalisme.

18. Le droit positif actuel est issu d'une longue tradition. Des liens étroits existent entre la législation contemporaine et ses prédécesseurs. Un examen attentif de l'évolution historique est donc indispensable afin de saisir toute la dynamique du processus. Reste à en fixer le terme. Il serait certainement intéressant d'examiner le rôle des formalités judiciaires depuis la procédure romano-canonique, jusqu'à nos jours⁵⁵, car le problème de l'excès de formalisme se posait déjà⁵⁶. Mais la pratique judiciaire antérieure au Code de procédure de 1806 n'était pas entièrement unifiée. Pendant longtemps, la procédure fut dominée par le *style judiciaire* local⁵⁷, la monarchie prenant peu à peu le contrôle des autorités judiciaires pour aboutir à l'Ordonnance de 1667, censée « *régler tous les détails de la procédure* »⁵⁸. Les usages locaux se maintinrent toutefois, à cause de la résistance des Parlements⁵⁹ et de l'organisation complexe des voies de recours⁶⁰. L'unification du droit judiciaire privé sous l'Ancien Régime n'était pas entièrement achevée. La Révolution permit le passage de la féodalité à la conception moderne de l'Etat⁶¹. Cette transformation du droit constitutionnel eut de nombreuses conséquences sur le rôle du pouvoir judiciaire⁶². Pour cette raison, il nous paraît préférable de nous limiter à la période contemporaine, soit postérieure à la Révolution, même si l'influence de la

⁵⁵ Pour une présentation détaillée des sources d'inspiration du Code de procédure civile de 1806 : DAUCHY, pp. 77 ss ; DUVAL, pp. 17 ss ; GODIN, pp. 9 ss ; SELIGMAN, pp. 76 ss ; SOLIMANO, pp. 33 ss ; WIEDERKEHR, Les exposés des motifs, pp. 91 ss. Pour la période précédant l'Ordonnance de 1667 : Ernest Désiré GLASSON, Les sources de la procédure civile française, L. Larose et Forcel Libraires-Editeurs, Paris, 1882, pp. 80 ss.

⁵⁶ DUVAL, p. 89.

⁵⁷ Voy. en ce sens GODIN, p. 21 pour qui « *les styles ont continué à prendre des libertés avec l'Ordonnance civile* ».

⁵⁸ DUVAL, p. 101.

⁵⁹ DUVAL, p. 109.

⁶⁰ A ce propos : ROYER, pp. 41 ss. Ces difficultés faisaient obstacle à une application uniforme de l'Ordonnance de 1667 : DUVAL, pp. 135 ss.

⁶¹ Des tentatives de modernisation avaient déjà eu lieu sous l'Ancien Régime, notamment par la « réforme Maupeou » de 1770-1771 qui avait toutefois été abrogée en 1774 : DUVAL, p. 138-141.

⁶² Telles que la reconnaissance de la séparation des pouvoirs (voy. à ce sujet DUVAL, p. 106) ou la publicité des audiences (DUVAL, pp. 218 ss.)

législation précédente demeure incontestable. Notre étude historique commencera donc par une présentation du statut des règles de forme dans le Code de procédure civile de 1806 (chapitre 1). Nous examinerons ensuite l'évolution du traitement judiciaire des règles de forme au fil du temps, pour aboutir au Code de 1975 (chapitre 2)⁶³.

Chapitre 1 : Le statut des règles de forme dans le Code de procédure civile de 1806

19. Le Code de procédure civile de 1806 ne contient que peu de dispositions générales, toutes confinées à la fin du texte⁶⁴. La question du formalisme procédural n'y est nulle part mentionnée de manière générale. C'est en vain qu'on chercherait, par exemple, un article autorisant les tribunaux à prendre des mesures afin d'éviter qu'une conception trop stricte de la procédure ne conduise à un résultat choquant. Le rôle des formalités, et leur importance pour la bonne marche du procès, se déduisent des sanctions attachées par le code lui-même à leur transgression (nullité, irrecevabilité, déchéance...). Sur ce point, le Code de procédure civile est donc conçu comme une sorte de code pénal.

20. Les auteurs du texte légal⁶⁵ ont donc évité les généralités sur le formalisme procédural et les travaux préparatoires ne révèlent que peu d'informations concrètes à ce propos. Nous partirons donc du texte du Code. Après l'avoir examiné de manière détaillée (section 1), nous en dégagerons l'esprit général (section 2). Cela nous permettra de mieux comprendre l'importance accordée aux formalités dans le bon déroulement de la procédure.

Section 1 : Le texte du Code de procédure civile

21. La réglementation des vices de procédure dans le Code de procédure civile de 1806 repose sur deux piliers: les règles générales, figurant aux articles 1029 à 1031 du Code de procédure civile (§ 1) et les dispositions particulières réparties dans le reste du

⁶³ Cette présentation a déjà été employée par GAMBIER, pp. 5 ss ; VINCENS, pp. 61 ss.

⁶⁴ Art. 1029 à 1042 CPC 1806.

⁶⁵ Nous avons eu recours à un ouvrage de synthèse paru après l'entrée en vigueur du Code de procédure civile: Guillaume LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure civile ou Conférence du Code de procédure avec les discussions du Conseil, les observations du Tribunal, les exposés de motifs, les discours des orateurs du Tribunal, les dispositions des autres Codes*, 5 vol., Imprimerie P. Didot l'Aîné, Paris, 1816.

code (§ 2). Il est donc nécessaire de parcourir l'ensemble du texte légal pour avoir un aperçu global.

§ 1 : Les dispositions générales

22. La nullité occupe une position centrale dans notre étude, car elle est « *le point qui exprime le plus le formalisme procédural* »⁶⁶. Elle figure en bonne position parmi les dispositions générales, malgré le caractère sommaire de la réglementation⁶⁷ (A). Les autres sanctions prévues (B) doivent se contenter d'un traitement encore plus succinct.

A) La nullité des actes de procédure

23. La nullité n'est pas définie par le Code de procédure civile. On peut penser que les auteurs de celui-ci avaient en tête un concept similaire à celui employé dans le Code civil. Toutefois le régime choisi pour les actes de procédure est particulier, dans la mesure où il obéit à deux principes stricts: la légalité des nullités (1) et leur absence de caractère comminatoire (2).

1) La légalité des nullités

24. L'article 1030 alinéa 1 du Code de procédure civile⁶⁸ prévoit que la nullité ne peut être prononcée que si elle est expressément prévue par la loi⁶⁹. Le texte légal utilise à ce propos la formule « *à peine de nullité* ». Au dix-neuvième siècle déjà, la doctrine résuma cette règle sous la forme d'un adage : « *pas de nullité sans texte* ». Si le procédé législatif ne manque pas de surprendre, il présente un intérêt certain pour l'objet de notre étude. Lorsqu'une mention particulière est exigée pour entraîner la nullité, cela implique une certaine réflexion de la part des rédacteurs du code. Ceux-ci doivent, en effet, déterminer pour chaque article si la formalité consacrée doit être sanctionnée par la nullité. En partant de l'idée que cette dernière constitue une des sanctions les plus sévères, on peut donc en déduire que les dispositions y échappant sont considérées comme

⁶⁶ DUVAL, p. 347.

⁶⁷ Cf. CUCHE, p. 145 qui la compare au « *dessin d'une branche dont on aurait oublié de figurer le tronc* ».

⁶⁸ Art. 1030 al. 1 CPC 1806 : « *Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi* ».

⁶⁹ Le principe existait déjà sous l'empire de l'Ordonnance de 1667 pour les vices de procédure concernant d'autres actes que les jugements : SERPILLON, p. 2 (ad Titre 1 Article 1 Ordonnance 1667) pour qui « *L'article VIII de ce titre, déclare nul tous les Arrêts et Jugements rendus contre la disposition de cette Ordonnance ; il rend même les Juges garants des dommages et intérêts des Parties ; mais il n'en dit pas de même des formalités de l'instruction : les nullités ne se suppléent pas, il faut une Loi qui les prononce* ».

secondaires et peuvent emporter des conséquences moins drastiques. Cela révèle la volonté d'éviter l'excès de formalisme.

25. Reste à voir comment le législateur s'est servi du principe de la légalité des nullités pour construire un système destiné à éviter l'excès de formalisme. Etant donné que les différents cas de nullités ressortent des dispositions spéciales du code du texte, nous en dirons plus lorsque nous les examinerons.

2) L'absence de caractère comminatoire de la nullité

26. A la première lecture, le texte de l'article 1029 du Code de procédure civile n'est pas aisé à comprendre pour le lecteur contemporain⁷⁰. Le principe qu'il édicte est néanmoins fort simple. Il s'agit d'obliger le juge à prononcer la nullité lorsqu'il constate que les conditions de celle-ci sont remplies, soit la violation d'une règle de forme et la présence d'une mention particulière dans le texte légal⁷¹. La disposition retire tout pouvoir d'appréciation au juge. Celui-ci est « *bridé dans les deux sens* »⁷² par le texte légal : d'une part il ne peut prononcer la nullité que là où le texte légal le prévoit, d'autre part il ne peut refuser de le faire lorsque cela est prévu⁷³. Le caractère obligatoire et

⁷⁰ Art. 1029 CPC 1806 : « *Aucune des nullités, amendes et déchéances prononcées dans le présent Code, n'est comminatoire* ».

⁷¹ ROGRON, com. ad art. 1029 CPC : « *C'est-à-dire que les dispositions dont parle notre article ne renferment pas de simples menaces, mais bien des mesures rigoureuses que les tribunaux ne sauraient se dispenser de faire respecter* ». L'article 6 du Titre I de l'Ordonnance de 1667 contenait une disposition semblable (GAMBIER, p. 6) libellée de la manière suivante : « *Voulons que toutes nos Ordonnances, Déclarations et Lettres-patentes soient observées tant aux jugements des procès qu'autrement, sans y contrevenir; ni que sous prétexte d'équité, bien public, accélération de la justice, ou de ce que nos cours auraient à nous représenter, elles ni les autres juges s'en puissent dispenser ou en modérer les dispositions en quelques cas et pour quelque cause que ce soit* ». L'article 7 du même titre disposait en outre que « *Si dans les jugements des procès qui seront pendant en nos Cours de Parlement, et autres nos Cours, il survient aucun doute ou difficulté l'exécution de quelques articles de nos Ordonnances, Edits, Déclaration et Lettres-patentes, Nous leur défendons de les interpréter; mais voulons qu'en ce cas elles ayent à se retirer pardevant Nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention* ». Les tribunaux devaient donc en référer au pouvoir royal face à chaque difficulté d'application. Cette dernière disposition resta lettre morte. Ainsi un auteur constata ainsi que « *malgré les défenses portées par cet article, les Cours se sont maintenues dans l'usage d'apporter des modifications aux Edits, en les faisant enregistrer; ces modifications sont exécutées, jusqu'à ce qu'il plaise au Roi, sur les remontrances qui lui sont faites, d'expliquer son intention par rapport aux inconvénients que les Cours y trouvent* » (SERPILLON, p. 11). L'idée de modérer, pour des raisons d'équité, l'application de l'Ordonnance de 1667 semble également avoir séduit les juridictions, ce qui ne manquait pas de susciter la critique des auteurs qui y voyaient autant une source d'insécurité juridique qu'une atteinte aux prérogatives royales. Voy. à ce propos RODIER, p. 4 : « *Mais outre qu'on accueille quelque fois des moyens de nullité, et ceux-là mêmes qu'on aura méprisé dans d'autres cas ; ce qui fait qu'on ne sait à quoi s'en tenir ; d'ailleurs cette espèce de maxime ne paroît pas soutenable, malgré le motif d'équité qui milite pour elle ; parce qu'il implique contradiction de tolérer le violement des règles de la Procédure lorsqu'on est forcé de convenir de leur nécessité, et de reconnaître l'autorité de celui qui les a établies : il n'importe pas moins au bon ordre de la Société de maintenir ces Règles, et de casser tous les actes contraires, que de faire observer les autres Loix et d'en punir les infractions.* » Pour plus de précision sur l'office du juge dans l'application de l'Ordonnance de 1667 : DUVAL, pp. 104 ss et p. 352-354 ainsi que BOLZE, Codification et procédure civile, p. 97.

⁷² DUVAL, p. 355.

⁷³ Le Code de procédure civile de 1806 s'inscrivait donc dans la lignée de la « *reprise en main* » (l'expression est de ROYER, p. 34-35) de la magistrature inaugurée par l'Ordonnance de 1667. Voy. également GAMBIER, p. 5-6 : « *Pour combattre ce système trop souple et mettre fin aux prérogatives des Parlements qui devenaient de plus en plus dangereux, au fur et à mesure qu'ils s'élevaient en pouvoir indépendant de celui du roi, l'Ordonnance de 1667 instaurait le système des "nullités légales" ou de "l'automatisme des nullités".* »

automatique de la nullité ne laisse donc aucune possibilité d'y renoncer, même si la sanction constituerait un excès de formalisme aux yeux du tribunal.

B) Les autres sanctions pour vice de procédure

27. A côté de la nullité, le Code de procédure civile prévoit d'autres manière de sanctionner les vices de procédure. Ces autres sanctions sont toutefois soumises à un régime moins détaillé que celui de la nullité. Il s'agit de l'amende pour vice de procédure (1), de la déchéance (2) et des autres sanctions pécuniaires et disciplinaires (3).

1) L'amende pour vice de procédure

28. L'amende pour vice de procédure est soumise à un régime proche de celui des nullités. Elle est également automatique, car soumise à l'article 1029 du Code de procédure civile. En revanche, les cas de figure où elle est amenée à être appliquée sont différents. Elle est prévue à titre général à l'article 1030 alinéa 2 du Code de procédure civile sanctionnant tout officier ministériel prêtant son concours à un acte de procédure vicié sans être nul⁷⁴.

29. Le législateur voulut manifestement conférer à la sanction pécuniaire la portée générale qu'il venait précisément de refuser à la nullité. La disposition en question institue ainsi une véritable sanction de *seconde ligne* afin d'éviter que les formalités prévues par le code ne soient ignorées au motif qu'elles ne sont pas prévues à peine de nullité. L'amende est donc susceptible d'entrer en ligne de compte dans un grand nombre de cas. Elle procède d'une tout autre logique que la nullité : au lieu de porter sur l'acte vicié, elle concerne les officiers ministériels qui deviennent les garants du bon déroulement de la procédure. Leurs clients, soit les parties au procès, ne sont qu'indirectement concernés. Leurs droits ne sont donc pas préterités et le risque que la sanction constitue un cas de formalisme excessif est nul.

30. Le champ d'application *ratione personae* de l'amende pour vice de procédure est par ailleurs considérable. Celle-ci peut frapper les huissiers de justice, les avoués et les greffiers, soit plusieurs acteurs clés du procès civil. Elle constitue donc un véritable gage d'effectivité de la procédure.

⁷⁴ Art. 1030 al. 2 CPC 1806 : « Dans les cas où la loi n'aurait pas prononcé la nullité, l'officier ministériel pourra, soit pour omission, soit pour contravention être condamné à une amende, qui ne sera pas moindre de cinq francs et n'excédera pas cent francs ».

2) La déchéance

31. Le traitement de la déchéance dans le Code de procédure civile est problématique. L'article 1029 se borne à prévoir qu'elle est automatique sans donner aucune précision sur les situations où elle est encourue. Comme nous aurons l'occasion de le voir ci-après, la sanction de la déchéance n'est prévue que rarement de manière expresse. Il est donc difficile de savoir si les nombreux délais figurant dans le Code de procédure civile sont des cas de déchéance ou si d'autres sanctions, soumises à un régime plus souple, sont applicables.

32. Cette incertitude peut s'expliquer en examinant les différentes versions de l'article 1029 du Code de procédure civile au cours de son élaboration. La disposition ne constituait tout d'abord qu'un alinéa du futur article 1030. Elle ne mentionnait alors que la nullité et les amendes⁷⁵. Durant la discussion devant le Tribunal, les déchéances furent ajoutées à la liste des sanctions obligatoires sans toutefois qu'on trouve d'explication à ce sujet dans les travaux préparatoires.

3) Les autres sanctions financières et disciplinaires

33. Les autres sanctions financières et disciplinaires, expressément prévues à l'article 1031 du Code de procédure civile⁷⁶, constituent autant de pressions supplémentaires sur les officiers ministériels afin qu'ils respectent au mieux les règles de forme. Ils doivent ainsi supporter personnellement les frais liés aux actes nuls, inutiles ou ayant entraîné leur condamnation à l'amende. Cela signifie donc qu'ils ne peuvent pas réclamer de rémunération à leurs clients et que celle-ci ne passe pas en taxe à l'issue de la procédure. Le cas échéant, toujours en vertu de l'article 1031 du Code de procédure civile, les officiers ministériels peuvent même se voir interdire l'exercice de leur profession ou devoir indemniser leurs clients pour les vices de procédure qu'ils auraient commis.

34. L'article 1031 du Code de procédure civile n'a, du point de vue de la systématique légale, que peu d'autonomie par rapport aux articles 1029 et 1030. A l'exception des actes frustratoires qui peuvent n'avoir donné lieu à aucune autre sanction,

⁷⁵ LOCRÉ, vol. 5, p. 4.

⁷⁶ Art. 1031 CPC 1806 : « *Les procédures et les actes nuls ou frustratoires, et les actes qui auront donné lieu à une condamnation d'amende, seront à la charge des officiers ministériels qui les auront faits, lesquels, suivant l'exigence des cas, seront en outre passible des dommages et intérêts de la partie, et pourront même être suspendus de leurs fonctions* ».

il ne constitue qu'un renforcement des sanctions à l'encontre des officiers ministériels lorsqu'ils auraient commis un acte tombant sous le coup des articles précités. La disposition en question démontre une fois encore l'importance accordée par les auteurs du Code de 1806 au fait que les conséquences d'un vice de procédure devaient retomber sur les officiers ministériels plutôt que les parties elles-mêmes.

§ 2 : Les dispositions spéciales

35. Presque toutes les dispositions du Code de procédure civile de 1806 concernaient la régulation du formalisme procédural. Nous nous limiterons donc à celles sanctionnant certains vices de procédure, car elles constituent le coeur de la réglementation. Différentes catégories peuvent être identifiées. Plusieurs d'entre elles s'inscrivent dans le prolongement des principes généraux énumérés aux articles 1029 à 1031. Certaines dispositions constituent ainsi l'indispensable base légale d'une nullité (A). D'autres créent des cas de déchéance (B) ou précisent le régime des sanctions pécuniaires dans un cas précis (C). Finalement, on rencontre également des sanctions isolées ne possédant pas d'ancrage dans les dispositions générales (D).

A) Les dispositions prévues à peine de nullité

36. La lecture du Code de procédure civile de 1806 révèle une liste importante de dispositions prévues « à peine de nullité ». Celles-ci ne sont toutefois réparties au hasard. On constate ainsi que les formalités prévues à peine de nullité se retrouvent essentiellement en matière d'exploits et de significations (1), d'enquête par témoins (2) et de voies d'exécution (3).

1) Les exploits et les significations

37. Les formalités de l'ajournement devant le tribunal civil sont presque toutes prévues à peine de nullité, qu'elles fixent le contenu de l'exploit⁷⁷ ou les modalités de sa signification⁷⁸. Les mentions devant figurer dans l'exploit firent d'ailleurs l'objet de débats lors de l'élaboration du Code de procédure civile. Il en ressort que ses auteurs avaient le souci d'éviter les excès de formalisme, notamment en s'abstenant de multiplier

⁷⁷ Art. 61, 64 et 65 CPC 1806. L'art. 62 règle la question des frais lorsque l'huissier doit se déplacer pour signifier l'acte, il s'agit d'une disposition ayant pour vocation exclusive de contraindre économiquement la partie demanderesse à recourir aux services d'un huissier proche du domicile de son défendeur (cf. LOCRÉ, vol. 1, p. 158). Pour cette raison, il était hors de question d'envisager la nullité.

⁷⁸ Art. 66 et 68 à 70 CPC 1806.

à l'infini les mentions obligatoires⁷⁹. La procédure de signification des jugements de première instance contient également plusieurs dispositions à peine de nullité. Il en va ainsi de l'obligation de signifier le jugement à l'avoué d'une partie avant de le signifier à la partie elle-même⁸⁰ ou de l'obligation d'élire domicile dans la commune où réside la partie défaillante pour y notifier un jugement par défaut rendu par un tribunal de commerce⁸¹. Cette dernière cause de nullité possède d'ailleurs une justification bien précise. Elle est la conséquence du fait que les jugements par défaut des tribunaux de commerce sont exécutoires un jour après leur signification et ce jusqu'à ce qu'il soit fait opposition dans le délai ordinaire. Il est donc important que la partie défaillante puisse notifier au plus vite son opposition afin d'empêcher que l'exécution forcée ne soit menée à terme avant que son adversaire n'ait pris connaissance de l'acte. Cela explique qu'elle doive être en mesure de s'adresser à un domicile élu dans sa commune⁸².

38. D'autres actes introductifs d'instance sont également constellés de nullités. Tel est le cas de l'opposition par un tiers revendiquant les biens saisis⁸³, ou de l'opposition aux scellés⁸⁴. Le contenu de l'acte d'appel, un exploit d'huissier adressé par l'appelant à l'intimé, est également prescrit à peine de nullité⁸⁵ sans qu'on ne puisse toutefois comprendre, à la simple lecture du texte légal, si seule la signification à personne ou à domicile est prévue à peine de nullité, ou si cette sanction concerne

⁷⁹ LOCRÉ, vol. 1, p. 155-156. Initialement il était également question de faire figurer la profession du défendeur dans l'exploit d'ajournement devant le tribunal civil. Les Cours d'appel d'Agen, de Liège, de Poitiers et de Trèves s'y opposèrent au motif que « *ce serait trop compliqué* », certaines demandant même que la mention du domicile du demandeur fût supprimée. Finalement seule l'obligation d'indiquer la profession disparu et les motifs donnés, (LOCRE, vol. 1, p. 157), furent les suivants: « *Il est en effet difficile que le demandeur ne connaisse pas le domicile de l'homme avec lequel il a traité, mais il se peut très bien qu'il ne connaisse pas exactement sa profession, car on voit beaucoup de personnes, et surtout des capitalistes, qui n'ont pas réellement de profession déterminée. Or il eût été injuste de prononcer la nullité contre un demandeur, parce qu'il se seroit trompé sur un fait que personne ne sait d'une manière certaine. Relever de la nullité quand il y aurait d'ailleurs désignation suffisante, ou ne l'admettre que lorsque la profession non énoncée auroit été connue, c'eût été engager des questions interminables et multiplier à l'infini les incidents* ». Ainsi il ressort clairement de passage que les auteurs du Code de procédure civile entendaient limiter les formalités et les incidents auxquelles elles donnent lieu. La question des mentions qui devaient figurer dans l'exploit d'ajournement en matière immobilière et mixte fit l'objet de nombreux débats et finalement le texte de l'art. 64 fut retenu au motif que « *cet article portant la peine de la nullité, c'est une raison de plus de ne pas multiplier sans nécessité les énonciations qui doivent se trouver dans l'exploit* » (LOCRE, vol. 1, p. 160). On retrouve un raisonnement semblable à propos de l'art. 68 CPC 1806 dont le caractère laconique s'explique par le fait que « *la section avoit d'abord eu la pensée d'ajouter que le maire transmettroit la copie à la partie ; mais il eût fallu aussi l'ajouter pour le voisin ; et, dans les deux cas, c'eût été augmenter les difficultés et multiplier les nullités, sans pouvoir même en fixer le terme* » (LOCRE, vol. 1, p. 176) ce qui constitue une preuve supplémentaire des intentions du législateur.

⁸⁰ Art. 147 CPC 1806.

⁸¹ Art. 435 CPC 1806.

⁸² ROGRON, com. ad art. 435

⁸³ Art. 608 CPC 1806.

⁸⁴ Art. 926 CPC 1806.

⁸⁵ Art. 456 CPC 1806.

également le contenu de l'acte⁸⁶. En ce qui concerne la procédure de prise à partie, la requête doit être accompagnée d'une procuration spéciale ainsi que des pièces justificatives, toujours à peine de nullité. A notre avis, on peut également rattacher à la catégorie des actes introductifs d'instance le compromis arbitral qui doit, à peine de nullité, désigner l'objet de la procédure arbitrale et le nom des arbitres⁸⁷, car c'est par lui que s'ouvre la procédure arbitrale⁸⁸.

2) L'enquête par témoins devant le tribunal civil

39. La nullité apparaît presque systématiquement pour sanctionner les formalités de l'enquête par témoins ayant lieu dans les affaires soumises au tribunal civil⁸⁹. La méfiance du législateur à l'égard de la preuve par témoins est notoire⁹⁰. Les multiples causes de nullité n'en sont que la consécration dans le domaine de la procédure.

40. En soumettant l'audition de témoins dans un procès à des formalités nombreuses et complexes, le législateur a cherché, non seulement à décourager le recours à ce moyen de preuve, mais il a aussi tenté de donner des garanties de crédibilité aux déclarations en imposant des sanctions strictes en cas de vice de procédure. On en veut pour preuve l'article 293 prévoyant l'impossibilité de reprendre l'enquête annulée par faute de l'avoué ou de l'huissier, disposition surprenante introduite par peur que les parties ne commettent volontairement un vice de procédure, de manière à obtenir la nullité d'une enquête qui les dérange afin de la reprendre après avoir suborné les témoins⁹¹.

41. Malgré tout, les auteurs du Code demeuraient préoccupés par la recherche d'un formalisme adéquat. Ainsi se sont-ils empressés de tempérer, à l'article 294, les rigueurs que l'article 293 laissait présumer, en proclamant que « *la nullité d'une ou de plusieurs dépositions n'entraîne pas celle de l'enquête* ». Un certain équilibre était donc

⁸⁶ Il s'agit, en fait, d'un problème de virgules. Voy. le texte de l'article : « *L'acte d'appel contiendra assignation dans les délais de la loi, et sera signifié à personne ou domicile, à peine de nullité* ».

⁸⁷ Art. 1006 CPC 1806.

⁸⁸ Cf. art. 1007 CPC 1806 au terme duquel la procédure arbitrale est faite pour durer trois mois dès l'adoption du compromis.

⁸⁹ Art. 257, 260 à 262, 269 à 275, 278, 280, 292 à 294 CPC 1806.

⁹⁰ Cf. art. 1341 C. civ. BORDEAUX, p. 386, mentionne la « *sage antipathie de la loi française pour la preuve testimoniale* » ; LAVIELLE, p. 158, considère que « *la preuve testimoniale est assez dangereuse en elle-même pour qu'on doive soigneusement éviter de la rendre plus dangereuse encore par la manière de la recueillir et de la constater* ». Sur les origines de cette défiance : SELIGMAN, p. 192-193. Le Code de procédure civile s'inscrit dans le prolongement de l'Ordonnance de 1667 : DUVAL, pp. 233 ss.

⁹¹ LOCRE, vol. 1, p. 505 : « *Et que deviendra la sévérité avec laquelle la loi prescrit les délais, si l'avoué peut ainsi rendre à son client tous les moyens de séduction que la loi a voulu lui enlever, si celui-ci, peu satisfait de ses premières tentatives sur la foi des témoins, peut ainsi se procurer les moyens de se livrer à de nouvelles manœuvres, s'il ne lui faut que le léger sacrifice de quelques frais. Cette seule observation répond à tout, et justifie la sagesse de l'article* ».

préservé, non sans une certaine dose d'illogisme. Si l'impossibilité de refaire une enquête dans sa globalité est justifiée par la peur d'une subornation, comment peut-on considérer que ce risque est écarté lorsqu'il s'agit d'une déposition isolée ? Par ailleurs, l'enquête par témoins n'étant pas effectuée lors de la première audience devant le tribunal, les parties auront toujours la possibilité de se livrer à leurs manœuvres frauduleuses immédiatement après l'introduction d'instance, ou même avant celle-ci.

3) Les voies d'exécution

42. Les procédures civiles d'exécution recèlent également un grand nombre d'articles dont la violation est sanctionnée par la nullité. Les mentions devant figurer dans un exploit de saisie-arrêt⁹², de saisie d'une rente⁹³, ou d'opposition sur le prix de la vente dans la saisie-exécution⁹⁴ sont toutes prescrites à peine de nullité. Il en va de même de l'obligation d'assigner en validité en cas de saisie-arrêt⁹⁵. La saisie immobilière est à ce point truffée de dispositions prévues à peine de nullité qu'un article tout entier a été consacré par les rédacteurs du code à les énumérer⁹⁶. On se rend compte qu'il s'agit de presque tous les articles 673 à 708, soit de la partie allant du commandement préalable à l'adjudication sans incidents. Les travaux préparatoires ne mentionnent pas les raisons de cette accumulation de nullités qui paraissait alors parfaitement normale⁹⁷.

B) Les causes de déchéance

43. La déchéance n'apparaît qu'à deux reprises dans le texte du Code de procédure civile. Elle sanctionne les différents délais d'appel d'un jugement du tribunal civil⁹⁸ et frappe le demandeur en faux qui n'a pas signifié ses moyens au défendeur dans les huit jours du procès verbal d'inscription en faux⁹⁹. Tous les autres délais prévus par le Code ne sont pas prévus à peine de déchéance, sans toutefois qu'on puisse trouver dans les travaux préparatoires la raison d'une telle différence de traitement.

⁹² Art. 559 CPC 1806.

⁹³ Art. 637 CPC 1806.

⁹⁴ Art. 609 CPC 1806.

⁹⁵ Art. 565 CPC 1806. Ici la formulation est légèrement différente: « *Faute de demande en validité, la saisie ou opposition sera nulle...* », à notre avis il ne s'agit que d'un détail littéraire et la sanction envisagée est bien la même que celle imposée par le recours au brocard « *à peine de nullité* ».

⁹⁶ Art. 717 CPC 1806, qui frappe de nullité la saisie immobilière au cours de laquelle sont violés les art. 673 à 677, 680 à 685, 687, 695 à 697, 699 à 703 al. 1 et 704 à 708 CPC 1806.

⁹⁷ Cf. LOCRÉ, vol. 3, p. 226 : « *L'orateur du Conseil a fait observer que cet article qui termine le titre, et qui en est en quelque sorte la disposition pénale, empêchera bien des contestations de naître au moyen de ce qu'il énonce avec précision quelles sont celles des formalités prescrites par la loi qui doivent être observées à peine de nullité* ». Les propos paraissent d'autant plus étranges que la quasi-totalité des formalités ont été prescrites à peine de nullité si bien qu'on voit mal quelle place serait restée pour une éventuelle interprétation contraire.

⁹⁸ Art. 444 CPC 1806 : « *Ces délais emporteront déchéance....* ».

⁹⁹ Art. 229 CPC 1806.

C) Les autres sanctions pécuniaires et disciplinaires

44. Plusieurs dispositions permettent de condamner les parties à payer des dommages et intérêts lorsqu'elles commettent des vices de procédure auxquels l'article 1031 n'est pas applicable¹⁰⁰. Dans d'autres cas, le législateur entend faire respecter aux parties un certain découpage du temps de la procédure sans toutefois aller jusqu'à rejeter leurs actes de procédure pour tardiveté. Ainsi, l'article 81 limite le nombre de mémoires échangés entre les parties avant la première audience devant le tribunal civil. Cette disposition prévoit qu'elles doivent limiter leur exposé à l'exploit d'ajournement, les défenses et la réponse du demandeur. Le tribunal n'est toutefois pas contraint de refuser d'autres mémoires, mais il est interdit aux parties d'en réclamer le paiement au titre des dépens¹⁰¹. Un mécanisme similaire est retenu pour la rédaction des productions lors de la procédure d'instruction par écrit¹⁰², pour limiter le nombre d'avenirs à plaider¹⁰³ ou obliger les parties à exposer en une seule fois leurs demandes incidentes¹⁰⁴.

D) La sanction d'autres vices de procédure

45. Aux multiples sanctions que nous venons d'exposer, viennent s'en ajouter d'autres qui comblent les derniers espaces vides au sein de la systématique du Code de procédure civile. Bien que dépourvues de toute théorie générale, celles-ci sont pourtant régulièrement mentionnées dans le texte légal. Il s'agit de l'irrecevabilité (1), du « *non-avènement* » des actes de procédure (2), de la poursuite de la procédure en l'absence de l'acte vicié (3), de l'invalidité (4) et, finalement, de la forclusion (5).

1) L'irrecevabilité

46. Bien qu'aucune disposition générale ne lui soit consacrée, l'irrecevabilité constitue la sanction des vices de procédure la plus fréquente après la nullité. Elle apparaît régulièrement dans le Code de procédure civile, tout particulièrement à propos des délais pour recourir¹⁰⁵ ou des formalités de recours¹⁰⁶. Elle est également utilisée pour

¹⁰⁰ Voy. art. 289, 562, 799 et 826 CPC 1806.

¹⁰¹ Tel est le sens de l'expression « *ne passera pas en taxe* ».

¹⁰² Art. 102 CPC 1806.

¹⁰³ Art. 82 CPC 1806.

¹⁰⁴ Art. 338 CPC 1806.

¹⁰⁵ Art. 16 (délai pour appeler d'un jugement de la justice de paix), 157 (délai pour s'opposer à un jugement par défaut faute de plaider), 449 (interdiction d'interjeter appel avant un délai de huit jours si le jugement n'est pas exécutoire par provision), 455 (interdiction d'interjeter appel pendant le délai d'opposition), 730 (délai d'appel d'un jugement rendu sur une demande en distraction des biens immeubles saisis), 763 (délai d'appel d'un jugement statuant sur l'ordre entre créanciers) et 809 (délai pour appeler d'une ordonnance de référé).

¹⁰⁶ Art. 160 (l'opposition doit être interjetée par acte d'avoué à avoué), 451 al. 1 (recevabilité de l'appel contre un jugement interlocutoire exécuté sans réserve), 453 (irrecevabilité de l'appel d'un jugement qualifié à tort comme étant

sanctionner l'obligation du préliminaire de conciliation lorsque la procédure est portée devant le tribunal civil¹⁰⁷. On la retrouve en matière d'action possessoire, en ce qui concerne l'interdiction du cumul du possessoire et du pétitoire¹⁰⁸ ou l'obligation d'ouvrir action dans l'année du trouble¹⁰⁹. Finalement, elle sanctionne l'obligation d'indiquer les moyens de preuve à l'appui de reproches dirigés contre un témoin et qui ne découlent pas d'un acte écrit¹¹⁰.

47. Le recours relativement fréquent à l'irrecevabilité peut s'expliquer par la lecture des travaux préparatoires du Code de procédure civile. Un des projets élaborés avait prévu un moyen de défense particulier intitulé « *fin de non-recevoir* »¹¹¹. Celui-ci devait être soulevé préalablement à toute défense sur le fond. Le libellé du texte indique clairement que la fin de non-recevoir se confondait en fait avec l'irrecevabilité. De l'avis des auteurs du Code de procédure civile, cette institution rappelait cependant trop les problèmes rencontrés sous l'empire de l'Ordonnance de 1667 à propos des nombreuses fins de non-recevoir, fin de non-valoir ou fin de non-procéder. Il fut donc décidé de supprimer cette disposition¹¹². Mais les différentes causes d'irrecevabilités furent maintenues pour des raisons que nous ignorons. Il se peut même que cela ait été un simple oubli.

2) Le « *non avènement* » des actes de procédure

48. A certains endroits, le législateur a assorti la commination de la nullité de l'expression « *et non venu* ». Il est difficile de savoir s'il entendait simplement renforcer, par un artifice de rhétorique, la nullité ou s'il s'agit d'une sanction particulière. Nous pensons qu'il s'agit d'une forme particulière de sanction, dans la mesure où l'expression est utilisée dans un contexte précis.

49. L'article 360 du Code de procédure civile prévoit ainsi que l'admission du désaveu a pour conséquence que le jugement rendu est tenu pour « *annulé et comme non*

en premier ressort), 454 (recevabilité de l'appel d'un jugement se prononçant sur la compétence dans une matière sur laquelle il statue en dernier ressort), 495 (irrecevabilité de la requête civile où la consultation prévue ne contient pas l'avis conforme des avocats et les ouvertures possibles) et 873 (irrecevabilité de la tierce opposition formée par les créanciers du mari lorsque le jugement de séparation a fait l'objet d'une publicité adéquate).

¹⁰⁷ Art. 48 CPC 1806.

¹⁰⁸ Art. 26 CPC 1806.

¹⁰⁹ Art. 23 CPC 1806.

¹¹⁰ Art. 289 CPC 1806.

¹¹¹ LOCRÉ, vol. 1, p. 367 parle d'un article 185 du projet communiqué au Tribunat qui était libellé ainsi : « *Le défendeur qui soutiendra le demandeur non recevable en sa demande, sera tenu de proposer cette exception avant toute défense au fond* ».

¹¹² LOCRÉ, *ibid.* Voy. également : DUVAL, p. 341.

avenue ». Les auteurs du texte légal voulaient obtenir l'annulation du jugement obtenu sur la base d'actes de procédure frappés accomplis par un *falsus procurator* sans que la partie lésée ne doive exercer un recours contre le jugement¹¹³. L'article 162 consacre un mécanisme similaire en matière d'opposition déclarée au moment de l'exécution à un jugement rendu par défaut. Celle-ci doit être réitérée dans les trois jours par assignation devant le tribunal de commerce, sous peine de permettre au créancier de poursuivre l'exécution du jugement. La disposition permet d'éviter d'avoir à attendre que le tribunal saisi se soit éventuellement prononcé sur la tardiveté de l'opposition. Ces deux exemples nous montrent que l'acte « *annulé et non avenue* » s'apparente à un acte inexistant vu que la nullité n'a pas besoin d'être prononcée par le tribunal.

50. Puis viennent d'autres cas où une partie, négligeant un délai ou une formalité, se voit opposer la fin de la procédure sans qu'il ne soit fait clairement mention d'une éventuelle irrecevabilité. C'est le cas du défendeur à une procédure d'inscription en faux qui ne répond pas dans les huit jours, permettant ainsi au demandeur de faire rejeter la pièce¹¹⁴. Tel est également le sort de la partie demandant la récusation d'un expert, et qui n'expose pas ses moyens de récusation ainsi que les preuves s'y rapportant¹¹⁵. Dans des situations similaires, la procédure est close au détriment de la partie négligente. C'est ainsi que l'administration d'un établissement public omettant de nommer un agent pour répondre à l'interrogatoire sur faits et articles, ou ne lui conférant pas un pouvoir spécial à cet effet, est réputée admettre les faits sur lesquels elle est interrogée¹¹⁶. Dans la même ligne, le tiers saisi qui ne fait pas sa déclaration à temps sera déclaré débiteur pur et simple des causes de la saisie¹¹⁷. L'avoué qui n'aura pas donné le nom du véritable adjudicataire dans les trois jours sera réputé l'être en son propre nom¹¹⁸.

3) La poursuite de la procédure en l'absence de l'acte vicié

51. On rencontre dans le Code de procédure civile plusieurs cas de figure où la procédure poursuit simplement son cours en présence d'un vice de procédure, sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à d'autres démarches. Tel est le cas de plusieurs délais de

¹¹³ LOCRE, vol. 2, p. 21 : « *L'effet du désaveu déclaré valable sera d'annuler les dispositions du jugement qui y ont donné lieu* ».

¹¹⁴ Art. 230 CPC 1806.

¹¹⁵ Art. 309 CPC 1806.

¹¹⁶ Art. 336 CPC 1806.

¹¹⁷ Art. 577 CPC 1806. Le procédé se retrouve en matière de saisie de rentes: art. 638 CPC 1806.

¹¹⁸ Art. 709 CPC 1806.

procédure, plus particulièrement ceux prévus pour l'échange d'écritures entre avoués au cours de la procédure ordinaire devant le tribunal civil¹¹⁹, pour la remise des pièces lors du délibéré¹²⁰, pour les productions dans l'instruction écrite¹²¹ ou, encore, pour la communication des observations dans la procédure de liquidation des dommages et intérêts¹²². Si la partie appelante d'un jugement de récusation ne communique pas au tribunal de première instance, dans le mois qui suit, l'état de la procédure d'appel, elle ne peut plus s'opposer à la reprise de la procédure au fond¹²³.

4) L'invalidité

52. L'invalidité d'un acte comme sanction d'un vice de procédure n'est mentionnée qu'à une seule reprise dans le Code de procédure civile. A l'article 561 il est dit que la saisie-arrêt de fonds détenus par des organismes public¹²⁴ « *ne sera point valable* » si l'exploit n'est pas adressé à la personne préposée pour le recevoir et signée par elle, ou par le procureur, en cas de refus. Les travaux préparatoires n'indiquent pas si l'invalidité en question est assimilée à la nullité.

5) La forclusion

53. La forclusion n'apparaît qu'à trois reprises. On trouve aux articles 660, 664 et 756 du Code les expressions « *à peine de forclusion* » et « *forclos* ». Celles-ci sont utilisées pour sanctionner les délais en matière d'ordre et de procédure de distribution entre les créanciers. Cependant la forclusion prévue par l'article 756 n'est pas absolue, car les productions tardives sont admises mais aux frais des créanciers. Les travaux préparatoires relèvent que sur ce point les auteurs du Code de procédure civile estimaient qu'il était excessivement formaliste de ne pas autoriser les productions tardives tant et aussi longtemps que la procédure d'ordre n'était pas encore close¹²⁵.

¹¹⁹ Art. 79 et 80 CPC 1806.

¹²⁰ Art. 94 CPC 1806.

¹²¹ Art. 98 à 101 CPC 1806.

¹²² Art. 524 CPC 1806, il s'agit d'une procédure calquée sur la procédure ordinaire devant le tribunal civil, mais qui est directement menée d'avoué à avoué.

¹²³ Art. 396 CPC 1806.

¹²⁴ Le texte du Code parle des « *receveurs, dépositaires ou administrateurs de caisses ou deniers publics* », il s'agissait en fait de faire preuve d'exhaustivité et de nommer tous les organismes publics susceptibles de détenir, à l'époque, des fonds pour le compte de personnes privées.

¹²⁵ LOCRÉ, vol. 3, p. 349 : « *Tant que l'ordre n'est point clos, il seroit injuste de rejeter un créancier parce qu'il se présenteroit après les délais indiqués; mais il seroit également injuste de ne pas lui faire supporter, et les frais auxquels sa production tardive aura donné lieu, et les intérêts que le retard aura fait courir* ».

Section 2 : L'esprit général du Code de procédure civile de 1806

54. L'esprit général du Code de procédure est frappé par une tension inhérente entre la suprématie proclamée du texte légal (§ 1) et les limites de celui-ci (§ 2). Cette contradiction est à l'origine de la plupart des problèmes que la pratique judiciaire devra résoudre ultérieurement.

§ 1 : La suprématie du texte légal

55. Les travaux préparatoires du Code de procédure révèlent que ses auteurs éprouvaient une profonde méfiance à l'égard des magistrats et des officiers ministériels (A). En revanche, le souci d'éviter une trop grande rigueur formelle ressort nettement (B).

A) La méfiance à l'égard des professionnels du procès civil

56. La lecture des travaux préparatoires révèle que le souci premier des auteurs du Code de procédure civile fut d'imposer une discipline stricte aux officiers ministériels et aux magistrats. Les propos utilisés à ce propos sont extrêmement sévères. Ainsi on parle de la « *négligence des tribunaux sur la stricte observation du Code* » qui « *ne tendroit à rien moins qu'à ruiner les familles, et priver la magistrature de la considération dont elle doit jouir* »¹²⁶. On y blâme « *l'impéritie ou l'avidité d'officiers ministériels qui s'occupent plus de leur intérêt personnel que de celui de leurs clients* » tout en promettant qu'« *un abus aussi scandaleux devra disparaître* »¹²⁷. Les professionnels du droit sont donc considérés comme une source de problème. L'élaboration du Code de procédure civile est ainsi marquée par « *la peur du juge omniprésente* »¹²⁸. On peut y voir l'influence des profondes rivalités entre la noblesse de robe, incarnée par le Parlements de l'Ancien Régime, et le pouvoir royal centralisateur¹²⁹ mais aussi, la volonté de reprendre le contrôle de la magistrature par l'intermédiaire de « *juges-fonctionnaires* » et de mettre

¹²⁶ LOCRÉ, vol. 1, p. 373. Il s'agit des propos tenus par l'orateur du Tribunal concluant l'examen des neuf premiers livres du titre deux.

¹²⁷ LOCRÉ, vol. 5, p. 7, à propos de l'art. 1031 CPC 1806.

¹²⁸ DUVAL, p. 164.

¹²⁹ Voy. sur cette question : GODIN, pp. 15 ss qui explique les origines prérévolutionnaires de cet « *effacement du juge par rapport à la loi* ». En ce sens également : DAUCHY, p. 80-81 pour qui, « *le Code de procédure civile poursuivait dans ce sens l'œuvre engagée par l'Ordonnance de 1667* » et VINCENS, p. 61-63. Voy. également, concernant l'Ordonnance de 1667, ROYER, p. 34-35.

ainsi fin aux audacieuses, et souvent désastreuses, expérimentations de la période révolutionnaire¹³⁰.

57. Au vu de ce qui précède, il était donc logique que les auteurs du Code de procédure civile de 1806 aient voulu retirer toute marge de manœuvre aux juridictions lors de la mise en œuvre de la législation, car « *les formes doivent [...] encadrer de manière rigide l'action des différents protagonistes du procès* »¹³¹. On comprend ainsi pourquoi le régime des nullités combine la rigueur (« *aucune nullité n'est comminatoire* ») et la nécessité impérative d'une base légale (« *pas de nullité sans texte* »)¹³². Il s'agit de veiller à ce que le texte légal soit appliqué de manière bureaucratique, sans que les tribunaux ne puissent adapter la marche de la procédure aux circonstances de l'espèce¹³³. S'il y a excès de formalisme, c'est à la loi elle-même de prévoir les moyens d'y obvier, et non au juge, qui ne doit jamais se départir de sa « *neutralité complète* »¹³⁴. Les parties ne sauraient plaider devant les tribunaux l'excès de formalisme, car seul le législateur est autorisé à prendre les mesures nécessaires. Le texte du Code de procédure civile de 1806 ne leur reconnaît donc pas de droit subjectif à un procès civil dépourvu de formalisme excessif. Cela impliqueraient, en effet, que le juge soit en mesure d'écarter, dans un cas concret, certaines dispositions du texte légal. La codification était donc baignée d'un « *légalisme* »¹³⁵ sévère.

B) La sollicitude à l'égard des parties

58. Il est indiscutable que les rédacteurs du Code de procédure civile avaient en tête la nécessité d'éviter l'excès de formalisme¹³⁶, à tout le moins dans la mesure du raisonnable selon les conceptions de l'époque¹³⁷. Le législateur a fait preuve d'une indéniable sollicitude à l'égard des parties, en veillant à « *la protection de l'intérêt des*

¹³⁰ SOLIMANO, p. 47-48 ; DAUCHY, p. 79.

¹³¹ DUVAL, p. 165. Voy. également : DAUCHY, p. 80.

¹³² Cf. supra, n° 24 ss.

¹³³ Voy. DAUCHY, p. 81 qui rapproche la solution adoptée par les auteurs du Code de procédure civile du dilemme relevé par BENTHAM entre une procédure peu formelle, mais où les pouvoirs du juge sont considérables, et une procédure stricte bridant la marge d'appréciation de celui-ci.

¹³⁴ DAUCHY, p. 83.

¹³⁵ L'expression revient plusieurs fois sous la plume de DAUCHY, pp. 79 ss.

¹³⁶ GODIN, pp. 26 ss.

¹³⁷ Et cette conception était loin d'être uniforme. Consultées sur le projet de Code de procédure civile de 1806, la plupart des juridictions critiquèrent son formalisme : Blandine HERVOUËT, Le projet de Code vu par les cours d'appel et la Cour de cassation, in Joël HAUTEBERT/Sylvain SOLEIL (dir.), Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe, Tome 1 : Le Code de 1806 et la procédure civile en Europe – Le décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe, Actes du colloque organisé à Rennes les 9 et 10 novembre 2006, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2007, pp. 57 ss, spécialement p. 68.

plaideurs »¹³⁸. Le Code de procédure civile n'était donc pas un recueil de formalités stériles et de délais accablants. Les travaux préparatoires laissent paraître à de multiples reprises le souci de simplifier la procédure pour favoriser le bon déroulement de l'instance¹³⁹. L'oralité se vit ainsi reconnaître une plus grande importance que sous l'empire de l'Ordonnance de 1667¹⁴⁰.

59. S'agissant plus particulièrement de l'objet de notre étude, nous relèverons que les formalités sanctionnées par la nullité n'ont pas été prévues au hasard et qu'il existe une véritable politique législative en la matière (1). Nous démontrerons, par ailleurs, que les autres sanctions en matière de vice de procédure témoignent également de la volonté d'éviter l'excès de formalisme (2).

1) Le choix des formalités sanctionnées par la nullité

60. On observe d'emblée que la nullité n'est prévue pour aucune des règles de forme régissant la procédure devant le juge de paix. Il ne s'agit pas d'un hasard, les parties étant censées se défendre sans l'assistance d'un professionnel du droit¹⁴¹. Les nullités se concentrent donc dans la procédure devant le tribunal civil, directement héritée de l'Ordonnance de 1667¹⁴².

61. Même dans ce cas, le choix des formalités sanctionnées par la nullité est limité aux actes de procédure les plus importants. S'agissant ainsi de la rédaction et de la signification de l'acte introductif d'instance, les auteurs du Code prennent la peine de justifier le fait que toutes les formalités sont prévues à peine de nullité. A leurs yeux¹⁴³, *« la matière des ajournements est d'une telle importance, que les législateurs ont toujours pris le plus grand soin à la régler »*, car *« il est indispensable que celui qui est traduit devant un tribunal, sache ce qu'on lui demande; de quelle part cette demande vient; sur quoi elle est fondée; quand il doit y répondre, et que est le tribunal qui doit le juger »*. Il

¹³⁸ GODIN, pp. 28 ss.

¹³⁹ Cf. WIEDERKEHR, Les exposés des motifs, p. 98.

¹⁴⁰ DAUCHY, pp. 84 ss.

¹⁴¹ Les articles du Code relatifs à la justice de paix ne sont que la reprise presque littérale des dispositions des Lois du 24 août 1790 et du 9 ventôse an IX. A l'instar des autres dispositions révolutionnaires et matière de droit judiciaire, ces deux lois tendaient à limiter au maximum les formalités mises à charge des plaideurs : LOCRÉ, vol. 1, p. 23.

¹⁴² Les dispositions relatives au tribunal civil étaient fortement inspirées de la procédure civile de l'Ancien Régime. Cf. Henry François RIVIÈRE/Faustin HÉLIE/André WEISS, Code de procédure civile annoté des arrêts de la Cour de cassation et des circulaires ministérielles, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1914, pp. 191 ss. Il est symptomatique de voir que ces auteurs sont en mesure de citer l'Ordonnance de 1667 au regard de presque toutes les dispositions pertinentes. En revanche, cela ne veut pas encore dire que le Code de 1806 ait constitué une pure amélioration linguistique de l'Ordonnance de 1667. On rencontre, en effet, un certain nombre d'améliorations, la nouvelle législation ayant *« imposé une nouvelle physionomie du procès civil »* (DAUCHY, p. 88).

¹⁴³ LOCRÉ, vol. 1, p. 149.

leur paraît donc indispensable de prononcer la nullité des exploits présentant un vice de forme, car les erreurs mettraient nécessairement le défendeur « *dans l'impossibilité de se défendre* »¹⁴⁴. On peut certes discuter la question de savoir si leurs soucis ne sont pas exagérés, toute irrégularité dans la rédaction d'un exploit d'ajournement n'étant pas toujours de nature à empêcher le défendeur de se faire entendre en justice. Cela ne remet toutefois pas en cause le but clairement affiché par les auteurs du Code de procédure civile. Tout au plus peut-on penser qu'ils ont pêché par excès de précaution.

62. Des principes similaires se retrouvent en matière d'enquête par témoins devant le tribunal civil et de voies d'exécution immobilières. Nous avons déjà relevé la méfiance du législateur à l'égard des témoins¹⁴⁵, méfiance qui s'est traduite par la multiplication des causes de nullité¹⁴⁶. Quant à la saisie immobilière, la rigueur des auteurs du code de procédure civile s'explique certainement par la volonté de ne pas dépouiller à la légère le propriétaire d'un bien considéré comme la seule véritable source de richesse dans une société encore peu industrialisée.

2) Le choix des sanctions concernant les autres vices de procédure

63. Les autres dispositions du Code de procédure civile témoignent également de la nécessité d'éviter le formalisme excessif. Les rédacteurs du Code ne voulaient pas ignorer les vices de procédure n'emportant pas nullité. Ils souhaitaient toutefois recourir à une sanction qui ne soit pas aussi radicale. Le choix du législateur s'est fréquemment tourné vers l'amende, les sanctions disciplinaires ou les dommages-intérêts, soit autant de sanctions qui interviennent sans remettre en cause le lien d'instance.

64. Cette orientation législative est appliquée de manière créative. Les mémoires supplémentaires précédant la première audience devant le tribunal civil ne sont pas rejetés, mais uniquement exclus de la taxe des dépens, car « *si une partie, après avoir épuisé les écritures qui y entrent, s'aperçoit qu'elle a oublié de faire valoir une partie de ses moyens, ou de produire tous les pièces nécessaires à sa cause, il doit lui être permis de réparer cette omission* »¹⁴⁷. Les auteurs du Code de procédure civile de 1806

¹⁴⁴ LOCRÉ, *ibid.*

¹⁴⁵ Cf. supra, n° 39 ss.

¹⁴⁶ Cf. supra, n° 39

¹⁴⁷ LOCRÉ, vol. 1, p. 192. Telle était déjà la solution sous l'empire de l'Ordonnance de 1667 : DUVAL, p. 266. Voy. également LOCRÉ, vol. 1, p. 260: « *On ne peut interdire à une partie le droit de produire de nouvelles pièces, quoique ce soit malheureusement une occasion fréquente d'abus ; mais de même c'est une bonne précaution que de défendre*

voulaient ainsi décourager les procédés dilatoires, tout en évitant qu'une partie n'ait à payer trop sévèrement le prix de ses erreurs. Nous retrouvons ici une manifestation supplémentaire du souci d'équilibre et de modération qui présida à l'élaboration du Code, même s'il n'a pas toujours été reconnu par la doctrine¹⁴⁸.

§ 2 : Les risques d'un texte légal absolutiste

65. En choisissant d'imposer aux parties le stricte respect d'un texte légal, « *les rédacteurs du Code se condamnaient eux-même à faire une œuvre parfaite sans erreur ni lacune, et malheureusement on s'apercevra rapidement qu'ils avaient présumés de leurs forces.* »¹⁴⁹ La simple lecture du texte légal permet, en fait, de se rendre compte des problèmes sous-jacents. Ceux-ci peuvent provenir de lacunes dans la rédaction du texte lui-même (A), ou être la conséquence des changements sociaux faisant apparaître certaines dispositions sous un jour discutable (B).

A) Les lacunes dans la rédaction du texte et leurs conséquences

66. Le texte du Code de procédure civile n'est pas exempt de lacunes et d'imprécisions. Le régime des nullités est certes bien élaboré, mais il présente tout de mêmes ses faiblesses. Ainsi, l'absence de signature d'un exploit d'huissier n'est pas une cause de nullité, « *bien qu'elle soit incontestablement indispensable pour établir l'authenticité de cet acte* », alors que les erreurs sur le domicile, ou l'orthographe du nom, peuvent emporter nullité¹⁵⁰. Les autres conséquences des vices de procédure ne font pas l'objet d'un traitement aussi exhaustif. Le statut procédural de la déchéance pose problème. Bien que mentionnée à l'article 1029 du Code de procédure civile, elle n'est toutefois prévue qu'à deux reprises¹⁵¹. A cela viennent s'ajouter toutes les autres expressions utilisées de manières isolées (forclusion, non avènement, invalidité), soit

aux parties de faire, sous ce prétexte des requêtes de productions, et de nouvelles écritures. Au premier coup d'œil il peut paraître étonnant qu'on interdise de nouvelles écritures là où il est permis de produire de nouvelles pièces ; mais il faut observer que les nouvelles pièces sont toujours accompagnées d'un état, et qu'on ne peut empêcher que l'état ne soit raisonné » (à propos de l'instruction par écrit).

¹⁴⁸ Voy., par exemple, VINCENS, p. 26-27 : « *on était donc en présence d'un système inadapté dont les textes prohibaient formellement la moindre contravention et qu'il était difficile d'améliorer puisqu'on ignorait complètement les idées générales qui avaient guidé le législateur dans sa généreuse distribution de textes concernant les formalités et détails techniques.* »

¹⁴⁹ VINCENS, p. 65. Voy. également COUTANT, p. 5 ; GAMBIER, p. 7.

¹⁵⁰ VINCENS, p. 67.

¹⁵¹ Cf. supra, n° 43.

autant de termes qui auraient mérité une définition plus précise, voir une mention dans les règles générales.

67. Ces imprécisions ne soulèvent pas de problèmes quand la jurisprudence peut en préciser la portée. Or les auteurs du Code de procédure civile entendaient justement retirer tout pouvoir d'appréciation aux tribunaux. Le respect de leur volonté rendrait impossible tout accommodement. Comme le fait remarquer VINCENS, « *tout ce qui est formalité précise, règle de détail, se révèle réfractaire à l'interprétation et à l'adaptation des textes en fonction de l'opportunité, de telle manière, qu'il leur arrive de devenir imparfaitement propres à atteindre le but que le législateur leur avait assigné.* »¹⁵² Le système ainsi créé était donc condamné. Le législateur aurait certainement été bien mieux inspiré s'il s'était rappelé, avec PORTALIS, que « *les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si étendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout* »¹⁵³, au lieu de vouloir « *tout prévoir, tout régler* »¹⁵⁴.

B) Le Code de procédure civile à l'épreuve des changements

68. Si les choix opérés par le législateur lors de la rédaction du Code peuvent être expliqués et justifiés, cela ne signifie pas pour autant qu'ils demeurent en adéquation avec la réalité sociale. Le souvenir amplement fantasmé des magistrats et de la basoche de l'Ancien Régime finit bientôt par s'estomper pour conduire à l'adoption de nouveaux paradigmes procéduraux. Un tel changement ne tarda d'ailleurs pas à se produire. La période de la Monarchie de juillet fut marquée par une volonté de réformes à caractère libéral¹⁵⁵. Sur le plan de la procédure civile, cette volonté se manifesta par une réforme législative en matière de saisie immobilière (1), avant de se traduire dans les dispositions introduisant la procédure civile française en Algérie (2). Bien que les premières grandes réformes du Code de procédure civile ne datent que des années trente du vingtième siècle, ces deux exemples démontrent qu'un peu moins de quarante ans après son adoption, la législation n'était plus adaptée au contexte socio-économique.

¹⁵² VINCENS, p. 25.

¹⁵³ Jean-Étienne-Marie PORTALIS, Discours préliminaire prononcé, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet de la commission du Gouvernement, publié in Pierre-Antoine FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome 1, Videcoq, Paris 1835, p. 469.

¹⁵⁴ VINCENS, p. 25.

¹⁵⁵ ROYER, pp. 489 ss.

1) La réforme de la saisie immobilière

69. La loi du 2 juin 1841 « *sur les ventes judiciaires de biens immeubles* » réforma de fond en comble la procédure de saisie immobilière. L'objectif poursuivi était avant tout de diminuer le nombre des formalités à respecter afin de modérer les coûts¹⁵⁶. Le problème de l'excès de formalisme et du rôle du juge était donc secondaire. Le régime de la nullité des actes de la saisie immobilière fut toutefois profondément remanié. Les modifications s'éloignent des principes généraux en matière de nullité.

70. Le législateur reconnaît implicitement aux tribunaux le droit de déterminer le cercle des personnes ayant intérêt¹⁵⁷ à demander l'annulation d'une saisie immobilière¹⁵⁸. Les jugements rendus sur un incident de nullité pour une cause postérieure à la publication du cahier des charges ne sont plus susceptibles d'appel¹⁵⁹. Le législateur considéra que rien ne justifiait un second examen des faits en degré d'appel, car les questions soulevées se résolvaient sans grandes difficultés¹⁶⁰. Cette idée est particulièrement intéressante. Pour la première fois, le législateur reconnaît que certaines formalités de la saisie immobilière sont plus simples que d'autres. Or les rédacteurs du Code de procédure civile portaient de l'idée que toutes les règles de forme en matière de saisie immobilière devaient être strictement respectées. Un changement de paradigme se dessinait donc en filigrane.

2) L'introduction de la procédure civile française en Algérie

71. Lors de la conquête de l'Algérie, le Code de procédure civile et l'organisation judiciaire françaises ne furent pas introduits tels quels dans les départements

¹⁵⁶ Voy. les explications figurant dans DEVILLENEUVE/CARETTE, p. 659, note de bas de page n° 1.

¹⁵⁷ Nouvel art. 717 al. 3 CPC 1806.

¹⁵⁸ DEVILLENEUVE/CARETTE, p. 664, note de bas de page 8 : « *C'est à la justice qu'il appartient d'apprécier les motifs de ceux qui se plaignent de l'inobservation des formes, et voilà pourquoi votre commission vous propose de décider, sans distinction entre le saisi et les créanciers, que les nullités prononcées par la loi pourront être proposées par tous ceux qui y auront intérêt* ».

¹⁵⁹ Nouvel art. 730 ch. 5 CPC 1806.

¹⁶⁰ DEVILLENEUVE/CARETTE, p. 666, note de bas de page 1 : « *Les nullités, à cette période de la procédure ne peuvent porter que sur ces formalités : ou l'on prétendra qu'elles n'ont pas été observées, ou que l'insertion et l'affiche n'ont pas été faites dans les délais, dans les lieux, dans les formes fixées par la loi. Quand le tribunal de première instance aura prononcé, il ne restera vraisemblablement pas de sujets sérieux de plainte. Si, ce qu'on ne peut supposer, il se rencontrerait un tribunal qui vint à décider qu'il ne fallait pas d'insertion ou d'affiche, ou que l'une et l'autre avaient été faites sans qu'on fût obligé d'en rapporter la preuve légale, la partie lésée ne serait pas désarmée ; il y aurait violation de la loi, et, par conséquent, droit de se pourvoir en cassation. La privation de l'appel ne porterait donc en réalité que sur le mode de publicité, la manière dont l'insertion aurait eu lieu et les affiches apposées* ».

nouvellement créés¹⁶¹. Le processus d'intégration progressive¹⁶² prit la forme d'une série d'Ordonnances royales adoptées entre 1834 et 1843. Certaines d'entre elles laissaient deviner une nouvelle conception de la procédure civile et du rôle des formalités.

72. L'article 59 de l'Ordonnance du 10 août 1834 prévoyait que les nullités d'actes de procédure étaient facultatives et que le juge pouvait, selon les circonstances, les accueillir ou les rejeter. Il ne s'agissait, ni plus ni moins, que d'écarter l'application de l'article 1029 du Code de procédure civile. Cette disposition fut reprise à l'article 69 de l'Ordonnance du 26 septembre 1842. Une troisième Ordonnance, du 16 avril 1843, intitulée « *Ordonnance du roi pour l'exécution, en Algérie, du Code de procédure civile* » remplaça à son tour l'Ordonnance de 1842. L'article 46 de celle-ci laissa toutefois subsister l'article 69 de l'Ordonnance du 26 septembre 1842, à l'exception des nullités prévues par le nouveau texte. Celles-ci ne furent toutefois qu'au nombre de deux¹⁶³. La mise à l'écart de l'article 1029 du Code de procédure civile était donc définitivement confirmée.

73. Le déroulement des procédures fit également l'objet de règles dérogatoires. Les articles 11 et 12 de l'Ordonnance de 1843 prévoyaient que toutes les matières portées devant les tribunaux civils seraient instruites et jugées en la forme sommaire¹⁶⁴. Le tribunal pourrait également remplacer les plaidoiries par des mémoires écrits. L'article 38 donna compétence au juge pour fixer certains délais que le Code de procédure civile déterminait de manière précise. Finalement, l'article 39 lui permit de remplacer les mesures de publicité prévues par le Code de procédure civile, par d'autres procédés si « *ces formalités ne pourront être exécutées conformément au dit code, à raison d'un empêchement local, ou qu'elles ne pourront l'être que d'une manière dommageable pour les parties, par suite de l'état des lieux* ». Toutes ces modifications reconnaissaient aux

¹⁶¹ Peu après l'invasion, la justice faisait l'objet de deux textes, un arrêté du 9 septembre 1830 pris par le général en chef instituant un « *tribunal spécial* » compétent à l'égard de la population civile auquel succéda, par un deuxième arrêté du 22 octobre 1830, la « *Cour de justice* » qui connaissait de toutes les causes intéressant un colon français. Cet arrêté maintenait également les tribunaux rabbiniques et islamiques. La justice française ne prit cependant véritablement pied qu'au moment où l'Algérie fut occupée par d'autres européens que les soldats en garnison. Sur l'histoire de l'organisation judiciaire française en Algérie, voy. LUCHAIRE, n° 1 ss.

¹⁶² La création des juridictions algériennes fut marquée par la rivalité entre les pouvoirs civils et militaires, voy. Farid LEKÉAL, Entre séduction charnelle et spirituelle : les magistrats d'Alger au cœur de la rivalité entre civils et militaires (1832-1834), in Annie DEPERCHIN/Nicolas DERASSE/Bruno DUBOIS (édit.), Figures de justice – Etudes en l'honneur de Jean-Pierre Royer, Centre d'Histoire Judiciaire, Lille, 2004, pp. 705 ss.

¹⁶³ La première concerne l'interdiction des significations et notifications remises à un mandataire, interdiction entraînant la nullité qui, en vertu de l'article 3 de l'Ordonnance de 1843 pouvait être invoquée en tout état de cause et même être relevée d'office par le tribunal. La seconde cause de nullité concerne la procédure dite d'« *opposition au départ d'un débiteur* » qui vise à introduire une sorte d'assignation à résidence en matière civile.

¹⁶⁴ Solution appelée de ses vœux par une partie de la doctrine qui souhaitait la suppression de la procédure ordinaire. Voy. les auteurs cités par DUVAL, p. 209-212.

tribunaux un véritable pouvoir d'organisation de l'instance en leur concédant une marge de manœuvre considérable. Elles sont aux antipodes de l'esprit général qui avait présidé à l'adoption du Code de procédure civile.

74. La doctrine a parfois justifié ces particularités par le manque de juristes parmi les immigrés français¹⁶⁵. Si cela a pu être vrai dans les premières années, il faut tout de même relever que l'Algérie fut dotée d'une École de droit en 1879, alors que l'Ordonnance du 16 avril 1843 resta en vigueur jusqu'à la décolonisation. Nous ne comprenons pas comment la mise à l'écart de l'article 1029 du Code de procédure civile aurait permis de remédier à un manque de magistrats et d'avoués. En réalité, les nouvelles règles reflètent un changement de mentalité qui se traduit par un supplément de confiance accordé aux magistrats¹⁶⁶. L'application des règles dérogatoires sembla toutefois avoir diminué, avec le temps, au profit du droit commun, sans que cela ne soulève de contestations¹⁶⁷.

Chapitre 2 : L'évolution du traitement des règles de forme

75. Jusqu'à présent, nous n'avons examiné que le texte du Code de procédure civile de 1806 et la législation concernant son introduction en Algérie. Nous allons maintenant nous intéresser à l'évolution générale de la procédure civile au cours de la période allant jusqu'à l'adoption du Code de procédure civile de 1975¹⁶⁸.

76. Durant cette période, il ne faut pas sous-estimer l'importance de la jurisprudence et de la doctrine, même si le droit français, à la différence du droit suisse¹⁶⁹, ne leur reconnaît *a priori* pas la même importance. Jusqu'aux premières réformes, au cours des années trente, il incombait exclusivement à la pratique judiciaire et aux auteurs d'interpréter les dispositions législatives, soit de les appliquer en tenant compte du « *contexte nouveau et différent de temps* »¹⁷⁰. Leur apport est donc primordial, car « *il suffira de quelques années d'usage et de débats doctrinaux pour démanteler cet édifice*

¹⁶⁵ GLASSON/TISSIER/MOREL, p. 351-352 ; GHIENNE, p. 186

¹⁶⁶ Selon GHIENNE (p. 187), « *les pouvoirs souverains accordés aux tribunaux en ce domaine ne les ont pas égarés dans l'arbitraire et l'incertitude* », signe que la méfiance à l'égard du juge était encore bien vivace au moment où l'auteur écrivait, soit en 1937.

¹⁶⁷ Voy. les arrêts cités par GHIENNE, p. 186-187.

¹⁶⁸ Pour un résumé de l'évolution : GAMBIER, p. 7-9.

¹⁶⁹ Cf. les art. 5 C. civ. et 1 CC.

¹⁷⁰ Sur cette question : Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Coll. Droit public positif, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris/Aix-en-Provence, 1990, p. 30.

simple certes, mais rigide et dépassé. »¹⁷¹ Nous examinerons donc en premier lieu, comment la pratique judiciaire a progressivement transformé le Code de procédure civile en modulant sa mise en oeuvre (section 1). En même temps, doctrine et jurisprudence se trouveront toujours plus en porte-à-faux avec un texte légal qui n'est presque pas modifié et ne fait l'objet d'aucune révision d'envergure¹⁷². La tension intellectuelle découlant de ce décalage se résoudra finalement par une série de réformes entamées dès 1933 et dont le Code de procédure civile de 1975 constituera l'aboutissement (section 2).

Section 1 : L'apport de la pratique judiciaire à la mise en œuvre du Code de procédure civile de 1806

77. La question de l'importance des règles de forme et de leur justification occupa les esprits dès les premières années d'application du Code de procédure civile. Malheureusement, ce souci ne ressort pas de la motivation des décisions de justice. Il n'apparaît que quand on considère la jurisprudence dans son ensemble. Nous ne connaissons que deux arrêts où les juges ont marqué leur intention d'éviter l'excès de formalisme. Ils remontent à 1811 et 1813 respectivement. Dans la première espèce, la Cour impériale de Turin se pencha sur la portée de l'article 462 fixant les délais dans lesquels l'appelant et l'intimé devaient exposer leurs moyens. Elle refusa d'y voir une cause de déchéance au motif que « *ce serait pousser trop loin la rigueur* »¹⁷³. Le second

¹⁷¹ VINCENS, p. 67. L'auteur parle, à ce propos, du régime des nullités de procédure, mais ce constat vaut, à notre avis, pour tout le Code de procédure civile.

¹⁷² Les modifications concernèrent pour l'essentiel : la saisie des rentes (Loi du 24 mai 1842 transposant à cette matière les modifications survenues en matière de saisie immobilière) ; la saisie immobilière et les procédures de distribution (Lois des 23 et 26 mars 1855 ainsi que Loi du 21 mai 1858) ; la création d'un préliminaire de conciliation pour les procédures devant le juge de paix, d'abord facultatif (Loi du 26 mai 1838), puis obligatoire (Loi du 2 mai 1855) ; la modification des délais d'appel (Loi du 3 mai 1862) ; la modification des règles relatives à la séparation de corps (Loi du 18 avril 1886) et à la procédure d'interdiction (Loi du 16 mars 1893) ; l'institution de la *cautio judicatum solvi* en matière commerciale (Loi du 5 mars 1893) ; la modification de l'art. 1033 CPC 1806 concernant la computation des délais (Loi du 13 avril 1895) ; la modification du régime des jugements par défaut (Loi du 13 mars 1922) ; la création d'une obligation de consigner dans un pli fermé les exploits remis à une autre personne que leur destinataire (Loi du 15 février 1899) et d'aviser celui-ci par courrier en cas de signification à mairie (Loi du 15 juillet 1931). La création d'un droit judiciaire privé en dehors de la codification fut toutefois un peu plus importante. On notera ainsi la Loi du 12 janvier 1895 instaurant une procédure particulière de saisie-arrêt des salaires, traitements et autres produits du travail, incorporée par la suite dans le Code du travail qui réglementera également la procédure prud'homale, et la Loi du 17 mars 1909 sur la vente judiciaire des fonds de commerce. Parallèlement des dispositions procédurales autonomes furent systématiquement adoptées lors de la création des assurances sociales, en commençant par l'assurance-accident, et au moment de renforcer la protection des locataires (voy. sur ce dernier point : GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 5, pp. 254 ss). Quoi qu'il en soit, ces modifications eurent peu d'impact sur la gestion du formalisme procédural et il n'est pas nécessaire d'en parler davantage.

¹⁷³ Turin, 13 août 1811, J. Pal. 1811, p. 553 : « ...attendu que bien qu'il soit dit en cet article, que dans la huitaine de la constitution d'avoué par l'intimé, l'appelant doit signifier ses griefs contre le jugement ; que l'intimé doit répondre dans la huitaine suivante ; enfin que l'audience sera poursuivie sans autre procédure, le but cependant de cette loi n'a été essentiellement autre que celui de réduire les écritures sur l'appel, à ce qui est de nécessité absolue, et d'accélérer l'expédition des causes d'appel, mais que ce serait pousser trop loin la rigueur, que d'interpréter ledit article dans le

arrêt admet qu'une juridiction de première instance puisse rendre un jugement rectificatif au motif qu'« *il serait trop rigoureux d'obliger les parties à se pourvoir, par un appel toujours dispendieux, en relief de ces légères erreurs* »¹⁷⁴.

78. La doctrine ne s'étend pas davantage sur le sujet et « *accepte sans mot dire le système* »¹⁷⁵. L'importance de la pratique judiciaire est tôt reconnue¹⁷⁶ et fait d'ailleurs l'objet d'une étude détaillée sur certains points¹⁷⁷. Aucune recherche d'envergure n'entreprend toutefois de donner une systématique au vaste édifice jurisprudentiel¹⁷⁸. La grande majorité des auteurs s'en tiennent à des professions de foi en faveur d'un formalisme raisonné¹⁷⁹, faisant preuve parfois d'un certain lyrisme¹⁸⁰, mais sans développer leur pensée. D'aucuns s'aventurent un peu plus loin. Ainsi JAPIOT, dans un article consacré aux sanctions en matière de procédure, tenta d'apporter un peu de systématique dans la matière, mais sans se référer expressément au problème du formalisme excessif¹⁸¹. BOCCON-GIBOT¹⁸² constate par ailleurs « *qu'il y a une tendance à laisser sans utilisation des procédures paraissant trop strictes, en même temps que d'un autre côté la jurisprudence exige, plus strictement que ne le semble l'exiger la loi, l'observation de certaines règles* ». Malgré ces quelques percées, la doctrine reste dans son ensemble imprégnée par la « *soumission à la loi* »¹⁸³.

sens d'une forclusion ou déchéance de l'appel prononcée au détriment de l'appelant qui n'a pas signifié ses griefs dans la huitaine susdite... ».

¹⁷⁴ Rennes, 29 janvier 1813, J. Pal. 1813, p. 86.

¹⁷⁵ DUVAL, p. 180.

¹⁷⁶ Voy. par exemple CUCHE, p. 142 : « *Il est prouvé par l'expérience, que toute autorité qui préside au fonctionnement d'un organisme social est amenée à prendre, ou parfois à laisser prendre par d'autres, toutes les initiatives nécessaires à l'adaptation continue de cet organe à sa fonction. Aussi ne faudrait-il pas juger nos institutions de procédure sur la mine, si je puis ainsi dire : quelques-unes dont la façade est ancienne, ont été intérieurement aménagées par une pratique intelligente en vue de satisfaire à nos besoins les plus actuels* ».

¹⁷⁷ Bertrand BOCCON-GIBOT, De la Transformation de la Procédure sous l'Influence de la Jurisprudence et de la Pratique, thèse Paris, Editions A. Pedone, Paris, 1936.

¹⁷⁸ Voy. par exemple, l'ouvrage de BOCCON-GIBOT qui se borne à étudier une série de problèmes précis. En fait, ce retrait de la doctrine n'était pas nouveau, il avait déjà été constaté à propos de l'Ordonnance de 1667 : DUVAL, pp. 109 ss, qui parle même de « *soumission* ».

¹⁷⁹ Voy. par exemple : GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 167 : « *Toutefois, quatre règles consacrées par la jurisprudence, et très conformes à l'esprit du droit français, justement éloigné d'un vain formalisme, viennent tempérer l'application de ce principe* ». (à propos de l'application de l'art. 1029 CPC 1806) ; BORDEAUX, p. 382-384.

¹⁸⁰ SELIGMAN, p. 5-6 : « *L'esprit réformateur de nos jours qui veut renverser tout, sans pouvoir édifier rien, lance aussi son anathème sur les formes qui servent à rendre la justice. Sans avoir approfondi l'utilité de la procédure, par une espèce de maladie du siècle, il condamne, il la flétrit des noms de chicane, de plaie qui dévore les biens et l'honneur des familles. C'est en déversant sur elle ces injures, qu'il croit triompher d'une institution consacrée par le temps et adoptée chez tous les peuples civilisés [...] Si nous ne devons pas nous arrêter à ces déclamations d'esprits sans valeur, ni consistance, il faut dire cependant qu'il y a, dans les occasions qui mettent en action la procédure, des motifs pour faire naître contre elle des prétentions défavorables. En effet, si la procédure n'est pas un mal ; c'est un remède souvent amer pour ceux qui sont obligés d'y recourir, afin de réparer le tort que leur cause une injustice* ».

¹⁸¹ JAPIOT, pp. 224 ss.

¹⁸² BOCCON-GIBOT, p. 21.

¹⁸³ DUVAL, p. 175.

79. Seuls quelques auteurs, demeurés relativement méconnus, développèrent une approche plus générale du formalisme procédural. REGNARD¹⁸⁴, part du principe que la procédure doit servir à la réalisation du droit matériel et ne constitue pas un but en soi¹⁸⁵. Il en déduit la nécessité de reconnaître une marge de manœuvre aux tribunaux de manière à ce que ceux-ci puissent adapter les règles de la procédure aux circonstances¹⁸⁶. SELIGMAN, parvient au même résultat, mais au terme d'un raisonnement plus lapidaire et limité aux seules nullités de procédure¹⁸⁷.

80. L'impression générale se dégageant de ces quelques opinions constitue le meilleur axe de réflexion pour saisir l'apport de la pratique judiciaire dans les années suivant la mise en vigueur du Code de procédure civile. Cette période est marquée par la transition du formalisme *légal* au formalisme *jurisprudentiel*. Peu à peu, les tribunaux reprirent le contrôle de la procédure et s'arrogèrent les pouvoirs dont le législateur avait voulu les priver. La transition d'un modèle à l'autre se traduit par une série d'accommodements avec le texte légal (§ 1) accompagnés d'un développement prétorien de la procédure civile (§ 2).

§ 1 : Les accommodements avec le texte légal

81. Les accommodements avec le texte légal concernent l'ensemble du Code de procédure civile. Nous ne les étudierons pas tous, car cela dépasserait amplement l'objet de notre étude. On relève tout d'abord que le régime des nullités, élément central de la sanction du formalisme procédural, a été considérablement assoupli (A) au point de remettre en cause les principes fondamentaux consacrés dans le Code de procédure

¹⁸⁴ REGNARD, pp. 158 ss.

¹⁸⁵ REGNARD, p. 164 : « Les lois de procédure sont d'autant plus parfaites que leur but est mieux atteint, c'est-à-dire qu'elles conduisent à l'application de la loi civile par la voie la plus sûre, la plus simple et la plus rapide ».

¹⁸⁶ Qu'on en juge par le large extrait suivant (p. 166 et 167) : « Le législateur doit peser avec une attention scrupuleuse les avantages et les inconvénients de la règle qu'il prescrit. Il ne doit admettre de principe absolu que celui qui est absolument utile. S'il prévoit que l'application d'une règle puisse devenir, dans certains cas, un embarras ou un danger, il doit en tempérer la rigueur par des restrictions convenables ou par exceptions sagement définies. Mais il est un grand nombre de circonstances qui échappent aux prévisions du législateur. Ainsi, dans l'importante matière des ventes judiciaires, les mesures à prendre dépendent d'une foule de circonstances qui varient suivant le temps et les lieux : la règle rigoureuse de la loi, pour être avantageuse dans un cas, deviendrait préjudiciable dans le plus grand nombre. Il faut alors laisser aux tribunaux la liberté de choisir les mesures les plus convenables ; l'arbitraire, loin d'être un danger dans ces circonstances, devient une garantie nécessaire. Que la loi embrasse donc tout ce qu'elle peut régler avec avantage et sans péril, et que le domaine du juge commence à l'instant où la liberté de son action est moins dangereuse que la rigidité de la règle ».

¹⁸⁷ SELIGMAN, p. 161 : « Nous croyons qu'en matière de procédure la meilleure loi est ordinairement celle qui laisse le plus de latitude aux juges pour l'appréciation des circonstances et à l'aphorisme de Bacon "optima lex quae minimum arbitrio judicis permittit" nous préférons dans beaucoup de cas ce mot de Napoléon : "qu'il faut prendre garde en cherchant à éviter le despotisme des juges, de tomber dans le despotisme de la loi" ».

civile¹⁸⁸. Le procédé a été également étendu à d'autres règles de forme (B) sans toutefois que celles-ci fassent l'objet de modifications aussi profondes.

A) L'assouplissement du régime des nullités de procédure

82. L'assouplissement opéré par la jurisprudence porta sur l'ensemble du régime des nullités de procédure, que plusieurs auteurs accusaient d'être affecté de multiples « *incohérences conceptuelles* »¹⁸⁹. C'est ainsi que tant leur caractère obligatoire (1) que la nécessité d'une base légale furent remis en question (2)¹⁹⁰.

1) L'abandon du caractère obligatoire des nullités

83. La jurisprudence eut recours à divers procédés pour mettre en échec l'article 1029 du Code de procédure civile¹⁹¹. Le premier consiste à interpréter de manière large les dispositions prescrivant le respect de certaines formalités à peine de nullité (a). Il s'agit aussi de celui qui se heurte le moins au texte légal. Ensuite, les tribunaux considérèrent que les règles pertinentes avaient tout de même été respectées, malgré l'apparent vice de forme, car les éléments manquants figuraient dans d'autres actes de procédure. Ce genre de raisonnement fut appelé « *théorie des équipollents* »¹⁹² (b). Finalement, la nullité fut écartée au motif que le vice de procédure n'avait pas perturbé la bonne marche du procès civil. Il s'agit du principe incarné par l'adage « *pas de nullités sans griefs* » (c) qui s'oppose clairement au texte de l'article 1029 du Code de procédure civile.

a) L'interprétation souple

84. L'idée de surmonter certaines difficultés liées à l'application de la stricte théorie des nullités est apparue en même temps que le Code de procédure civile lui-même. On la retrouve chez PIGEAU, un de ses rédacteurs. Pour cet auteur, « *il ne suffit pas, pour que les juges prononcent la nullité, que l'infraction soit faite à la lettre de la loi, il faut qu'elle le soit à l'esprit qu'a eu le législateur en établissant la formalité*

¹⁸⁸ L'idée d'une remise en cause progressive du texte légal n'est pas nouvelle. On la retrouve chez d'auteurs ayant étudié le sujet des nullités : DE BIÉVILLE, pp. 69 ss ; GAMBIER, pp. 7 ss ; GHIENNE, pp. 63 ss ; VINCENS, pp. 69. Notre but sera essentiellement d'examiner si cette évolution était dictée par la volonté d'éviter l'excès de formalisme.

¹⁸⁹ DUVAL, p. 356.

¹⁹⁰ Il s'agit en effet des deux tendances principales au sein de la doctrine et de la jurisprudence : GAMBIER, p. 7.

¹⁹¹ Curieusement, DUVAL (p. 358) semble ignorer ce fait et passe directement de 1806 à la réforme de 1933.

¹⁹² L'expression est de DUVAL, p. 356 et VINCENS, p. 80.

*enfreinte ; autrement ce serait tourner la lettre contre l'esprit et détruite la loi au lieu de la maintenir »*¹⁹³.

85. A la même époque, PERRIN formule, à partir de l'article 1030 du Code de procédure civile, une règle générale selon laquelle *« les nullités sont de droit étroit et ne peuvent se suppléer. »*¹⁹⁴ Abordant le sujet des nullités en procédure civile dans le cadre plus vaste d'une étude générale sur le sujet, SOLON¹⁹⁵ relève que *« comme c'est surtout en matière de procédure que les nullités sont odieuses, il faut tenir pour certain qu'à moins d'une volonté manifeste émanée du législateur, on doit restreindre les nullités et leurs effets ; que si un acte irrégulièrement fait, soit au commencement d'un procès, soit dans le cours d'une instance, peut être refait sans violation de dispositions essentielles de la loi, la nullité ne doit pas être étendue à d'autres actes. »* En 1826, la Cour royale d'Aix-en-Provence s'inscrit dans ce courant de pensée en relevant que les nullités étaient *« de droit étroit »*, soit les termes mêmes employés par PERRIN¹⁹⁶. Ces principes se retrouvèrent bientôt dans un grand nombre d'arrêts. On en veut pour preuve l'interprétation que les tribunaux donnèrent de plusieurs dispositions concernant la signification des actes de procédure.

86. La notion de remise à des *« parents ou serviteurs »* fut interprétée de plus en plus largement afin de minimiser le risque de nullité. L'article 68 du Code de procédure civile admettait la remise d'un acte signifié à domicile à ces personnes, parce qu'elles vivaient en communauté étroite avec le destinataire. LOCRÉ précise à ce propos que *« l'huissier ne doit pas pouvoir remettre [l'acte] à toute personne trouvée dans le domicile »* et qu'il *« seroit absurde que l'huissier fût autorisé à laisser la copie à un étranger qui se trouveroit par hasard dans la maison »*¹⁹⁷. Les auteurs du texte légal avaient donc une approche assez restrictive du procédé de signification. La jurisprudence ne partagea pas leurs réticences et retint que le concierge d'un immeuble était non

¹⁹³ PIGEAU, Commentaires, p. 390-391.

¹⁹⁴ Jean-Baptiste PERRIN, Traité des nullités en matière civile, Imprimerie Gauthier Neveu libraire, Lons-le-Saulnier, 1816, p. 174.

¹⁹⁵ SOLON, p. 198 : *« Comme c'est surtout en matière de procédure que les nullités sont odieuses, il faut tenir pour certain qu'à moins d'une volonté manifeste émanée du législateur, on doit restreindre les nullités et leurs effets. »*

¹⁹⁶ Aix, 6 février 1826, J. Pal. 1826, p. 145 : *« ...que la loi, en permettant de la remettre aux parents, n'a fixé ni le degré de parenté, ni fait la distinction entre ceux qui ont la même résidence que l'ajourné, et ceux qui ne s'y rencontrent que momentanément; que le vœu du législateur est rempli, lorsque la copie de l'exploit est laissée au domicile de l'ajourné, à quelque personnage de sa famille, ayant avec lui des rapports suffisants pour faire présumer que l'exploit parviendra à son adresse ; que les nullités sont de droit étroit et ne peuvent être prononcées que lorsqu'elles sont textuellement exprimées ; il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas »* (c'est nous qui soulignons).

¹⁹⁷ LOCRÉ, vol. 1, p. 175. Même avis : VINCENS, p. 53-54 concernant les procès entre époux.

seulement le serviteur du propriétaire¹⁹⁸, mais également celui des locataires¹⁹⁹ de l'immeuble. Ces derniers d'ailleurs furent considérés comme les serviteurs de leurs propriétaires, s'ils étaient amenés à les rencontrer régulièrement²⁰⁰. Certaines décisions virent même dans le maître d'hôtel, ou le portier, le serviteur des clients hébergés dans l'établissement²⁰¹. Finalement l'ensemble du personnel subordonné fut considéré comme un serviteur²⁰². Les juridictions admirèrent que des parents en visite chez le défendeur, ou un enfant de treize ans²⁰³, reçoivent un exploit²⁰⁴. L'interprétation de l'article 68 du Code de procédure civile était donc destinée à favoriser la signification par remise à une personne autre que le destinataire²⁰⁵.

87. Un mouvement similaire se retrouve également au sujet des personnes morales. L'article 69 chiffre 6 du Code de procédure civile prévoyait que les sociétés commerciales devaient être assignées « *en leur maison sociale* », ou à défaut au domicile de leurs associés. Les auteurs du Code ne pouvaient certainement pas prévoir, en 1806, le formidable développement de l'économie marchande qui se traduit par l'apparition de sociétés commerciales déployant leur activité sur l'ensemble du territoire français au travers de plusieurs établissements. La jurisprudence se montra accommodante. Elle accepta ainsi la remise d'un exploit à l'établissement d'une compagnie d'assurance, au

¹⁹⁸ Rouen, 5 janvier 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 10-11 (concerne la signification d'un protêt, mais les art. 61 et 68 CPC 1806 sont expressément visés) ; Riom, 10 février 1815, J. Pal. 1814/1815, p. 583 ; Toulouse, 10 mai 1826, J. Pal. 1826, p. 479 (il s'agissait du concierge de la Préfecture considéré comme étant le serviteur du préfet et de son épouse) ; Bourges, 16 décembre 1828, J. Pal. 1828/1829, p. 466-467 ; Trib. civ. de la Seine, 6 janvier 1903, S. 1903. 1. 181 ; Trib. paix Paris XIV^{ème}, 19 mars 1903, S. 1903. 2. 182.

¹⁹⁹ Paris, 9 novembre 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 822-823 (l'arrêt utilise l'expression « *portière d'un immeuble* », d'après le rappel des faits, il nous semble clair qu'il s'agit de l'équivalent de l'actuelle concierge).

²⁰⁰ Limoges, 23 mai 1898, D.P. 1901. 2. 318. En l'absence de relations particulièrement étroites la nullité fut toutefois admise : Colmar, 15 juin 1857, D.P. 1858. 1. 53.

²⁰¹ Caen, 4 mai 1813, J. Pal. 1813, p. 340 ; Nancy, 22 juin 1813, J. Pal. 1813, p. 487 ; Paris, 19 juin 1826, J. Pal. 1826, p. 68-69 ; Nancy, 7 juillet 1849, D.P. 1850. 2. 42 ; Montpellier, 30 novembre 1903, S. 1905. 2. 10.

²⁰² En ce sens : VINCENS, p. 52. Pour quelques exemples : Besançon, 28 juin 1816, J. Pal. 1815/1816, p. 517 (homme d'affaire) ; Metz, 23 février 1820, J. Pal. 1819/1820, p. 798 (employé) ; Rouen, 5 janvier 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 10-11 (commis, concerne la signification d'un protêt, mais les art. 61 et 68 CPC 1806 sont expressément visés) ; Nîmes, 7 avril 1812, J. Pal. 1812, p. 272 ; Metz, 6 avril 1865, D. P. 1865. 2. 156 ; Req., 2 mars 1880, D.P. 1880-1-74 (tous trois à propos du clerc) ; Req., 9 juin 1896, D.P. 1897. 1. 530 (secrétaire) ; Req., 26 mars 1822, J. Pal. 1822/1823, p. 224 (jardinier) ; Paris, 9 novembre 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 822-823 (la portière d'un immeuble est habilitée à recevoir des exploits pour les locataires) ; Bordeaux, 17 juillet 1833, J. Pal. 1833, p. 692 (le logeur du destinataire est habilité à recevoir l'exploit).

²⁰³ Poitiers, 25 mai 1825, J. Pal. 1825, p. 523-524 : « ...qu'il est constant au procès que lorsque le premier de ces actes a été remis à la fille Chénier, elle était âgée de treize ans et un mois ; considérant que l'huissier qui a procédé à l'assignation de ces actes, s'est conformé à ce que lui prescrivait les art. 66 et 68 C. procéd. civ., en laissant copie au domicile du sieur Chénier et en faisant mention qu'il les avait remises à sa fille ; qu'à l'âge de plus de treize ans les filles possèdent généralement le discernement nécessaire pour être chargée des significations faites par un huissier, et pour les remettre à leur père chez lequel elles habitent... ».

²⁰⁴ Aix, 6 février 1826, J. Pal. 1826, p. 145 ; Toulouse, 8 août 1850, D.P. 1851. 2. 143. S'ils sont cependant de simple passage l'exploit est nul : Poitiers, 24 août 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 909-910.

²⁰⁵ L'exploit remis au mari de l'intimée rencontré par l'huissier sur une place de marché est nul (Toulouse, 22 décembre 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 1020). Un exploit ne pouvait pas être remis aux serviteurs des parents du défendeur s'ils n'habitaient pas dans la même maison que lui (Req., 3 mars 1880, D.P. 1880. 1. 211). Les employées du mari ne peuvent pas recevoir un exploit destiné à son épouse (Metz, 21 février 1860, D.P. 1861. 2. 33).

lieu du siège social²⁰⁶. En écho à la célèbre jurisprudence « *des gares principales* », concernant la compétence *ratione loci*, les tribunaux admirent la remise des exploits dans les gares principales de la ligne exploitée par une compagnie de chemins de fer²⁰⁷. La jurisprudence apporta cependant quelques restrictions à l'usage grandissant de cette pratique en n'autorisant la signification « *à gare principale* » qu'à la condition que les faits relatés dans l'exploit signifié se soient produits dans le rayon d'action de cette gare²⁰⁸. Dans le prolongement de ces principes, la jurisprudence accepta que l'exploit d'appel soit remis à l'administrateur délégué d'une société anonyme qui avait représenté la société au cours du procès de première instance²⁰⁹, ou, dans les mêmes conditions, à l'inspecteur de la compagnie de chemins de fer²¹⁰. L'interprétation de l'article 69 chiffre 6 du Code de procédure civile fut large et bienveillante à l'égard des parties. Surtout, elle tint compte de l'évolution des relations économiques.

88. Dans la foulée de ces exemples d'une interprétation évolutive et souple du Code de procédure civile, il arriva que la jurisprudence poussât très loin l'interprétation des dispositions en cause, au point de juger *quasi contra legem*. Ce cas de figure se rencontre dans la jurisprudence rendue en matière de nullité des exploits d'ajournements pour indication erronée du délai de comparution. Ce dernier, en effet, n'était pas toujours le même. Aux huit jours prévus par l'article 72, venait s'ajouter un délai dit « *de distance* », prévu à l'article 1033, et qui dépendait de l'éloignement du domicile du défendeur²¹¹. Le calcul du délai de comparution nécessitait donc la consultation d'une carte de géographie et cela ne supprimait pas tout risque d'erreur²¹². Or l'article 61 chiffre 4 du Code de procédure civile sanctionnait par la nullité le fait de ne pas indiquer le délai de comparution. Il fallait donc trouver une solution pour éviter que des exploits

²⁰⁶ Cass. civ., 11 juin 1845, D.P. 1845. 1. 362.

²⁰⁷ Bordeaux, 12 août 1857, D.P. 1858.2. 259 ; Montpellier, 17 août 1857, D.P. 1858. 2. 131 ; Cass. civ., 7 mai 1862, D.P. 1862. 1. 230 ; Req., 17 avril 1866, D.P. 1866. 1. 279 ; Cass. civ., 20 novembre 1867, D.P. 1867. 1. 452 ; Orléans, 20 novembre 1868, D.P. 1869. 2. 21 ; Req., 15 décembre 1869, D.P. 1871. 1. 47 ; Req., 2 juillet 1872, D.P. 1874. 5. 122 ; Grenoble, 6 décembre 1873, D.P. 1874. 5. 121 ; Req., 19 juin 1876, D.P. 1877. 1. 134 ; Cass. civ., 9 mars 1897, D.P. 1897. 1. 415. *Contra* : Rouen, 19 juin 1846, D.P. 1847. 2. 11 ; Cass. civ., 15 janvier 1851, D.P. 1851. 1. 27 ; Cass. civ., 26 mai 1857, D.P. 1857. 1. 246 ; Bourges, 30 novembre 1903, D.P. 1904. 5. 337.

²⁰⁸ Cass. civ., 30 juin 1891, D.P. 1894. 1. 539, S. 1891. 1. 479 ; Angers, 13 janvier 1894, D.P. 1894. 2. 200.

²⁰⁹ Cass. civ., 23 janvier 1907, S. 1907. 1. 136.

²¹⁰ Cass. civ., 24 juin 1905, D.P. 1908. 1. 218.

²¹¹ Ce délai supplémentaire est « *d'un jours pour trois myriamètres de distance* », un myriamètre correspondant à dix kilomètres.

²¹² Voy. Pierre LEPAGE, Questions sur le code de la procédure civile dans lesquelles les difficultés relative à la pratique de cette loi sont expliquées, Buisson, Paris, 1807, p. 120 : « *On assigne en matière réelle, une personne demeurant à Pithiviers, chef lieu d'arrondissement dans le département du Loiret, pour comparoître au tribunal de Pontoise, département de Seine et Oise. Ne pouvant pas connoître la distance de Pithiviers à Pontoise, l'huissier dira dans son exploit : le défendeur est ajourné à comparoître dans le délai de huitaine, avec augmentation d'un jour par trois myriamètres de la distance qui existe entre Pithiviers et Pontoise. Par ce moyen, il aura satisfait autant qu'il aura pu à l'obligation de désigner le délai de comparution* ».

d'ajournements ne soient trop fréquemment annulés. En décembre 1808 déjà, la Cour impériale de Besançon refusa d'annuler un exploit mal rédigé au motif que seul l'article 61, à l'exclusion l'article 72, était sanctionné par la nullité. Au passage la juridiction ne manqua pas de relever que le défendeur avait été en mesure de se défendre²¹³. Il ressort de cet arrêt que le demandeur n'encourrait la nullité que s'il n'indiquait aucun délai. La Cour de cassation suivi un raisonnement similaire et valida un exploit « *assignant à comparaître par devant la Cour d'appel au huitième jour après la date de l'exploit augmentée d'un jour par trois myriamètres de distance* »²¹⁴. Elle ne trouva rien à dire, non plus, à une espèce où le demandeur s'était limité à donner « *assignation à comparaître dans les délais du Code de procédure* »²¹⁵. Ce fut le début d'une longue série d'arrêt d'appel faisant preuve de bienveillance à l'égard des demandeurs dont l'exploit d'ajournement ne contenait pas l'indication correcte du délai de comparution²¹⁶, bienveillance qui fut régulièrement approuvée par la Cour de cassation²¹⁷, non sans toutefois essuyer les critiques de certains auteurs²¹⁸.

89. Le procédé fut étendu à d'autres formalités. On rencontre ainsi plusieurs arrêts rendus à la fin du dix-neuvième siècle concernant l'avenir en règlement de qualités prévus à l'article 145 du Code de procédure civile. Il arrivait que la partie demanderesse à

²¹³ Besançon, 16 décembre 1808, S. An XII/1808. 2. 450 : « ...que, lorsqu'il n'y a aucun délai énoncé, l'exploit est nul suivant l'art. 61 du Code de procédure, que lorsqu'il en a été fixé un, sans que le terme en soit strictement conforme aux art. 72 et 1033, alors l'exploit est valable parce que ces deux derniers articles n'attachent point la nullité à l'infraction de leurs dispositions ; que d'ailleurs, l'intimé a eu un délai plus que suffisant pour préparer sa défense puisqu'il s'est écoulé cinq mois depuis le jugement dont est appel... ».

²¹⁴ Cass. civ., 7 janvier 1812, S. 1812/1814. 1. 2.

²¹⁵ Cass. civ., 27 avril 1813, S. 1812/1814. 1. 339 ; Cass. civ., 20 avril 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 177. La doctrine semble avoir approuvé très tôt le procédé. Voy. Jean Baptiste DELAPORTE, Commentaires sur le code de procédure civile, vol. 1, Garnery, Paris, 1807, p. 68 : « Il suffit d'énoncer dans l'exploit que la partie est assignée dans le délai de la loi, à moins que l'assignation ne soit donnée dans un délai extraordinaire ».

²¹⁶ Riom, 29 janvier 1816, J. Pal. 1815/1816, p. 249-250 ; Limoges, 30 janvier 1816, J. Pal. 1815/1816, p. 253 ; Bourges, 13 décembre 1820, J. Pal. 1820/1821, p. 239-240 ; Bourges, 20 mars 1821, J. Pal. 1820/1821, p. 465 ; Poitiers, 18 juin 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 601-602 ; Poitiers, 7 mai 1833, J. Pal. 1833, p. 444-445 ; Orléans, 1^{er} juin 1853, D.P. 1853. 5. 339 ; Nancy, 20 février 1894, D.P. 1894. 2. 221 ; Pau, 11 novembre 1903, D.P. 1905. 2. 243 ; Amiens, 23 mai 1903, D.P. 1905. 2. 243 ; Paris, 11 mars 1902, D.P. 1903. 5. 354. *Contra* : Nîmes, 13 mars 1819, J. Pal. 1819/1820, p. 162 ; Amiens, 15 juin 1822, J. Pal. 1822/1823, p. 423-424, Amiens, 9 juin 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 774-775, Amiens, 12 janvier 1826, J. Pal. 1826, p. 42 (l'ajournement en appel avec indication d'un délai de huitaine pour se constituer, sans mention des délais de distance est nul) ; Limoges, 30 avril 1823, J. Pal. 1822/1823, p. 1075 (acte d'appel indiquant ajournement « pour la première audience qui se tiendra après la date dudit acte ») ; Bordeaux, 7 août 1829, J. Pal. 1828/1829, p. 1338-1339, *ambigus* : Amiens, 27 août 1825, J. Pal. 1824/1825, p. 855-856 : est valable l'exploit mentionnant un délai « de huitaine franche », car dans ce cas on peut présumer que le délai de distance est compris dans le mot « franche » : Nîmes, 28 juin 1824, J. Pal. 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 842, *auxquels s'opposent* : Amiens, 21 février 1826, J. Pal. 1826, p. 198 ; Poitiers, 19 mars 1828, J. Pal. 1827/1828, p. 1304 ; Poitiers, 14 juin 1828, J. Pal. 1827/1828, p. 1551 ; Cass. civ., 20 février 1833, J. Pal. 1833, p. 189.

²¹⁷ Cass. civ., 20 février 1833, J. Pal. 1833, p. 189 ; Cass. civ., 25 février 1835, J. Pal. 1834/1835, p. 1440 ; Cass. civ., 28 décembre 1875, S. 1876. 1. 472.

²¹⁸ SELIGMAN, p. 125 qui s'étonne de ce que les parties ne sont souvent pas à même de connaître la date de comparution sans consulter un homme de loi ; Edmond-Pierre FAURIE, De la Révision du Code de procédure civile (Extrait du journal *L'Écho du Palais*), Imprimerie G. Gounouilh, Bordeaux, 1892, p. 12, fait état d'un projet de révision du Code de procédure civile, examiné par le parlement à la fin du dix-neuvième siècle, et au terme duquel le *dies ad quem* devait être indiqué.

l'incident se trompât et fit citer son adversaire devant un autre magistrat que celui ayant présidé la chambre du tribunal civil au moment où le jugement avait été rendu. Le changement d'affectation des magistrats, ou le jeu des suppléances, constituaient le cas le plus fréquent d'erreur. La jurisprudence y voyait une cause de nullité, mais elle tempéra immédiatement son point de vue en admettant une citation à comparaître devant « *Monsieur le Président de la première chambre du Tribunal civil ou son dévolutaire* »²¹⁹. Elle considéra aussi que l'indication « *Monsieur le Président de la première chambre du Tribunal civil* » désignait implicitement le juge ayant présidé la première chambre le jour où l'affaire avait été plaidée²²⁰.

90. Le recours à l'interprétation permit ainsi d'alléger le formalisme procédural en limitant au maximum le prononcé de la nullité. Le procédé n'était toutefois pas sans dangers. Il pouvait aboutir à des solutions contraires à l'équité de la procédure. Tel est, à notre avis, le cas des exploits d'ajournements où le délai de comparution est remplacé par la reproduction du texte légal. A moins d'être juriste, le défendeur n'était pas en mesure de connaître le délai dans lequel il devait réagir²²¹.

91. Il arriva cependant que la jurisprudence fit preuve d'une sévérité surprenante au regard des exemples précités. L'application par les tribunaux d'une réforme votée à la fin du dix-neuvième siècle constitue sans doute l'exemple le plus frappant d'une telle volte-face. Dans sa version de 1806, le Code prévoyait que l'exploit signifié à domicile devait être remis à un proche ou à un serviteur, ou, en cas d'impossibilité, être confié à un voisin. Aucune disposition n'obligeait l'huissier à prendre des mesures afin de protéger la vie privée du destinataire de l'exploit. Cela signifiait donc que d'autres personnes pouvaient en prendre connaissance. Ce problème, somme toute plus sociologique que juridique, causa tant de scandales²²² qu'une loi fut votée pour modifier l'article 68 du Code de procédure civile. Il était désormais exigé des huissiers qu'ils remettent l'exploit sous pli fermé à une autre personne que le destinataire, ou le procureur de la République. Diverses mentions devaient également être apposées sur l'enveloppe renfermant l'exploit²²³. Selon GARSONNET et CÉZAR-BRU²²⁴, les travaux préparatoires de la loi

²¹⁹ Req., 16 novembre 1892, D.P. 1893. 1. 75 ; Req., 10 mars 1896, D.P. 1896. 1. 201.

²²⁰ Cass. civ., 9 juin 1896, D.P. 1897. 1. 512 ; Cass. civ., 3 mars 1897, D.P. 1897. 1. 406.

²²¹ En ce sens : SELIGMAN, p. 125.

²²² GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 227-228.

²²³ Une nouvelle phrase fut ajoutée à l'article 68 CPC, elle venait s'insérer entre l'avant-dernière et la dernière de l'article 68 CPC 1806 : « *Lorsque la copie sera remise à toute autre personne que la partie elle-même ou le procureur*

indiquaient expressément que la violation de cette nouvelle règle serait uniquement sanctionnée par recours à l'article 1030 alinéa 2 du Code de procédure civile, autrement dit par l'amende. Malheureusement l'article 70 du Code n'avait pas été modifié en conséquence et cette disposition faisait de la violation de l'article 68 une cause de nullité. En faisant abstraction des travaux préparatoires, il était donc possible d'affirmer que la violation de cette disposition entraînait la nullité de l'exploit. Tel fut le raisonnement suivi par les tribunaux, sans aucun égard pour la volonté clairement affirmée du législateur²²⁵. A ce sujet GARSONNET et CÉZAR-BRU²²⁶ déclarèrent que « *cette solution est rigoureuse en présence du peu d'importance de la formalité omise; il nous semble impossible de ne pas l'adopter, tout en la regrettant* ». En ce qui concerne les mentions qui devaient figurer sur l'exploit ainsi signifié, la jurisprudence exigea tout d'abord que l'huissier reproduisît l'intégralité du texte, soit la mention selon laquelle « *la copie avait été remise sous enveloppe fermée portant d'un côté les noms et demeure du requérant et de l'autre le cachet de l'huissier soussigné apposé sur la fermeture du pli* ». Faute de contenir une telle mention l'exploit était pareillement nul²²⁷. Par la suite, les juridictions revinrent quelque peu en arrière et considérèrent que l'acte était valable si la copie contenait la mention « *parlant à...qui a reçu la copie sous pli fermé conformément à la loi* »²²⁸, ou « *parlant à...qui a reçu la copie sous pli fermé portant suscription et cachet conformément à la loi* »²²⁹. Elles n'acceptèrent toutefois pas que l'exploit se borne à indiquer que l'acte était signifié « *sous pli fermé conformément à la loi du 15 février 1899* »²³⁰. Ces hésitations trahissent certainement un certain malaise des tribunaux face à leur propre rigueur, sans toutefois qu'ils n'aient le courage de franchir le pas supplémentaire qui consisterait à revenir sur certaines malheureuses décisions.

92. Cette attitude stricte ne se limita pas à l'application de la réforme de 1899. On la retrouve à propos d'autres questions. Sans vouloir établir un catalogue exhaustif, on

de la République, elle sera délivrée sous enveloppe fermée, ne portant d'autre indication, d'un côté, que les nom et demeure de la partie et, de l'autre, que le cachet de l'étude de l'huissier apposé sur la fermeture du pli ».

²²⁴ GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 228.

²²⁵ Trib. civ. Evreux, 4 août 1899, D.P. 1900. 2. 202 ; Paris, 15 décembre 1899, S. 1900. 2. 51 ; Pau, 26 février 1901, S. 1901. 2. 76, D.P. 1901. 2. 377 (note Bouvier) ; Rennes, 13 mai 1901, S. 1903. 2. 230 ; Lyon, 7 août 1902, S. 1902. 2. 292 ; Cass. civ., 21 mai 1901, S. 1905. 1. 487 ; Alger, 19 mai 1908, D.P. 1909. 2. 51 ; Bordeaux, 23 février 1900, D.P. 1900. 2. 393 (note Bouvier) ; Alger, 22 mai 1901, D.P. 1903. 2. 387 ; Alger, 31 décembre 1901, D.P. 1903. 2205 (note Bouvier) ; Pau, 14 mai 1900, D.P. 1901. 2. 217 (note Bouvier) ; Cass. civ., 29 mai 1901, D.P. 1901. 1. 321 (note L.S.) ; Douai, 18 mai 1900, D.P. 1902. 2. 13. GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 238.

²²⁶ GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1., p. 229.

²²⁷ GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1., p. 230 et les arrêts cités.

²²⁸ Paris, 27 janvier 1900, D.P. 1900. 2. 393 (note Bouvier). GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 231.

²²⁹ Bordeaux, 12 août 1902, S. 1905. 2. 236 ; Cass. civ., 12 janvier 1901, D.P. 1901. 1. 543.

²³⁰ Alger, 13 février 1905, S. 1907. 2. 228.

relèvera que la déclaration par laquelle le défendeur « *s'en remet à la justice* » impliquait acquiescement au jugement à venir²³¹. Il est également surprenant que les qualités, bien que constituant l'œuvre exclusive des parties, aient pu entraîner la nullité de l'ensemble du jugement en cas d'erreur dans leur rédaction²³². La jurisprudence n'était donc pas toujours cohérente. La motivation était peu abondante et les enjeux n'étaient que rarement identifiés. Il n'est donc pas possible de savoir pourquoi les tribunaux faisaient preuve de sévérité accrue sur certains points.

b) La théorie des équipollents

93. Un autre moyen utilisé pour éviter d'avoir à prononcer la nullité à cause de l'article 1029 du Code de procédure civile fut le recours à la théorie dite des « *équipollents* »²³³. Il s'agissait de considérer que les mentions erronées ou faisant défaut dans un acte de procédure²³⁴ pouvaient être remplacées, soit par celles figurant dans d'autres parties de l'acte en question²³⁵, soit par des éléments extérieurs²³⁶.

94. Cette construction jurisprudentielle fut avant tout appliquée aux exploits d'ajournement. La date de ceux-ci pouvait être remplacée par les mentions relatives au jour de la comparution s'ils emportaient assignation à comparaître « *à l'audience de demain le...* »²³⁷. La requête aux fins d'assignation à bref délai, reproduite en tête de

²³¹ Rennes, 22 mai 1902, D.P. 1903. 2. 495 ; Nancy, 23 mai 1900, D.P. 1900. 2. 497.

²³² Cass. civ., 16 mai 1898, S. 1899. 1. 169 ; Cass. civ., 21 février 1912, D.P. 1912. 5. 19 ; Paris, 31 décembre 1912, D.P. : 1913. 2. 124. Cette question est abondamment discutée par BOCCON-GIBOT, p. 34-36 ainsi que par GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 3, p. 72-73. Pourtant la jurisprudence avait su, par le passé, faire preuve de souplesse : Bordeaux, 9 mai 1829, J. Pal. 1828/1829, p. 1001 (la nullité des qualités n'entraîne pas la nullité du jugement) ; Req., 30 août 1831, J. Pal. 1831/1832, p. 207 (si les qualités signifiées diffèrent légèrement des qualités figurant dans le jugement il n'y a pas de nullité de celui-ci).

²³³ BIOCHE, v° *ajournement*, n° 72 et v° *appel*, n° 31 ; BOITARD, vol. 1, pp. 155 ss (ne mentionne pas le mot équipollent, mais cite toute une série de cas de figure en matière d'exploit d'ajournement qui reprennent les grands principes de cette théorie) ; BONCENNE, vol. 2, p. 112-113 ; BONFILS, pp. 295 ss ; CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, p. 321 ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 167 ; GAMBIER, p. 8 ; GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 2, pp. 295 ss ; PIGEAU n'en parle pas.

²³⁴ Nous prenons ici le terme dans son acception la plus large et englobant également les jugements.

²³⁵ Colmar, 14 juin 1832, J. Pal. 1831/1832, p. 1165-1167 ; Req., 23 novembre 1836, J. Pal. 1836, s. p. Cette théorie n'était toutefois pas sans exceptions : Req., 11 mai 1859, D.P. 1849. 1. 455 retient qu'une fin de non-recevoir présentée dans les motifs des conclusions, sans être reprise dans le dispositif ne saisit pas le tribunal.

²³⁶ Req., 23 avril 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 418 (la mention du demandeur sous le nom de Lechallier au lieu de Lechevallier n'entraîne pas la nullité de l'exploit si la véritable identité se trouve dans une lettre de change transcrite en tête de l'exploit). De même l'exploit ayant pour objet une action immobilière n'est pas nul faute d'indication de la commune où l'immeuble est situé, s'il donne l'indication du hameau ainsi que ses tenants et aboutissants et si la localité est précisée dans des pièces signifiées (Cass. civ., 5 mai 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 464-466). Un jugement rendu à titre définitif sur une contestation tranchée précédemment à titre provisoire peut constituer un équipollent des motifs de la première décision de telle manière qu'elle ne peut plus être attaquée comme n'ayant pas été suffisamment motivée (Req., 9 mai 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 484-485). CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, p. 357 considèrent que la demande ne contenant aucune énonciation de son objet et des moyens le soutenant n'est pas nulle si tous les éléments se retrouvent dans le procès-verbal de non-conciliation dont copie est donnée en tête de l'exploit d'ajournement.

²³⁷ Req., 7 mars 1833, J. Pal. 1833, p. 243-244. Voy. également : Req., 5 nov. 1890, D.P. 1892. 1. 30, S. 1893. 1. 143 ; Trib. civ. Lille, 2 juillet 1882, D.P. 1894. 2. 82, S. 1893. 2. 241 ; Paris, 11 janvier 1895, D.P. 1895. 2. 489. BIOCHE, v° *exploit*, n°37 ss ; CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, p. 320.

l'exploit, d'ajournement pouvait ainsi suppléer à certaines carences de celui-ci²³⁸, tout comme la signature de l'huissier²³⁹ ou du juge²⁴⁰ remplaçait l'indication de ses nom et prénoms. Les tribunaux admirent amplement le recours à d'autres actes de procédure. L'absence de désignation de l'huissier était compensée par les mentions figurant dans l'enveloppe contenant l'acte²⁴¹, tout comme le défaut d'indication claire du destinataire²⁴² ou de la date²⁴³ dans l'exploit d'ajournement pouvait être remplacé par sa mention à plusieurs reprises dans le corps du texte, voire dans le jugement de première instance frappé d'appel²⁴⁴. Un arrêt de 1832 considéra même que l'absence de signature sur la copie de l'exploit de surenchère peut être couverte par la signature de l'original et l'attestation de l'acquéreur reconnaissant avoir reçu l'acte des mains de l'huissier²⁴⁵. Un arrêt, certes isolé, admit que l'appelant privé de la possession de l'original de l'acte d'appel pouvait le remplacer par des certificats établis par les autorités fiscales si l'intimé refusait de produire sa copie et prétendait que l'appel était tardif²⁴⁶.

95. Les exemples précités démontrent la grande largesse dont firent preuve les juridictions²⁴⁷. Elles admirent parfois des équipollents particulièrement abstraits²⁴⁸. La seule mention de l'adresse d'un avoué suffit ainsi à remplacer l'indication de son identité en l'absence d'autre étude à cet endroit²⁴⁹. Dans la même ligne, la Cour impériale de Liège considérait, en 1812 déjà, que l'absence d'indication du domicile du receveur des contributions directes d'une ville ne saurait entraîner la nullité de l'exploit étant donné

²³⁸ Bordeaux, 16 juin 1828, J. Pal. 1827/1828, p. 1559-1660.

²³⁹ Voy. *a contrario*: Cass. civ., 3 avril 1901, S. 1902. 1. 136, D.P. 1901. 1. 263 ; Pau, 11 avril 1900, D.P. 1901. 2. 217.

²⁴⁰ Req., 3 juin 1829, J. Pal. 1828/1829, p. 1090-1092 ; Req., 27 février 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 207-208.

²⁴¹ Toulouse, 5 décembre 1900 et Trib. civ. de la Seine, 13 décembre 1899, D.P. 1901. 2. 217.

²⁴² Besançon, 21 mai 1810, J. Pal. 1810, p. 321 ; Req., 6 avril 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 602-603. CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, p. 325: « ...ici, comme sur la formalité de la date, la loi ne se montre exigeante que pour le fond et point pour la forme. Que le demandeur soit bien désigné, voilà ce qu'elle demande ; mais qu'il le soit en termes exprès, ou qu'il le soit par des équipollents, peu importe ».

²⁴³ Bourges, 29 avril 1823, J. Pal. 1823, p. 1071-1072 ; Bourges, 21 mars 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 280 ; Bourges, 17 novembre 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 845 (« ...considérant que la première nullité est tirée de ce que la copie de l'exploit n'est pas datée ; qu'en fait, cette copie indique au commencement l'année et le mois et non le jour du mois, mais qu'à la fin de l'exploit l'huissier a transcrit le visa apposé sur l'original par l'adjoint du maire ; que ce visa exprime que la copie a été remise le 9 nov. 1830, et que cette date est la même que celle de l'original... ») Contra : Bastia, 21 mai 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 455 (« ...que la copie de l'appel, signifiée au sieur Lambert, et qui lui tient lieu d'original, ne porte aucune date du jour ; que peu importe qu'en considérant tout le mois dans lequel l'acte a été notifié, l'appel se trouverait interjeté dans le délai utile de trois mois ; [...] qu'il ne s'agit pas, dans l'espèce, d'une date erronée ou incomplète, mais de l'absence entière d'une partie essentielle de la date, la loi ayant prescrit, sous la même peine de nullité, tant la date du jour que celles du mois et de l'an... »).

²⁴⁴ Cass. civ., 26 avril 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 411 (acte d'appel ne contenant pas l'indication du domicile de l'appelant qui figure bel et bien dans le jugement de première instance ainsi attaqué).

²⁴⁵ Cass. civ., 3 avril 1832, J. Pal. 1831/1832, p. 927-928. En revanche : Bourges, 9 février 1829, J. Pal. 1828/1829, p. 663-664, n'admet pas que l'absence de signature de l'huissier sur l'exploit soit régularisée par la rédaction de sa main du « parlant à » et de la date.

²⁴⁶ Nancy, 2 février 1832, J. Pal. 1831/1832, p. 656.

²⁴⁷ Des exemples contraires existent également, voy. VINCENS, p. 82-85.

²⁴⁸ VINCENS, p. 82 parle d'ailleurs d'« application un peu "acrobatique" » de l'art. 1029 CPC 1806.

²⁴⁹ Bordeaux, 17 juin 1831, J. Pal. 1830/1831, p. 1706.

qu'en vertu de l'article 107 du Code civil il était domicilié au lieu où il exerçait sa fonction²⁵⁰. La consultation du calendrier et la connaissance des dates d'audience du tribunal saisi étaient également susceptibles de constituer un équipollent. Un exploit d'ajournement devant le tribunal de commerce pour l'audience du « *mercredi 7 mars 1830* » n'était pas nul, même si le 7 mars 1830 n'était pas un mercredi et qu'il s'agissait au surplus d'un jour férié, car le tribunal tenait audience le mercredi 9 mars 1830²⁵¹. Un auteur suggéra même que la célébrité des parties, et donc la notoriété de leur domicile²⁵², permette de se montrer moins sévère avec leur identification dans l'exploit d'ajournement²⁵³.

96. En matière de jugements, les minutes²⁵⁴, et le plumitif d'audience²⁵⁵, constituèrent la source la plus fréquente d'équipollents pour pallier les erreurs de rédaction figurant dans l'expédition remise aux parties²⁵⁶. Tel fut le cas pour l'absence d'indication de la comparution du ministère public²⁵⁷ ou de la publicité de l'audience²⁵⁸, ou encore si les juges n'étaient pas désignés correctement²⁵⁹. Les motifs pouvaient suppléer aux qualités²⁶⁰ et le dispositif même du jugement était à son tour susceptible de constituer un équipollent des motifs²⁶¹. Les conclusions prises par les parties pouvaient

²⁵⁰ Liège, 12 juin 1812, J. Pal. 1812, p. 466-467. Par contre une telle rectification n'est pas possible pour le maire : Poitiers, 18 juin 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 601-602.

²⁵¹ Bordeaux, 19 juin 1832, J. Pal. 1831/1832, p. 1182-1183.

²⁵² Les célébrités de l'époque ne mettaient pas le même zèle à dissimuler leur vie privée que ce n'est le cas actuellement.

²⁵³ BIOCHE, v° *exploit*, n° 69 : « *Toutefois si la demande était formée à la requête d'un banquier connu, comme M. Laffitte ou M. Rothschild, etc. l'indication de leur domicile à Paris serait suffisant* ».

²⁵⁴ Cass. civ., 19 juin 1908, D.P. 1908. 1. 518, S. 1910. 1. 283 ; Req., 22 décembre 1909, D.P. 1911. 1. 244. GARSONNET/CÉZAR-BRU, Tome III, vol. 2, p. 372.

²⁵⁵ Grenoble, 1^{er} mars 1821, J. Pal. 1820/1821, p. 419 ; Cass. civ., 6 avril 1831, J. Pal. 1830/1831, p. 1424.

²⁵⁶ Nous aurons l'occasion de voir ci-dessous (n° 112) que la violation des règles relatives à la rédaction des jugements fut considérée comme une cause potentielle de nullité, malgré l'absence d'indication expresse à l'art. 141 CPC 1806.

²⁵⁷ Cass. civ., 1^{er} décembre 1880, D.P. 1881. 1. 53 ; Cass. civ., 28 janvier 1891, D.P. 1892. 1. 5 ; Cass. civ., 19 décembre 1904, S. 1905. 1. 414 ; Cass. civ., 3 août 1906, S. 1910. 1. 333.

²⁵⁸ Cass. civ. Liège, 15 mai 1826, J. Pal. 1826, p. 488 ; Cass. civ., 1^{er} décembre 1880, D.P. 1881. 1. 53 ; Req., 23 mars 1886, D.P. 1887. 1. 216.

²⁵⁹ Cass. civ., 14 juin 1836, J. Pal. 1835/1836, p. 1426-1427 ; Req., 21 mai 1851, D.P. 1851. 1. 172 ; Cass. civ., 7 avril 1862, D.P. 1862. 1. 282 ; Cass. civ., 5 février 1902, S. 1903. 1. 44 (désignation inexacte) et Cass. civ., 28 mars 1825, J. Pal. 1825, p. 363 ; Si un juge assiste au prononcé d'un arrêt sans être mentionné dans le procès-verbal de la séance et qu'un autre est mentionné sur celui-ci, alors il y a forcément nullité : Cass. crim., 1^{er} septembre 1826, J. Pal. 1826, p. 861-862 (bien que concernant la matière pénale, cet arrêt, rendu au visa de la loi du 20 avril 1810, n'en était pas moins pertinent pour les juridictions civiles). Req., 29 novembre 1831, J. Pal. 1831/1832, p. 376-377 (les incertitudes sur la date exacte du jugement, peuvent être levées par la minute) ; Req., 2 décembre 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 1087-1088. Voy. également Cass. civ., 16 août 1836, J. Pal. 1836, s. p. où la Cour de cassation retient que la mention de la signature du greffier dans l'expédition d'un jugement ne saurait entraîner sa nullité. Bien qu'elle ne le dise pas expressément, il est hautement vraisemblable que cela découle du fait que la minute avait été signée correctement.

²⁶⁰ Req., 9 mai 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 485-487 ; Req., 9 août 1836, J. Pal. 1835/1836, p. 1567-1568 ; Paris, 12 février 1923, D.P. : 1923. 2. 84.

²⁶¹ Nancy, 24 août 1831, J. Pal. 1831/1832, p. 184 (il n'y a pas matière à requête civile si les omissions figurant dans l'arrêt d'appel peuvent être rectifiées par les circonstances) ; Req., 11 décembre 1833, J. Pal. 1833, p. 1049 (les points de faits peuvent être énoncés dans les points de droits, dans les motifs ou dans le dispositif) ; Req., 26 décembre 1833,

remplacer le rappel des faits²⁶² et une longue énumération de circonstances de faits fournissait même l'équipollent d'une motivation juridique²⁶³. En cas d'obscurité dans la rédaction du dispositif, celui-ci devait être lu à la lumière des motifs afin de dissiper tout doute²⁶⁴.

97. La jurisprudence eut également recours à la théorie des équipollents pour éviter d'annuler des saisies immobilières. Elle admit ainsi que la publication d'une vente dans les journaux pouvait être rectifiée par un *erratum*²⁶⁵, que le cahier des charges et l'affiche pouvaient être corrigés par le jugement du tribunal²⁶⁶, ou que divers actes d'une saisie immobilière pouvait se rectifier entre eux afin d'empêcher l'annulation de la saisie dans son intégralité²⁶⁷.

98. La théorie des équipollents avait également ses limites, lesquelles ne faisaient l'objet d'aucune justification particulière. Il était ainsi interdit de régulariser la copie d'un exploit par son original²⁶⁸. La jurisprudence alla même jusqu'à annuler un exploit si

J. Pal. 1833, p. 1107-1109 ; Req., 21 mai 1855, D.P. 1855-1-279 ; Req., 9 avril 1856, D.P. 1856-1-303 ; Besançon, 9 avril 1873-2-85 ; Req., 3 février 1874, D.P. 1875-1-18 ; Cass. civ., 30 mars 1874, D.P. 1874-1-212 ; Cass. civ., 9 décembre 1874, D.P. 1875. 1. 132 ; Grenoble, 13 mai 1882, D.P. 1883-2-96. Par contre : Bourges, 23 août 1831, J. Pal. 1831/1832, p. 170-171 affirme qu'en cas de contradiction entre l'un des considérants et le dispositif d'un arrêt le dispositif fait seul foi. *A rapprocher* : Req., 25 août 1831, J. Pal. 1831/1832, p. 185-186 qui refuse d'ouvrir la voie du pourvoi en cassation à l'encontre d'un arrêt au motif que « *la substance de ses dispositions est conforme à la loi* » alors qu'il présente plusieurs contradictions apparentes. Voy. également, Cass. civ. Belgique, 17 avril 1833, J. Pal. 1833, p. 380-381 (« *...considérant qu'après la lecture entière du jugement, il ne peut rester aucun doute légitime sur l'objet de la demande et sur les points de droit soumis à la décision du juge...* »).

²⁶² Rennes, 23 décembre 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 506 ; Req., 23 avril 1829, J. Pal. 1828/1829, p. 933-934. Admet également le remplacement de la motivation en fait par la transcription des exploits d'ajournement dans le jugement : Cass. civ., 17 mars 1829, J. Pal. 1828/1829, p. 810-811.

²⁶³ Req., 6 mars 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 254.

²⁶⁴ Colmar, 20 février 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 477-478 ; Poitiers, 7 avril 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 610 ; Cass. civ., 17 juillet 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 625-627 (le jugement qui autorise l'enquête pour les faits contenus dans la requête adressée à cette fin au tribunal est suffisamment motivé si lesdits faits sont repris dans la partie en fait du jugement) ; *Contra* : Besançon, 25 août 1826, J. Pal. 1826, p. 844 (le jugement dont le dispositif omet de statuer sur un des chefs de demande est nul, et les motifs ne peuvent suppléer à l'omission).

²⁶⁵ Cass. civ., 13 janvier 1813, J. Pal. 1813, p. 32 : « *...qu'après avoir reconnu en fait que la faute d'impression dans un des journaux, n° 651, était éclaircie et corrigée non seulement par les autres actes de la procédure, mais encore par les expressions mises à la suite de cette faute dans le même journal ; en décidant, en droit qu'une faute pareille, ne pouvait point entraîner la nullité des poursuites faites en expropriation forcée, l'arrêt attaqué n'a nullement violé l'art. 683 C. procéd. ...* », Grenoble, 3 septembre 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 410.

²⁶⁶ Cass. civ., 14 janvier 1816, J. Pal. 1815/1816, p. 224-225.

²⁶⁷ Bourges, 8 janvier 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 18 (rectification du placard par le procès-verbal de saisie) ; Bourges, 13 janvier 1815, J. Pal. 1814/1815, p. 536 (rectification de la copie remise à la partie saisie du procès-verbal d'apposition d'affiches par l'original) ; Req., 4 octobre 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 425-426 (la nullité de l'extrait du placard remis au créancier n'entraîne pas la nullité de toute la saisie) ; Paris, 29 août 1815, J. Pal. 1815/1816, p. 58-59 (l'erreur sur la date du titre exécutoire figurant dans le commandement, dans le procès-verbal et dans le cahier des charges n'entraîne pas la nullité de toute la saisie, pas plus que celle dans la date du visa) ; Rouen, 11 avril. 1820, J. Pal. 1819/1820, p. 909-910 (les irrégularités de détail sur le procès-verbal de la saisie ne peuvent entraîner la nullité de la procédure) ; Nîmes, 17 novembre 1819, J. Pal. 1819/1820, p. 559-560 (idem pour l'erreur sur les prénoms du débiteur figurant sur le commandement de payer) ; Orléans, 27 décembre 1822, J. Pal. 1822/1823, p. 767 (l'omission de la date sur le procès-verbal d'apposition des placards peut être remplacée par celle du visa du maire figurant à la suite).

²⁶⁸ Caen, 25 avril 1826, J. Pal. 1826, p. 421-422 ; Orléans, 6 août 1848, D.P. 1849. 2. 20 ; Orléans, 25 novembre 1851, D.P. 1854. 2. 175 ; Bordeaux, 13 mai 1863, D.P. 1863. 5. 169 ; Toulouse, 12 juin 1875, D.P. 1879. 1. 467 ; Paris, 10 février 1879, D.P. 1879. 2. 114 ; Besançon, 23 février 1880, D.P. 1880. 2. 225 ; Poitiers, 16 février 1881, D.P. 1881. 2.

l'original contenait des erreurs ne figurant pas dans la copie²⁶⁹. Elle ne fit exception à ce principe que pour le cas où la copie était raturée sans que cela ne dénature l'exploit. Dans ce cas, l'équipollent entre l'original et la copie fut admis²⁷⁰. Les renvois de la copie vers l'original ne furent toutefois pas tolérés²⁷¹. Lorsqu'un exploit d'ajournement devait être signifié à plusieurs parties, la jurisprudence prononçait la nullité si un des défendeurs recevait la copie destinée à un autre²⁷². Un acte d'appel nul ne pouvait pas être régularisé par un second exploit d'huissier²⁷³ signifié après l'échéance du délai, de même que des conclusions prises en réponses à une exception de nullité ne pouvaient suppléer aux mentions défailtantes de l'exploit d'ajournement²⁷⁴.

c) Le mécanisme du grief

99. Il arriva que l'interprétation souple et la théorie des équipollents ne parviennent pas à faire échec à une nullité que les juridictions estimaient inappropriées. Elles durent ainsi recourir à un autre moyen d'éviter l'excès de formalisme, moyen qui nécessitait de juger directement à l'encontre du texte légal, tout en s'inscrivant dans le prolongement de la théorie des équipollents²⁷⁵. Ce concept que nous appellerons le *mécanisme du grief* permit d'exclure certaines nullités au motif que le vice de procédure envisagé n'avait causé aucun préjudice à la partie qui l'invoquait. La doctrine française a résumé l'opération sous la forme de l'adage « *pas de nullité sans grief* » ou « *nullités sans griefs n'opèrent point* »²⁷⁶, expressions qui remontent certainement à la pratique judiciaire

136 ; Cass. civ., 1^{er} août 1888, S. 1891. 1. 66 ; Riom, 30 décembre 1890, D.P. 1892. 2. 227 ; Cass. civ., 1^{er} mars 1893, D.P. 1893. 1. 424, S. 1893. 1. 143 ; Alger, 13 mai 1896, D.P. 1896. 2. 527 ; Grenoble, 6 novembre 1906, D.P. 1909. 2. 30. La Cour d'appel de Chambéry retient toutefois que pour entraîner la nullité la copie prétendument irrégulière devait être présentée : Chambéry, 15 mars 1892, D.P. 1893. 2. 275.

²⁶⁹ Cass. civ., 25 juin 1907, S. 1907. 1. 456 ; Cass. civ., 16 mai 1904, S. 1907. 1. 333.

²⁷⁰ Paris, 16 novembre 1815, J. Pal. 1815/1816, p. 114-115.

²⁷¹ Lyon, 13 janvier 1825, J. Pal. 1825, p. 50-51 ; Bourges, 16 février 1874, D.P. 1877. 2. 53.

²⁷² Cass. civ., 27 avril 1858, D.P. 1858. 1. 223 ; Cass. civ., 28 janvier 1879, D.P. 1879. 1. 151. Voy. pourtant : Metz, 21 juin 1822, J. Pal. 1822/1823, p. 437-438 : « *attendu, en la forme, que la nullité d'exploit dont il s'agit n'a véritablement aucune importance, puisque les appelants sont solidaires, et qu'elle n'est justifiée qu'à l'égard de l'un d'eux ; qu'elle a d'ailleurs été couverte lors du jugement...* ».

²⁷³ Metz, 18 juin 1819, J. Pal. 1819/1820, p. 338 ; Aix, 3 mai 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 412 et vraisemblablement, quoique de manière confuse, Pau, 6 janvier 1835, J. Pal. 1834/1835, p. 1229.

²⁷⁴ Req., 27 juin 1831, J. Pal. 1830/1831, p. 1745-1746. Les conclusions jugées incompréhensibles étaient les suivantes : « *Pour voir dire que le testament seul retrouvé, que ce soit par suite d'erreur ou de dol, suivant ce qui parviendrait à la connaissance des tribunaux, ne préjudicie nullement au testament par lequel la défunte eut à l'article de la mort la croyance et l'intention de transmettre ses dernières volontés ; que celles-ci bien reconnues, quand bien même le papier qui les contenait ne se retrouverait pas, produiraient tout l'effet qui doit en résulter selon les lois ; en conséquence, condamner ledit Bergère père et la dame Champeau aux dépens* ». Il s'agissait en fait d'une action en constat très maladroitement formulée. Selon BIOCHE, v° *ajournement*, n° 77, le corps de l'exploit n'a toutefois pas besoin d'être présenté de telle manière que les moyens et l'objet soient clairement séparés.

²⁷⁵ En ce sens : GAMBIER, p. 9.

²⁷⁶ BORDEAUX, p. 388, qui exclut de son champ d'application les erreurs de procédure volontaires ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 167 ; GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 2, p. 350 ; SELIGMAN, p. 158-161 ; VINCENS, p. 88.

de l'Ordonnance de 1667²⁷⁷. Nous préférons employer l'expression mécanisme du grief, car le procédé se retrouve également en droit suisse, sans nécessairement être lié à la nullité des actes de procédure.

100. Le mécanisme du grief violait manifestement l'article 1029 du Code de procédure civile qui récusait tout aménagement judiciaire de la nullité²⁷⁸. Cela explique sans doute pourquoi certains auteurs se montrent peu cohérents²⁷⁹ et présentèrent l'automatisme des nullités comme l'évidence qu'il avait pourtant cessé d'être²⁸⁰. Le mécanisme du grief est cependant aussi vieux que le Code de procédure civile. PIGEAU²⁸¹, un de ses rédacteurs, recommandait, en 1807 déjà, d'écarter toute exception de nullité chaque fois qu'elle n'était pas justifiée par l'impossibilité du défendeur de répondre à la demande. La pratique judiciaire en fit une large application.

101. Plusieurs arrêts d'appel rendus par diverses juridictions d'appel consacrèrent implicitement le mécanisme du grief en ce qui concerne les erreurs commises dans la rédaction des actes de procédure. Les irrégularités figurant dans l'exploit d'ajournement ne pouvaient entraîner la nullité de celui-ci que si elles avaient induit le défendeur en erreur. Ainsi, l'omission du matricule de l'huissier n'entraînait pas la nullité si, exerçant

²⁷⁷ Voy. RODIER, p. 4: « *On dit au Palais que nullité sans Grief n'opère rien* ». Le Palais en question est certainement le Parlement de Toulouse, dont l'auteur entendait rapporter la jurisprudence. C'est également ce que laissent entendre GAMBIER, p. 6 et VINCENS, p. 87.

²⁷⁸ GAMBIER, p. 9.

²⁷⁹ Ainsi BENCENNE, après avoir implicitement admis le recours au mécanisme du grief lorsque le défendeur comparait et invoque un vice de procédure affectant la signification (vol. 3, p. 52: « *Mais si la partie reconnaît qu'elle a reçu la signification, ne sera-t-elle bien reçue à demander la nullité de l'exploit qu'elle tient à la main en disant que l'huissier qui l'a donné n'est pas celui que le tribunal a désigné ? C'est comme si l'on demandait une caution après le paiement d'une dette* »), semble dire exactement le contraire en soutenant que la couverture des vices de la signification par la comparution encourage les parties à se laisser condamner par défaut (vol 3, p. 300-301 : « *Si le législateur n'eut neutralisé l'entraînement de cette conséquence qui fait couvrir par la comparution, les nullités relatives à la remise de l'assignation et aux doutes que produisent des indications imparfaites, le défendeur mal assigné se serait bien gardé de comparaître et n'aurait manqué jamais de se laisser condamner par défaut. Puis il aurait toujours attendu que le jugement eût été expédié, signifié et exécuté, car on a jusqu'à l'exécution pour se montrer et s'opposer; alors seulement il aurait formé son opposition sur la nullité de l'assignation, disant qu'il ne l'avait pas reçue ; et toutes ces procédures de défaut, d'expédition, de signification, d'exécution et de second jugement qui rétracte le premier, seraient tombées à la charge du demandeur avec une perte de frais et de temps dix fois plus lourde qu'il n'échet depuis que l'on raisonne avec moins de rigidité, et que l'on admet le défendeur à venir de prime saut dire : l'assignation est nulle* »).

²⁸⁰ JAPIOT, p. 233 qui concède toutefois quelques exceptions isolées

²⁸¹ Eustache Nicolas PIGEAU, La procédure civile des tribunaux de France démontrée par principes et mise en action par des formules, tome I, Garnery, Paris, 1807, p. 142, s'exprimait ainsi à propos des exceptions de nullité : « *Tout ce que l'on peut dire, c'est que les juges doivent bien les resserrer dans les bornes posées par les lois, et ne pas les admettre lorsque les parties ne peuvent s'appliquer les motifs qui les ont fait établir, surtout lorsqu'il y a mauvaise foi de leur part ; comme lorsqu'elles ont éludé de répondre, pour avoir occasion de faire tomber sur leurs adversaires les frais d'une procédure vicieuse, ou pour proroger afin d'acquiescer une prescription. En un mot, on doit les rejeter toutes les fois qu'il est visible que c'est la malignité ou la mauvaise foi qui a motivé le refus de répondre, et non l'impossibilité, qui est le seul motif que les lois supposent à celui qui argumente d'une nullité* ».

seul dans une petite localité des colonies, son identité était connue de tous²⁸². Plusieurs arrêts de la Cour de cassation²⁸³ employèrent un raisonnement semblable à l'égard du « *parlant à* » mal rédigé. Le libellé de cette rubrique dépendant de la personne à laquelle l'huissier remettait l'exploit, elle était toujours rédigée au moment de la signification. Cela augmentait les risques d'erreur. L'application du mécanisme du grief permit très tôt d'éviter de nombreuses nullités. On retrouve également le mécanisme du grief en matière d'acte d'appel. Les vices affectant la rédaction de l'exploit n'entraînaient pas l'irrecevabilité de l'appel si l'identification du jugement querellé²⁸⁴, de la juridiction l'ayant rendu²⁸⁵, de celle devant laquelle l'appel était porté²⁸⁶, de la personne de l'appelant²⁸⁷ ou du domicile de ce dernier²⁸⁸ était incontestable. En matière de saisie immobilière, les erreurs dans la désignation de l'immeuble saisi n'emportaient pas nullité si elles étaient surmontables²⁸⁹. La jurisprudence étendit même le mécanisme du grief à la désignation des parties²⁹⁰ dans le jugement ou à la rédaction de l'exposé des faits²⁹¹ prescrit par l'article 141 du Code de procédure civile

²⁸² Cass. civ., 12 novembre 1907, D.P. 1909. 1. 55. Voy. déjà Lyon, 12 février 1835, J. Pal. 1834/1835, p. 1390-1391 (l'absence de mention de la demeure de l'huissier n'emporte pas nullité lorsque les énonciations contenues dans l'exploit ne permettent pas de se méprendre sur son identité).

²⁸³ Req., 23 janvier 1810, J. Pal. 1810, p. 56 et Cass. civ., 30 novembre 1811, S. 1812/1814. 1. 76. BONCENNE, vol. 2, p. 102. Cette jurisprudence fut confirmée ultérieurement: Req., 19 décembre 1882, D.P. 1883. 1. 320.

²⁸⁴ Metz, 5 janvier 1813, J. Pal. 1813, p. 8 ; Rennes, 3 juin 1813, J. Pal. 1813, p. 442 ; Paris, 28 août 1813, J. Pal. 1813, p. 442 : « ...attendu que ce jugement se trouve suffisamment indiqué dans l'acte d'appel pour qu'il n'y eut ni pu avoir de confusion ou d'incertitude entre les parties à l'égard du jugement dans l'acte d'appel... » ; Rennes, 3 janvier 1817, J. Pal. 1817/1818, p. 5 ; Amiens, 9 novembre 1821, J. Pal. 1820/1821, p. 932 ; Metz, 22 juillet 1822, J. Pal. 1822/1823, p. 60-61 ; Bordeaux, 2 juin 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 498 ; *Contra* : Rennes, 12 février 1813, J. Pal. 1813, p. 280 ; Rennes, 20 février 1828, J. Pal. 1827/1828, p. 1192-1193. *A rapprocher* : Bordeaux, 11 mars 1831, J. Pal. 1830/1831, p. 1316 (« ...Attendu que deux jugements par défaut furent rendus par le tribunal de Sarlat le 14 déc. 1829, au profit du sieur Chatard-Bondy, contre la dame Girot ; Attendu que les deux jugements furent signifiés à la dame Girot, pour avoir paiement des frais liquidés aux deux jugements du 14 déc. 1829 ; Attendu qu'il n'y a rien de spécial dans une pareille indication, et que la cour ne peut pas savoir quel est celui des deux jugements que la dame Girot a voulu attaquer par la voie de l'appel ; Attendu qu'elle ne peut pas aujourd'hui, après l'expiration de tous les délais déclarer qu'elle a entendu diriger son appel contre le second jugement rendu par le tribunal de Sarlat... ») ; Bordeaux, 20 juin 1833, J. Pal. 1833, p. 587 (« ...que cette erreur de date ne saurait avoir l'effet de rendre l'appel nul, puisqu'il est constant que pendant le mois de mai 1832 il ne fut rendu entre les parties aucun autre jugement que celui du 16 mai, et que les intimés ont d'autant moins pu se méprendre sur son identité, que cette énonciation inexacte de date se rectifie par plusieurs circonstances de la cause... »).

²⁸⁵ Rennes, 3 janvier 1811, J. Pal. 1811, p. 9 : « ...attendu que la date du jugement et celle de sa signification étant reprises dans l'exploit d'appel, l'intimé n'a pas pu se méprendre sur la nature et la qualité du jugement appelé... ».

²⁸⁶ Besançon, 29 novembre 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 899.

²⁸⁷ Grenoble, 21 décembre 1820, J. Pal. 1820/1821, p. 256-257. Fausse désignation de la personne à qui l'exploit est remis : Req., 19 décembre 1826, J. Pal. 1050-1051 qui retient la même solution.

²⁸⁸ Montpellier, 4 mai 1825, J. Pal. 1825, p. 466 (qui précise également que l'exploit n'est pas tenu d'indiquer la rue et le numéro du domicile à Paris de la personne à la requête de laquelle il est fait) ;

²⁸⁹ Bourges, 8 janvier 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 18 et Paris, 20 août 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 381 (désignation incomplète des immeubles) ; Toulouse, 14 décembre 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 489-490 (commandement mentionnant la saisie des meubles au lieu de la saisie des immeubles) ; Paris, 24 janvier 1815, J. Pal. 1814/1815, p. 553-554 (immeuble désigné à Paris uniquement par l'arrondissement et non pas par la commune). Voy. également Req., 10 avril 1872, D.P. 1873. 1. 344.

²⁹⁰ Alger, 17 mars 1910, D.P. 1912. 2. 340 ; Req., 8 décembre 1925, D.H. 1926. 1.

²⁹¹ Req., 19 janvier 1826, J. Pal. 1826, p. 67-68.

102. Concernant la signification des exploits d'huissiers, la jurisprudence considéra, toujours en application du mécanisme du grief, que la réception de l'acte par son destinataire remédiait aux erreurs dans la transmission. Un arrêt, remontant également aux premières années d'application du Code de procédure civile²⁹², jugea ainsi que la signification d'un jugement par défaut par un autre huissier que celui indiqué par le tribunal n'était pas sanctionnée par la nullité si le destinataire reconnaissait avoir reçu l'acte²⁹³. Un arrêt de la Cour impériale de Dijon retint que l'exploit remis à une personne qui se déclarait faussement être le parent ou le serviteur du destinataire ne pouvait être déclaré nul s'il parvenait tout de même à son destinataire²⁹⁴. De la même manière, la comparution à l'audience « *couvrait* » les vices de la convocation²⁹⁵, et l'ajournement en appel du mari et de la femme par un seul exploit remis à cette dernière était guéri par la comparution sans protestation du premier²⁹⁶.

103. Les exemples précités nous montrent que le mécanisme du grief reçut une application très large. La jurisprudence ne fit toutefois pas preuve d'une souplesse absolue. Elle sut poser des limites lorsque les parties entendaient se prévaloir d'actes de procédure sérieusement viciés. Elle refusa ainsi de considérer que la simple connaissance d'un jugement puisse faire courir valablement les délais de recours en l'absence de toute

²⁹² La doctrine n'était cependant pas toujours si favorable à l'effet guérisseur attaché à la réception effective de l'exploit. Voy. DELAPORTE, p. 68 qui parle de « *d'erreur évidente* ».

²⁹³ Cass. 7 décembre 1813, J. Pal. 1813, p. 1818, S. 1812/1814. 1. 137. Il est vrai que le respect de la commission par le juge d'un huissier n'est pas prévu à peine de nullité, mais, nous le verrons plus loin, dans un tel cas, la nullité provient de ce que la jurisprudence considérait cette formalité comme une formalité substantielle.

²⁹⁴ Dijon, 9 mai 1867, D.P. 1867. 2. 232.

²⁹⁵ Trèves, 20 mars 1811, J. Pal. 1811, p. 199 : « ...considérant que l'assignation a été régulièrement posée au domicile de Worbe, et que la demande, par sa nature, requérait célérité ; qu'au surplus Worbe aurait couvert ces prétendues nullités en se présentant et en formant opposition à l'exécution du premier jugement par défaut » ; Paris, 30 janvier 1817, J. Pal. 1817/1818, p. 51-52 ; Nancy, 29 mars 1825, J. Pal. 1825, p. 367-368 ; Req., 30 juillet 1828, J. Pal. 1828/1829, p. 149-153 ; Contra : Rouen, 17 mars 1810, J. Pal. 1810, p. 180. ; Rennes, 11 décembre 1817, J. Pal. 1817/1818, p. 532 ; Req., 7 mai 1818, J. Pal. 1817/1818, p. 792-793 ; Cass. civ., 31 janvier 1826, J. Pal. 1826, p. 122-123 (arrêt très strict où la Cour retint la nullité d'une enquête lors même qu'il y avait eu comparution et absence de plainte de la partie qui avait intérêt à l'annulation) ; Bordeaux, 26 juillet 1831, J. Pal. 1831/1832, p. 75-76.

²⁹⁶ Bourges, 1^{er} juin 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 228 ; Caen, 11 janvier 1825, J. Pal. 1825, p. 38 (précisant « ...que la jurisprudence n'oblige à délivrer une copie particulière et au mari et à la femme, que dans le cas où les époux sont civilement séparés... ») ; Caen, 8 janvier 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 23-24 (acte d'appel remis à la mère pour son propre compte et pour celui de ses enfants avec lesquels elle a agi conjointement et solidairement), Caen, 27 janvier 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 67 ; Voy. cependant : Limoges, 2 décembre 1821, J. Pal. 1820/1821, p. 986, Montpellier, 6 août 1822, J. Pal. 1822/1823, p. 558-559 ; Aix, 3 mai 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 412 qui retiennent l'exact contraire, Pau, 14 juillet 1832, J. Pal. 1831/1832, p. 1275 et Nancy, 7 juin 1833, J. Pal. 1833, p. 548 qui considèrent qu'un acte d'appel assignant le mari et la femme doit être remis à chacun d'eux si les époux ont des intérêts différents et, finalement, Bourges, 21 juillet 1817, J. Pal. 1817/1818, p. 371 où l'acte d'appel dirigé contre le père et le fils et remis au père seulement fut déclaré nul.

signification²⁹⁷. Elle n'admit pas que l'appel soit déclaré oralement à l'huissier, même si celui-ci l'avait mentionné sur l'original de l'exploit de signification du jugement²⁹⁸.

2) L'abandon de l'exigence d'une base légale

104. L'exigence d'une base légale pour pouvoir prononcer la nullité, consacrée à l'article 1030 alinéa 1 du Code de procédure civile, fut également remise en cause. A la différence toutefois de l'article 1029, la doctrine s'intéressa davantage à la question. Elle s'attacha à démontrer l'incohérence dont aurait fait preuve le législateur. Tous les auteurs relevaient que les mentions figurant à l'article 1 du Code de procédure civile n'étaient pas prévues à peine de nullité. Ils en déduisaient qu'il était en principe impossible d'annuler une citation à comparaître devant le juge de paix ne comportant ni la date de l'audience à laquelle l'affaire devait être examinée, ni l'identité du défendeur, et que cela constituait en soi la preuve de l'impraticabilité du système créé par le législateur à l'article 1030 du Code de procédure civile²⁹⁹.

105. Cette opinion est toutefois hâtive. On peut, en effet, imaginer que le défendeur compareaisse à l'audience sans connaître l'identité du demandeur et qu'il l'apprenne à ce moment seulement. Vu le caractère informel de la procédure devant cette juridiction, il lui était toujours possible d'obtenir un renvoi d'audience afin de préparer sa défense en connaissance de cause. Si le défendeur n'était pas en mesure de comparaître devant le juge de paix, faute de connaître la date de l'audience, le juge devait ordonner sa réassignation, sur le fondement des articles 6 et 19 du Code de procédure civile. De surcroît, le défendeur pouvait toujours s'opposer au jugement par défaut qui aurait été rendu³⁰⁰, l'article 21 prévoyant expressément la fixation d'un délai d'opposition plus long s'il « *n'a pas été instruit de la procédure* ». L'impossibilité alléguée de prononcer la nullité de l'exploit de citation n'était donc pas la *conditio sine qua non* du bon

²⁹⁷ Cass. civ., 10 janvier 1826, J. Pal. 1826, p. 29-30 (cas d'un femme séparée de bien et de corps de son mari auquel seulement on a signifié un jugement). Voy. cependant : Limoges, 28 avril 1828, J. Pal. 1827/1828, p. 1415 (l'interrogatoire sur faits et articles est ordonné par défaut, la partie contre laquelle le défaut a été pris se rend à l'audience du juge commissaire en déclarant qu'elle comparaît dans le but de faire opposition, l'opposition fut considérée comme valable au sens de art. 158 et 159 CPC lors même que rien dans l'arrêt ne laisse entendre que le jugement lui aurait été signifié correctement, la Cour ne faisant que constater que « *dès lors elle a eu connaissance de ce jugement, et qu'il doit être réputé avoir été exécuté à cette époque dans le sens que la loi attache à ces mots, aux termes des art. 158 et 159 CPC* ») ; Toulouse, 22 décembre 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 1020 qui n'admet pas qu'un exploit d'appel signifié au mari de l'intimée sur une place de marché puisse être régularisé par la comparution du destinataire.

²⁹⁸ Cass. civ., 5 avril 1813, J. Pal. 1813, p. 271.

²⁹⁹ BOITARD, vol. 2, p. 505 ; BONCENNE, vol. 4, p. 286 ; BONFILS, p. 327 ; CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, pp. 7 ss ; GLASSON/THISSIER/MOREL, vol. 2, p. 342 ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 100 ; PIGEAU, Commentaires, vol. 1, p. 3.

³⁰⁰ Art. 20 CPC 1806.

déroulement du procès. La position du défendeur devant le juge de paix était bien différente de celle devant le tribunal civil, où les formalités relatives à l'ajournement étaient prévues à peine de nullité. Dans ce dernier cas, il devait comparaître et conclure avant la première audience. Or cela n'était impossible que s'il connaissait parfaitement l'identité de son contradicteur et l'objet du litige.

106. A vrai dire, la doctrine voyait dans la nullité le seul moyen de garantir le respect des règles de procédure. BONFILS laissait ainsi entendre que faute d'être sanctionné par la nullité, le vice de procédure est tout simplement approuvé tacitement par le législateur³⁰¹. REGNARD³⁰² soutenait que « *les lois de la procédure portent en elles-mêmes leur sanction* » et que « *l'inaccomplissement des formalités qu'elles prescrivent emporte la nullité des actes irrégulièrement faits* ». Une telle approche faisait bon marché de l'amende pour vice de procédure prévue à l'article 1030 alinéa 2 du Code de procédure civile, sanction qui était destinée à intervenir plus fréquemment que la nullité. L'idée que le respect des règles de procédure passe uniquement par la contrainte financière fut bien vite considéré comme insuffisant³⁰³, mais sans que cette prise de position ne repose sur des éléments concrets³⁰⁴. A notre avis, cela démontre que la doctrine n'avait aucune conception globale du formalisme procédural. Elle était ainsi prête à le réduire fortement, en faisant obstacle à l'application de l'article 1029, tout en appelant de ses vœux de nouvelles causes de nullité.

³⁰¹ BONFILS, p. 330: « *En présence du silence du texte sur la question de validité ou de nullité, on validerait des actes manquant de quelque élément essentiel à leur existence, des actes incomplets, impuissants à faire atteindre le but en vue duquel ils auraient été dressés.* »

³⁰² REGNARD, p. 167.

³⁰³ Voy. LAVIELLE, p. 141 à propos des actes d'huissier accomplis un jour férié. Par ailleurs, JACCOTTON, p. 290 est le seul auteur à mentionner intégralement les conséquences pour les huissiers de leurs actes nuls.

³⁰⁴ BUNCENNE, vol. 2, p. 443 mentionne également l'incohérence entre l'art. 141 CPC 1806 qui n'est pas prévu à peine de nullité et l'art. 7 de la loi du 10 avril 1810: « *Chose étrange : l'article 7 de la loi de 1810 avec sa peine de nullité, n'est, en vrai, qu'une sorte de rappel à des formes secondaires, et l'on voudrait que les dispositions de l'art. 141 du Code, qui donnent au jugement sa substance la plus pure, fussent moins irritantes !* » Sans faire preuve du même tranchant, BOITARD tient un discours semblable : BOITARD, vol. 1, p. 284. Les autres auteurs, tout en adoptant le plus souvent le point de vue de BUNCENNE à propos de l'art. 141 CPC ne le mentionnent pas au moment d'aborder l'art. 1030 CPC 1806. Pourtant, il semble que les auteurs du Code de procédure civile n'aient expressément pas voulu que tout le contenu de l'art. 141 CPC 1806 fût prescrit à peine de nullité. Voy. PIGEAU, Commentaires, vol. 1, p. 329-330 : « *Un jugement où ces formalités seraient omises serait-il nul, l'art. 141 ne prononçant pas la nullité, et l'art. 1030 défendant de prononcer une nullité non admise par la loi ? Un arrêt de cassation du 8 août 1808 [...] a rejeté la nullité de ce qu'un arrêt ne mentionnait pas suffisamment les conclusions : il faudrait décider de même pour tous jugements qui ne contiendraient pas les noms des juges, du procureur du Roi, les conclusions, les points de fait et de droit et les motifs, parce qu'à la rigueur un jugement peut subsister sans cela puisque ces formalités n'étaient pas observées avant la révolution, que les jugements n'en opéraient pas moins des effets, et qu'elles ont été établies plus par utilité que par nécessité absolue. Mais il y aurait nullité si les noms et indications des parties n'y étaient pas puisque l'on ne pourrait en faire l'application ni active ni passive. Il y aurait encore nullité s'il ne contenait pas de dispositif ou si le dispositif n'était pas signé, puisqu'il n'y aurait pas de jugement.* »

107. La jurisprudence ne tarda pas à admettre de nombreuses exceptions à l'article 1030 alinéa 1. On rencontre ainsi un arrêt de 1813 au terme duquel la violation des règles relatives la compétence territoriale des huissiers est érigée en cause de nullité, malgré l'absence de base légale, la juridiction considérant toutefois qu'en l'espèce la nullité n'avait pas à être prononcée vu l'absence de préjudice subi par le défendeur³⁰⁵ ! On peut se demander s'il n'aurait pas été plus simple de se référer au seul article 1030 alinéa 1. Quoi qu'il en soit, jurisprudence et doctrine eurent recours à trois constructions différentes pour prononcer la nullité d'actes de procédure lorsque celle-ci n'était pas prévue par le Code : le concept de « *disposition prohibitive* » (a), la distinction entre les actes de procédure des parties et les décisions de justice (b) et la réserve des formalités essentielles (c).

a) Le concept de « *disposition prohibitive* »

108. Ce procédé repose sur l'idée qu'il faut assimiler toute une série de locutions à l'expression « *à peine de nullité* ». Ainsi lorsqu'un article contient l'expression « *ne sera pas reçu* », « *ne sera pas recevable* », « *sera irrecevable* », « *ne sera pas admis* », « *est inadmissible* », « *ne pourra...* », « *ne sera pas exécuté* », « *non venu* » le juge devrait y voir une cause implicite de nullité, car ce sont des « *dispositions prohibitives* »³⁰⁶. Cette interprétation permet également d'assimiler à la nullité toute une série d'autres sanctions de procédure. Elle garantit une plus grande cohérence du système.

109. Les arrêts se réclamant de cette approche sont peu nombreux³⁰⁷. La solution ne fut pas appliquée de manière parfaitement cohérente. On en veut pour preuve les vices

³⁰⁵ Cass. civ., 7 décembre 1813, S. 1812/1814. 1. 137.

³⁰⁶ BONCENNE, vol. 4, pp. 277 ss ; BONFILS, p. 329 ; GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 2, p. 343 ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 101 ; PIGEAU, Commentaires, vol. 1, p. 391. CARRÉ/CHAUVEAU, semblent s'y opposer, mais sans grande conviction (vol. 6, p. 828) : « *Les dispositions prohibitives ont été considérées par quelques auteurs, et notamment par MM. [...], comme entièrement indépendantes de la disposition de l'art. 1030, et produisant, en cas d'inobservation, la nullité, sans qu'il soit besoin que la loi prononce cette peine. C'est la reproduction de cette maxime de Dumoulin : Negativa praeposita verbo potest, tollit potentiam juris et facti. Il aurait fallu démontrer que cet axiome est encore applicable sous l'empire du Code de procédure, et en présence des termes si généraux de l'art. 1030, il paraît difficile d'admettre une telle opinion, au moins dans les termes absolus dans lesquels elle est présentée. Remarquons cependant qu'il est impossible aussi de rejeter entièrement la distinction des dispositions impératives et prohibitives, qui résulte de la nature même des choses. L'infraction à ces dernières constitue, en effet, non pas seulement une omission, mais un fait positif, une désobéissance formelle, à raison de laquelle il est dangereux d'admettre l'impunité.* » JOCCOTON, pp. 163 ss utilise ce procédé pour justifier la nullité tirée du défaut d'autorisation du tuteur par le conseil de famille (art. 464 C.civ.). LAVIELLE, p. 148 en fait de même à propos de l'interdiction faite aux huissiers d'exploiter les jours fériés.

³⁰⁷ Par exemple : Bordeaux, 10 février 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 151 (« *...attendu que la disposition de l'art. 1037 est conçue en termes prohibitifs ; que, dans toute loi prohibitive, la peine de nullité est toujours sous-entendue ; qu'il impliquerait que le législateur eût fait une défense, et que les tribunaux qui doivent appliquer la loi validassent l'acte défendu...* »). Cet arrêt constitue également l'illustration de ce que nous avons avancé à propos du déclin de l'amende judiciaire. Le fait de ne pas annuler un acte vicié ne veut pas nécessairement dire que le tribunal le valide, car, *tertium*

des procédures frappant un acte d'appel. Tant les juridictions³⁰⁸ que les auteurs³⁰⁹ continuèrent à utiliser l'expression « *appel irrecevable* » ou « *appel non recevable* » alors qu'il eût fallu parler d'un « *appel nul* »³¹⁰.

b) La distinction entre les actes de procédure des parties et les décisions de justice

110. Le texte de l'article 1030 alinéa 1 du Code de procédure disposant qu'« *aucun exploit ou acte de procédure* » ne pouvait être annulé si la loi ne le prévoit pas expressément. La jurisprudence considéra que les décisions de justice ne constituaient pas des actes de procédure³¹¹. Le champ d'application de l'article 1030 du Code de procédure pouvait ainsi être limité aux actes des parties elles-mêmes. La doctrine en déduisit que la violation de l'article 141 du Code de procédure civile emportait nullité du jugement même si celle-ci n'était pas expressément prévue³¹². Relevant que la capacité des parties ou la compétence territoriale de l'huissier significateur ne concernaient pas directement la forme des actes de procédure la doctrine estima ces « *nullités extrinsèques* » échappaient également à l'application de l'article 1030 alinéa 1 du Code de procédure civile³¹³.

datur, il peut toujours recourir à l'art. 1030 al. 2 CPC pour sanctionner l'huissier en faute. Voy. également l'arrêt de la Cour royale de Pau cité par LAVIELLE, p. 150.

³⁰⁸ Metz, 19 avril 1810, J. Pal. 1810, p. 270 ; Rennes, 3 août 1815, J. Pal. 1815/1816, p. 27-28 ; Rennes, 14 mars 1818, J. Pal. 1818/1819, p. 713.

³⁰⁹ BONFILS, pp. 960 ss (« *Fins de non-recevoir opposables à l'appel principal ou incident* ») ou encore PIGEAU, Commentaires, vol. 1, p. 157 qui parle de la « *recevabilité* » comme une des conditions fondamentales de l'action en justice au côté du « *bien-fondé* » et de la « *capacité* ». JOCCOTON, pp. 219 ss étudie en détail les fins de non-recevoir et les forclusions découlant de l'écoulement du temps.

³¹⁰ GLASSON/TOISSIER/MOREL, vol. 3, p. 331 parlent bien de la nullité de l'appel pour ce qui est de la violation de l'art. 449 CPC 1806. Certains arrêts de la Cour de cassation considèrent que le moyen tiré de la violation de cet article doit être invoqué *in limine litis* : Req., 3 avril 1854, D. 1854. 1. 244 ; Cass. civ., 12 mars 1860, S. 1860. 1. 793 ; Cass. civ., 17 mai 1893, D. 1894. 1. 121, S. 1893. 1. 304 ; Cass. civ., 26 juillet 1898, S. 1899. 1. 30 ; Cass. civ., 18 juillet 1904, D. 1905. 1. 134 ; Cass. civ., 21 janvier 1914, S. 1914. 1. 217 (note Ruben de Coudrer). Il n'est pas impossible que dans ce cas, la jurisprudence ait entendu appliquer l'art. 173 CPC 1806 et par là-même la sanction de la nullité à la violation de l'art. 449 CPC 1806, ce que laissent également entendre GLASSON/TOISSIER/MOREL, vol. 3, p. 334.

³¹¹ Cass. civ., 11 juin 1811, S. 1810/1812. 1. 359 (affirmation implicite) ; Cass. civ., 15 janvier 1819, S. 1819/1821. 1. 286 (explicite). En revanche, Cass. civ., 8 août 1808, S. An XIII/1808. 1. 566 refuse d'annuler un arrêt d'appel au motif que les articles 141 et 470 CPC 1806 ne sont pas prévus à peine de nullité, ce qui revient à appliquer l'art. 1030 al. 1 CPC 1806 aux jugements.

³¹² BERRIAT SAINT-PRIX, vol. 1, p. 149 ; BOITARD, vol. 2, p. 504 ; BONFILS, pp. 524-525 ; CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, pp. 711 ss ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 2, p. 106, GLASSON/TOISSIER/MOREL, vol. 3, p. 53. PIGEAU, toujours original (Commentaires, vol. 1, p. 329-330), développe une approche nuancée précédemment exposée à la note de bas de page n° 301. JAPIOT, p. 239, sans le citer, va dans le même sens.

³¹³ BOITARD, vol. 2, p. 504 ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 2, p. 99. BERRIAT SAINT-PRIX (vol. 1, p. 220) emploie la terminologie de l'Ordonnance de 1667 en parlant d'« *exception péremptoire de fond* » : « *La qualification de celles-ci indique également qu'elles sont étrangères à la forme. On les tire de vices ou de circonstances inhérentes soit à la personne du demandeur soit à sa réclamation. Par exemple, lorsqu'on soutient que la demande n'est pas recevable, soit pour défaut de qualité ou d'intérêt, soit à cause d'une prescription acquise, d'une transaction intervenue, d'un jugement non attaqué, d'une prestation de serment, d'un acquiescement...on propose par là même des exceptions péremptoires de fond* ». JOCCOTON, pp. 188 ss propose un système semblable, mais considère que seuls les fins de non-recevoir tirées de la chose jugée, de la prescription ou de l'acquiescement sont des moyens de fond.

c) La réserve des formalités essentielles

111. L'article 1030 alinéa 1 du Code de procédure civile fut également écarté en présence de formalités dites essentielles. La doctrine les définissait comme des formalités si importantes pour le déroulement du procès que l'essence même de celui-ci serait remise en question si la nullité n'était pas prononcée³¹⁴. Le concept n'était guère plus précis, un auteur allant même jusqu'à considérer que le respect des formalités essentielles était une condition d'existence des actes de procédure³¹⁵. Les auteurs consultés se contentaient généralement de présenter un catalogue des différentes solutions jurisprudentielles³¹⁶.

112. Il arriva souvent que des conflits de doctrine surgissent autour de la notion de formalités essentielles. L'exemple le plus frappant était celui des mentions devant figurer dans les jugements. Certains auteurs n'érigeaient que certaines d'entre elles au rang de cause de nullités³¹⁷. D'autres portaient de l'idée que toutes les violations de l'article 141 du Code de procédure civile emportaient nullité du jugement, non sans toutefois concéder que certains vices de forme apparents ne pouvaient être assimilés à une violation du texte légal³¹⁸. Parfois la question était sommairement examinée. Ainsi, GLASSON, TISSIER et MOREL mentionnent uniquement au passage les formalités essentielles³¹⁹, tout en indiquant dans une note de bas de page que l'article 1030 alinéa 2 du Code de procédure civile ne s'applique pas aux jugements³²⁰.

113. La jurisprudence admit que des formalités essentielles puissent entraîner l'annulation de certains actes. Elle ne se montra toutefois pas aussi claire qu'elle l'avait

³¹⁴ BERRIAT SAINT-PRIX, vol. 1, p. 139 ; BIOCHE, v° *nullité*, n°6 ; BOITARD, vol. 2, p. 506 ; BONCENNE, vol. 2, p. 273 ; BONFILS, p. 328 ; CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, p. VI et vol. 6, pp. 824 ss ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, Tome II, vol. 1, p. 100 ; GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 2, p. 342 ; JOCCOTON, p. 249 ; PIGEAU, Commentaires, vol. 1, p. 157 qui se limite toutefois à l'art. 141 CPC 1806. BIOCHE, v° *nullité*, n° 6 distingue même plusieurs catégories de formalités substantielles : 1) les formalités qui confèrent à un acte son existence ou qui le caractérisent, 2) les formalités généralement indispensables, telles celles dont l'accomplissement est nécessaire à l'exercice du droit de la défense, 3) le pouvoir d'attribution ou le mandat pour accomplir l'acte, 4) la volonté d'agir et la capacité de la personne par qui ou à la requête de laquelle un acte est accompli, 5) la cause licite de l'acte. JOCCOTON, p. 254-255, considère qu'il appartient au juge d'établir en équité « si la formalité qu'on a pas accomplie, ou qui l'a été contre la teneur de la loi, était absolument nécessaire pour remplir le but que s'est proposé le législateur ».

³¹⁵ LEPAGE, p. 647 : « Ainsi, par la disposition que nous expliquons [ie l'art. 1030 al. 1 CPC] il ne faut considérer que les exploits et actes de procédure qui ont de l'existence. Or, pour exister aux yeux de la loi, il ne faut pas que ces actes manquent des qualités qui contribuent à leur essence. Les actes donc, outre les qualités qui les caractérisent, et sans lesquels ils n'existent pas, doivent en avoir d'autres plus ou moins nécessaires ; la loi, parmi ces qualités secondaires, a marqué celles qu'elle exige à peine de nullité, et elle défend aux juges d'être plus sévères qu'elle ne le prescrit à l'égard de ces mêmes formalités ».

³¹⁶ Pour un exemple frappant : CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, p. 711 à propos de la nullité des jugements.

³¹⁷ Voy. par exemple : BONCENNE, vol. 2, p. 271-274 ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome III, vol. 2, p. 347 ou 373 ; GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 3, p. 54.

³¹⁸ CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, pp. 711 ss.

³¹⁹ GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 2, p. 343.

³²⁰ GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 3, p. 53, note de bas de page n°1.

été avec l'article 1029 du Code de procédure civile. Sans doute voulait-elle éviter l'excès de formalisme. En 1808, la Cour de cassation considéra que la signification faite par un huissier territorialement incompétent était « *nulle de plein droit* », ce qui revenait à admettre implicitement une nouvelle cause de nullité³²¹. Un arrêt de la Cour impériale de Rennes de 1810, indiqua expressément que l'article 1030 alinéa 1 du Code de procédure civile ne s'appliquait pas à l'omission des formes substantielles des actes de procédure que la loi prescrivait de manière impérative³²². La réserve des formalités substantielles se développa peu à peu. En 1810, la Cour supérieure de Bruxelles considéra qu'une expertise faite par un seul expert au lieu des trois prescrits par le jugement l'ordonnant était nulle. L'arrêt ne contient aucune justification au regard de l'article 1030 alinéa 1 du Code de procédure civile³²³. En 1813, la Cour impériale de Besançon, toujours sans donner d'explications, annula une expertise où les parties n'avaient pas été prévenues de la date et du lieu des opérations³²⁴. L'année suivante, un arrêt de la Cour impériale de Nancy prononça la nullité d'une expertise, au motif que l'absence d'indication de la date ou du lieu des opérations allait à l'encontre du droit d'être entendu de la partie lésée³²⁵. Cette argumentation, squelettique, laissait suspecter la violation d'une formalité essentielle. Ce point de vue fut confirmé par de la jurisprudence ultérieure³²⁶.

114. Sans entrer dans tout le détail des formalités considérées comme essentielles, il est intéressant de relever que la doctrine et la jurisprudence parvinrent, par ce biais, à opérer un tri entre les formalités importantes et celles qui ne le sont pas³²⁷. On vit, dès lors, s'esquisser une hiérarchisation des formalités procédurales entièrement étrangère au

³²¹ Cass. civ., 1^{er} février 1808, S. An XIII/1808. 1. 480 ; Cass. civ., 12 avril 1808, S. An XIII/1808. 1. 514.

³²² Rennes, 22 septembre 1810, J. Pal. 1810, p. 597.

³²³ Bruxelles, 31 juillet 1810, J. Pal. 1810, p. 508.

³²⁴ Besançon, 21 juin 1813, J. Pal. 1813, p. 479.

³²⁵ Nancy, 19 septembre 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 417-418 : « ...parce que jusqu'à l'instant de la clôture définitive, il lui était libre de s'y présenter pour y faire tels dres et réquisitions qu'elle jugerait convenables et d'en exiger la mention dans le rapport. La conséquence de telles irrégularités doit donc être d'annuler le rapport et d'ordonner une nouvelle expertise; qu'on objecte en vain que la loi citée n'ayant pas prononcé textuellement la nullité de l'opération des experts qui se seraient écartés, en quelques points, des formalités prescrites, il n'est pas au pouvoir des juges de les suppléer, parce que les dispositions de la loi ne doivent pas être illusoires, et que, si elle a prescrit à des experts les formes selon lesquelles, ils devaient procéder à leurs opérations, celles où ils s'en sont écartés doivent être nulles, non pas parce que la loi les a formellement déclarées telles, mais parce qu'elles ne sont point légales, et que la justice ne doit en admettre que de conformes à la loi, surtout quand leur régularité est, pour les parties qui y ont intérêt, la seule garantie, que leurs droits n'ont pas souffert d'atteinte... »

³²⁶ Voy., entre autres, Besançon, 19 juin 1818, J. Pal. 1817/1818, p. 874 ; Riom 20 août 1825, J. Pal. 1825, p. 821-822. Certains arrêts introduisirent même d'autres causes de nullité : Orléans, 18 novembre 1825, J. Pal. 1825, p. 658 (nullité des procès-verbaux des séances d'expertise n'indiquant pas le lieu où ils ont été rédigés et nullité du rapport d'expertise si les experts entendent des témoins hors de la présence des parties). Pour d'autres exemples, voy. VINCENS, p. 74-75 et les arrêts cités.

³²⁷ A ce propos, JOCCOTON, p. 260, parle expressément de « *formalités secondaires* ». Voy. également GAMBIER, p. 7-8.

système mis en place par le législateur de 1806. L'approche légaliste choisie par les auteurs du Code de procédure civile était ainsi révolue.

B) L'interprétation raisonnable des autres règles de formes

115. Jusqu'à présent nous nous sommes uniquement intéressé à la nullité des actes de procédure et aux développements jurisprudentiels qui ont pu l'affecter. L'ensemble de la procédure fut cependant concernée. Aussi nous limiterons nous à deux sujets particulièrement pertinents: le déroulement de l'instance devant le tribunal civil d'arrondissement (1) et la modification de l'objet du litige (2). Dans les deux cas, le Code de procédure civile ne contient que peu de règles applicables malgré l'importance de la matière. Il est donc intéressant d'examiner la manière dont la jurisprudence a traité certaines situations extraordinaires.

1) Le déroulement de l'instance devant le tribunal civil

116. Les auteurs du Code de procédure civile avaient voulu, dans le sillage de l'Ordonnance de 1667³²⁸, favoriser l'oralité et réduire le poids de l'écrit dans le déroulement du procès³²⁹. Passé le préliminaire de conciliation devant le juge de paix, l'instance devant le tribunal civil d'arrondissement débutait par un échange d'observations écrites par lesquelles les parties se faisaient connaître leurs prétentions réciproques et les pièces qu'elles entendaient invoquer. Cette phase de la procédure intervenait hors du contrôle du tribunal, et elle n'était destinée qu'à préparer l'audience. Elle ne constituait qu'une « *instruction écrite préalable* »³³⁰ (a). Elle était suivie par l'instruction à l'audience devant la juridiction au complet (b)³³¹. Les deux phases de la procédure subirent une influence considérable de la pratique qui assouplit au maximum les formalités prévues par le Code de procédure civile.

a) L'instruction préalable

117. La procédure écrite préalable à la première audience comportait, en principe, l'exploit d'ajournement³³², suivi de la constitution d'avoué du défendeur³³³, puis de la

³²⁸ Qui toutefois s'était heurtée à la résistance des juridictions : DUVAL, pp. 192 ss.

³²⁹ DUVAL, pp. 202 ss.

³³⁰ Le terme est de DUVAL, p. 205.

³³¹ Cette division de l'instance se retrouve chez SELIGMAN, pp. 140 ss.

³³² Art. 61 CPC 1806.

³³³ Art. 75 CPC 1806. Laquelle pouvait intervenir hors délai, tant et aussi longtemps que le demandeur n'avait pas demandé le prononcé d'un jugement par défaut contre son adversaire (art. 149 CPC 1806) : BONFILS, p. 435 ; CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, p. 485 ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 487.

signification des défenses par ce dernier³³⁴ auxquelles le demandeur pouvait encore répondre³³⁵. Il s'agissait donc d'un échange complet d'écritures signifiées d'avoué à avoué, sans que le juge n'en ait directement connaissance. Les pièces devaient également être communiquées entre les parties. Le demandeur était obligé de donner une copie de ses pièces avec l'exploit d'ajournement³³⁶, le défendeur devant offrir de communiquer les siennes avec sa défense écrite³³⁷. Le but de cette phase du procès était donc d'éviter les surprises lors de l'audience devant le tribunal civil et de faire en sorte que celle-ci puisse s'achever sans renvois inutiles.

118. Les auteurs du Code de procédure civile avaient envisagé que les parties souhaitent poursuivre la procédure préalable en échangeant des mémoires supplémentaires³³⁸. Ce fut l'exact contraire qui se produisit. La pratique judiciaire autorisa très tôt³³⁹ les parties à invoquer à l'audience des moyens qui ne figuraient pas dans leurs écritures préparatoires. Le défaut n'était pas encouru du seul fait de l'absence de celles-ci³⁴⁰; elles tombèrent par voie de conséquence en désuétude³⁴¹. L'application des articles 79 et 80 du Code, prescrivant de poursuivre la procédure en l'absence de signification des défenses et de la réponse, devint la règle³⁴² et les parties comparurent à l'audience en ayant uniquement pris des conclusions, le plus souvent sommaires d'ailleurs. La procédure ordinaire ne se distingua dès lors plus de la procédure sommaire³⁴³, réservée par le législateur à certains procès requérant célérité³⁴⁴.

b) L'instruction à l'audience

119. L'examen du litige par le tribunal présupposant que celui-ci en ait pris connaissance, l'instruction préalable était suivie de la mise au rôle et de la préparation de

³³⁴ Art. 77 CPC 1806.

³³⁵ Art. 78 CPC 1806.

³³⁶ Art. 65 CPC 1806.

³³⁷ Art. 77 CPC 1806.

³³⁸ Cf. supra, n° 64.

³³⁹ Voy. déjà Rennes, 14 août 1815, J. Pal. 1815/1816, p. 43.

³⁴⁰ A ce stade de la procédure, seul l'absence de comparution était susceptible d'entraîner la condamnation par défaut du défendeur (*défaut faute de comparaître*), voy. art. 149 CPC 1806 *a contrario*.

³⁴¹ CUCHE, p. 148 : « *Les textes qui les concernent ne sont dans notre Code qu'une inoffensive superfétation* » ; SELIGMAN, p. 140-141.

³⁴² BONFILS, p. 441 ; CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, p. 489-490 ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 344 ; GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 2, p. 484.

³⁴³ Laquelle était jugée directement à l'audience (art. 405 CPC 1806).

³⁴⁴ Voy. la liste figurant à l'art. 404 CPC 1806.

l'audience. Celle-ci était réglée³⁴⁵ de manière détaillée par le décret impérial du 30 mars 1808³⁴⁶ dont nous examinerons les dispositions pertinentes.

120. Le président de la chambre à laquelle l'affaire avait été attribuée³⁴⁷ faisait connaître, par affichage dans la salle d'audience, huit jours à l'avance la liste des affaires prochainement examinées³⁴⁸. L'avoué de la partie la plus diligente, généralement le demandeur, devait ensuite convoquer son contradicteur au moyen d'un « *avenir* »³⁴⁹. Trois jours avant l'audience, les avoués étaient tenus de se signifier leurs « *conclusions* » par écrit³⁵⁰. Il s'agissait de mémoires semblables aux écritures préparatoires, mais destinés à informer le tribunal de l'objet du litige³⁵¹.

121. Le jour de l'audience, les avoués remettaient les conclusions au greffier³⁵² et les reprenaient oralement devant le tribunal qui fixait la date de l'audience consacrée à la plaidoirie³⁵³. L'affaire était alors considérée comme « *mise en état* »³⁵⁴. Cela signifiait qu'un éventuel décès ou changement d'état des parties ne pouvait plus interrompre l'instance³⁵⁵. La prise des conclusions constituait donc un moment charnière du procès. Vu la disparition de la procédure écrite préalable à la première audience, elle était souvent le seul moyen pour les parties de connaître les moyens et les prétentions de leurs adversaires.

122. Il aurait été compréhensible que la pratique fasse preuve d'une certaine rigueur concernant la prise de conclusions pour ne pas compromettre le caractère contradictoire de la procédure³⁵⁶ et afin de permettre aux procès d'arriver rapidement à leur fin. Ce fut loin d'être le cas. Ainsi, le délai de trois jours n'était en pratique que rarement respecté³⁵⁷ et l'adversaire ne prenait connaissance des conclusions que le jour de

³⁴⁵ La matière ne fut, en effet, pas réglée par le Code de procédure civile. L'Ordonnance de 1667 était également muette sur la question : DUVAL, p. 343-344.

³⁴⁶ Adopté sur le fondement de l'art. 1042 CPC qui autorisait l'adoption de règlements d'administration publique « *tant pour la taxe des frais que pour la police et discipline des tribunaux* ».

³⁴⁷ La distribution est effectuée par le président du tribunal « *de la manière qu'il trouve la plus convenable pour l'ordre du service et l'accélération des affaires* » (art. 61 Décret 30 mars 1808).

³⁴⁸ Art. 67 et 68 Décret 30 mars 1808.

³⁴⁹ Art. 80 CPC 1806. Il s'agit en fait d'une « *citation à venir plaider...* »

³⁵⁰ Art. 70 Décret 30 mars 1808.

³⁵¹ BIOCHE, v° *conclusions*, n° 1 ss.

³⁵² Art. 71 Décret 30 mars 1808.

³⁵³ Art. 69 al. 2 et 3 Décret 30 mars 1808.

³⁵⁴ Art. 343 CPC 1806.

³⁵⁵ Art. 342 CPC 1806.

³⁵⁶ CUCHE, p. 150 parle à ce propos de « *procédés qu'une loyale confraternité devrait exclure entre avocats ou avoués* ».

³⁵⁷ Plusieurs arrêts considèrent que le délai n'étant pas prévu à peine de nullité il n'avait pas à être systématiquement respecté : Req., 20 juillet 1858, D.P. 1858. 1. 403 ; Paris, 18 avril 1864, D.P. 1864. 5. 72 ; Cass, civ., 1^{er} mai 1908, D.P. 1908. 1. 303 ; Req., 20 octobre 1908, D.P. 1909. 1. 46.

l'audience³⁵⁸. Celles-ci pouvaient même être modifiées oralement³⁵⁹, même si certains arrêts admettaient que le tribunal prononçât alors d'office le défaut faute de conclure³⁶⁰. La plupart du temps l'adversaire ne protestait toutefois pas ou obtenait un renvoi d'audience afin de prendre connaissance des nouvelles conclusions³⁶¹. L'indication d'une date pour l'audience de plaidoirie fut remplacée par un renvoi *sine die* au rôle³⁶². Les parties pouvaient ainsi prendre de nouvelles conclusions³⁶³. La procédure perdit alors tout caractère contraignant, et elle pouvait se ramener à un échange de nombreuses conclusions rythmé par une succession d'audiences dont les parties demandaient tour à tour le renvoi afin de préciser leurs prétentions. Il est difficile d'imaginer un assouplissement plus complet de la procédure.

123. La souplesse s'étendit également à la procédure suivant l'audience consacrée aux plaidoiries. Le texte du Code de procédure civile se voulait ferme et précis, en réaction à certains procédés dilatoires utilisés sous l'empire de l'Ordonnance de 1667³⁶⁴. L'élaboration du jugement devait avoir lieu aussitôt après les plaidoiries et celui-ci devait être prononcé sur le champ, ou à une audience ultérieure indiquée par le tribunal³⁶⁵. Tenant toutefois compte de la complexité de certaines affaires, les auteurs du texte légal créèrent en outre le délibéré sur rapport³⁶⁶ et l'instruction par écrit³⁶⁷ afin de prolonger le débat judiciaire. Le premier consistait à renvoyer l'affaire à une audience ultérieure tout en confiant à un des juges le soin de rédiger un rapport sur la base des conclusions et des

³⁵⁸ BONFILS, p. 449 ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 347 ; GLASSON/ISSIER/MOREL, vol. 2, p. 491.

³⁵⁹ Grenoble, 24 août 1833, J. Pal. 1833, p. 843-844 (les conclusions prises verbalement à l'audience n'ont pas besoin d'être remises au greffier, car l'art. 33 du Décret du 30 mars 1808 n'est pas prévu à peine de nullité) ; Req., 21 juillet 1890, D.P. 1891. 1. 159 (une demande formée oralement à la barre est recevable si elle n'est que le développement de celle figurant dans l'assignation : la partie demandant qu'il soit fait interdiction au défendeur d'utiliser la marque « Grand vin de l'Hospice de Beaune » dans sa correspondance commerciale peut demander qu'il soit pareillement fait interdiction au défendeur d'utiliser la marque « Hospice de Beaune » sur ses étiquettes) ; Req., 2 mars 1897, D.P. 1897. 1. 575 (conclusions signifiées et déposées durant le délibéré sur rapport, mais plusieurs jours avant l'audition du ministère public) *contra* : Paris, 20 février 1892, D.P. 1892. 2. 269 ; Req., 4 juin 1894, D.P. 1894. 1. 375 ; Req., 25 juin 1900, D.P. 1902. 1. 518 (les conclusions avaient été prises par les avoués puis reprises par les avocats dans leur plaidoiries qui en avaient discuté). *En revanche* : Orléans, 25 juillet 1863, D.P. 1863. 2. 143 retient qu'un moyen de nullité qui n'a pas été articulé dans les conclusions n'oblige pas le tribunal à statuer.

³⁶⁰ Art. 154 CPC 1806. GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1, p. 346 et les arrêts cités. Voy. pourtant : Req., 13 décembre 1893, D.P. 1894. 1. 357 considérant que le défaut d'opposition sur le champ de l'avoué du garanti à la lecture de nouvelles conclusions par le garant le déchoit d'en faire un motif de cassation et Trib. civ. de la Seine, 13 mars 1924, D.H. 1924. 342 qui tire prétexte du fait que l'art. 70 Décret du 30 mars 1808 n'est pas prescrit à peine de nullité pour admettre que les conclusions peuvent être signifiées jusqu'à la clôture des débats.

³⁶¹ Rouen, 26 janvier 1847, D.P. 1849. 5. 101 ; Paris, 10 décembre 1901, D.P. 1905. 2. 128 (cet arrêt considère que le seul effet de l'art. 70 Décret 30 mars 1808 est de permettre le renvoi) ; Req., 30 novembre 1911, D.P. 1913. 1. 54.

³⁶² GLASSON/ISSIER/MOREL, vol. 2, p. 491.

³⁶³ GLASSON/ISSIER/MOREL, vol. 2, p. 490. Rennes, 1^{er} août 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 689-690 (les conclusions peuvent être modifiées jusqu'au jugement définitif de la cause).

³⁶⁴ DUVAL, pp. 193 ss ; LOCRE, vol. 1, p. 254-255 ; BOCCON-GIBOT, p. 26-27.

³⁶⁵ Art. 116 CPC 1806.

³⁶⁶ Art. 93 et 94 CPC 1806.

³⁶⁷ Art. 95 à 109 CPC 1806.

pièces déposées par les parties³⁶⁸. La seconde était plus élaborée et faisait figure d'*ultima ratio*³⁶⁹. Elle impliquait également la désignation d'un rapporteur³⁷⁰. Celui-ci rédigeait son rapport sur la base d'une série d'observations que les parties déposaient à tour de rôle au greffe du tribunal accompagnées de leurs pièces³⁷¹. Au terme du délibéré, ou de l'instruction par écrit, les rapports étaient lus à l'audience. Les parties n'étaient pas autorisées à plaider, mais elles pouvaient remettre sur le champ au tribunal une « note »³⁷², forcément sommaire vu qu'elle était rédigée en cours d'audience.

124. La pratique judiciaire fit exploser le cadre rigide³⁷³ imposé par les auteurs du Code de procédure civile. Elle admit la réouverture des débats à l'initiative du tribunal afin d'obtenir des éclaircissements supplémentaires³⁷⁴, ce qui constituait un substitut commode à la procédure du délibéré sur rapport et, surtout, à celle de l'instruction écrite. La reprise des débats aurait même, à lire certains arrêts, été possible de la seule volonté des parties³⁷⁵. Ensuite, la pratique des « *notes en délibéré* » s'imposa en débordant amplement les limites que lui avait imposées le Code de procédure civile. Les parties furent autorisées à remettre des mémoires écrits au tribunal à l'issue de leur plaidoiries, à condition de les communiquer à leurs adversaires³⁷⁶. Ces mémoires ne devaient toutefois pas contenir des conclusions entièrement nouvelles³⁷⁷ et étaient avant tout destinés à corriger des erreurs figurant dans les conclusions³⁷⁸. Des arrêts allèrent cependant jusqu'à

³⁶⁸ Voy. art. 93 CPC 1806 : « *Le tribunal pourra ordonner que les pièces seront mises sur le bureau, pour en être délibéré au rapport d'un juge nommé par le jugement, avec indication du jour auquel le rapport sera fait* ».

³⁶⁹ Voy. la formulation du début de l'art. 95 al. 1 CPC 1806 : « *Si une affaire ne paraît pas susceptible d'être jugée sur plaidoirie ou délibéré...* » Les auteurs du Code de procédure civile entendaient ainsi en limiter au maximum l'usage : LOCRÉ, vol. 1, p. 255.

³⁷⁰ Art. 95 al. 1 CPC 1806.

³⁷¹ Voy. pour le détail les art. 96 à 104 CPC 1806.

³⁷² Art. 110 CPC 1806.

³⁷³ Qui avait été imposé par crainte de voir persister la pratique des « *appointements* » en vigueur sous l'Ordonnance de 1667 : DUVAL, p. 205.

³⁷⁴ Req., 28 février 1877, D.P. 1878. 1. 39.

³⁷⁵ Cass. civ., 31 janvier 1865, D.P. 1865. 1. 390 ; Cass. civ., 10 avril 1865, D.P. 1865. 1. 229.

³⁷⁶ Req., 29 mai 1850, D.P. 1850. 1. 313 ; Besançon, 20 août 1852, D.P. 1853. 2. 79 ; Req., 17 février 1920, D.P. 1920. 1. 55. *Cependant* : Caen, 8 août 1848, D.P. 1851. 5. 115 ; Req., 30 janvier 1849, D.P. 1849. 1. 59 ; Bourges, 31 décembre 1849, D.P. 1854. 2. 196 ; Pau, 19 août 1850, D.P. 1851. 2. 5 ; Req., 9 janvier 1888, D.P. 1888. 1. 148 ; Req., 15 janvier 1896, D.P. 1896. 1. 88 qui avait considéré que les notes en délibéré pouvaient être rejetées si elles contenaient des pièces nouvelles, des offres de preuve nouvelles, des allégations de fait nouvelles ou tendaient à faire admettre un appel incident. Rennes, 26 mai 1820, J. Pal. 1819/1820, p. 1009-1010 ne semble admettre de telles notes en délibéré que si elles portent sur des éclaircissements, si elles ont été communiquées aux parties et si elles ne sont pas de nature à trop retarder la solution du litige. A propos d'une éventuelle interdiction des notes en délibéré, l'arrêt précité va jusqu'à indiquer « *que le système général de notre Code de procédure, non seulement ne contient aucune règle d'où l'on puisse induire ce droit rigoureux auquel sont astreints les premiers juges, mais encore l'ensemble de ses dispositions semble le réprouver* ».

³⁷⁷ Req., 19 janvier 1887, D.P. 1887. 1. 484 : les notes en délibéré avaient été remises au ministère public qui les avaient transmises à la cour. Les parties ne pouvaient toutefois pas se plaindre de ce que le juge avait refusé de les prendre en compte : Cass. civ., 18 décembre 1893, D.P. 1894. 1. 552.

³⁷⁸ Cass. civ., 29 mars 1887, D.P. 1887. 1. 453.

admettre la possibilité de prendre des nouvelles conclusions après la plaidoirie³⁷⁹ ou le dépôt, toujours après les plaidoiries, de pièces jugées décisives par les deux parties³⁸⁰, dépôt devant entraîner la réouverture des débats³⁸¹ et la possibilité de prendre de nouvelles conclusions³⁸². On comprend dès lors que face à ces créations hybrides de la jurisprudence, l'instruction par écrit fut bientôt complètement oubliée³⁸³, même si elle continua à faire l'objet de critique sur le principe³⁸⁴.

125. Cette présentation de l'évolution des pratiques judiciaires durant tout le dix-neuvième siècle, et le début du vingtième siècle, témoigne de la force créatrice de la pratique judiciaire. Alors que les auteurs du Code de procédure civile avaient voulu faire de la procédure devant le tribunal civil une procédure strictement régie par le texte légal, la pratique s'est employée à contourner systématiquement les limites qui lui étaient imposées. Dans de telles conditions aucun formalisme excessif n'était véritablement à craindre.

2) La modification de l'objet du litige

126. La modification de l'objet du litige en cours de procédure n'était pas réglée de manière globale par le Code de procédure civile. Les articles 166 à 192 fixaient le régime des exceptions de procédure, l'ordre dans lequel celles-ci devaient être présentées et les conséquences d'une éventuelle défense au fond sur la recevabilité de nouvelles exceptions. Le texte légal était relativement précis sur ce point. Tel n'était pas le cas concernant le fond du litige. Le législateur regroupa toutes les modifications envisageables sous le concept général de « *demande incidente* ». Cette notion s'appliquait tant aux demandes nouvelles présentées par le demandeur (*demandes additionnelles*) qu'à celles émanant du défendeur (*demandes reconventionnelles*)³⁸⁵. Seuls deux articles étaient consacrés aux demandes incidentes formées en première instance. L'article 337 disposait que toute demande incidente devait être présentée par acte d'avoué à avoué suivi d'une

³⁷⁹ A condition toutefois que l'adverse partie soit d'accord : Req., 13 décembre 1893, S. 1896. 1. 141.

³⁸⁰ Req., 29 avril 1890, S. 1893. 1. 511 ; Req., 9 janvier 1888, D.P. 1888. 1. 148 ; Req., 15 janvier 1896, D.P. 1896. 1. 88 qui avait considéré que les notes en délibéré pouvaient être rejetées si elles contenaient des pièces nouvelles et étaient destinées à provoquer la reprise des débats. Il semble donc que le consentement de toutes les parties ait été la *conditio sine qua non* du dépôt de nouvelles pièces durant le délibéré.

³⁸¹ Cass. civ., 6 février 1894, S. 1894. 1. 176, D.P. 1894. 1. 271.

³⁸² Bourges, 1^{er} juillet 1889, S. 1892. 1. 293.

³⁸³ BOCCON-GIBOT, p. 28 : « *De mémoire de greffier, on ne se souvient plus au tribunal de la Seine d'avoir vu tenir le registre spécial prescrit par le code de procédure pour y recevoir mention des pièces communiquées entre parties, et au magistrat rapporteur.* »

³⁸⁴ DUVAL, pp. 207 ss.

³⁸⁵ BIOCHE, v^o *incident*, n^o3.

réponse écrite³⁸⁶. L'article 338 condamnait aux frais la partie qui formerait plusieurs demandes incidentes reposant sur la même cause et donnait quelques indications sur la manière dont la demande incidente venait se greffer sur la procédure pendante au principal³⁸⁷. S'agissant de l'appel, l'article 464 énumérait les conditions auxquelles l'objet du litige pouvait être modifié³⁸⁸. La disposition parlait de « *demandes ou défenses nouvelles* ». Il ne s'agit que de simples variantes linguistiques. Etant donné que le régime des exceptions de procédure était réglé de manière détaillée par le code de procédure, nous l'étudierons en premier lieu (a). Il sera suivi par une présentation des demandes incidentes en première instance et des demandes nouvelles en appel (b).

a) Les exceptions de procédure

127. Le texte du code de procédure civile identifiait cinq catégories d'exceptions de procédure. Il s'agissait de l'exception de caution³⁸⁹, de l'exception de renvoi³⁹⁰, de l'exception de nullité³⁹¹, des exceptions dilatoires³⁹² et de l'exception de communication des pièces³⁹³. Nous n'allons pas traiter toutes ces exceptions en détail, car cela nous mènerait au-delà de notre sujet.

128. Il peut arriver que la partie défenderesse ne se rende pas immédiatement compte de l'utilité d'en invoquer une et qu'elle avance d'autres moyens de défense. Au moment où elle remarquera son erreur, il sera peut-être trop tard. L'obligation de relever les exceptions de procédure *in limine litis* accroît immanquablement les risques de formalisme excessif. Dans cette perspective, deux questions se posent alors. Premièrement, quelles sont les exceptions de procédure devant être invoquées avant tout moyen de fond ? Deuxièmement, le fait de soulever une exception de procédure empêche-t-il la partie défenderesse d'en relever d'autres ?

³⁸⁶ Art. 337 CPC 1806 : « *Les demandes incidentes seront formées par simple acte contenant les moyens et les conclusions, avec offre de communiquer les pièces justificatives sur récépissé, ou par dépôt au greffe.*

Le défendeur à l'incident donnera sa réponse par un simple acte ».

³⁸⁷ Art. 338 CPC 1806 : « *Toutes demandes incidentes seront formées en même temps; les frais de celles qui seraient proposées postérieurement, et dont les causes auraient existé à l'époque des premières, ne pourront être répétés.*

Les demandes incidentes seront jugées par préalable, s'il y a lieu; et, dans les affaires sur lesquelles il aura été ordonné une instruction par écrit, l'incident sera porté à l'audience, pour être statué sur ce qu'il appartiendra ».

³⁸⁸ Art. 464 CPC 1806 : « *Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à l'action principale.*

Pourront aussi les parties demander des intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance, et les dommages-intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement ».

³⁸⁹ Art. 166 et 167 CPC 1806.

³⁹⁰ Art. 168 à 172 CPC 1806.

³⁹¹ Art. 173 CPC 1806.

³⁹² Art. 174 à 187 CPC 1806.

³⁹³ Art. 188 à 192 CPC 1806.

129. La solution la plus logique aurait été d'introduire un article fixant l'ordre dans lequel les exceptions de procédure et les moyens de fond devaient être invoqués, isolément ou ensemble. On ne rencontre que quelques indications dans le texte légal. Ainsi, l'exception de caution devait être invoquée avant toute autre exception³⁹⁴. L'exception de renvoi devait être relevée avant toute autre exception et avant toute défense au fond³⁹⁵, à moins que le renvoi ne soit motivé par l'incompétence du tribunal à raison de la matière³⁹⁶. L'exception de nullité pouvait toutefois être soulevée après une exception d'incompétence³⁹⁷. Les exceptions dilatoires devaient être soulevées conjointement avant toute défense au fond³⁹⁸. Quant à l'exception de communication des pièces, elle n'était assujettie à aucune restriction. Malheureusement, les dispositions légales n'étaient pas suffisantes pour établir un classement général des exceptions de procédure. Ainsi, s'il ne fait aucun doute que l'exception de caution devait être invoquée en tout premier lieu, couvre-t-elle l'exception de nullité ? Cette dernière pouvait être soulevée après une exception d'incompétence, mais rien n'indique si tel était également le cas pour l'exception de caution. Il appartient donc à la jurisprudence et à la doctrine de remédier à ces lacunes tout en évitant la rigueur excessive. Un régime trop pointilleux des exceptions de procédure risquait, en effet, de priver le défendeur de précieux moyens de défense.

130. De prime abord, la jurisprudence suivit au plus près le texte légal. L'exception de caution devait être soulevée en premier, puis venait l'exception de renvoi pour cause d'incompétence à raison du lieu³⁹⁹ à laquelle succédait l'exception de nullité⁴⁰⁰. La coordination entre l'exception dilatoire d'appel en garantie et les autres exceptions de procédure fit également l'objet de controverses⁴⁰¹. L'exception de communication des pièces fut assimilée à une défense au fond qui couvrant les exceptions

³⁹⁴ Art. 166 CPC 1806.

³⁹⁵ Art. 169 CPC 1806.

³⁹⁶ Art. 170 CPC 1806.

³⁹⁷ Voy. art. 173 CPC 1806 : « Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que l'exception d'incompétence ».

³⁹⁸ Art. 186 CPC 1806.

³⁹⁹ Toulouse, 4 août 1881, D.P. 1882. 2. 94 ; Alger, 28 février 1898, D.P. 1899. 2. 430 ; Req., 16 juillet 1901, D.P. 1902. 1. 464 ; Alger, 13 janvier 1906, D.P. 1908. 5. 11. Vraisemblablement dans la même direction, mais d'une manière moins affirmée : Cass. civ., 4 mai 1921, D.P. 1924. 1. 208 (l'exception de renvoi pour cause d'incompétence doit être soulevée avant toute défense au fond, sauf s'il s'agit d'incompétence *ratione materiae*).

⁴⁰⁰ Grenoble, 6 avril 1881, D.P. 1882. 2. 17 (l'exception de nullité est couverte par l'exception de renvoi pour cause d'incompétence *ratione materiae*).

⁴⁰¹ Seul auteur à se prononcer, avec CARRÉ et CHAUX, de manière détaillée sur le sujet, JOCCOTON, p. 45-46, fonde d'ailleurs son avis sur une analyse détaillée de l'Ordonnance de 1667.

de procédure⁴⁰², même en cas de réserve⁴⁰³. Rien n'indique que les tribunaux aient voulu éviter d'imposer au défendeur une organisation minutieuse de sa défense. D'ailleurs, la jurisprudence se montra très hésitante à propos du cumul des exceptions dans un même acte⁴⁰⁴. Certains arrêts se montrèrent cependant plus généreux. La jurisprudence admit parfois que la réserve générale d'une exception pouvait éviter sa forclusion par une défense au fond⁴⁰⁵ ou par une autre exception⁴⁰⁶, que l'invocation de faits à double pertinence ne couvrait pas l'exception⁴⁰⁷ ou que la sommation de communiquer les pièces postérieure à des conclusions relevant une exception de procédure n'emportait aucune forclusion⁴⁰⁸. De même, une éventuelle procédure de référé précédant l'introduction d'instance⁴⁰⁹ ou encore la comparution en conciliation devant le juge de paix⁴¹⁰ n'entraînèrent aucun préjudice quant aux contestations sur la compétence de la juridiction saisie. La doctrine s'accommoda dans l'ensemble de ce résultat. Elle ne critiqua que l'assimilation de l'exception de communication des pièces à une défense au fond⁴¹¹.

131. Le sort réservé à l'exception de nullité, en lien étroit avec les problèmes d'excès de formalisme, fut particulier. La doctrine admit très tôt que les moyens de nullité d'ordre public ne tombaient pas sous le coup de l'article 173 du Code de procédure civile⁴¹². CARRÉ et CHAUVEAU⁴¹³ ainsi que JOCCOTON⁴¹⁴ séparaient ainsi les nullités en deux catégories: celles dites « *absolues* », ou d'ordre public, et celles dites « *relatives* », ou d'ordre privé. Les premières devaient échapper à l'obligation d'être

⁴⁰² Pau, 9 mai 1888, D.P. 1889. 2. 160 ; Nancy, 13 mai 1893, D.P. 1894. 2. 439 ; Req., 30 novembre 1897, D.P. 1898. 1. 157 ; Alger, 28 février 1898, D.P. 1899. 2. 430 ; Limoges, 23 mai 1898, D.P. 1901. 2. 318 ;

⁴⁰³ Bordeaux, 31 octobre 1900, D.P. 1903. 2. 106. *Contra* : Paris, 20 février 1860, D.P. 1860. 5. 152.

⁴⁰⁴ Req., 10 février 1863, D.P. 1863. 1. 238 (amibgu) ; Cass. civ., 22 janvier 1877, D.P. 1877. 1. 310 (considère qu'une exception d'incompétence *ratione loci* formée subsidiairement à une demande en nullité est couverte) ; Lyon, 11 décembre 1883, D.P. 1885. 2. 193 (admet le cumul de l'exception de renvoi pour cause d'incompétence *ratione loci* et de la nullité) ; Req., 12 février 1890, D.P. 1891. 1. 23 (laisse entendre que le fait de plaider sur le fond après avoir soulevé l'exception de renvoi pour cause d'incompétence revient à y renoncer).

⁴⁰⁵ Orléans, 20 mai 1882, D.P. 1883. 2. 92 (à propos de l'exception de nullité) ; *contra* : Req., 13 novembre 1894, D.P. 1895. 1. 35.

⁴⁰⁶ Cass. civ., 21 avril 1884, D.P. 1885. 1. (l'appel en garantie formé sous toute réserve ne couvre pas l'exception d'incompétence).

⁴⁰⁷ Paris, 17 juillet 1934, D.P. 1935. 2. 7 (le fait d'invoquer dans un procès en matière d'assurance terrestre le domicile des parties, le lieu de l'accident ou l'existence d'une clause de prorogation de for ne couvre par l'exception de renvoi pour cause d'incompétence *ratione loci*).

⁴⁰⁸ Req., 24 novembre 1885, D.P. 1886. 1. 256 ; Req., 11 janvier 1892, D.P. 1893. 1. 65 ; Grenoble, 28 juin 1892, D.P. 1893. 2. 343 ; Pau, 21 juin 1900, D.P. 1900. 2. 488.

⁴⁰⁹ Paris, 14 avril 1860, D.P. 1861. 5. 200 ; Paris, 27 juillet 1875, D.P. 1877. 2. 117.

⁴¹⁰ JOCCOTON, p. 50 et les opinions citées.

⁴¹¹ BONFILS, p. 617 ; CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 2, p. 179 ; GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 1, pp. 590 ss.

⁴¹² GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome II, vol. 1., p. 103 et tome III, vol. 2, p. 137 ; GLASSON/TISSIER/MOREL n'en parlent pas, mais considèrent que l'art. 173 CPC ne s'applique pas aux fins de non-recevoir (vol. 2, p. 348). On retrouve la même approche chez BONFILS, p. 589. BOITARD n'en souffle pas non plus mot. BLOCHE, v° *exception*, n° 91 ss parle de « *nullités extrinsèques* » qui constitueraient des « *exceptions péremptoires du fond* » et qu'on doit les assimiler aux « *nullités absolues* ».

⁴¹³ CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, p. LVII et vol. 2, p. 206.

⁴¹⁴ JOCCOTON, p. 263.

invoquées immédiatement, tout comme celles frappant d'autres actes que ceux émanant des parties⁴¹⁵. BONFILS adoptait un système comparable quoique de manière moins précise⁴¹⁶. PIGEAU parlait de « *nullités extrinsèques* » et de « *nullités intrinsèques* »⁴¹⁷.

132. Il n'existait pas d'unité au sein de la doctrine concernant la liste des nullités auxquelles l'article 173 du Code de procédure civile n'était pas applicable. GLASSON, TISSIER et MOREL citaient à ce propos les fins de non-recevoir et les nullités pour défaut de qualité d'une des parties⁴¹⁸. JOCCOTON érigeait, quant à lui, le défaut d'autorisation de plaider, le défaut de capacité, de qualité ou l'absence d'intérêt à agir au rang de fin de non-recevoir⁴¹⁹. Cette diversité des opinions se retrouvait dans la jurisprudence. Souvent les tribunaux se réclamaient de plusieurs approches afin de justifier une exception à l'article 173 du Code de procédure civile. Ainsi un arrêt de 1826⁴²⁰ observait, à propos de l'absence d'autorisation de procéder délivrée à une femme par son mari, que « *l'art. 173, C. procéd. civ., n'est applicable qu'aux nullités contenues dans les exploits et autres actes de procédure; que le défaut d'autorisation de la femme constitue pour la femme un vice de capacité, relatif sans doute à ses seuls intérêts, mais péremptoire, et qu'elle peut faire valoir en tout état de cause* »⁴²¹. A cela venaient s'ajouter les difficultés liées au concept de fin de non-recevoir. Lors de l'élaboration du Code de procédure civile, ses auteurs avaient sciemment renoncé à cette catégorie de moyens de défense, privant ainsi les plaideurs d'un moyen de défense intermédiaire entre l'exception de procédure invocable uniquement *in limine litis* et le moyen de fond⁴²². Or, selon la pratique judiciaire concernant l'Ordonnance de 1667, les fins de non-recevoir pouvaient également concerner des vices de formes suffisamment graves pour être invocables jusqu'à fin de cause⁴²³. Doctrine et jurisprudence œuvrèrent donc à leur maintien, en dépit de la volonté bien affichée du législateur⁴²⁴.

⁴¹⁵ CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 2, p. 206 : « *Si la nullité proposée se rattache à un exploit ou à un acte de procédure, cette nullité, substantielle ou non, est couverte lorsqu'elle n'est point proposée avant toute défense ou exception. [...] Le même auteur et M. Boitard [...] donnent pour exemple des actes de procédure autres que les exploits introductifs, les procédures d'enquête ; nous acceptons complètement leur explication* ». La nullité substantielle est celle qui est susceptible de frapper un acte de procédure vicié lors même qu'elle n'est pas prévue par le Code de procédure.

⁴¹⁶ BONFILS, pp. 588 ss.

⁴¹⁷ PIGEAU, Commentaires, vol. 1, p. 392.

⁴¹⁸ GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 2, p. 348.

⁴¹⁹ JOCCOTON, pp. 155-218. Ces vices de procédure pouvaient toutefois, selon cet auteur, être rectifiés.

⁴²⁰ Bordeaux, 1^{er} mars 1826, J. Pal. 1826, p. 232-233.

⁴²¹ Voy. à ce sujet : JOCCOTON, pp. 156 ss. Certains arrêts, cités par cet auteur, faisaient du défaut d'autorisation une cause de suspension de l'instance, à tout le moins une nullité susceptible d'être régularisée en cours d'instance.

⁴²² DUVAL, p. 341.

⁴²³ Voy. les observations de la Cour d'Angers citées par DUVAL, p. 339.

⁴²⁴ Voy. les exemples mentionnés par DUVAL, p. 341, note de bas de page n°1166.

133. Cette présentation des développements jurisprudentiels et doctrinaux autour des exceptions de procédure, nous montre que l'excès de formalisme ne constituait pas une préoccupation majeure. Les tribunaux et les auteurs s'efforçaient surtout de respecter scrupuleusement le texte légal. Les nombreuses exceptions reconnues à l'article 173 du Code de procédure civile n'avaient pas pour but de protéger le défendeur contre une éventuelle forclusion. Il s'agissait surtout de rectifier une erreur commise lors de la rédaction du Code, en raison de l'abandon des fins de non-recevoir.

b) Les demandes incidentes et les demandes nouvelles

134. Les articles 337 et 338 du Code de procédure civile ne posaient aucune restriction à l'admissibilité des demandes incidentes en première instance. La jurisprudence et certains auteurs considérèrent toutefois que les conclusions prises en cours d'instance ne pouvaient pas être entièrement nouvelles⁴²⁵, sauf consentement de l'adversaire⁴²⁶. Le cercle des demandes incidentes admissibles fut considérablement restreint. Il n'était pas possible de cumuler en cours d'instance des demandes qui ne seraient que similaires⁴²⁷ ou qui ne reposeraient que sur des faits communs⁴²⁸. La modification des motifs, mais non du dispositif, des conclusions⁴²⁹ échappait toutefois à l'interdiction. L'argumentation juridique et les allégations de faits pouvaient donc être modifiés dans une large mesure⁴³⁰. Le dispositif des conclusions était également susceptible d'être modifié pour amplifier une demande reposant sur le même fait générateur initial⁴³¹. Ces critères étaient également appliqués aux demandes reconventionnelles qui, malgré le silence du Code de procédure civile à leur sujet, furent

⁴²⁵ GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 2, p. 491. Besançon, 29 janvier 1897, D.P. 1897. 2. 72 (une demande tendant à contester la nomination d'un subrogé tuteur ne peut être introduite au cours d'une instance en liquidation et partage) ; Douai, 14 novembre 1901, D.P. 1903. 2. 158 (une demande nouvelle provenant d'une modification du raisonnement juridique n'est jamais assimilable à une demande entièrement nouvelle) ; Trib. civ. Orléansville, 22 mars 1938, D.H. 1938. 414 (le fait d'assigner un associé d'une société civile en paiement de sa quote-part d'une dette sociale, puis de la lui réclamer entièrement ne constitue pas une nouvelle demande).

⁴²⁶ Paris, 6 avril 1954, D. 1954. somm. 65.

⁴²⁷ Trib. civ. de la Seine, 2 décembre 1893, D.P. 1894. 2. 465 (demandes successives portant sur l'occupation illégitime de deux immeubles différents).

⁴²⁸ Bourges, 6 juin 1860, D.P. 1861. 2. 9 (cumul d'une action en reconnaissance de filiation et d'une demande en dommages-intérêts formée contre une des parties).

⁴²⁹ Bordeaux, 23 juillet 1891, D.P. 1893. 2. 193 ; Grenoble, 10 mai 1892, D.P. 1892. 2. 518 ; Douai, 2 novembre 1891, D.P. 1892. 2. 114 ; Besançon, 30 décembre 1891, D.P. 1892. 2. 113.

⁴³⁰ Ainsi, l'arrêt précité rendu par la Cour d'appel de Douai le 2 novembre 1891 retient qu'après avoir demandé la nullité d'un testament pour cause d'insanité d'esprit, fraude, collusion, suggestion et captation, le demandeur peut prétendre que le testament est nul parce qu'il n'est pas entièrement écrit de la main du testateur. Voy. également : Cass. civ., 17 avril 1934, D.H. 1934. 348.

⁴³¹ Grenoble, 6 novembre 1906, D.P. 1909. 2. 30.

admises à titre de demandes incidentes⁴³². La jurisprudence restreignait la liberté des parties.

135. Un mouvement dans le sens contraire eu lieu en ce qui concerne la modification de l'objet du litige en degré d'appel. L'article 464 alinéa 1 du Code de procédure civile était formel : les demandes nouvelles étaient interdites en appel. L'alinéa 2 ne ménageait que quelques maigres exceptions au demandeur débouté afin de lui permettre d'invoquer l'évolution de son préjudice⁴³³, en réclamant les loyers, accessoires et dommages-intérêts dus dans l'intervalle. Le défendeur, par contre, bénéficiait d'une situation très avantageuse⁴³⁴, car il pouvait invoquer la compensation et toute autre « *défense à l'action principale* » pour la première fois en degré d'appel. La pratique judiciaire demeura peu cohérente dans un premier temps. Certains arrêts appliquaient strictement l'article 464 à l'égard du demandeur⁴³⁵, alors que d'autres l'autorisaient à modifier largement le litige⁴³⁶. Au fil du temps, la position de la jurisprudence se stabilisa

⁴³² Req., 3 mars 1879, D.P. 1881. 1. 212 ; Req., 15 juillet, D.P. 1886. 1. 248 ; Riom, 19 mai 1891, D.P. 1892. 2. 547 ; Trib. civ. Versailles, 26 février 1906, D.P. 1906. 5. 67 (qui admet la demande reconventionnelle à titre de défense destinée à faire écarter en tout ou en partie la demande principale ou d'en restreindre les effets) ; Agen, 17 décembre 1903, D.P. 1905. 2. 207 ; Trib. civ. Abusson, 3 mars 1910 et Limoges, 8 juillet 1911, D.P. : 1912. 2. 92. *Cependant* : Cass. civ., 9 avril 1913, D.P. : 1913. 1. 144 ; Cass. civ., 16 novembre 1915, D.P. 1916. 1. 128 ; Cass. civ., 12 décembre 1917, D.P. 1917. 1. 198 (admet la demande reconventionnelle qui ne tend pas uniquement à faire échec à la demande principale).

⁴³³ Notion que nous entendons dans son acception la plus large qui ne se cantonne pas au domaine de la responsabilité civile.

⁴³⁴ AZARD, p. 3.

⁴³⁵ Liège, 16 décembre 1812, J. Pal. 1812, p. 899 (on ne peut demander en première instance la nullité d'un testament pour défaut de capacité et en appel la nullité pour vice de forme) ; Agen, 28 février 1813, J. Pal. 1813, p. 33 (demande formée en première instance en qualité de fermier et en appel en qualité de percepteur) ; Montpellier, 22 mars 1813, J. Pal. 1813, p. 403 et Liège, 23 décembre 1816, J. Pal. 1815/1816, p. 748 (interdiction de transformer une demande en rescision en demande en nullité et vice-versa) ; Trèves, 29 avril 1813, J. Pal. 1813, p. 331 et Toulouse, 6 mai 1819, J. Pal. 1819/1820, p. 257 (on ne peut demander la nullité d'une enquête en première instance pour un motif et en appel pour un autre) ; Rennes, 11 septembre 1813, J. Pal. 1813, p. 708 (interdiction d'invoquer pour la première fois en appel le caractère prématuré de la demande) ; Rennes, 15 mai 1821, J. Pal. 1820/1821, p. 608-609 (les intérêts du prix de vente ne peuvent être demandés pour la première fois en appel) ; Amiens, 30 juin 1823, J. Pal. 1822/1823, p. 1224 (on ne saurait invoquer en première instance la prescription acquisitive d'une servitude et la servitude d'enclave en appel) ; Bourges, 5 août 1822, J. Pal. 1822/1823, p. 555 (on ne peut invoquer pour la première fois en appel les reproches à l'encontre des témoins) ; Cass. civ., 17 février 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 458-459 (on ne peut demander l'exécution en appel de contrats de prêts à la grosse antérieurs à celui qui a été annulé en première instance, bien qu'ils aient tous été déjà mentionnés dans les débats de première instance) ; Limoges, 23 juillet, 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 911-912 (on ne peut, alors qu'en première instance la validité de l'usufruit a été demandée, solliciter une pension alimentaire en appel) ; Caen, 9 décembre 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 1206-1207 (on ne peut demander en première instance la collocation par privilège et en appel l'envoi en possession anticipée) ; Req., 8 février 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 140-141 (on ne saurait demander en appel à titre de brevet d'invention ce qu'on avait demandé en première instance à titre de brevet de perfectionnement) ; Grenoble, 23 février 1829, J. Pal. 1828/1829, p. 728-729 (on ne peut modifier en appel l'assiette d'une servitude de passage) ; Caen, 13 novembre 1827, J. Pal. 1827/1828, p. 861-862 (on ne peut demander en première instance la vérification du testament et en appel la nullité de celui-ci) ; Bourges, 9 décembre 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 934 (des prétentions formulées sous forme de réserve en première instance sont nouvelles si elles sont formellement demandées en appel), Req., 29 janvier 1835, J. Pal. 1834/1835, p. 1330-1331 (on ne peut demander la condamnation d'un héritier à titre bénéficiaire alors qu'on prétendait en première instance qu'il était héritier pur et simple).

⁴³⁶ Rennes, 11 mai 1815, J. Pal. 1814/1815, p. 722 (on peut demander en appel le préjudice souffert depuis le jugement de première instance) ; Orléans, 29 mars 1815, J. Pal. 1815, p. 654 (on peut invoquer pour la première fois en appel le défaut de qualité) ; Bourges, 1^{er} juillet 1816, J. Pal. 1815/1816, p. 521-522 (demande en nullité d'une donation en

en faveur du demandeur débouté⁴³⁷. Ainsi, les allégations de faits, les offres de preuve⁴³⁸ et les modifications minimales tendant à préciser l'objet de la demande furent admises même si elles étaient proposées pour la première fois en degré d'appel⁴³⁹. Furent ainsi tolérées les demandes s'inscrivant dans le « *prolongement* » de celles discutées en première instance⁴⁴⁰, celles qui se limitaient à de nouvelles allégations de faits à l'appui

première instance remplacée par une demande en réduction considérée comme une simple diminution des conclusions), Req., 22 mai 1822, J. Pal. 1822/1823, p. 363-366 (action de l'administrateur dépossédé d'une tontine en paiement de sa rémunération avec ajout de conclusion de donné acte en appel, la Cour admet les demandes nouvelles qui constituent le prolongement de la demande principale) ; Bruxelles, 5 janvier 1822, J. Pal. 1822/1823, p. 11-12 (on peut invoquer pour la première fois en appel qu'on est mandataire) ; Bourges, 26 janvier 1822, J. Pal. 1822/1823, p. 71 (on peut plaider en première instance la nullité de la surenchère pour insuffisance de caution et en appel la nullité au motif qu'elle intervient dans le cadre d'un réméré) ; Colmar, 24 août 1822, J. Pal. 1822/1823, p. 594-595 (on peut conclure au paiement de l'arriéré d'une rente en première instance et y ajouter des conclusions relatives au service futur en appel) ; Req., 14 juillet 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 888 (on peut demander en première instance un droit de passage avec voitures et en appel un droit de passage à pied ou à cheval) ; Cass. civ., 3 février 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 416-417 (on peut invoquer la nullité d'une hypothèque en première instance et sa péremption en appel) ; Req., 12 juillet 1825, J. Pal. 1825, p. 693-694 (on peut demander la nullité d'une société pour violation de la loi en première instance et pour défaut de publicité en appel) ; Req., 7 mars 1826, J. Pal. 1826, p. 246-248 (on peut demander en appel à titre de servitude ce qu'on a demandé en première instance à titre de propriété), Besançon, 25 août 1826, J. Pal. 1826, p. 844 (on peut demander en appel pour la première fois les fruits d'un fonds dont la possession avait été usurpée) ; Req., 22 avril 1828, J. Pal. 1827/1828, p. 1390 (on peut justifier en appel l'incompétence du tribunal saisi en première instance par un moyen nouveau tiré de ce que les tribunaux de commerce sont incompétents par la nature même du billet à ordre litigieux alors qu'en première instance le dol et la fraude avaient été invoqués) ; Grenoble, 13 août 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 752-753 (on peut demander pour la première fois en appel dans un procès en partage d'incorporer à la masse successorale des biens donnés par le *decurus* à un des défendeurs au moyen d'une vente simulée) ; Req., 1^{er} février 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 110-111 (on peut demander en première instance des dommages-intérêts pour passage indu et en appel l'interdiction de passer) ; Req., 11 juillet 1833, J. Pal. 1833, p. 667 (on peut prendre en appel des conclusions qui avaient été abandonnées au cours de la première instance) ; Bastia, 14 avril 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 386-387 (on peut demander en appel dans un procès en partage de succession des rapports qui auraient été omis en première instance).

⁴³⁷ AZARD, pp. 78 ss ; BOYREAU, p. 33. Comme le fait remarquer BEAUCHARD, p. 329, « *les tribunaux, avant 1935, ont déformé la notion de demande implicite pour tourner l'interdiction des demandes nouvelles par leur cause* »

⁴³⁸ Le principe était valable lors même que les faits ou les preuves étaient connues des parties dès la procédure de première instance : Cass. civ., 20 décembre 1911, D.P. 1913. 1. 33 ; Cass. civ., 14 mars 1911, D.P. 1913. 1. 14 ; Cass. civ. 30 juin 1913, D.P. 1914. 1. 272 ; Nîmes, 12 juin 1935, D.H. 1936 somm. 2.

⁴³⁹ Les preuves et les allégations de fait nouvelles furent toujours admises en appel si elles ne venaient pas à l'appui d'une demande nouvelle : Rennes, 19 août 1817, J. Pal. 1818/1818, p. 434 ; Rennes 28 février 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 491-492 ; Req., 26 juillet 1825, J. Pal. 1825, p. 734-735 ; Agen, 12 mai 1830, J. Pal. 1830/1831, p. 365 ; ou si une partie venait demander l'audition de témoins alors qu'elle a laissé son adversaire procéder sans réserve à une enquête en première instance : Req., 18 avril 1821, J. Pal. 1820/1821, p. 558 ; Rennes, 13 janvier 1826, J. Pal. 1826, p. 47 (enquête demandée, obtenue, mais jamais effectuée), Req., 23 août 1831, J. Pal. 1831/1832, p. 168-169 (on ne saurait demander une seconde enquête par témoins en appel à moins qu'elle ait un autre objet que la première). *Apparemment contra* : Nancy, 30 août 1831, J. Pal. 1831/1832, p. 212 (si une enquête a été demandée en première instance et qu'elle a été refusée pour défaut d'articulation des faits sur lesquels elle porte, alors on peut réitérer la demande en appel). Les moyens nouveaux appuyés par des pièces nouvelles, mais sans modification des conclusions furent également admis (Req., 26 novembre 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 1057-1060 et Cass. civ., 17 mars 1835, J. Pal. 1834/1835, p. 1517-1519). *Apparemment contra* : Nancy, 30 août 1831, J. Pal. 1831/1832, p. 212 (si une enquête a été demandée en première instance et qu'elle a été refusée pour défaut d'articulation des faits sur lesquels elle porte, alors on peut réitérer la demande en appel). Il semble dès lors que la jurisprudence se soit peut-être montrée quelque peu plus sévère avec l'enquête par témoins qu'avec les pièces nouvelles. Cass. civ., 30 mars 1870, D.P. 1870. 1. 217 (si on demande en première instance le rejet d'une collocation, on peut ajouter en appel, à titre subsidiaire, la réduction des intérêts) ; Cass. civ., 24 août 1870, D.P. 1870. 1. 355 (on peut demander en première instance le « *rétablissement dans l'état antérieur* » et préciser les travaux à effectuer en appel) ; Req., 20 août 1872, D.P. 1873. 1. 481 (la diminution de valeur d'un bien depuis le jugement de première instance est possible en appel si le principe de l'indemnisation a déjà été fixé en première instance) ; Paris, 5 janvier 1875, D.P. 1876. 2. 58.

⁴⁴⁰ Cass. civ., 24 décembre 1844, D.P. 1845. 1. 126 ; Req., 19 août 1845, D.P. 1845. 1. 401 ; Req., 7 novembre 1848, D.P. 1848. 1. 241 ; Paris, 27 juillet 1850, D.P. 1851. 2. 141 ; Cass. civ., 7 décembre 1852, D.P. 1855. 1. 35 ; Req., 26 décembre 1853, D.P. 1854. 5. 236 ; Req., 6 janvier 1857, D.P. 1857. 1. 148 ; Cass. civ., 6 juillet 1897, D.P. 1897. 1. 488 (une demande en restriction d'une servitude de passage peut être transformée, en appel, en demande de suppression de

d'un moyen invoqué en première instance⁴⁴¹ et celles qui étaient « *implicitement comprises* » dans les demandes de première instance⁴⁴² ou connexes⁴⁴³. Parmi les demandes nouvelles admises, on rencontre fréquemment la substitution d'une hypothèse de nullité d'un acte juridique⁴⁴⁴ ou le changement du fondement de la responsabilité civile⁴⁴⁵. Dans les procès en liquidation et partage les demandes nouvelles furent

la servitude) ; Req., 16 juin 1903, D.P. 1903. 1. 454 (le créancier peut demander en première instance le partage de la succession de son débiteur et en appel que les titres lui échéant soient vendus au fin de le désintéresser).

⁴⁴¹ Lors même que les faits étaient déjà connus des parties en première instance qui ne les avaient pas invoqués : Cass. civ., 20 décembre 1911, D.P. 1913. 1. 33 ; Cass. civ., 14 mars 1911, D.P. 1913. 1. 14 ; Cass. civ. 30 juin 1913, D.P. 1914. 1. 272 ; Nîmes, 12 juin 1935, D.H. 1936 somm. 2, Il s'agit toutefois d'une jurisprudence rendue presque uniquement en matière de divorce.

⁴⁴² Cass. civ., 29 novembre 1899, D.P. 1900. 1. 221 (on peut demander en appel que la cour statue sur le point de départ d'un usufruit si l'usufruit en tant que tel a déjà été litigieux en première instance) ; Cass. civ. 7 janvier 1902, D.P. 1902. 1. 496 (id. en matière de pensions alimentaires) ; Cass. civ., 16 mars 1908, D.P. 1908. 1. 373 (on peut demander en première instance la suppression de tous les travaux faits en contravention d'une servitude de reculement et en appel la seule suppression des travaux confortatifs).

⁴⁴³ Bourges, 3 juin 1845, D.P. 1849. 2. 68 (on peut demander la propriété d'un cours d'eau en première instance et un droit de pêche en appel) ; Cass. civ., 23 juin 1846, D.P. 1846. 1. 332 (la femme qui plaide en première instance la nullité de la vente de ses biens dotaux peut demander en appel la restitution des fruits de l'immeuble vendu) ; Req., 17 novembre 1847, D.P. 1847. 4. 157 (la femme qui demande la séparation de corps en première instance peut demander en appel à bénéficier de la garde des enfants) ; Req., 1^{er} décembre 1847, D.P. 1847. 4. 157 (l'action en réduction d'une donation est implicitement contenue dans l'action en rapport) ; Orléans, 24 mai 1848, D.P. 1848. 2. 185 (le créancier du mari qui demande en première instance la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme peut demander à tire subsidiaire en appel sa collocation en sous ordre) ; Req., 6 juin 1849, D.P. 1849. 1. 324 et Req., 15 janvier 1856, D.P. 1856. 1. 90 (ne constitue pas une demande nouvelle prohibée la demande formée pour la première fois en appel alors qu'on s'en est réservé l'exercice en première instance) ; Cass. civ., 7 janvier 1863, D.P. 1863. 1. 226 (on peut invoquer en appel un nouveau moyen de nullité d'un partage dont on a demandé « l'annulation intégrale » en première instance) ; Cass. civ., 12 janvier 1863, D.P. 1863. 1. 119 (on peut demander en appel que le partage successoral porte sur certains biens ignorés en première instance) ; Cass. civ., 21 juillet 1863, D.P. 1863. 1. 339 (on peut prétendre en première instance qu'une hypothèque n'a jamais existé et en appel qu'elle est éteinte) ; Cass. civ., 22 décembre 1863, D.P. 1864. 1. 121 (le fait de demander en appel qu'une dénomination industrielle ne soit plus utilisée sur les objets à l'usage dans un hôtel n'est pas une demande nouvelle interdite si on a déjà contesté l'enseigne en première instance) ; Req., 19 juillet 1865, D.P. 1866. 1. 40 (le défendeur à une action tendant à constater une servitude d'aqueduc peut former une demande en règlement d'eau en appel) ; Req., 18 décembre 1865, D.P. 1866. 1. 255 (Le riverain qui demande que la possession immémoriale d'un cours d'eau lui soit reconnue en première instance peut demander en appel le règlement d'eau) ; Req., 14 décembre 1875, D.P. 1876. 1. 216 (on peut ajouter en appel des conclusions tendant à l'octroi de dommages-intérêts alors qu'on a demandé en première instance la restitution d'un objet) ; Req., 13 mars 1876, D.P. 1876. 1. 342 (les postes supplémentaires d'une indemnisation dont le principe et les modalités ont été discutés en première instance ne sont pas une demande nouvelle) ; Cass. civ., 16 mars 1887, D.P. 1887. 1. 372 (on peut demander en appel qu'il soit fait interdiction d'exploiter un brevet d'invention si on a demandé en première instance l'annulation du contrat de licence) ; Cass. civ., 20 janvier 1891, D.P. 1891. 1. 153 (le bailleur qui demande en première instance l'expulsion du locataire à cause du bruit causé par ses machines peut demander en appel la suppression du trouble) ; Chambéry, 31 janvier 1894, D.P. 1895. 2. 347 (on peut demander une réparation plus conséquente du dommage en appel) ; Cass. civ., 22 juillet 1895, D.P. 1896. 1. 119 (on peut demander la possession d'un cours d'eau en première instance et le droit d'en tirer le limon et les graviers en appel) ; Req., 4 décembre 1895, D.P. 1896. 1. 393 (les héritiers qui réclament en première instance le remboursement de montants prélevés par les créanciers hypothécaires du défunt sur le prix de vente peuvent prétendre en appel être légalement subrogés aux droits desdits créanciers) ; Cass. civ., 30 novembre 1903, D.P. 1904. 1. 184 (on peut demander en première instance la copropriété avec possession d'un canal et en appel la reconnaissance d'une servitude d'eau).

⁴⁴⁴ Orléans, 26 août 1869, D.P. 1869 2. 185 ; Aix, 11 mars 1874, D.P. 1875. 2. 28 ; Nancy, 14 novembre 1894, D.P. 1895. 2. 349 ; Req., 21 février 1899, D.P. 1899. 1. 512 ; Cass. civ., 5 novembre 1900, D.P. 1901. 1. 71 ; Req., 15 janvier 1901, D.P. 1901. 1. 102 ; Paris, 10 février 1904, D.P. 1909. 2. 225. Par contre, la jurisprudence n'admettait pas le remplacement d'une action en nullité par une action en rescision ou en distraction, et vice versa : Req., 17 novembre 1886, D.P. 1897. 1. 425 ; Besançon, 24 février 1892, D.P. 1895. 1. 389 ; Montpellier, 16 novembre 1889, D.P. 1890. 2. 171 ; Pau, 11 février 1891, D.P. 1892. 2. 331 ; Cass. civ., 8 juillet 1896, D.P. 1896. 1. 448 ; Req., 29 juillet 1902, D.P. 1903. 1. 275 ; Cass. civ., 13 avril 1932, D.H. 1932. 265. BOYREAU, p. 70 (plus nuancé).

⁴⁴⁵ Nîmes, 5 mars 1849, D.P. 1849. 5. 109 ; Poitiers, 30 janvier 1867, D.P. 1867. 2. 142 ; Nancy, 13 février 1867, D.P. 1867. 2. 36 ; Anger, 26 mai 1869, D.P. 1869. 2. 238 ; Orléans, 26 août 1869, D.P. 1869. 2. 185 ; Lyon, 8 juillet 1887, D.P. 1888. 2. 180 (des dommages-intérêts pour de multiples contrefaçons peuvent être convertis en dommages-intérêts

autorisées sans restriction vu la nature commune des intérêts en jeu d'où il découlait que toutes les parties étaient tour à tour demandresses et défendresses⁴⁴⁶. Les demandes nouvelles venant s'opposer à une défense nouvelle soulevée par le défendeur furent également admises⁴⁴⁷.

136. La position du défendeur n'eut pas besoin d'être beaucoup améliorée par voie prétorienne, car elle était déjà confortable. Les juridictions admirèrent les nouvelles défenses, même si elles n'étaient de nature à faire échec à la demande que partiellement⁴⁴⁸. La jurisprudence hésitait par contre lorsque les défenses nouvelles ne contrariaient pas directement les demandes litigieuses⁴⁴⁹.

137. Au fil du temps, la différence entre la position du demandeur et celle du défendeur s'estompa. La modification de l'objet du litige en degré d'appel ne se distingua plus de celle en première instance⁴⁵⁰. Le second degré de juridiction devint le prolongement du premier. La jurisprudence ne fut toutefois pas toujours claire et on peine à comprendre pourquoi certaines demandes nouvelles ne furent pas admises⁴⁵¹. Un sentiment de confusion se dégage du tout⁴⁵². La doctrine tenta alors d'élaborer un système qui permette de transcender les divergences jurisprudentielles. L'idée sous-jacente de cette approche était de poser les mêmes règles pour la modification du litige en première

pour concurrence déloyale) ; Req., 21 octobre 1924, D. H. 1924. 639 ; Cass. civ., 26 mars 1934, D.H. 1934. 266. BOYREAU, pp. 46 ss ; MIGUET, p. 108-109.

⁴⁴⁶ Lyon, 21 janvier 1876, D.P. : 1878. 2. 38 ; Rennes, 6 mars 1878, D.P. : 1880. 2. 87 ; Toulouse, 27 mai 1878, D.P. 1879. 2. 141 ; Cass. civ., 1^{er} février 1881, D.P. : 1882. 1. 21 ; Req., 29 mai 1883, D.P. : 1884. 1. 351 ; Cass. civ., 28 avril 1884, D.P. 1884. 1. 329 ; Cass. civ., 4 novembre 1896, D.P. 1897. 1. 52 ; Paris, 22 mars 1900, D.P. 1900. 2. 465 ; Cass. civ., 16 février 1903, D.P. 1904. 1. 189 ; Caen, 3 janvier 1905, D.P. : 1906. 5. 3 ; Paris, 25 janvier 1906, D.P. : 1907. 2. 374 ; Cass. civ., 23 juin 1908, D.P. 1908. 1. 523 ; Cass. civ., 5 juillet 1909, D.P. : 1909. 1. 512 ; Chambéry, 12 juin 1911, D.P. : 1914. 2. 71 ; Cass. civ., 20 avril 1915, D.P. : 1920. 1. 154 ; Req., 11 décembre 1918, D.P. : 1921. 1. 172.

⁴⁴⁷ Cass. civ., 11 mai 1898, D.P. 1903. 1. 605.

⁴⁴⁸ Cass. civ., 28 février 1899, D.P. 1899. 1. 250 ; Pau, 9 février 1900, D.P. 1903. 2. 140. BOYREAU, p. 35.

⁴⁴⁹ Voy. par exemple : Cass. civ., 20 janvier 1891, D.P. 1891. 1. 153 qui n'admet pas des demandes formées pour la première fois en appel « *pour le cas où la demande principale serait acceptée* », mais Cass. civ., 28 février 1899, D.P. 1899. 1. 250 tolère que le défendeur a une action en suppression d'un droit de parcours conclue pour la première fois en appel à la radiation moyennant indemnité.

⁴⁵⁰ Cf. Cass. civ., 22 décembre 1863, D.P. 1864. 1. 121 et Req., 21 juillet 1890, D.P. 1891. 1. 159 qui, tous deux, recourent au concept de « *demande nouvelle, respectivement incidente, découlant naturellement de la demande initiale* ». Cet avis n'était pas partagé par la doctrine : AZARD, p. 67 et les opinions citées.

⁴⁵¹ Voy. par exemple : Cass. civ., 13 décembre 1842, D.P. 1845. 1. 127 (on ne peut demander en appel la nullité d'un acte dont on a postulé la révocation en première instance) ; Bordeaux, 23 juillet 1891, D.P. 1893. 2. 193 (on ne peut demander à titre d'indemnisation pour dol, ce qu'on avait demandé à titre de vice rédhibitoire, alors que Nîmes, 5 mars 1849, D.P. 1849. 5. 10 admettait qu'on demande en appel la condamnation à titre de quasi-délit de ce qu'on avait réclamé en première instance à titre de quasi-contrat) ; Req., 15 mai 1850, D.P. 1850. 1. 160 et Besançon, 30 décembre 1891, D.P. 1892. 2. 113 (on ne peut demander en première instance la nullité d'un partage pour vice de forme et en appel la nullité pour lésion de plus du quart, alors que Caen, 29 décembre 1855, D.P. 1856. 2. 291 admettait qu'on pût demander en appel la nullité des délibérations du conseil de famille qui avaient autorisé l'acceptation du partage alors que seule la nullité de ce dernier avait été demandée en première instance) ; Rennes, 24 août 1883, D.P. 1885. 1. 349 (interdiction d'invoquer en appel un second motif de nullité d'un brevet d'invention) ; Req., 11 novembre 1885, D.P. 1886. 1. 54 (interdiction de substituer en appel un motif d'annulation des délibérations d'une assemblée générale d'actionnaires).

⁴⁵² Sentiment partagé par BEAUCHARD, p. 51 et BOYREAU, p. 32.

instance et en appel⁴⁵³. Elle prit appui sur d'autres concepts et s'intéressa en particulier à l'autorité de la chose jugée consacrée à l'article 1351 du Code civil. Partant de l'idée que la demande en justice préfigure la chose jugée⁴⁵⁴, ce que le Code civil laisse entendre⁴⁵⁵, elle analysa les divers éléments du litige au travers des concepts d'« *objet* », de « *cause* » et de « *parties* »⁴⁵⁶. Cela fait, elle posa le principe de l'immutabilité du litige⁴⁵⁷, interdisant de modifier l'objet, la cause ou les parties au procès. Les demandes nouvelles, que ce soit au cours de la procédure de première instance, ou en degré d'appel, ne pouvaient intervenir que dans ce cadre étroit. Concrètement, les parties ne pouvaient modifier l'objet de litige que dans la mesure où elles entendaient y incorporer des éléments susceptibles d'être frappés par l'autorité de la chose jugée. La modification de l'objet du litige servait uniquement à protéger les parties contre une éventuelle forclusion liée à l'entrée en force du jugement. Les auteurs ne se soucièrent guère de justifier cette restriction à la liberté procédurale des parties. Ce silence est d'autant plus surprenant que le lien entre l'autorité de la chose jugée et la modification du litige en cours d'instance n'est que suggéré par le Code civil et qu'il ne ressort absolument pas du Code de procédure civile. Mais la perspective de pouvoir présenter la demande nouvelle prohibée dans une instance ultérieure semble avoir suffi à convaincre qu'elle ne saurait se greffer sur une instance en cours⁴⁵⁸.

138. Bien vite la question de la modification de l'objet du litige ne fut examinée en doctrine qu'à l'aune de la « *cause de la demande* », étant entendu qu'il était interdit aux parties d'introduire des demandes nouvelles reposant sur une autre cause que celle énoncée dans l'acte introductif d'instance. Restait alors à définir ce concept et les avis

⁴⁵³ BEAUCHARD, p. 16-17.

⁴⁵⁴ NORMAND, L'office du juge et la contestation, p. 81.

⁴⁵⁵ Cf. art. 1351 C. civ. : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.* »

⁴⁵⁶ AZARD, p. 7 qui relève expressément que « *ces éléments [ie les parties, l'objet et la cause] sont les mêmes que ceux considérés quand il s'agit de déterminer les effets de la chose jugée* » ; BEAUCHARD, pp. 54 ss (présentant « *les vicissitudes de la notion de cause avant la réforme* ») ; BOYREAU, pp. 44 ss. Voy. cependant Jean ZARZYCKI, De la demande en justice, thèse Caen, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1937, p. 45 qui distingue les éléments subjectifs, soit les parties, et les éléments objectifs, soit l'objet, la cause et les moyens. Pour cet auteur, les moyens comprennent les allégations de fait, alors que la cause est constituée des dispositions légales invoquées. D'autres auteurs considèrent que la cause est formée par les allégations de fait : BEAUCHARD, p. 85 ; NORMAND, L'office du juge et la contestation, p. 81-82 ainsi que p. 166. D'autres auteurs considéraient que la cause était le texte légal invoqué, les moyens formant l'ensemble des arguments juridiques invoqués pour justifier l'application, en l'espèce, de la disposition invoquée : GILLI, p. 24-25 ainsi que p. 76-82.

⁴⁵⁷ Voy. l'étude de MIGUET.

⁴⁵⁸ AZARD, p. 7 : « *...quand une demande présente, comparativement à une autre, une certaine autonomie, elle ne peut s'y joindre dans la même instance, sans risquer d'en modifier le cadre ; il faut la repousser, comme nouvelle, de l'instance en cours ; et, pour respecter l'équité, il est juste de permettre au plaideur d'en faire état dans un autre procès : sinon, le bénéfice du rapport de droit et de fait qu'il invoque serait à jamais perdu pour lui.* »

furent aussi nombreux que partagés. Nous n'entrerons pas dans les détails⁴⁵⁹. Les exemples abordés par les différents auteurs sont fréquemment les mêmes. Ainsi rencontre-t-on de nombreux développements relatifs à la possibilité de fonder une action en responsabilité civile sur plusieurs chefs de responsabilité⁴⁶⁰. De même le passage d'une cause de divorce à l'autre en cour d'instance⁴⁶¹ ou l'invocation successive de plusieurs motifs de nullité d'un contrat⁴⁶² firent l'objet de longues discussions.

139. On ne retrouve en revanche pas de trace d'un éventuel débat sur la charge procédurale imposée aux parties par cette nouvelle conception du litige. MOTULSKY proposa certes de recourir à une notion de la cause différente selon que l'autorité de la chose jugée ou la modification du litige étaient en jeu, car les préoccupations sous-jacentes n'étant pas les mêmes⁴⁶³. Il s'agissait toutefois, pour cet auteur, d'ouvrir la voie à une nouvelle conception de l'office du juge⁴⁶⁴ et la question du formalisme excessif ne semble pas avoir été non plus au centre de ses préoccupations.

§ 2 : Le développement prétorien de la procédure civile

140. Jusqu'à présent nous avons examiné la manière dont les juridictions avaient appliqué les dispositions pertinentes du Code de procédure civile. Même si elles furent parfois amenées à prendre de grandes libertés avec le texte légal, les espèces envisagées se rattachaient toujours à certaines de ses dispositions. Dans le présent paragraphe, nous aborderons un autre aspect du pouvoir créateur de la jurisprudence. Il arriva, en effet, que la pratique introduisît des concepts qui sortaient complètement du cadre législatif. Dans ce cas, la référence à la loi n'était que de pure façade. En réalité, les juridictions créèrent par ce biais de nouvelles institutions destinées à remédier à certains problèmes pratiques. C'est dans ce contexte que l'inexistence des actes de procédure fut reçue (A) ou que les jugements se virent appliquer deux innovations de taille destinées à remédier à certaines erreurs dans leur rédaction (B).

⁴⁵⁹ Voy. pour un vaste panorama des différentes conceptions doctrinales: AZARD, p. 15 ss et surtout p. 24 ss ; GILLI, p. 53-70 ; MIGUET, p. 45 ; NORMAND, L'office du juge et la contestation, p. 137-140. L'espèce la plus communément envisagée est celle du passage de la responsabilité générale pour faute (art. 1382 C. civ.) à une cause de responsabilité sans faute (art. 1384 C. civ.).

⁴⁶⁰ Voy. les longs développements chez GILLI, p. 125-139 ; AZARD, p. 42-56.

⁴⁶¹ AZARD, p. 56-61 ; GILLI, p. 112-122.

⁴⁶² AZARD, p. 37-42 ; GILLI, p. 141-153.

⁴⁶³ Henri MOTULSKY, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, in *Ecrits : études et notes de procédure civile*, Dalloz, Paris, 1973, p. 102.

⁴⁶⁴ MOTULSKY, La cause de la demande, p. 128.

A) L'inexistence des actes de procédure

141. L'inexistence des actes de procédure fit progressivement son apparition en procédure civile. On la rencontre, tout d'abord, à propos des jugements dont la minute n'a pas été signée (1), avant qu'elle ne soit formellement reçue dans une affaire remarquable concernant une procédure de saisie immobilière (2).

1) Les premières apparitions du concept : le jugement dont la minute n'est pas signée

142. Le Code de procédure civile prévoyait des règles claires pour éviter qu'un jugement ne soit rendu que par oral. Son article 138 imposait au président et au greffier d'indiquer en marge de la feuille d'audience l'identité des juges et du procureur et de contresigner cette mention. La minute du jugement devait être rédigée et signée « *aussitôt qu'il sera rendu* ». Afin d'éviter tout risque d'erreur, il était interdit aux greffiers de délivrer aux parties une expédition du jugement avant que la minute et la feuille d'audience n'aient été signées⁴⁶⁵. Pour venir couronner le tout, l'article 140 prévoyait même que le parquet inspecte tous les mois les minutes des jugements rendus et dresse procès-verbal des éventuels manquements.

143. Le décret du 30 mars 1808 introduisit cependant certains assouplissements, signe sans doute que le législateur envisageait d'emblée que les dispositions strictes du Code de procédure ne seraient pas respectées à la lettre. L'article 36 alinéa 2 du décret précisait que la signature de la minute et de la feuille d'audience pouvaient avoir lieu dans les vingt-quatre heures. Celle-ci pouvait être à nouveau différée de vingt-quatre heures si « *par effet d'un accident extraordinaire* », le président ou le greffier étaient dans l'impossibilité de signer⁴⁶⁶. L'article 38 du décret disposait, finalement, qu'en l'absence de signature dans les conditions exposées ci-dessus, la feuille d'audience, comportant la minute, pouvait être paraphée par tout autre juge ayant assisté à l'audience, à condition d'y être autorisé par une décision particulière⁴⁶⁷.

144. Malgré les largesses du décret du 30 mars 1808, il arriva que des minutes restent longtemps sans signature. DEVÈZE⁴⁶⁸ indique ainsi qu'en 1905, la Cour d'appel

⁴⁶⁵ Art. 139 CPC 1806.

⁴⁶⁶ Art. 37 Décret du 30 mars 1808. La disposition en question prévoit alors le remplacement du président par un autre juge et permet de se passer de la signature du greffier.

⁴⁶⁷ L'autorisation en question devait émaner de la chambre dans laquelle siégeait le premier président de la juridiction d'appel statuant sur conclusions écrites du procureur général.

⁴⁶⁸ DEVÈZE, p. 64 (note de bas de page).

de Toulouse dut se pencher sur le sort de la minute d'un jugement du tribunal de commerce qui était restée sans signature depuis le 9 novembre 1901, alors que tous les juges ayant concouru à l'élaboration du jugement avaient quitté leur fonction dans l'intervalle. Bien que peu claire, la position de certains auteurs semblait aller dans la direction de la nullité⁴⁶⁹ et il semble qu'elle fut suivie par les juridictions d'appel⁴⁷⁰. Cependant, lorsque la Cour de cassation fut saisie de la question, elle développa un raisonnement fondé sur l'inexistence du jugement. La juridiction rejeta un pourvoi en cassation au motif « *que si l'on peut inférer de l'art. 139 C. pr. Civ., que la loi considère comme non existant le jugement dont la minute n'a pas été signée par le président, l'art. 38 du décr. de 1808 indique les moyens à prendre pour réparer, s'il y a lieu, cette omission ; que si la Cour d'appel, usant du droit que lui donne cet article, n'autorise un des juges à signer la feuille d'audience, le vice disparaît ; que si elle ne croit pas devoir donner cette autorisation, il n'y a plus de jugement* ». Elle en déduisit finalement « *que le défaut de signature de la minute par le président ne peut constituer un moyen de cassation* »⁴⁷¹. Cet arrêt constitue donc l'acte de naissance de l'inexistence en procédure civile. Alors que GLASSON, TISSIER et MOREL⁴⁷² le critiquèrent en lui préférant la démarche des juridictions d'appel, GARSONNET et CÉZAR-BRU, s'en réclamèrent⁴⁷³ et entrevirent même d'autres hypothèses d'application⁴⁷⁴, telles que les jugements rendus par des personnes qui n'étaient pas investies du pouvoir de juger⁴⁷⁵ ou par des juridictions incompétentes *ratione materiae*⁴⁷⁶. C'est ainsi que le concept d'inexistence s'imposa peu à peu en droit français. Quoi qu'il en soit, son champ d'application était *a priori* limité, car réservé aux seuls jugements. Malheureusement cet état des choses ne dura guère. Bientôt, la jurisprudence allait admettre un nouveau cas d'inexistence.

⁴⁶⁹ CARRÉ/CHAUVEAU, vol. 1, p. 703 qui parle toutefois d'une « *nullité de non existence* » ; PIGEAU (Commentaires, vol. 1, p. 325-328) ne se prononce pas contrairement à ce que laissent entendre CARRÉ et CHAUVEAU.

⁴⁷⁰ Lyon, 17 juillet 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 737-738 ; Grenoble, 29 mai 1834, S. 1834. 2. 514 ; Besançon, 6 février 1867, S. 1867. 2. 132

⁴⁷¹ Req., 5 avril 1875, S. 1875. 1. 157.

⁴⁷² GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 3, p. 57, note de bas de page n° 2. Voy. également DEVÈZE, p. 64-65, qui ne se montre pas davantage critique.

⁴⁷³ GARSONNET/CÉZAR-BRU, Tome III, vol. 2, p. 351.

⁴⁷⁴ GARSONNET/CÉZAR-BRU, Tome VI, p. 6.

⁴⁷⁵ Sur ce point, voy. déjà : BIOCHE, v° *appel*, n° 31 auquel Garsonnet et Cézar-Bru font référence.

⁴⁷⁶ GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome VI, p. 6. DEVÈZE, p. 70, ne fait que reprendre Garsonnet et Cézar-Bru sur ce point.

2) La consécration formelle en matière de saisie immobilière

145. L'origine de l'affaire⁴⁷⁷ dont nous allons parler tantôt, réside dans une disposition particulière du Code de procédure civile. L'article 705 alinéa 2⁴⁷⁸ disposait qu'une enchère nulle libérait l'enchérisseur précédent. Le but de cette disposition était, sans doute, de protéger les enchérisseurs qui pouvaient ainsi s'estimer définitivement libérés par toute enchère postérieure à la leur. L'article 704 alinéa 1 obligeait les acquéreurs potentiels à émettre leurs enchères par le truchement d'un avoué et l'article 715 érigeait la violation de cette disposition en cause de nullité. Quiconque portait directement enchère voyait son enchère immédiatement annulée. Celle-ci libérait toutefois son prédécesseur, qui, à son tour, libérait le précédent enchérisseur et ainsi de suite jusqu'à la première enchère. Cet enchaînement obligeait à reprendre les enchères dès le début lorsque l'une d'elles était annulée. On comprend ainsi le risque de formalisme excessif, notamment lorsque l'enchérisseur précédent était disposé à acquérir le bien.

146. Deux personnes se disputaient un bien-fond mis aux enchères devant le Tribunal civil de Blois. A un moment, l'avoué d'un des enchérisseurs refusa d'augmenter la mise. Ce dernier assistait à l'audience et fut dans l'impossibilité de trouver un autre avoué. Il se résolut à porter directement enchère. Excipant de l'absence de mandataire, le Tribunal rendit sur le champ un jugement d'adjudication en faveur de son rival. Le candidat évincé souleva l'incident de nullité et les débiteurs saisis intervinrent en sa faveur. Il fut débouté par la juridiction. Celle-ci releva tout d'abord « *que la présence de l'officier ministériel est de l'essence de l'enchère, parce qu'il est de l'essence de l'enchère d'être sérieuse, et qu'elle ne peut être sérieuse que si elle est faite par un personne dont le devoir est de se renseigner d'une façon complète sur les garanties et le degré de solvabilité qu'offre l'enchérisseur, que reconnaître un effet quelconque à l'intervention d'un tiers présent à l'audience conduirait aux plus graves inconvénients, et rendrait désormais toute vente impossible* ». Ensuite, elle en déduisit « *que le législateur n'a très certainement pas voulu un semblable résultat* », pour arriver à la conclusion que « *que la prétendue enchère de Tondou étant considérée comme inexistante, il s'ensuit*

⁴⁷⁷ Req., 30 déc. 1902, D.P. 1903. 1. 137, S. 1903. 1. 257 (note Tissier). Le jugement de première instance figure également dans le texte de l'arrêt de cassation.

⁴⁷⁸ La procédure de saisie immobilière fut modifiée par la Loi du 2 juin 1841 dont nous avons déjà eu l'occasion de parler (Cf. *supra*, n° 69). Nous nous référons aux nouvelles dispositions.

qu'elle n'a pas annulé l'enchère précédente ». L'affaire fut alors portée devant la Cour de cassation et la chambre des requête écarta le pourvoi au motif que « *l'assistance de l'officier ministériel est de l'essence même de l'enchère, et qu'à défaut de cette condition l'enchère n'est pas seulement nulle, mais qu'elle est inexistante...* ».

147. Notre bref résumé permet de comprendre que la Cour de cassation employa l'inexistence dans un but précis. Il s'agissait de sauver la procédure d'adjudication en écartant un raisonnement fondé sur la combinaison de plusieurs dispositions claires du Code de procédure civile. L'application stricte des dispositions légales était certainement plus aisée. Les juridictions ont refusé de s'y plier, car le résultat était manifestement excessif. Elles ont estimé qu'il serait trop formaliste de reprendre la procédure depuis le début, alors que l'incident n'était que la conséquence d'une intervention intempestive. La présente espèce ce distingue donc des précédents qui concernaient la signature des jugements. Elle s'inscrit parfaitement dans la lignée des arrêts qui s'éloignèrent du texte légal par souci d'équité procédurale. Malheureusement, nous auront amplement l'occasion de voir que l'inexistence sera utilisée par la suite pour accroître le formalisme procédural

B) Les innovations concernant les jugements

148. Outre l'inexistence, la jurisprudence introduisit deux autres créations jurisprudentielles affectant, également, les jugements. Il s'agit de la présomption de régularité de ceux-ci (1) et de la possibilité de rectifier certaines erreurs qu'ils contiennent en dehors de tout recours (2). Toutes deux exercèrent une certaine influence sur le degré de formalisme de la procédure.

1) La présomption de régularité des jugements

149. Telle que formulée par GARSONNET et CÉZAR-BRU⁴⁷⁹, la présomption de régularité des jugements est justifiée par le fait que le jugement est un acte authentique dont la force probante ne peut être remise en cause que par l'inscription en faux⁴⁸⁰. Dès lors, les parties ne peuvent se contenter d'y opposer leurs allégations. Forte de ce principe, la pratique poussa le raisonnement plus loin et considéra qu'il y avait lieu de présumer le respect des règles de procédure en ce qui concerne l'élaboration du jugement.

⁴⁷⁹ GARSONNET/CÉZAR-BRU, Tome III, vol. 2, p. 345.

⁴⁸⁰ Sur l'inscription en faux contre les jugements : Bourges, 24 juillet 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 913-914 ; Cass. crim., 8 mars 1828, J. Pal. 1827/1828, p. 1260.

150. Cette présomption ne fut énoncée en termes explicites par la jurisprudence que tardivement⁴⁸¹. Auparavant, les tribunaux ne firent qu'employer implicitement celle-ci pour faire échec à des moyens de nullités du jugement tirés des imprécisions affectant sa rédaction. Ce fut le cas pour les indications relatives à la composition du tribunal. Il fut littéralement interdit aux parties d'alléguer à l'appui de leur recours que l'absence de certaines mentions permettait de déduire que les règles pertinentes n'avaient pas été respectées. La capacité des conseillers auditeurs à compléter la juridiction et leur ancienneté furent ainsi présumées, malgré le silence du jugement sur ce point⁴⁸². En cas de remplacement d'un magistrat par un avocat, le silence sur son rang devait être interprété comme la preuve qu'il était le plus ancien de ceux présents à l'audience⁴⁸³. Cette solution fut ensuite étendue aux représentants du ministère public⁴⁸⁴. La participation à l'audience du tribunal civil d'un juge suppléant, en sus des trois membres titulaires de la chambre, devait laisser présumer, en l'absence d'indication contraire, que le juge suppléant n'avait que voix consultative⁴⁸⁵, tout comme la signature du greffier sur la feuille d'audience permettait de remplacer une indication relative à sa présence lors de la lecture du jugement⁴⁸⁶. Dans d'autres cas, la présomption fut étendue aux plaidoiries et au délibéré. La mention du nom des juges sur la feuille d'audience permit de présumer qu'ils avaient assisté à toutes les audiences où la cause avait été évoquée⁴⁸⁷. L'indication dans le jugement que celui-ci était rendu « *oui les avocats des parties à une précédente*

⁴⁸¹ Cass. civ., 6 juillet 1921, D.P. 1925. 1. 39

⁴⁸² Req., 18 avril 1826, J. Pal. 1826, p. 393-394 ; Req., 16 février 1831, J. Pal. 1830/1831, p. 1217-1219. Voy. également pour le remplacement par un juge suppléant : Cass. civ., 9 février 1836, J. Pal. 1835/1836, p. 1043-1044.

⁴⁸³ Cass. civ., 1^{er} mai 1907, S. 1911. 1. 435 ; Cass. civ., 14 novembre 1910, S. 1911. 1. 96. GARSONNET/CÉZAR-BRU, Tome III, vol. 2, p. 340.

⁴⁸⁴ Cass. civ., 16 février 1926, D.H. 1926. 237.

⁴⁸⁵ Req., 18 novembre 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 1025-1027. Contra : Cass. civ., 8 février 1836, J. Pal. 1835/1836, p. 1038 ; Cass. civ., 9 février 1836, J. Pal. 1836, s. p. Voy. également, Req., 5 novembre 1835, J. Pal. 1835/1836, p. 665-667 où la Cour de cassation admet qu'un jugement d'un tribunal de commerce puisse être rendu par un juge titulaire et deux juges suppléants « *en présence d'un troisième suppléant* », car il y a lieu de présumer dans ce cas que le troisième suppléant n'a pas participé aux débats et qu'il n'était présent que pour remplacer un autre juge qui n'aurait pas assisté à toutes les audiences.

⁴⁸⁶ Req., 19 août 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 889-890 ; Cass. civ., 8 juin 1901, S. 1902. 1. 124. GARSONNET/CÉZAR-BRU, Tome III, vol. 2, p. 350 ; GLASSON/ISSIER/MOREL, vol. 3, p. 51.

⁴⁸⁷ Cass. civ., 4 mai 1829, J. Pal. 1828/1829, p. 964 ; Req., 9 avril 1850, D.P. 1850. 1. 131 ; Req., 30 novembre 1852, S. 1853. 1. 270 ; Req., 24 décembre 1855, D.P. 1856. 1. 56 ; Req., 28 février 1859, D.P. 1859. 1. 386 ; Cass. civ., 9 avril 1866, D.P. 1866. 1. 245 ; Req., 21 avril 1880, D.P. 1880. 1. 430 ; Req., 14 décembre 1881, D.P. 1882. 1. 184 ; Req., 10 mai 1882, D.P. 1882. 1. 305 ; Cass. civ., 16 janvier 1894, D.P. 1894. 1. 247, S. 1895. 1. 97 ; Req., 2 décembre 1895, D.P. 1896. 1. 256, S. 1896. 1. 239 ; Req., 17 octobre 1900, D.P. 1900. 1. 555, S. 1901. 1. 79 ; Cass. civ., 18 octobre 1904, S. 1904. 1. 512 ; Cass. civ., 22 juin 1915, D.P. 1921. 1. 36 ; Req., 26 octobre 1919, D.P. 1921. 1. 149 ; Req., 29 novembre 1922, D.P. 1923. 1. 43 ; Cass. civ., 10 juillet 1934, D.H. 1934. 442 (qui admet toutefois que la présomption puisse être détruite par la production de la feuille d'audience). GARSONNET/CÉZAR-BRU, Tome III, vol. 2, p. 341.

audience et à celle de ce jour » pouvait remplacer l'indication que les conclusions avaient été reprises suite à un changement de composition de la juridiction⁴⁸⁸.

151. Parfois la présomption de régularité du jugement s'étendit au point de porter sur l'ensemble de la procédure. Ainsi, l'indication selon laquelle les parties avaient « *comparu, conclu et plaidé* » fut considérée par la Cour de cassation comme laissant entendre que toutes les formalités relatives à la mise au rôle et à la prise des conclusions avaient été respectées⁴⁸⁹, de même que l'absence de mention d'une éventuelle tardiveté de la communication des pièces à la cour devait conduire à présumer qu'elle a été faite à temps⁴⁹⁰. La Cour de cassation refusa d'annuler un arrêt d'appel ne mentionnant pas l'audition des avocats des parties, car la présence de leurs avoués à l'audience permettait d'en déduire que celles-ci y avaient renoncé⁴⁹¹.

152. Ces quelques exemples montrent que la présomption de régularité des jugements était appliquée généreusement par la jurisprudence. Elle permit certainement d'éviter un grand nombre de situations de formalisme excessif, en sauvant des jugements de l'annulation. Mais on peut s'interroger sur les conséquences à la longue de cet accommodement pratique. A force de présumer que la procédure avait été respectée, la jurisprudence a certainement fini par encourager les juridictions à se contenter de mentions aussi vagues que possible afin de fermer la porte à tout débat. On ne retrouve cependant pas trace d'un tel débat dans la doctrine. Nous y voyons la preuve que le risque évoqué ne s'est pas réalisé, même si la présomption de régularité des jugements obligeait les tribunaux à choisir soigneusement les termes employés.

2) La rectification des jugements

153. La seconde innovation introduite par la pratique est celle des jugements « *rectificatifs* » ou « *interprétatifs* »⁴⁹². Cette procédure d'origine prétorienne permit aux parties d'éviter de devoir recourir contre une décision de justice lorsque celle-ci était affectée d'erreurs rédactionnelles rectifiables sans toucher au fond du litige⁴⁹³ et sans que

⁴⁸⁸ Cass. civ., 4 juin 1833, J. Pal. 1833, p. 531-533.

⁴⁸⁹ Req., 26 mars 1889, D.P. 1890. I. 135 ; Req., 18 juin 1923, D.P. 1923. I. 164.

⁴⁹⁰ Req., 28 janvier 1891, D.P. 1891. I. 339.

⁴⁹¹ Req., 31 décembre 1834, J. Pal. 1834/1835, p. 1215-1216.

⁴⁹² Rennes, 11 novembre 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 445 ; Amiens, 24 août 1825, J. Pal. 1825, p. 832-833 ; Req., 5 avril 1832, J. Pal. 1831/1832, p. 940-941. GARSONNET/CÉZAR-BRU, Tome III, vol. 2, p. 400-402 ; GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. 3, p. 84-86.

⁴⁹³ Rennes, 17 juin 1814, J. Pal. 1814/1815, p. 269 ; Metz, 12 février 1817, J. Pal. 1817/1818, p. 75-76 (cas où une mise en conformité de la minute du jugement sur le plumitif du greffier entraînait une remise en question de l'autorité de la chose jugée) ; Rennes, 18 juillet 1820, J. Pal. 1820/1821, p. 45-46 ; Amiens, 12 janvier 1821, J. Pal. 1820/1821, p.

cela revienne à réparer une omission de statuer⁴⁹⁴. Des modifications mineures concernant le prénom d'une partie⁴⁹⁵ ou les détails d'un calcul⁴⁹⁶ purent ainsi être opérées.

154. La pratique appliqua également cette procédure à la signature de la minute des jugements qui continuait à causer de nombreux problèmes. La Cour impériale de Besançon admit que la minute signée par un juge n'ayant pas qualité pour le faire pouvait être rectifiée en commettant un second magistrat à cette fin⁴⁹⁷. La Cour d'appel de Toulouse reprit la solution dans une espèce où tous les juges ayant qualité pour signer la minute avaient cessé d'occuper leur fonction⁴⁹⁸. Ces accommodements ne constituent pas une simple interprétation généreuse du décret du 30 mars 1808, mais plutôt une extension *praeter legem* de son champ d'application. En effet, ce texte autorisait uniquement les juridictions d'appel à faire signer la minute du jugement restée sans paraphe par un juge ayant participé à son élaboration. Il n'était pas question de revenir sur une signature apposée à tort ou d'autoriser un magistrat totalement extérieur à la cause à parapher le jugement. Cette extension peut s'apparenter à une rectification destinée, tout comme la correction d'une erreur de calcul, à éviter aux parties le fastidieux exercice des voies de recours. On a d'ailleurs pu parler, à ce propos, de « *solution fort hardie, mais rendue sous la pression de graves intérêts pratiques* »⁴⁹⁹. Il s'agissait en fait d'éviter l'excès de formalisme en faisant supporter aux parties les conséquences d'une erreur commise par les juges eux-mêmes.

Section 2 : La transition d'un Code à l'autre

155. Le Code de procédure civile de 1806 ne fut pas brusquement remplacé par le Code de 1975, appelé alors Nouveau Code de procédure civile. La révision législative est le fruit d'un processus qui s'amorça dès le dix-neuvième siècle. La doctrine s'intéressa

309. En particulier, la procédure de rectification ne permet pas de modifier le dispositif du jugement au motif qu'il serait en contradiction avec un des considérants des motifs : Bourges, 23 août 1831, J. Pal. 1831/1832, p. 170-171.

⁴⁹⁴ Paris, 6 août 1813, J. Pal. 1813, p. 608. Dans ce cas la voie de la requête civile était ouverte : Agen, 14 mars 1833, J. Pal. 1833, p. 267-168 ; Req., 23 mars 1836, J. Pal. 1835/1836, p. 1191-1192. Voy. pourtant : Metz, 7 juin 1820, J. Pal. 1819/1820, p. 1033-1034 où l'omission de statuer sur les accessoires fut toutefois rectifiée.

⁴⁹⁵ Req., 25 avril 1812, J. Pal. 1812, p. 536 : « ...attendu, sur le second moyen, que jamais on a contesté aux cours d'appel le pouvoir de rectifier des erreurs soit dans les qualités, soit dans les dates de quelques actes du procès... » ; Rennes, 29 janvier 1813, J. Pal. 1813, p. 86 ; Cass. civ., 9 juillet 1884, S. 1886. 1. 103.

⁴⁹⁶ Cass. civ., 23 novembre 1824, J. Pal. 1823/1824, p. 1129-1131.

⁴⁹⁷ Besançon, 6 février 1867, D.P. 1867. 2. 16.

⁴⁹⁸ DEVÈZE, p. 64 cite le cas d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse le 23 novembre 1905 l'absence de références nous laissant penser qu'il s'agit d'un arrêt inédit, au terme duquel un jugement rendu en novembre 1901 par le Tribunal de commerce de Toulouse, et resté depuis lors sans signature, fut signé, sur ordre de la Cour d'appel, par le président de la juridiction en fonction à ce moment.

⁴⁹⁹ DEVÈZE, *ibid.*

alors à l'amélioration de la législation. Plusieurs ouvrages contenant des propositions furent publiés⁵⁰⁰ dans la foulée d'un concours lancé en 1851 par l'Académie des sciences morales et politiques⁵⁰¹. Le pouvoir législatif examina plusieurs projets de révision intégrale⁵⁰² qui toutefois n'aboutirent pas dans l'immédiat. En 1906, CUCHE écrivait que « *la réforme de notre Code de procédure est à l'étude depuis 50 ans* » et que celle-ci « *n'a vraisemblablement rien d'urgent, ni d'impérieux* »⁵⁰³. Passée la Première Guerre mondiale, la nécessité d'un changement devient plus pressante. Une ère de réformes s'ouvrit dès 1933 (§ 1). Elle aboutit, quarante ans plus tard, au nouveau Code de procédure civile de 1975 (§ 2).

§ 1 : L'ère des réformes (1933-1975)

156. Durant la période allant de 1933 à 1975, le Code de procédure civile fut abondamment modifié. Nous n'allons pas exposer l'ensemble de ces modifications qui, pour la plupart, n'entretiennent que des liens très indirects avec notre sujet. L'intervention du législateur ne fut pas couronnée de succès. Alors qu'il tenta de codifier certains aspects de l'acquis jurisprudentiel en matière de nullités de procédure, ses réformes furent remises en cause par la jurisprudence, car elles étaient peut-être « *excellentes dans leur principe* »⁵⁰⁴, mais « *présentaient de graves imperfections* »⁵⁰⁵ (A). Il opta pour une approche de rupture en ce qui concerne le déroulement de l'instance (B). Celle-ci se heurta à l'opposition des tribunaux et du barreau qui lui préférèrent leurs anciennes habitudes.

A) Les réformes en matière de nullités de procédure

157. Le régime des nullités de procédure fut modifié à deux reprises⁵⁰⁶. Une première fois en 1933 concernant l'exploit d'ajournement et les actes d'appel (1) et une

⁵⁰⁰ Voy. les ouvrages suivants que nous avons déjà mentionnés : Raymond BORDEAUX, Philosophie de la procédure civile: mémoire sur la réformation de la justice, Imprimerie de A. Hérisseux, Évreux, 1857 ; Nicolas LAVIELLE, Études sur la procédure civile: Nécessité de réviser le Code de 1806, Cotillon Éditeur, Paris, 1862 ; Edmond SELIGMAN, Quelles sont, au point de vue juridique et au point de vue philosophique, les réformes dont notre procédure civile est susceptible ?, A. Durand Libraire-Éditeur, Paris, 1855. On y ajoutera : Edmond-Pierre FAURIE, De la Révision du Code de procédure civile (Extrait du journal *L'Écho du Palais*), Imprimerie G. Gounouilhou, Bordeaux, 1892.

⁵⁰¹ DUVAL, p. 177.

⁵⁰² Voy. la liste dressée par CUCHE, p. 145.

⁵⁰³ CUCHE, p. 146.

⁵⁰⁴ GAMBIER, p. 9.

⁵⁰⁵ GAMBIER, *ibid.*

⁵⁰⁶ Pour une présentation générale : GAMBIER ; p. 9-10.

seconde fois en 1935, à l'occasion d'une réforme qui présenta un caractère plus général (2).

1) La Loi du 12 janvier 1933

158. Le régime des nullités de procédure fut modifié pour la première fois par la Loi du 12 janvier 1933. Nous commencerons par présenter les modifications législatives (a) avant d'aborder leur réception par la doctrine et par la jurisprudence (b)

a) Présentation de la modification législative

159. La Loi du 12 janvier 1933 n'apporta que peu de modifications au Code de procédure civile. Les articles 61, 64, 70, 456 et 1029 furent certes concernés, ce qui représente un certain nombre de dispositions, mais les modifications apportées au système furent minimales et ne concernèrent au final que les exploits d'ajournement devant le tribunal civil et l'acte d'appel. La sanction de la nullité prévue de manière indépendante, fut remplacée par une mention collective figurant à l'alinéa 1 de l'article 70⁵⁰⁷. L'alinéa 2 de cette disposition constitue le seul élément original de la réforme. Il prévoyait désormais que « *toutefois, cette nullité ne pourra être prononcée que lorsqu'elle aura eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la défense* ». L'article 1029 fut également modifié. Le caractère impératif des nullités fut maintenu, sous réserve toutefois de celles prévues à l'article 70. On assista donc à une consécration légale du mécanisme du grief, mais limitée à certains actes de procédure particuliers⁵⁰⁸. Pour le reste, le législateur s'en remit entièrement à la pratique existante. Cette frilosité contraste avec l'ampleur de la transformation opérée par la jurisprudence et la doctrine au cours du dix-neuvième siècle.

b) Réception doctrinale et jurisprudentielle

160. La doctrine ne manqua pas de s'intéresser à la portée exacte de cette retouche législative. En effet, les auteurs avaient développé au fil du temps une véritable théorie générale des exploits, qui consistait, pour l'essentiel, en la généralisation des dispositions applicables à l'exploit d'ajournement devant le tribunal civil⁵⁰⁹. Selon CHABRAT, il existe ainsi des exploits d'huissiers qui « *par leur contenu et par leur but,*

⁵⁰⁷ Lequel sanctionne par la nullité la violation des art. 61, 64, 68, 69 et 456 CPC 1806.

⁵⁰⁸ Il semble que lors de la procédure législative, il ait été question de conférer une portée générale au mécanisme du grief. Voy. à ce propos : CHABRAT, p. 38.

⁵⁰⁹ Cf. GLASSON/TOISSIER/MOREL, vol. 2, pp. 292 ss ; GARSONNET/CÉZAR-BRU, Tome II, vol. 1, pp. 147 ss.

peuvent être considérés comme de véritables exploits d'ajournement »⁵¹⁰, mais qui ne devraient pas bénéficier du mécanisme du grief, faute d'intention expresse du législateur⁵¹¹. Par contre, cet auteur estime qu'il faut assimiler à l'exploit d'ajournement, la citation devant le juge de paix, que ce soit aux fins de jugement ou de conciliation⁵¹² et la requête introductive d'instance devant le conseil de prud'hommes⁵¹³. Le fait qu'un acte soit frappé d'une nullité d'ordre public⁵¹⁴, telle que l'absence de signature, ne devrait pas empêcher l'application du mécanisme du grief⁵¹⁵. Des opinions similaires se retrouvent sous la plume d'autres auteurs⁵¹⁶.

161. Il se dégage, de ces premières réactions doctrinales, une impression de recherche méticuleuse du champ d'application des nouvelles dispositions, sans toutefois les confronter de manière nette avec les solutions en vigueur jusqu'alors. Sinon, les auteurs n'auraient pas manqué de souligner, et peut-être même de critiquer, le manque de vision générale du législateur. En limitant fortement la portée du mécanisme du grief, celui-ci critiquait implicitement la position souvent libérale de la jurisprudence.

162. La maigre jurisprudence⁵¹⁷ disponible sur le sujet alla également dans le sens d'une application restreinte des nouvelles dispositions⁵¹⁸. Un arrêt de la cour d'appel d'Amiens⁵¹⁹ retint ainsi que la réforme législative ne s'appliquait qu'aux nullités mentionnées à l'article 70 alinéa 1 du Code de procédure civile, et non à celles sanctionnant la violation d'autres dispositions⁵²⁰. La Cour de cassation exclut, par ailleurs, de faire intervenir le mécanisme du grief lorsque le pouvoir de représenter une personne morale était en jeu⁵²¹. Par contre, une fois l'application des dispositions révisées acquise, la jurisprudence se montra stricte dans l'évaluation du grief, refusant à plusieurs

⁵¹⁰ CHABRAT, p. 55-56. Il s'agit selon cet auteur de l'assignation en référé, de la notification de l'arrêt d'admission d'un pourvoi en cassation, de l'assignation donnée à la partie pour être présente à l'enquête par témoins, de l'assignation aux témoins eux-mêmes, de la signification des jugements aux héritiers d'une partie décédée, des procès-verbaux et commandements rédigés au cours des saisies.

⁵¹¹ CHABRAT, p. 58.

⁵¹² CHABRAT, p. 53 : « ... nous pensons que le principe de la loi nouvelle sera applicable à ces nullités, l'esprit de la loi l'emportant sur sa lettre. »

⁵¹³ CHABRAT, p. 54.

⁵¹⁴ CHABRAT, p. 50.

⁵¹⁵ CHABRAT, p. 51 et 53.

⁵¹⁶ Charles CÉZAR-BRU, Supplément au Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1933, pp. 41 ss ; GLASSON/ISSIER/MOREL, vol. 5, pp. 538 ss ; Georges LELOIR, Quelques mots sur l'abus des nullités en matière de procédure civile ou criminelle, D.H. 1933, chron. 69 ss.

⁵¹⁷ Pour un inventaire complet : DE BIÉVILLE, p. 127-128.

⁵¹⁸ En ce sens : VINCENS, p. 98-99.

⁵¹⁹ Amiens, 8 novembre 1933, D.H. 1934, 44.

⁵²⁰ *In casu* il s'agit de l'art. 6 de la Loi du 27 décembre 1923 prévoyant que les exploits d'huissiers devaient être signifiés par un huissier ou par un clerc assermenté à peine de nullité.

⁵²¹ Cass. civ., 13 janvier 1936, Gaz. Pal. 1936. I. 609. Bien qu'adopté après l'entrée en vigueur du Décret-loi du 30 octobre 1935, cet arrêt est toutefois rendu au visa des dispositions en vigueur précédemment.

reprises d'annuler des exploits⁵²². Mais elle l'était déjà précédemment, si bien qu'il ne s'agit pas d'une véritable nouveauté. La réforme de 1933 n'introduisit pas une véritable protection contre l'excès de formalisme, celle-ci demeura l'apanage de la longue pratique jurisprudentielle développée durant le dix-neuvième siècle.

2) Le Décret-loi du 30 octobre 1935

163. Le régime des nullités de procédure fut modifié une seconde fois par le Décret-loi du 30 octobre 1935, qui réformait en profondeur le Code de procédure civile⁵²³. A nouveau, nous commencerons par une présentation des nouvelles dispositions (a), avant d'aborder la question de leur application (b).

a) Présentation de la modification législative

164. Les modifications issues du Décret-loi du 30 octobre 1935 demeurèrent limitées, mais, et contrairement à celles issues de la réforme de 1933, elles eurent une portée plus générale. Le changement passa essentiellement par une réécriture de l'article 173 du Code de procédure civile qui traitait de l'exception de nullité. Le texte issu de la rédaction originale de l'article fut relégué au deuxième alinéa de la disposition et le premier disposa qu'« *aucune nullité d'exploit ou d'acte de procédure ne pourra[it] être admise que s'il est justifié qu'elle nuit aux intérêts de la partie adverse* ». Un troisième alinéa fut ajouté précisant que « *tous les moyens de nullité contre un acte doivent être proposés conjointement* ». Le but était d'éviter qu'une partie ne distille ses moyens de nullité lorsque l'acte attaqué n'était pas un acte introductif d'instance⁵²⁴. Les articles qui avaient été modifiés en 1933 ne furent pas retouchés, bien qu'ils fissent désormais double emploi⁵²⁵. Modifiant, par ailleurs, le texte de l'article 192 du Code de procédure civile⁵²⁶, le législateur consacra formellement la fin de non-recevoir en obligeant les parties à l'invoquer *in limine litis*. Il renonça toutefois à en donner une définition.

165. Ce bref panorama révèle que l'esprit de la modification législative de 1935 n'est pas fondamentalement différent de celle de 1933. Toutes deux procèdent par petites

⁵²² Voy. les deux seuls cas connus d'annulation : Trib. civ. Amiens, 9 mai 1933, S. 1934. 2. 59; Pau, 10 décembre 1934, D.H. 1935. 141. Pour une liste des affaires où l'exception de nullité fut rejetée : DE BIÉVILLE, p. 128.

⁵²³ Nous aurons l'occasion de revenir sur d'autres dispositions, notamment en ce qui concerne la création du juge chargé de suivre la procédure.

⁵²⁴ Le nouveau texte correspond d'ailleurs à la pratique antérieure : GLASSON/TOISSIER/MOREL, vol. 5, p. 541.

⁵²⁵ Ce qui a pu parfois causer problème, certains estimant que l'art. 1029 CPC 1806 avait été implicitement abrogé. Voy. sur cette controverse, VINCENS, p. 100 et 103-106.

⁵²⁶ Nouvel art. 192 CPC 1806 : « *Toutes les exceptions, demandes en nullité, fins de non-recevoir et tous les déclinatoires visés aux articles précédents, sauf l'exception d'incompétence ratione materiae et l'exception de communication des pièces, seront déclarés non recevables s'ils sont présentés après qu'il aura été conclu au fond.* »

touches. L'impact des dispositions est plus grand⁵²⁷, car il concerne l'ensemble des « nullités d'exploit ou d'acte de procédure ». On ne saurait toutefois encore parler de solution globale aux problèmes d'excès de formalisme. D'une part, le législateur ne consacre formellement que le mécanisme du grief, alors que d'autres procédés ont été mis en œuvre pour éviter l'annulation des actes de procédure⁵²⁸ ; d'autre part, il laisse ouverte la question des autres sanctions frappant les actes de procédure, telles que l'inexistence, tout en reconnaissant, par la bande, la fin de non-recevoir. La doctrine s'empresse d'ailleurs de critiquer la manière dont cette dernière était envisagée. Plusieurs auteurs⁵²⁹, considéreraient tout simplement que le concept était dépourvu de sens, car l'article 192 ne visait que les fins de non-recevoir consacrées aux articles 166 à 191⁵³⁰. Etant donné qu'aucune des exceptions de procédure précitées n'était une fin de non-recevoir, la réforme devait être purement et simplement ignorée sur ce point et les anciennes fins de non-recevoir restaient soumises à leur propre régime.

b) Réception doctrinale et jurisprudentielle

166. Les nouvelles dispositions sur les nullités firent l'objet d'une étude de détail dans la doctrine, deux ans après leur adoption⁵³¹ ce qui permettait d'y inclure les premières décisions de justice. Cette première étude fut suivie d'une autre un peu plus de cinq ans plus tard⁵³², d'une troisième seize ans⁵³³ après et d'une quatrième à un intervalle de trente ans après⁵³⁴. La jurisprudence fut donc régulièrement commentée et on peut présumer qu'elle a subi l'influence de la doctrine, même si, conformément à la tradition juridique française, cela ne ressort pas des motifs des décisions de justice.

167. Le caractère plus étendu de la réforme opérée en 1935 incita la doctrine à s'intéresser davantage au rôle du formalisme en matière de procédure. L'étude de GHIENNE comporte un vaste chapitre préliminaire intitulé « *La forme, fondement des nullités de procédure* ». On y trouve quelques remarques d'ordre général en rapport avec notre sujet. Selon l'auteur, le formalisme procédural n'est pas aveugle, « *c'est une*

⁵²⁷ En ce sens : VINCENS, p. 100.

⁵²⁸ Cf. supra n° 83 ss.

⁵²⁹ Voy. les références citées par DE BIÉVILLE, p. 159.

⁵³⁰ En effet, l'article en question porte sur *toutes les exceptions, demandes en nullité, fins de non-recevoir et tous les déclinatoires visés aux articles précédents*, soit les articles 166 à 191 traitant des exceptions de procédure.

⁵³¹ Georges GHIENNE, Les nullités de forme de procédure civile : Le Décret-loi du 30 octobre 1935, th. Lille, Imprimerie Duriez-Bataille, Lille, 1937.

⁵³² Marc DE BIÉVILLE, Les nullités des actes de procédure en matière civile, thèse Paris, Imprimerie Nationale, Fribourg en Brisgau, 1944.

⁵³³ Jacques JALADY, De la portée de l'article 173, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile en matière de nullités de procédure, thèse Paris, dactyl., 1951.

⁵³⁴ Georges VINCENS, Les nullités de procédure civile, thèse Montpellier, dactyl., 1965.

technique voulue par une loi non pas arbitrairement, mais d'une manière consciente et appropriée à une fin »⁵³⁵. Les formalités judiciaires doivent ainsi sauvegarder trois différentes catégories d'intérêts : ceux des plaideurs, ceux de la justice et ceux de la société⁵³⁶. Les intérêts des plaideurs sont surtout ceux du défendeur, dont les droits de la défense doivent être respectés⁵³⁷. Les intérêts de la justice se ramènent à une bonne administration de celle-ci. Les « *formes fixes et immuables [...] amènent l'ordre dans les débats et facilitent au juge la recherche de la vérité. Elle sont, en un mot, la condition d'une bonne justice* »⁵³⁸. L'auteur poursuit en indiquant que la complexité des formes n'est qu'apparente. A laisser les parties entièrement libres dans leurs démarches, le travail du juge serait rendu bien trop difficile⁵³⁹ et cela compromettrait l'intérêt de la Société qui est d'éviter, grâce aux formalités judiciaires, qu'un groupe d'individus n'en opprime un autre⁵⁴⁰. GHIENNE conclut son exposé introductif en remarquant que finalement ces trois intérêts permettent de répartir l'ensemble des formalités procédurales en deux catégories : les formalités d'ordre privé, instituées dans l'intérêt des plaideurs, et celles d'ordre public, destinées à protéger l'intérêt général de la société⁵⁴¹. Passant à l'examen du droit positif, il aborde la nullité à travers le prisme de l'article 173 modifié⁵⁴². Il considère ainsi que cet article ne s'applique pas « *aux nullités qui sont le résultat, non pas d'un vice de forme, mais d'un vice de fond qui tend à anéantir l'action* », telles que l'absence de qualité, d'intérêt à agir et de capacité qui « *tiennent au fond du droit, et donnent lieu à une fin de non-recevoir* »⁵⁴³. Les jugements en sont également exclus⁵⁴⁴. Les nullités ne peuvent être relevées d'office par le juge, à moins que le défendeur ne fasse défaut et que le tribunal se trouve « *en face d'un acte informe contenant des omissions importantes ou de grossières inexactitudes auxquelles on puisse imputer la non-comparution du défendeur* »⁵⁴⁵. Elles doivent être invoquées *in limine litis*⁵⁴⁶, l'auteur consacrant de longs développements aux actes de procédure susceptible de priver les parties du bénéfice de l'exception⁵⁴⁷. GHIENNE s'efforce donc de dégager l'interprétation du texte légal qui

⁵³⁵ GHIENNE, p. 19.

⁵³⁶ GHIENNE, p. 22.

⁵³⁷ GHIENNE, p. 19.

⁵³⁸ GHIENNE, p. 20-21.

⁵³⁹ GHIENNE, p. 21.

⁵⁴⁰ GHIENNE, p. 22. Il cite d'ailleurs à ce propos le célèbre brocard de Jhéring.

⁵⁴¹ GHIENNE, *ibid.*

⁵⁴² GHIENNE, pp. 131 ss.

⁵⁴³ GHIENNE, p. 135.

⁵⁴⁴ GHIENNE, p. 139.

⁵⁴⁵ GHIENNE, p. 143-144.

⁵⁴⁶ GHIENNE, p. 150-151.

⁵⁴⁷ GHIENNE, pp. 154 ss.

s'adapte le mieux aux nouvelles dispositions. Il ne semble pas qu'il se soit véritablement préoccupé de protéger les parties contre l'excès de formalisme.

168. On retrouve une approche semblable dans l'étude de DE BIÉVILLE qui élabora un système plus général. Cet auteur commence également par un exposé général sur le formalisme procédural auquel il assigne deux fonctions : humaniser le combat judiciaire et surmonter l'imperfection originelle du langage en donnant aux parties un cadre à l'intérieur duquel elles puissent exprimer de manière compréhensible leurs prétentions⁵⁴⁸. Malheureusement, il ne développe pas sa pensée sur ce point, alors qu'il s'agit d'une des voies empruntées pour reconnaître expressément l'interdiction du formalisme excessif⁵⁴⁹. Revenant ensuite sur le concept de fin de non-recevoir, auquel il se refuse d'appliquer l'article 192, nouvelle version, du Code de procédure civile⁵⁵⁰, il propose une classification bipartite des sanctions en cas de vice de procédure⁵⁵¹. Il existerait ainsi deux catégories fondamentales de nullités⁵⁵². D'un côté, on trouve les « *nullités de fond* » qui sanctionnent le défaut d'intérêt, de capacité, de qualité, la violation des règles d'organisation judiciaire⁵⁵³ ou des « *formes tellement substantielles qu'on les assimile aux conditions de fond parce que, sans elles, l'acte perdrait toute sa valeur, toute son essence* »⁵⁵⁴ ; d'un autre côté on rencontre les « *nullités de forme* » qui sanctionnent « *les manifestations extérieures des actes de procédure* »⁵⁵⁵. L'inexistence est apparemment bannie du système⁵⁵⁶. Bien que DE BIÉVILLE ne le dise pas expressément, il ressort de son exposé que les nullités de forme sont avant tout un concept résiduel regroupant en son sein tous les vices de procédure qui ne constituent pas des nullités de fond. Tout le reste s'organise autour de cette *summa divisio*. Les nullités de fond sont invocables en l'absence de tout texte légal⁵⁵⁷, elles ne sont pas soumises au mécanisme du grief et elles peuvent être invoquées en tout temps par n'importe quel

⁵⁴⁸ DE BIÉVILLE, p. 18.

⁵⁴⁹ Cf. infra, n° 270 ss.

⁵⁵⁰ DE BIÉVILLE, p. 160.

⁵⁵¹ DE BIÉVILLE, p. 164-174.

⁵⁵² Bien qu'il ne le mentionne pas expressément à cet endroit, DE BIÉVILLE cite au début de sa thèse l'ouvrage de Daniel THIELLAND (Des nullités de forme de l'exploit d'ajournement devant le tribunal civil, thèse Paris, Imprimerie Bonvalot-Jouve, 1906, p. 56) où l'auteur oppose les nullités de forme, nullité de l'*instrumentum*, aux nullités de fond, nullité du *negotium*. Il semble dès lors que sa classification bipartite prenne en grande partie source chez cet auteur.

⁵⁵³ DE BIÉVILLE, p. 165-166.

⁵⁵⁴ DE BIÉVILLE, p. 166.

⁵⁵⁵ DE BIÉVILLE, p. 165. L'auteur mentionne le cas du défaut de signature de l'huissier de justice.

⁵⁵⁶ DE BIÉVILLE, p. 42-44 critique sévèrement l'arrêt de la Cour de cassation de 1905 et retient que la nullité absolue et l'inexistence sont équivalentes.

⁵⁵⁷ DE BIÉVILLE, p. 167 pour qui « *toutes les nullités de fond sont virtuelles, malgré les termes de l'article 1030, parce que le Code a omis d'en parler.* »

participant au procès y compris par le juge lui-même⁵⁵⁸. S'agissant des nullités de forme, on leur applique les principes « *pas de nullités sans texte* » et « *pas de nullité sans grief* », seul l'adversaire concerné peut les invoquer et il doit le faire avant toute défense au fond⁵⁵⁹. Les conclusions tendant à invoquer une nullité de fond constituent une fin de non-recevoir alors que celles soulevant une nullité de forme prennent la forme d'une exception de procédure⁵⁶⁰.

169. La classification bipartite ainsi proposée séduit par sa symétrie. Elle se retrouve, avec quelques changements de taille, sous la plume de nombreux auteurs⁵⁶¹. Elle constitue certainement une construction cartésienne, mais elle démontre surtout, par son allure abstraite et implacable, que la tâche principale assignée à l'édifice est davantage la clarté des concepts que la recherche d'un formalisme procédural adapté aux circonstances. En fait, toute réflexion sur le formalisme procédural ne lui est pas étrangère. On voit se dessiner, en arrière-plan, l'opposition entre les vices graves de procédure et ceux qui ne le sont pas, les seconds étant soumis à des conditions supplémentaires destinées à éviter qu'ils ne conduisent trop facilement à la nullité et qu'ils ne soient ainsi à l'origine d'un excès de formalisme. Malheureusement, les auteurs n'insistèrent pas suffisamment sur les critères permettant de distinguer entre ces deux catégories. Pour cela, il aurait fallu qu'ils approfondissent leurs réflexions sur le rôle de la procédure. Or la doctrine demeura prisonnière de plusieurs schémas de pensée directement hérités des auteurs du Code de procédure civile de 1806. Ainsi, dans son étude consacrée aux nullités de procédure, rédigée vingt ans après celle de DE BIÉVILLE, VINCENS retient que « *la nullité d'un acte de procédure peut être une arme à double tranchant, en cela qu'elle a, d'une part, l'effet salutaire auquel elle est destinée et qui est de normaliser les relations juridiques, mais que d'autre part elle est susceptible de produire directement ou indirectement un trouble grave dans le cours de la procédure qui serait intolérable s'il était disproportionné du côté négatif à l'effet bénéfique que la nullité a, du côté positif.* »⁵⁶² et que « *de même que l'on se garde bien de jeter la pièce qui vaut toujours son pesant d'or malgré le défaut de l'empreinte, le fond de l'acte ne doit*

⁵⁵⁸ DE BIÉVILLE, p. 168-169 fait toutefois une exception pour le défaut de capacité du mineur ou de l'interdit qui ne peut être invoqué que par le mineur ou l'interdit lui-même. L'adversaire peut tout au plus demander la régularisation de la procédure par la mise en cause du représentant légal ou du tuteur. Cette dérogation est essentiellement la conséquence de l'autorité liée à l'opinion de JAPIOT sur ce point.

⁵⁵⁹ DE BIÉVILLE, p. 169-170.

⁵⁶⁰ DE BIÉVILLE, p. 171.

⁵⁶¹ CORNU/FOYER, pp. 429 ss ; LABORDE-LACOSTE, p. 249 ; MOREL, p. 329 ; SOLUS/PERROT, vol. 1, p. 375 ; VINCENS, pp. 140 ss ; Jean VINCENT, Précis de procédure civile, 15^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1971, p. 416.

⁵⁶² VINCENS, p. 135.

*pas être totalement sacrifié à la moindre imperfection de forme qui deviendrait alors paradoxalement une fin alors qu'elle n'est qu'un moyen. »*⁵⁶³. On peut reconnaître sans difficulté dans ces quelques lignes l'ébauche d'un véritable débat sur le rôle du formalisme dans le procès civil. Pourtant, le même auteur n'hésite pas à affirmer que *« dès qu'un plaideur aperçoit une petite chance d'éluder la règle de droit sans encourir de sanction, il essaie d'en tirer avantage, d'abuser et d'élargir hors de proportion la facilité qui lui est faite »*⁵⁶⁴ et indique, à propos de l'application du principe *« pas de nullité sans grief »* que celui-ci *« peut être aussi bien le correctif salutaire apporté aux excès du formalisme, que la porte grande ouverte aux abus des chicaniers, aux procédures interminables et surtout à l'arbitraire du juge »*⁵⁶⁵. Le retour de certains poncifs sonne ainsi le glas de toute évolution du débat⁵⁶⁶.

170. La jurisprudence s'inséra sans grande difficulté dans le cadre tracé par la doctrine. L'abondante production de la Cour de cassation et des tribunaux inférieurs a été analysée en détail par SOLUS et PERROT dans leur traité. Nous n'allons pas la reproduire ici en détail, des renvois ponctuels nous paraissant suffisants⁵⁶⁷. Elle suivit dans l'ensemble la classification bipartite préconisée par DE BIÉVILLE et considéra sans grande difficulté que les nullités de fond échappaient à l'application de l'article 173 alinéa 1 du Code de procédure civile⁵⁶⁸. Elle accepta également que la violation des formalités substantielles puisse être assimilée à des nullités de fond⁵⁶⁹. Elle étendit cependant au fil des arrêts considérablement le champ de ces dernières⁵⁷⁰. La définition de la formalité substantielle donnée par la Cour de cassation⁵⁷¹ était suffisamment vague pour englober un nombre infini de formalités. Cette extension mit bientôt en péril les buts même de la réforme⁵⁷² en laissant subsister *« en grande partie l'automatisme de la nullité propre au système du Code que le législateur voulait réformer »*⁵⁷³. Elle était de surcroît profondément incohérente. Alors qu'elle considérait comme *« non-venu »* un acte

⁵⁶³ VINCENS, p. 7.

⁵⁶⁴ VINCENS, p. 4-5.

⁵⁶⁵ VINCENS, p. 5.

⁵⁶⁶ Il n'est ainsi pas surprenant que VINCENS conclue son étude (p. 208) en citant la célèbre formule de JHERING.

⁵⁶⁷ Pour une présentation exhaustive, voy. également VINCENS, pp. 123 ss.

⁵⁶⁸ SOLUS/PERROT, vol. 1, p. 375.

⁵⁶⁹ SOLUS/PERROT, vol. 1, p. 377-380.

⁵⁷⁰ SOLUS/PERROT, vol. 1, p. 379-380.

⁵⁷¹ Cass. soc., 3 mars 1955, JCP 1955. Éd A II. 8654 (note Madray), RTD civ., 1955, pp. 365-367 (obs. Raynaud) : *« Le caractère substantiel est attaché dans un acte de procédure à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet »*.

⁵⁷² SOLUS/PERROT, vol. 1, p. 384-385. Voy. également : PERROT, Les nullités de procédure, p. 743.

⁵⁷³ VINCENS, p. 130.

d'huissier dépourvu de signature⁵⁷⁴ et qu'elle refusait le bénéfice du mécanisme du grief à un exploit d'appel dépourvu de date⁵⁷⁵, elle rejetait une exception de nullité soulevée contre un exploit d'ajournement, dans lequel l'objet de la demande n'était pas indiqué, au motif que le défendeur était suffisamment renseigné par une précédente procédure en référé⁵⁷⁶. L'impression générale qui s'en dégage est que la jurisprudence « *s'est contentée de dresser un catalogue au fur et à mesure des cas qui se présentaient, sans jamais atteindre un haut degré de rigueur théorique.* »⁵⁷⁷

171. A côté de cette évolution en matière de nullité, les juridictions développèrent également le concept d'inexistence⁵⁷⁸. Alors que celle-ci était restée discrète depuis sa reconnaissance en 1905, elle connut un certain essor à partir des réformes de 1933-35, au point de devenir une concurrente directe de la nullité⁵⁷⁹. En 1937, le Tribunal civil de Sainte-Claude⁵⁸⁰ retint qu'un jugement rendu par un juge de paix dans sa propre cause était inexistant et que de ce fait l'appel interjeté était irrecevable faute de décision attaquant. Les vicissitudes de la Seconde Guerre mondiale donnèrent également à la jurisprudence l'occasion d'appliquer la théorie de l'inexistence. La Cour d'appel de Douai⁵⁸¹ considéra comme inexistant un jugement de faillite qui serait intervenu dans une cause inscrite au rôle pour l'audience du 9 mai 1940 et dont la moindre trace avait disparu. Le Tribunal civil d'Evreux suivit une approche similaire à propos de l'appel d'un jugement rendu par le Juge de paix de Conches-en-Ouches le 2 juin 1944⁵⁸². Vu le caractère exceptionnel des circonstances, l'inexistence aurait dû retrouver son caractère marginal dès la fin des hostilités. Tel ne fut pas le cas. La Cour d'appel de Paris rejeta ainsi une tierce-opposition dirigée contre un jugement rendu quatorze ans auparavant par le Tribunal civil de Châteaulin au motif que, n'étant pas signé par le procureur de la République, le jugement en question serait « *quasi-inexistant* »⁵⁸³. Une ordonnance de

⁵⁷⁴ Cass. soc., 30 novembre 1939, Gaz. Pal. 1940. 1. 45.

⁵⁷⁵ Cass. com., 18 novembre 1947, D. 1948. 1. 177 (obs. Hébraud), S. 1948. 1. 137 (note Solus).

⁵⁷⁶ Cass. civ., 20 novembre 1950, JCP 1951 éd. A IV 1561.

⁵⁷⁷ VINCENS, p. 120.

⁵⁷⁸ VINCENS, p. 71-72.

⁵⁷⁹ SÉGUR, n° 19 ss.

⁵⁸⁰ Trib. civ. Sainte-Claude, 6 janvier 1937, RTD civ., 1937, p. 195 (obs. Japiot).

⁵⁸¹ Douai, 22 novembre 1951, RTD civ., 1952, p. 103 (obs. Hébraud).

⁵⁸² Trib. civ. Evreux, 22 mars 1946, D. 1946. Jur. 339. La localité se trouvant en Normandie, on imagine aisément les conséquences des opérations militaires liées à la Libération sur un jugement rendu quatre jours avant le débarquement des Alliés.

⁵⁸³ Paris, 7 décembre 1960, Gaz. Pal. 1961. 2. 64. On peut s'interroger sur les raisons ayant inspiré la juridiction, car il n'est nullement fait mention de la procédure de régularisation prévue par le Décret du 30 mars 1808 qu'elle avait pu appliquer autrefois par analogie: Cf. supra, n° 154

référé rendue par le Président du Tribunal civil de la Seine⁵⁸⁴ donna mainlevée d'une opposition au paiement du prix d'un fonds de commerce, déclarée par lettre recommandée, plutôt que par exploit d'huissier. Ces développements eurent pour conséquence que l'inexistence finit par être assimilée à la violation des formalités substantielles⁵⁸⁵. Ce point de vue⁵⁸⁶ avait certes le mérite de l'intégrer dans la théorie des nullités, mais il ne résolvait pas les problèmes de formalisme excessif qu'une pareille assimilation était susceptible de poser.

172. Quelle fut la réaction de la doctrine à cet accroissement considérable des causes de nullité et, par voie de conséquence, des risques de formalisme excessif ? Certains furent très critiques. PERROT dénonça « *la confusion entre les nullités de fond et les nullités de forme* » et la « *définition inexacte de la formalité substantielle* »⁵⁸⁷. Il proposa ainsi l'application du mécanisme du grief aux nullités substantielles et l'adoption de définitions plus claires⁵⁸⁸. Selon cet auteur, la confusion provenait pour l'essentiel de ce que les concepts de « *formalité substantielle* » et d'« *inexistence* » reposaient sur une jurisprudence développée au dix-neuvième siècle en matière d'exception à la légalité des nullités⁵⁸⁹. Les enjeux n'étant plus les mêmes, il fallait adopter une nouvelle définition « *plus précise* » de la formalité substantielle qui ne se confonde plus avec l'inexistence⁵⁹⁰.

173. Les opinions au sujet de la théorie des nullités n'étaient toutefois pas unanimes⁵⁹¹. Certaines controverses sont particulièrement intéressantes, car la problématique de l'excès de formalisme transparaît derrière la volonté de définir de manière précise certains concepts. On en veut pour preuve le débat qui s'ouvrit à propos d'un arrêt rendu en 1948 par la Cour de cassation sur la notion de formalités substantielles et l'inapplicabilité du mécanisme du grief⁵⁹². La question était litigieuse depuis un certain temps déjà. Un premier arrêt, rendu en janvier 1939 par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation⁵⁹³, avait considéré que le défaut de motivation de l'exploit d'opposition à un jugement par défaut était une cause de nullité ne nécessitant

⁵⁸⁴ Trib. civ. de la Seine (référé), 19 juillet 1957, RTD civ., 1958, p. 121 (obs. Hébraud).

⁵⁸⁵ SOLUS/PERROT, vol. 1, p. 385 ; SÉGUR, n° 27.

⁵⁸⁶ Qu'on retrouve aussi implicitement dans la doctrine : JALADY, pp. 164 ss qui érige l'inexistence et les nullités d'ordre public en « *causes de non application de l'article 173 al. 1 C. Proc. Civ.* »

⁵⁸⁷ PERROT, Les nullités de procédure, p. 743.

⁵⁸⁸ PERROT, Les nullités de procédure, p. 747.

⁵⁸⁹ PERROT, Les nullités de procédure, p. 744.

⁵⁹⁰ PERROT, Les nullités de procédure, p. 744 et 747.

⁵⁹¹ Pour plus de précisions, voy. VINCENS, pp. 115 ss.

⁵⁹² Cass. com., 18 novembre 1947, D. 1948. 1. 177 (obs. Hébraud), S. 1948. 1. 137 (note Solus).

⁵⁹³ Req., 30 janvier 1939, D.P. 1939. 1. 45 (rap. Tanon).

pas la preuve d'un grief. Cette jurisprudence était précédée de plusieurs espèces hésitantes qui laissaient entrevoir le principe⁵⁹⁴. Des doutes subsistaient dans la jurisprudence à propos du statut des formalités substantielles⁵⁹⁵. Un arrêt de 1948 vint mettre fin aux éventuelles hésitations et affirma clairement que le défaut d'indication de la date dans un acte d'appel entraînait la nullité sans qu'il soit nécessaire de prouver un grief parce qu'il s'agissait d'une formalité substantielle⁵⁹⁶. Deux commentateurs s'affrontèrent sur la valeur de cette jurisprudence. Selon HÉBRAUD, cette arrêt restaurait clairement un certain automatisme dans les sanctions et constituait un « *moyen très efficace de maintenir une pratique correcte, et, par là d'éviter les irrégularités elles-mêmes* », car « *il s'agit d'apprécier la gravité de l'irrégularité commise, l'importance que présente la correcte observation des formes légales pour la bonne marche de la procédure et la sauvegarde des droits des plaideurs, envisagés d'une manière générale et abstraite* »⁵⁹⁷. SOLUS⁵⁹⁸, en revanche, vit dans cette jurisprudence une « *solution regrettable* ». Seules les nullités de fond devaient échapper au mécanisme du grief et les formalités essentielles n'en faisaient pas systématiquement parties⁵⁹⁹. A en croire cet auteur, l'arrêt rendu en janvier 1939 au sujet de la motivation d'un exploit d'opposition ne concernait pas une formalité essentielle, car l'obligation de motiver ne constituerait pas une obligation de « *pure forme* »⁶⁰⁰.

174. L'approche proposée par SOLUS cherchait à limiter le nombre d'exceptions à l'application du mécanisme du grief. Elle écartait donc les risques d'excès de formalisme. En revanche, celle de HÉBRAUD privilégiait le strict respect des règles de procédure afin d'éviter l'anarchie procédurale. Toutes deux trahissent une certaine conception du rôle de la procédure et de l'importance des formalités. Cette conception ne transparaît nulle part dans les commentaires. Seule la confrontation de ceux-ci permet de

⁵⁹⁴ Pour une liste : DE BIÉVILLE, p. 139-140 ; voy. également Georges ASSELIN, L'automatisme des nullités de procédure, Gaz. Pal. 1951. 1. 64.

⁵⁹⁵ Req., 28 octobre 1946, D. 1947. 1. 28 (applique l'art. 173 al. 1 CPC au motif qu'il ne s'agit pas d'une formalité substantielle) ; Cass. civ., 22 février 1943, S. 1943. 1. 85 ; Paris, 2 novembre 1945, S. 1946. 2. 45 (note Solus).

⁵⁹⁶ Cass. com., 18 novembre 1947, D. 1948. 1. 177 (obs. Hébraud), S. 1948. 1. 137 (note Solus).

⁵⁹⁷ Pierre HÉBRAUD, Obs. sous Cass. com., 18 novembre 1947, D. 1948. 1. 177, plus particulièrement p. 179. L'auteur se réfère sporadiquement à la thèse de DE BIÉVILLE.

⁵⁹⁸ Henry SOLUS, Note sous Cass. com. 18 novembre 1947, S. 1948. 1. 137.

⁵⁹⁹ Il reprend une opinion qu'il avait déjà exprimée : Henri SOLUS, Note sous Paris, 2 novembre 1945, S. 1946. 2. 45.

⁶⁰⁰ Henry SOLUS, Note sous Cass. com., 18 novembre 1947, S. 1948. 137, 138 : « *En effet, l'obligation de motiver, si elle touche effectivement à la forme, n'est pas en réalité une prescription de pure forme ; elle constitue une règle essentielle de fond. Ainsi que le constatait excellemment M. le conseiller Tanon, dans son rapport « l'obligation de motiver l'acte d'opposition ne peut constituer une simple formalité matérielle de cet acte ». Il y a là une illustration typique de l'observation que nous présentons plus haut relativement au retentissement que le formalisme de la procédure exerce bien souvent sur le fond.* »

comprendre que derrière ces interprétations se cache le véritable débat autour de l'interdiction du formalisme excessif⁶⁰¹.

175. On pourrait d'ailleurs multiplier les exemples de ce genre de débats. Nous ne mentionnerons qu'un autre cas d'espèce particulièrement révélateur. La jurisprudence et la doctrine se sont régulièrement employées à justifier l'application de l'article 173 alinéa 1 du Code de procédure civile aux congés en matière de baux d'habitation ou commerciaux⁶⁰². Le procédé peut surprendre, car il existe *a priori* des différences claires entre ces actes et les actes de procédure. En fait, il s'agissait d'empêcher l'annulation de congés et de demandes en prolongation du bail qui ne respectaient pas les exigences légales de forme. Faute de disposition équivalente dans le Code civil, ou dans la législation propre à la matière⁶⁰³, la pratique s'était tournée vers la procédure civile.

176. Si l'on veut dresser un bilan de l'application des réformes de 1933-1935, il faut tout d'abord relever l'abondance de la jurisprudence et ses contradictions. Cela surprend, car les réformes étaient précisément destinées à apporter une certaine clarté et à éviter que la nullité ne soit prononcée en présence de vices de procédure de peu d'importance. Il est troublant d'observer la facilité avec laquelle les juridictions admirent de nombreuses exceptions à l'application du mécanisme du grief⁶⁰⁴. On peut même se demander, avec VINCENS, pourquoi la jurisprudence « *s'évertu[ait] à ruiner un texte de loi qui représentait l'aboutissement de ses propres efforts, le terme d'une évolution à laquelle elle a largement participé* »⁶⁰⁵, au point que « *la réforme de 1935 rest[ât], il faut le dire, dans une très large mesure, lettre morte* »⁶⁰⁶ et que « *l'esprit des réformes de 1933 et de 1935 se trouv[ât] donc méconnu* ». Nous n'avons pas trouvé de réponse, ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine. Cette dernière ne s'est jamais préoccupée de fournir des principes fondamentaux. Si certains auteurs se souciaient sporadiquement d'échafauder un commencement de théorie générale du formalisme procédural⁶⁰⁷, leurs efforts ne débouchèrent jamais sur un système suffisamment stable pour servir de repère aux praticiens. A cela vinrent s'ajouter les incertitudes autour du concept de « *formalités*

⁶⁰¹ Ce qui semble ne pas avoir échappé à VINCENS, p. 131, bien qu'il ne le dise pas expressément.

⁶⁰² JALADY, pp. 149 ss et les arrêts cités.

⁶⁰³ Outre les dispositions pertinentes du Code civil, il s'agissait de la Loi du 1^{er} novembre 1948 pour les baux d'habitation et de la Loi du 30 juin 1926 pour les baux commerciaux. Cette dernière a été remplacée par le Décret du 30 septembre 1953, lui-même incorporé au Code de commerce en 2000. Quant à la Loi de 1948, elle a vu son champ d'application se restreindre, même si elle demeure en vigueur, et des nouveaux textes sont venus s'ajouter.

⁶⁰⁴ En ce sens : GAMBIER, p. 12.

⁶⁰⁵ VINCENS, p. 130.

⁶⁰⁶ VINCENS, p. 132. En ce sens également : COUTANT, p. 7.

⁶⁰⁷ Cf. supra, n° 167 ss.

essentielle » ou d'« *inexistence* » qui amplifièrent la confusion générale. Faute de cadre général fourni par la doctrine, il n'existait aucune orientation générale au sein de la jurisprudence.

B) Les réformes concernant le déroulement de l'instance

177. Parallèlement aux réformes en matière de nullité, d'autres institutions de procédure furent modifiées dès 1935. Fidèle à l'approche développée précédemment⁶⁰⁸, nous scinderons notre exposé en deux parties. La première sera consacrée aux réformes affectant la procédure de première instance, plus particulièrement celles concernant la procédure de la mise en état d'être jugé du litige (1). Ensuite nous examinerons les changements concernant la modification de l'objet du litige (2).

1) La réforme de la mise en état

178. Les réformes concernant la mise en état se firent en trois étapes: la première lors de l'adoption du Décret-loi du 30 octobre 1935 (a), la deuxième par la Loi du 15 juillet 1944 (b). Une troisième réforme fut entreprise à partir de 1965, elle visait à introduire, dans certaines juridictions, une procédure particulière à titre d'essai⁶⁰⁹. Etant donné qu'il s'agit du régime figurant dans le Code de procédure civile de 1975, nous n'en parlerons pas maintenant.

a) Le Décret-loi du 30 octobre 1935

179. Outre les réformes en matière de nullité, que nous avons déjà discutées, le Décret-loi du 30 octobre 1935 remodela de fond en comble la procédure en première instance. Il s'agissait de remédier aux imperfections de l'instruction des litiges. Nous avons déjà eu l'occasion de rappeler que celle-ci se faisait de manière totalement informelle par de multiples échanges de conclusions et renvois d'audience à l'entière discrétion des parties⁶¹⁰. Les modifications adoptées en 1935 devaient permettre de rompre avec cette pratique. Un « *juge chargé de suivre la procédure* » fut créé, fonction qui attira bien vite l'attention de la doctrine⁶¹¹. Ce magistrat était désigné par le président

⁶⁰⁸ Cf. supra, n° 158 et 163.

⁶⁰⁹ Voy. sur le régime ainsi introduit par décret du 13 octobre 1965 et modifié par décret du 7 décembre 1967 : MOTULSKY, La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965, pp. 131 ss ; Henri MOTULSKY/Gérard CORNU, Les modifications apportées à la procédure par la mise en état des causes par le décret du 7 décembre 1967, in *Ecrits : études et notes de procédure civile*, Dalloz, Paris, 1973, pp. 235 ss.

⁶¹⁰ Cf. supra, n° 124.

⁶¹¹ Voy. Michel BARBOT, Le juge chargé de suivre la procédure (décret-loi du 30 octobre 1935), thèse Paris, F. Loviton, 1936 ; Jean BARON, Le magistrat chargé de suivre la procédure : modifications apportées à la procédure civile par le décret-loi du 30 octobre 1935, thèse Toulouse, Imprimerie régionale, 1938 ; Brice MAUREL, Le juge

du tribunal civil après la mise au rôle de l'affaire⁶¹². Le juge chargé de suivre la procédure disposait du pouvoir d'ordonner « *toutes mesures d'information sans préjudice de celles auxquelles pourra recourir ultérieurement le tribunal* » à condition qu'elles « *ne portent pas préjudice au principal* », de statuer sur l'exception de communication des pièces, et d'octroyer une provision *ad litem*⁶¹³. L'idée à la base de la réforme était de contraindre les parties à instruire leur litige entièrement devant le juge chargé de suivre la procédure, l'affaire ne revenant à l'audience du tribunal que pour y être définitivement plaidée sur rapport oral de celui-ci⁶¹⁴. Dans ce but, le délai de trois jours avant l'audience de plaidoirie, délai dans lequel les parties devaient se signifier leurs conclusions définitives et les déposer au greffe, fut renforcé par la sanction de l'irrecevabilité⁶¹⁵, afin de mettre fin aux renvois d'audience.

180. Contrairement à la réforme en matière de nullité, destinée à assouplir le formalisme de la procédure, l'institution du juge chargé de suivre la procédure devait introduire un peu de rigueur dans le déroulement de l'instance. Aucune forclusion stricte n'était cependant prévue, si bien que les risques d'excès de formalisme n'étaient guère élevés. Malgré cette garantie, la pratique ne se conforma pas aux nouvelles règles. Un grand nombre de magistrats refusèrent d'utiliser leurs pouvoirs en matière d'instruction et obligèrent les parties à passer devant la formation collégiale pour obtenir une mesure probatoire⁶¹⁶. La pratique des conclusions de dernière minute se maintint, soit par l'effet du seul consentement des parties⁶¹⁷, soit parce qu'un renvoi d'audience permettait de reporter le terme du délai de trois jours⁶¹⁸. Quant à l'irrecevabilité, elle fut soumise à la preuve d'un grief⁶¹⁹ et elle n'était pas relevée d'office par le tribunal⁶²⁰. La pratique des

chargé de suivre la procédure d'après le décret-loi du 30 octobre 1935, thèse Paris, Les presses modernes, 1938 ; Marcel SCHULER, L'instruction des affaires civiles d'après le décret-loi du 30 octobre 1935 (art. 82a à 82° C. proc. civ.), thèse Paris, F. Loviton, 1938.

⁶¹² Nouvel art. 82a CPC 1806.

⁶¹³ Nouvel art. 82c CPC 1806.

⁶¹⁴ Nouvel art. 82e al. 1 CPC 1806.

⁶¹⁵ Nouvel art. 82e al. 2 CPC 1806.

⁶¹⁶ Emmanuel BLANC, La nouvelle procédure civile après la réforme judiciaire, Librairie du journal des notaires et des avocats, Paris, 1958, p. 132-133.

⁶¹⁷ Req., 21 octobre 1941, D.A. 1942. Jur. 19; Req., 22 janvier 1945, D. 1945. Jur. 186.

⁶¹⁸ MOREL, p 368. Voy. cependant Paris, 12 novembre 1936, D.H. 1937. 11 ; Paris, 13 décembre 1937, D.H. 1938. 121 qui considèrent les conclusions comme irrecevables si elles ne sont pas prises trois jours avant l'audience de débat sur le fond, lors même que les débats seraient prolongés sur plusieurs audiences, ou encore Paris, 5 novembre 1936, D.H. 1937. 9 qui considère les conclusions signifiées moins de trois jours avant l'audience de débats comme « *nécessairement nulles* ». Il n'est pas impossible que la pratique ait alors distingué entre le renvoi « *aux fins de continuer les débats* » et le renvoi « *aux fins de régulariser les conclusions* ».

⁶¹⁹ Dijon, 11 mai 1937, D.H. 1937. 492.

⁶²⁰ Req., 21 février 1941, D.A. 1941 Jur. 151; Trib. civ. de la Seine, 23 décembre 1940, D.A. 1941 Jur. 142.

notes en délibéré fut également poursuivie⁶²¹. On ne connaît pas les raisons de tels assouplissements. Il n'est pas impossible que les juridictions aient considéré que la réforme pouvait soulever des problèmes d'excès de formalisme. Ce motif ne figure jamais dans les arrêts. Il est également concevable de penser que l'attrait de la routine, et le poids de la tradition, étaient plus forts que la nécessité de mettre fin à certains abus. Face à toutes ces hypothèses, nous en sommes réduit aux conjectures.

b) La Loi du 15 juillet 1944

181. La réforme de 1944 vint renforcer la procédure de mise en état, signe que le législateur n'était pas satisfait de la manière dont les juridictions appliquaient les dispositions issues du Décret-loi du 30 octobre 1935. La procédure fut désormais scindée en deux⁶²². Après avoir inscrit l'affaire au rôle et obtenu la désignation du juge chargé de suivre la procédure, l'avoué du demandeur citait son confrère à une audience de ce magistrat par un avenir et lui communiquait simultanément les conclusions qu'il entendait prendre. L'avoué du défendeur devait répondre dans le délai de comparution, de manière à ce que les parties pussent remettre leurs conclusions au juge lors de l'audience⁶²³. Celles-ci pouvaient être modifiées librement tout au long de la mise en état⁶²⁴. L'inaction des parties fut directement sanctionnée par le défaut, à moins que le juge chargé de suivre la procédure n'octroyât une prolongation du délai⁶²⁵. Une fois la mise en état achevée, l'instruction se poursuivait selon la procédure issue du Décret-loi du 30 octobre 1935 légèrement remaniée. Désormais les conclusions définitives devaient être signifiées dix jours avant l'audience du tribunal et déposées au greffe dans les huit jours de leur signification⁶²⁶, de manière à ce que les juges puissent en prendre connaissance avant l'audience. Chaque partie était, en outre, obligée de répondre dans les cinq jours aux conclusions qui lui auraient été signifiées au plutôt cinq jours avant l'échéance du délai de dix jours pour conclure à titre définitif⁶²⁷. Le tribunal pouvait relever les parties de la forclusion encourue⁶²⁸.

⁶²¹ Cass. civ., 13 janvier 1942, D.C. 1942. Jur. 57.

⁶²² MOREL, p. 369.

⁶²³ Nouvel art. 78 CPC 1806. MOREL, p. 362-363.

⁶²⁴ Nouvel art. 78 al. 2 CPC 1806. MOREL, p. 363.

⁶²⁵ Nouvel art. 80 CPC 1806.

⁶²⁶ Nouvel art. 82 al. 3 CPC 1806.

⁶²⁷ Nouvel art. 82 al. 3 CPC 1806.

⁶²⁸ Nouvel art. 82 al. 4 CPC 1806. L'institution du relevé de forclusion n'était pas entièrement nouvelle. Une Loi du 29 octobre 1940 l'avait déjà instauré pour les procédures affectées par les événements liés à la guerre et à l'Occupation : Henri VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Editions Bière, Bordeaux, 1956, pp. 451 ss.

182. Cette présentation montre que le législateur voulait certes instaurer des règles plus strictes, mais qu'il souhaitait également que les tribunaux aient la possibilité d'en adoucir les rigueurs. Il voulait donc éviter l'excès de formalisme. Malheureusement, ces accommodements furent surtout utilisés dans le but de poursuivre la mise en état par renvois successifs qui s'était maintenue malgré la réforme de 1935. L'échange préliminaire des conclusions se solda « *le plus souvent sur des conclusions banales* »⁶²⁹, qui étaient dépourvues de la moindre motivation. Les juridictions n'empêchèrent pas les parties de procéder à une mise en état chaotique effectuée à la toute dernière minute⁶³⁰.

2) La modification de l'objet du litige

183. Les réformes portèrent aussi bien sur le régime des exceptions de procédure en première instance (a), que sur la modification du litige en appel (b).

a) Les exceptions de procédure

184. La matière des exceptions de procédure fut tout d'abord modifiée par le Décret-loi du 30 octobre 1935 qui introduisit le concept de fin de non-recevoir, à l'article 192 du Code de procédure civile. Cette modification avait pour but d'obliger les parties à invoquer celles-ci *in limine litis*⁶³¹. La version révisée de l'article 192 n'était cependant pas rédigée de manière particulièrement heureuse, car elle faisait implicitement référence à des fin de non-recevoir mentionnées dans le texte légal⁶³². Or l'expression « *fin de non-recevoir* » n'apparaissait nulle part ailleurs. Une partie de la doctrine en déduisit que les fins de non-recevoir envisagées n'existaient pas et que celles connues jusqu'alors n'étaient pas soumises à la nouvelle disposition⁶³³. D'autres auteurs, en revanche, se montrèrent plus nuancés. Ainsi un auteur proposa de distinguer entre les fins de non-recevoir proprement dites auxquelles l'article 192 était applicable et les fins de non-recevoir liées au fond qui pouvaient être invoquées à tout moment⁶³⁴. La position de la

⁶²⁹ MOTULSKY, La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965, p. 135.

⁶³⁰ Henri MOTULSKY, Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971, in *Ecrits : études et notes de procédure civile*, Dalloz, Paris, 1973, p. 277.

⁶³¹ Voy. VINCENS, pp. 155.

⁶³² Nouvel art. 192 al. 1 CPC 1806 : « *Toutes les exceptions, demandes en nullité, fins de non-recevoir et tous les déclinatoires visés aux articles précédents, sauf l'exception d'incompétence ratione materiae et l'exception de communication des pièces, seront déclarés non recevables s'ils sont présentés après qu'il aura été conclu au fond.* »

⁶³³ Voy. les références citées par René MOREL, Obs. sous Cass. civ. 17 décembre 1941 et Cass. civ. 23 février 1944, S. 1945. 1. 119 ; Henri VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Editions Bière, Bordeaux, 1956, p. 232.

⁶³⁴ Jean-Pierre BEGUET, *Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé*, RTD civ. 1947, pp. 131 ss, plus particulièrement p. 155.

jurisprudence fut nettement en faveur de la première approche⁶³⁵, la Cour d'appel de Grenoble autorisant même les nouvelles fins de non-recevoir en appel⁶³⁶.

185. La jurisprudence allant dans le sens de la souplesse, on ne saurait parler de formalisme excessif. Nous sommes néanmoins frappé par la « *fronde de la Cour de cassation* »⁶³⁷ qui, une fois de plus, remet directement en cause une modification législative. Il aurait été envisageable d'invoquer, par exemple, le risque de formalisme excessif né de l'imprécision des textes législatifs et du flou entourant le concept, flou qui était la conséquence directe de la difficulté, alors, à définir l'action en justice⁶³⁸. Ce détour aurait certainement permis de donner une assise plus solide à la jurisprudence.

186. Le régime des exceptions de procédure fut à nouveau modifié de manière conséquente en 1958⁶³⁹. Les changements portèrent plus particulièrement sur le déclinatoire d'incompétence. Dorénavant, les exceptions devaient être spécialement motivées par l'indication de la juridiction compétente, « *à peine d'irrecevabilité* »⁶⁴⁰. Afin de remplacer la procédure « *en règlement de juges* »⁶⁴¹, source de lenteur, une nouvelle voie de recours fut créée : le contredit de compétence qui devait être introduit par un acte écrit et motivé. Le législateur créa ainsi une double obligation de motiver, l'incident tiré du défaut de compétence de la juridiction saisie: une première fois au moment de soulever l'exception d'incompétence, puis lorsque le contredit était relevé. Cela accroissait le formalisme de la procédure. Les juridictions appliquèrent de manière stricte les nouvelles dispositions, mais elles s'efforcèrent aussi de justifier leur sévérité vis-à-vis des parties. Tout en refusant qu'une partie indique dans des conclusions additionnelles le tribunal qu'elle tenait pour compétent, la Cour d'appel de Paris exposa que « *l'exigence imposée par le décret du 22 décembre 1958 au plaideur qui allègue l'incompétence, de préciser aussitôt la juridiction qu'il estime compétente, doit être considérée comme substantielle ; qu'elle a pu être regardée par une doctrine unanime comme la pièce essentielle d'une réforme tendant à faire échec aux manœuvres dilatoires ; que l'importance en a été soulignée par la sanction, particulièrement grave, dont son omission est assortie ; qu'il résulte clairement de la lettre du texte visé qu'il doit*

⁶³⁵ Cass. civ., 17 décembre 1941, D.A. 1942. Jur. 90 ; D.C. 1942. Jur. 113 (note Carbonnier), S. 1945. 1. 117 (note Morel) ; Cass. com., 14 juin 1950, D. 1950. 534.

⁶³⁶ Grenoble, 23 février 1949, D. 1949. 217.

⁶³⁷ CAYROL, Les actes ayant pour objet l'action en justice, p. 7.

⁶³⁸ CAYROL, Les actes ayant pour objet l'action en justice, p. 8.

⁶³⁹ Décret du 22 décembre 1958.

⁶⁴⁰ Nouvel article 169 al. 1 CPC 1806.

⁶⁴¹ Art. 363 à 367 CPC 1806.

y avoir une exacte simultanéité entre la formulation d'un moyen d'incompétence et la précision de la juridiction dont la compétence est souhaitée »⁶⁴². La Cour d'appel de Riom adopta une approche similaire au motif que « *le contredit doit être motivé en raison de la procédure rapide, réglée par la loi dans ses moindres détails, ce qui impose que les moyens au soutien du contredit soient connus ab initio pour permettre au défendeur d'y répondre utilement à l'audience fixée par le Premier Président* »⁶⁴³. Il ressort de ces deux arrêts que les juridictions s'efforçaient de légitimer les nouvelles règles de procédure en démontrant que le surcroît de formalisme n'était pas disproportionné. Autrement dit, les tribunaux voulaient persuader les parties que les exigences de motivation ne constituaient pas un excès de formalisme.

187. Lorsque la Cour de cassation fut saisie en 1969 de la question de l'absence de motivation du contredit, le demandeur en cassation alléguant que la forclusion ne sanctionnait que l'absence d'inscription de celui-ci, et non son absence de motivation, elle considéra lapidairement que « *qu'aux termes de l'article 169 CPC, le contredit inscrit au greffe sur le registre prévu par l'article 163 du même code, doit être motivé* » et « *qu'il en résulte que le défaut de motivation, comme le défaut d'inscription, entraîne la forclusion édictée par l'art. 169 précité* »⁶⁴⁴. Cette brièveté est d'autant plus regrettable que la Cour de cassation⁶⁴⁵, et certaines juridictions inférieures⁶⁴⁶, avaient admis des contredits sommairement motivés, voire dépourvus de toute motivation⁶⁴⁷, alors que d'autres faisaient preuve d'une sévérité évidente⁶⁴⁸. Des incohérences ne tardèrent pas à apparaître. Alors que la jurisprudence autorisait le défendeur à indiquer plusieurs juridictions compétentes lorsque celles-ci constituaient autant de fors alternatifs à disposition du demandeur⁶⁴⁹, elle refusa une énumération similaire lorsque la multiplicité

⁶⁴² Paris, 25 octobre 1960, Gaz. Pal. 1961. 1. 142.

⁶⁴³ Riom, 3 janvier 1961, D. 1961. 158.

⁶⁴⁴ Cass. 2^{ème} civ., 9 octobre 1969, Bull. civ. II, n° 275, D. 1970 jur.457 (note Tarabeux).

⁶⁴⁵ Cass. 2^{ème} civ., 16 décembre 1964, D. 1965. jur.155 (obs. Giverdon) : le défendeur alléguait « *qu'il habitait Perpignan, que ses fonctions de représentant de commerce n'étaient pas exercées à Lyon et que les marchandises n'étaient pas vendues à Lyon, mais un peu partout en France et qu'en vertu de l'art. 59 CPC, le tribunal du domicile du défendeur était compétent* » si bien que le tribunal de Lyon n'était pas compétent. La procédure devant la Cour d'appel portait, à vrai dire, sur un appel dirigé contre un jugement réputé contradictoire rendu par un tribunal de commerce, mais la Cour a prononcé la cassation au visa de l'art. 169 CPC, les premières conclusions d'appel étant assimilables au contredit.

⁶⁴⁶ Besançon, 27 janvier 1967, D. 1967 somm. 76, Gaz. Pal. 1967. 1. 337 (contredit motivé par la simple allégation que « *le jugement critiqué repose sur une fausse interprétation des art. 1 et 2 du décret du 22 décembre 1958* »).

⁶⁴⁷ Paris, 15 novembre 1961, RTD civ. 1962, p. 489 (obs. Hébraud).

⁶⁴⁸ Douai, 5 janvier 1961, D. 1961. jur.116, S. 1961. 226 (le contredit n'indiquant pas la juridiction revendiquée comme compétente est irrecevable) ; Paris, 21 juin 1962, RTD civ. 1963, p. 154 (le contredit motivé par renvoi aux pièces du dossier est irrecevable).

⁶⁴⁹ Paris, 10 juillet 1961, D. 1962. somm. 88 ; Paris, 15 décembre 1961, D. 1962.jur. 342 (note Giverdon) ; Douai, 29 juin 1962, D. 1962. jur. 560 (note Ponchon).

des juridictions proposées était la conséquence d'incertitudes autour de la qualification des relations contractuelles litigieuses⁶⁵⁰. Dans les deux cas pourtant, le défendeur faisait tout ce qui était en son pouvoir pour identifier la juridiction compétente. S'il choisissait une seule juridiction, il courrait le risque d'être débouté, au seul motif que le tribunal compétent n'était celui mentionné⁶⁵¹.

188. Que ce soit en écartant le nouveau régime des fins de non-recevoir, ou en justifiant l'application stricte des règles concernant la motivation du contredit, la jurisprudence nous montre que le souci d'éviter l'excès de formalisme était présent dans l'esprit des juges au moment d'appliquer les nouvelles dispositions. Cette préoccupation aurait pu constituer un premier pas en direction d'une nouvelle approche de la procédure civile aboutissant, finalement, à la reconnaissance explicite de l'interdiction du formalisme excessif. Malheureusement, l'habitude reprit bien vite le dessus et les juridictions ne saisirent pas l'opportunité qui leur était offerte.

b) Les demandes nouvelles en appel

189. Le régime des demandes nouvelles fut également modifié par le Décret-loi du 30 octobre 1935. Les demandes nouvelles furent ainsi autorisées si elles procédaient « *directement de la demande originaire* » et tendaient « *aux mêmes fins, bien que se fondant sur des causes ou des motifs différents* »⁶⁵². L'idée était d'épargner aux juridictions les débats sur la notion de « *cause nouvelle* » employée jusqu'alors par la jurisprudence⁶⁵³.

190. Dans un premier temps, la pratique ne sembla cependant pas présenter d'évolutions notables. Quelques modifications linguistiques permirent le maintien des restrictions appliquées jusqu'alors⁶⁵⁴. Le seul changement tangible immédiat fut que le demandeur pouvait désormais substituer librement l'article 1382 à l'article 1384 du Code civil, et vice versa, en degré d'appel⁶⁵⁵. La pratique antérieure se maintint pour le

⁶⁵⁰ TGI de la Seine, 24 avril 1963, Gaz. Pal. 1963. 2. 232: « *il appartient à celui qui conteste la compétence du tribunal saisi, de prendre parti à ce sujet, et non pas d'avancer plusieurs solutions, comme Lecomte le fait, pour se réserver le cas échéant, par la suite, d'écarter celle de ces solutions à laquelle son adversaire se sera finalement rallié* ».

⁶⁵¹ La jurisprudence admettait toutefois que des moyens nouveaux, tendant aux mêmes fins que le déclinatoire, soient présentés au stade du contredit : Cass. soc., 20 janvier 1966, RTD civ. 1966, p. 370 (obs. Hébraud).

⁶⁵² Nouvel art. 464 al. 3 CPC 1806.

⁶⁵³ AZARD, p. 136 ; BOYREAU, p. 109-110 ; MIGUET, p. 101.

⁶⁵⁴ Limoges, 14 décembre 1936, D.H. 1937. 156 ; Montpellier, 9 mars 1937, D.H. 1937. 291 ; Req., 16 juin 1938, D.H. 1938. 485 ; Cass. civ., 24 janvier 1939, S. 1939. 1. 110 ; Cass. soc., 20 mars 1945, D. 1945. Jur. 268 ; Limoges, 27 février 1950, S. 1951. 2. 81 ; Cass 1^{ère} civ., 3 février 1960, Bull. civ. I, n° 74 ; Lyon, 8 janvier 1962, Gaz. Pal. 1962. 1. 264 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 mai 1964, Bull. civ. II, n° 405.

⁶⁵⁵ MIGUET, p. 104 (implicitement) ; MOREL, p. 491-492 ; VINCENT, p. 597.

surplus⁶⁵⁶. On assista donc à un phénomène semblable à celui constaté en matière de nullités et d'instruction des procès en première instance.

§ 2 : Le Code de procédure civile de 1975

191. Le nouveau Code de procédure civile du 5 décembre 1975 entra en vigueur le 1^{er} janvier 1976⁶⁵⁷. Il avait été précédé d'une série de décrets de réforme adoptés entre 1971 et 1973⁶⁵⁸ qui l'avaient en fait introduit graduellement. La nouvelle législation représenta l'aboutissement des quarante années de réformes successives et constitua un tournant majeur dans l'histoire de la procédure civile française⁶⁵⁹. Elle remplaça progressivement la législation précédente, avec laquelle elle demeura en concurrence jusqu'en 2007, date à laquelle le nouveau Code de procédure civile devint le Code de procédure civile *tout court*⁶⁶⁰. Certaines dispositions figurant dans le Code de 1806 firent l'objet d'une réglementation séparée, telles que les voies d'exécution⁶⁶¹. D'autres institutions, en revanche, réintégrèrent le giron de la codification, comme le pourvoi en cassation⁶⁶². Le nouveau texte réglementaire⁶⁶³ incarne aussi l'apothéose de l'approche privatiste de l'interdiction du formalisme excessif. Nous ne l'examinerons toutefois pas dans tous ses détails, car ce serait anticiper sur la seconde partie de notre étude. A ce

⁶⁵⁶ Admission de nouvelles allégations de faits : Cass. civ., 14 février 1951, D. 1951. 254 ; interdiction de substituer la nullité à la résolution : Grenoble, 23 novembre 1949, D. 1950. 423 ; similitude entre le régime des demandes incidentes en première instance et celui des demandes nouvelles en appel : Trib. civ. Trévoux, 13 décembre 1949, D. 1949. somm. 25.

⁶⁵⁷ Créé par Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975.

⁶⁵⁸ Pour une présentation générale des dispositions intermédiaires : Emmanuel BLANC, La Nouvelle procédure civile 1973 : commentaire des décrets des 9 septembre 1971 modifié, 20 juillet et 28 août 1972, Librairie du Journal des notaires et des avocats, Paris, 1973 ; Emmanuel BLANC, La Preuve judiciaire : commentaire du décret du 17 décembre 1973, Librairie du Journal des notaires et des avocats, Paris, 1974. La procédure prud'homale, réglée par le Code du travail, fut également modifiée par Décret n° 74-783 du 12 septembre 1974.

⁶⁵⁹ Voy. concernant l'office du juge : JEULAND, La conception du procès civil, pp. 104 ss.

⁶⁶⁰ Le remplacement du Code de 1806 par celui de 1975 fut progressif. Ce dernier ne fut considéré comme *le* Code de procédure civile qu'après l'abrogation des dernières dispositions du premier. Le changement de nom fut officialisé par la Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

⁶⁶¹ Les dispositions du Code de procédure civile de 1806 relatives aux voies d'exécution furent remplacées par la Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991, le Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, l'Ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 et le Décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006. La Loi de 1991 et le Décret de 1992 traitent des voies d'exécution en matière mobilière, l'Ordonnance et le Décret de 2006 de la saisie immobilière et des procédures de distribution. Ces dispositions furent à leur tour abrogées lors de l'entrée en vigueur du Code des procédures civiles d'exécution.

⁶⁶² Qui fut entièrement intégrée au Code de procédure civile par Décret n° 79-941 du 7 novembre 1979.

⁶⁶³ L'art. 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 place la procédure civile dans la compétence du pouvoir exécutif, à l'exception des voies d'exécution, si bien qu'on ne peut plus parler de texte légal. Nous utiliserons, par voie de conséquence, l'expression *texte réglementaire* pour le distinguer du *texte légal* existant, par exemple, en matière de voies d'exécution (Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991) et d'organisation judiciaire (partie législative du Code de l'organisation judiciaire).

stade, nous nous limiterons à ses caractéristiques les plus marquantes afin d'en dégager l'« esprit général »⁶⁶⁴.

192. A ce propos, nous relevons d'emblée deux tendances majeures se dégageant du nouveau Code. Elles constituent un vecteur de nouveautés par rapport au texte de 1806. Il s'agit de la création d'un livre entièrement consacré aux dispositions communes à toutes les juridictions (A) et de l'accroissement considérable du nombre de dispositions (B).

A) Les dispositions communes à toutes les juridictions

193. S'agissant des règles générales de procédure, le Code de procédure civile de 1806 ne contenait que quelques dispositions placées à la fin du texte, comme pour mieux en souligner le caractère accessoire. Le Code de procédure civile de 1975 rompt avec cette approche. Il accorde une importance primordiale aux *dispositions communes à toutes les juridictions* en leur consacrant le premier des cinq livres⁶⁶⁵. Le contraste ne pouvait pas être plus saisissant par rapport à la législation antérieure⁶⁶⁶.

194. Les dispositions figurant dans le premier livre du Code de procédure civile de 1975 peuvent être rangées dans deux catégories distinctes. On rencontre tout d'abord *les principes directeurs du procès civil* (1) qui en forment la clef de voûte. Bien que le concept soit antérieur⁶⁶⁷, et fasse l'objet de certaines controverses⁶⁶⁸, leur formulation est directement issue des travaux de MOTULSKY⁶⁶⁹. Ils sont brièvement suivis des principes applicables à la matière gracieuse, cette dernière présentant un caractère secondaire⁶⁷⁰ et sa soumission aux principes directeurs du procès est discutée⁶⁷¹. Viennent finalement les règles générales de procédures qui constituent, en fait, le droit commun du procès (2).

⁶⁶⁴ En écho à : Claude PARODI, *L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile*, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1976. Cet ouvrage a le grand mérite de remplacer les travaux préparatoires qui font défaut en matière réglementaire.

⁶⁶⁵ Formellement le Code de procédure civile comporte six livres, mais le cinquième, consacré aux voies d'exécution, n'est qu'une coquille vide, remplacée par le Code des procédures civiles d'exécution récemment promulgué.

⁶⁶⁶ En ce sens : Jacques JUNILLON, *Le nouveau Code de procédure civile : une philosophie en danger*, in Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), *Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005)*, Coll. Etudes juridiques, Vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 59 ss ; TERRÉ, *La réception du nouveau Code de procédure civile par la doctrine*, pp. 27 ss.

⁶⁶⁷ Pour l'historique : VERGÈS, p. 10-12.

⁶⁶⁸ On a ainsi pu défendre en doctrine que les *principes directeurs* figurant dans le Code de 1975 n'en étaient pas, voy. VERGÈS, p. 23.

⁶⁶⁹ VERGÈS, p. 12. Sur l'apparition du concept de principes directeurs chez MOTULSKY, voy. de cet auteur : *La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965*, p. 179.

⁶⁷⁰ Il suffit de comparer le nombre d'articles consacrés à la juridiction gracieuse avec ceux dédiés aux principes directeurs du procès civil (5 : 24).

⁶⁷¹ Sur cette controverse : VERGÈS, p. 28. La jurisprudence a admis l'application du principe du contradictoire aux affaires gracieuses : Cass. 1^{ère} civ., 13 janvier 1993, Bull. civ. I, n° 17, RTD civ. 1993, p. 647 (chron. Perrot).

L'opposition entre ces deux catégories de dispositions est justifiée pour des raisons chronologiques. Les principes directeurs du procès civil furent introduits par le Décret n° 71-740 du 9 septembre 1971⁶⁷², alors que les autres dispositions ne firent leur apparition qu'en 1975 lors de l'adoption du nouveau Code de procédure civile.

1) Les principes directeurs du procès civil

195. Le Code de procédure civile 1975, ne contient aucun principe directeur concernant le formalisme de la procédure (a). Il insiste cependant longuement sur la place du juge dans le procès civil. Nous allons examiner dans quelle mesure le renforcement de l'office du juge est allège le formalisme procédural pesant sur les parties et pallie ainsi l'absence de principe directeur spécifique dans le code (b).

a) L'absence de principe directeur concernant le formalisme procédural

196. Les principes directeurs du procès civil consacrés dans le Code de procédure civile de 1975 ne traitent pas des questions de formalisme en général. La doctrine ultérieure ne s'est pas penchée sur la question. Dans sa thèse consacrée aux principes directeurs du procès civil, VERGÈS dresse ainsi la liste des « *principes incontestables* » et des « *principes contestés* » du procès. Aucun ne concerne directement la question qui nous occupe⁶⁷³, alors que l'auteur s'interroge, par exemple, sur un éventuel « *principe du double degré de juridiction* »⁶⁷⁴ ou sur la portée de « *l'égalité des armes* »⁶⁷⁵. Un autre auteur se borne à relever que la doctrine et la jurisprudence s'efforcent « *de faire en sorte que les vices de formes ne viennent pas entraver la marche de la justice* »⁶⁷⁶.

197. Ce silence est surprenant, car MOTULSKY lui-même aurait souhaité que les nullités de procédure fissent l'objet d'un principe directeur⁶⁷⁷. D'autres pays n'ont pas hésité à franchir le pas. Tel est le cas du Québec, où le Code de procédure civile de 1965 comporte un article 2 au terme duquel « *les règles de procédure [...] sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; et à moins d'une disposition contraire,*

⁶⁷² Qui instituait également des règles particulières relatives à la procédure devant le Tribunal de grande instance (art. 22 ss Décret du 9 septembre 1971) qui n'entrèrent en vigueur qu'après la fusion de la profession d'avocat avec celle d'avoué de première instance (art. 103 Décret du 9 septembre 1971).

⁶⁷³ VERGÈS, p. 33-34.

⁶⁷⁴ VERGÈS, p. 81.

⁶⁷⁵ VERGÈS, p. 88-91.

⁶⁷⁶ Bruno MATHIEU, Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé, thèse Aix-Marseille III, dactyl., 1993, p. 256. Selon cet auteur tel ne serait le cas que depuis les années trente. Nous avons cependant vu que la jurisprudence et la doctrine s'efforcent d'éviter l'excès de formalisme depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile de 1806.

⁶⁷⁷ MOTULSKY, Prolégomènes pour un futur code de procédure civile, p. 283.

l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire », ce même article prescrivant, en outre, que l'interprétation de la loi doit se faire « *de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément* »⁶⁷⁸. L'article 138 § 1 du Code de procédure civile portugais de 1961 dispose expressément que « *les actes de procédure doivent prendre la forme qui, en des termes les plus simples, correspond le mieux au but qu'ils poursuivent.* »⁶⁷⁹

b) Le renforcement controversé de l'office du juge

198. Le renforcement de l'office du juge est au centre des principes directeurs du procès civil. Cela constitue un changement radical par rapport au Code de 1806 presque muet sur point⁶⁸⁰. Les nouvelles dispositions aménagent des pouvoirs considérables au juge civil, mais sans complètement remettre en cause les concepts fondamentaux du droit judiciaire privé. Malgré l'accroissement de l'office du juge, le principe dispositif reste au centre du procès civil. Les prétentions des parties délimitent strictement l'objet du litige par leurs prétentions⁶⁸¹, que le législateur n'a pas jugé utile de définir⁶⁸². Le juge ne peut pas non plus statuer *ultra petita*⁶⁸³. Sur ce point, le nouveau Code n'introduit aucune nouveauté.

199. Les véritables innovations se situent sur le plan des allégations de faits, de la preuve de celles-ci et de l'argumentation juridique. Concernant les faits et les preuves, le juge peut ordonner d'office toute mesure d'instruction légalement admissible⁶⁸⁴ et il peut retenir des faits figurant dans le débat, mais que les parties n'ont pas spécialement invoqués⁶⁸⁵. La combinaison de ces deux dispositions permet, virtuellement en tout cas, au juge de combler toutes les lacunes des parties en matière d'allégation de faits et

⁶⁷⁸ Pour une présentation de la jurisprudence rendue en application de cette disposition : Julius H. GREY/Geneviève COUTLÉE/Marie-Ève SYLVESTRE, *Access to Justice and the New Code of civil Procedure*, (2004) 38 *Revue Juridique Thémis*, pp. 711 ss ; Frédéric CHARRETTE, *Du formalisme procédural : une critique de l'article 2 du Code de procédure civile*, (1994) 39 *McGill Law Journal*, pp. 263 ss.

⁶⁷⁹ Texte original : « *Os actos processuais terão a forma que, nos termos mais simples, melhor corresponda ao fim que visam atingir.* »

⁶⁸⁰ VERGÈS, p. 139. Le Code de 1806 avait toutefois admis sporadiquement le pouvoir du juge d'ordonner certaines mesures d'instruction, mais il restait silencieux sur sa position par rapport à l'objet du litige. Les principes directeurs constituent sur ce point davantage l'aboutissement d'une évolution qu'un changement révolutionnaire.

⁶⁸¹ Art. 4 CPC 1975.

⁶⁸² Peut-être entendait-il ainsi se rallier à la définition proposée par MOTULSKY, soit « *le résultat social et économique* » : Henri MOTULSKY, *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, Rapport au IV^{ème} congrès international de droit comparé, in *Ecrits : études et notes de procédure civile*, Dalloz, Paris, 1973, p. 44.

⁶⁸³ Art. 5 CPC 1975.

⁶⁸⁴ Art. 10 CPC 1975.

⁶⁸⁵ Art. 7 al. 2 CPC 1975.

d'éviter ainsi qu'elles ne soient préteritées par un exposé fragmentaire. Contrairement à MOTULSKY, pour qui l'office du juge devait être obligatoire sur ce point⁶⁸⁶, le Code de procédure civile se place en retrait et opte toutefois pour une formulation potestative.

200. La question de l'office du juge en matière de droit fait l'objet d'une véritable controverse qui a exercé son influence sur la rédaction des dispositions pertinentes et la manière dont elles sont aujourd'hui encore interprétées⁶⁸⁷. Le texte original⁶⁸⁸ de l'article 12 du Code de procédure civile comportait cinq alinéas, le troisième prévoyant que le juge « *peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties.* » Cet alinéa fut annulé, conjointement avec un autre alinéa de l'article 16 par le Conseil d'Etat⁶⁸⁹ à la demande d'avocats qui se plaignaient, entre autre, de violation de l'égalité des armes. Cette annulation est contestable⁶⁹⁰ et le Gouvernement n'est pas intervenu pour y remédier⁶⁹¹. Même si d'autres dispositions consacrent également un office étendu du juge susceptible de justifier le relevé d'office de certains moyens de droit, tel que l'article 12 alinéa 1 l'obligeant à « *tranche[r] le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* », l'intervention intempestive du Conseil d'Etat crée un déséquilibre qui n'a jamais été compensé.

201. Au vu de ces difficultés, on comprend qu'une véritable option s'ouvre dans l'application de l'article 12 du Code de procédure civile, soit l'office du juge est renforcé et, dans ce cas, l'accent est mis sur les deux premiers alinéas ; soit les tribunaux sont confinés dans leur proverbiale neutralité, auquel on accordera davantage d'importance au dernier alinéa réservant les accords des parties et au fait que l'alinéa prévoyant le relevé d'office des moyens de pur droit a été annulé sans être remplacé.

⁶⁸⁶ MOTULSKY, Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, p. 49 : « *Le juge peut et doit rectifier les erreurs de droit commises par les parties, à la seule condition de ne point modifier l'objet ni la cause de la demande, autrement dit de ne pas introduire dans le débat de nouveaux éléments de faits.* » (c'est nous qui soulignons). On remarquera que la phrase citée concerne essentiellement les moyens de droit. Toutefois, nous observons que l'auteur se réfère implicitement aux faits présents dans le débat et laisse entendre que le juge doit y puiser les motifs de sa décision afin d'appliquer les règles de droit pertinentes.

⁶⁸⁷ Voy. par exemple : Raymond MARTIN, L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme contre l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, D. 1996 chron. 20

⁶⁸⁸ Dans sa rédaction initiale issue du Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 publié au J.O. du 9 décembre 1975 (annexe spéciale).

⁶⁸⁹ C.E. ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, D. 1979, jurispr. 606 (note Bénabent) ; JCP 1980 éd. G II 19288 (concl. Franc et note Boré), Gaz. Pal. 1980. 1. juris. 6 (note Julien). Sur la portée générale de l'arrêt : JEULAND, La conception du procès civil, p. 105.

⁶⁹⁰ Le Conseil d'Etat y a vu des dispositions *indivisibles*, mais l'argument ne convainc pas. Voy. Georges BOLARD, Le juge et les droits de la défense, in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, Paris, 1991, pp. 49 ss, spécialement p. 50 : « *pourquoi la faculté donnée au juge de relever d'office un moyen de pur droit lui interdirait de le soumettre à la discussion des plaideurs.* »

⁶⁹¹ En revanche, le texte de l'art. 16 CPC 1975 fut amélioré par le Décret n° 81-500 du 12 mai 1981, publié au J.O. du 14 mai 1981, pp. 1380 ss.

202. L'office du juge constitue donc une géométrie variable aux contours flous. Celle-ci s'articule autour de trois axes distincts. Le premier concerne la composante purement juridique du litige. Cet aspect de l'office du juge est délicat, vu la faculté reconnue aux parties de lier le juge par leurs qualifications des faits⁶⁹². A l'opposé, il ne fait aucun doute que le juge ne peut pas statuer sur des prétentions qui ne lui auraient pas été soumises. Cet aspect incontesté de son office constitue le deuxième axe de référence. Contrairement au précédent, sa consécration dans le Code de procédure civile ne prête pas à controverse. Reste, finalement, le troisième axe, soit l'office du juge quant aux faits et aux moyens de preuve. Le texte légal emploie une formulation potestative, sans toutefois exclure d'emblée toute obligation, notamment dans les hypothèses où le juge serait amené à appliquer d'autres dispositions que celles invoquées par les parties.

203. Cette construction complexe de l'office du juge permet-elle de prémunir les parties contre tout risque de formalisme excessif ? Rien ne permet d'affirmer, à la seule lecture du texte, que son application serait en soi source de formalisme excessif. Mais il ne faut pas perdre de vue que les délicates nuances créent des tensions. L'obligation de requalifier les prétentions juridiques des parties peut impliquer l'obligation de se pencher sur des faits que les parties n'ont pas allégués. Le juge peut-il dès lors invoquer le caractère facultatif de l'article 7 alinéa 2 du Code de procédure civile pour refuser de requalifier les prétentions litigieuses, par exemple parce qu'il ne saurait être tenu de compléter l'exposé des faits soumis par les parties⁶⁹³ ? L'exemple révèle toute la difficulté à insérer l'interdiction du formalisme excessif dans la problématique liée à l'office du juge et à la controverse qu'elle suscite. Malheureusement, le texte du Code de procédure civile de 1975 ne tient pas compte de cela. Nous ne pouvons, dès lors, affirmer catégoriquement que la rédaction des dispositions relatives à l'office du juge est de nature à pailler l'absence de principe directeur relatif portant sur l'interdiction du formalisme

⁶⁹² Art. 12 al. 4 CPC 1975.

⁶⁹³ Cf. infra, n° 1028. Le débat continue d'agiter la doctrine contemporaine. Ainsi, certains refusent d'obliger le juge à prendre en compte des faits adventices pour mieux appliquer les dispositions pertinentes (En ce sens : JEULAND, *La conception du procès civil*, p. 106 pour qui « le juge n'est pas tenu de soulever d'office un moyen de droit quand il doit, pour se faire, rechercher des faits dans le dossier car il n'a jamais l'obligation de rechercher des faits adventices et il lui est interdit de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. ») D'autres auteurs, finalement, semblent vouloir, plus ou moins consciemment éviter le débat. Tel est le cas de TERRÉ (*La réception du nouveau Code de procédure civile par la doctrine*, p. 35) qui souligne l'importance de la maxime *da mihi factum dabo tibi jus* et le fait qu'en matière de qualifications « l'avocat propose, le juge dispose, tous deux coopèrent... ». Une approche similaire se retrouve chez CORNU, *Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes*, p. 88-89.

excessif. En d'autres termes, les multiples « *conceptions du procès civil* »⁶⁹⁴ qui s'affrontent en toile de fond peuvent créer une confusion préjudiciable aux parties.

2) Le droit commun du procès civil

204. Après les principes directeurs du procès civil et les règles applicables à la matière gracieuse, le restant du premier livre du Code de procédure civile de 1975 est consacré au droit commun du procès civil. Il s'agit de règles de procédure applicables devant toutes les juridictions. Nous n'allons pas entrer dans le détail de chacune d'elles. Nous nous limiterons à une présentation générale, tout en gardant à l'esprit l'objet de notre étude. Pour cette raison, nous scinderons notre examen en deux. Tout d'abord nous examinerons l'esprit général des règles générales relatives au déroulement du procès⁶⁹⁵, soit celles qui forment le *procès civil archétypique* (a)⁶⁹⁶. Nous aborderons ensuite quelques points particuliers concernant le sort réservé à certaines questions particulières. Il s'agit essentiellement de corrections ponctuelles (b) adoptées en réaction à certains problèmes précis liés à l'excès de formalisme.

a) L'esprit général du procès civil archétypique

205. Les articles 30 à 749 du Code de procédure civile constituent l'épine dorsale du procès civil archétypique. Il s'agit de dispositions applicables indépendamment des juridictions devant lesquelles la procédure se déroule. L'exercice comporte sa part d'artifice. Il est difficile d'imaginer que les règles générales relatives au pourvoi en cassation⁶⁹⁷ puissent s'appliquer ailleurs que devant la Cour de cassation. Quoiqu'il en soit, plusieurs dispositions concernent directement les problèmes liés au formalisme que nous avons déjà rencontrés sous l'empire de la législation précédente.

206. Les moyens de défense, et notamment l'exception de nullité, sont définis de manière plus précise. Alors que le Code de procédure civile de 1806 se contentait de trois articles, auxquels les réformes de 1933 et 1935 avaient peu ajouté, le Code de 1975 leur en consacre neuf⁶⁹⁸. Les nouvelles dispositions apportent une plus grande clarté.

⁶⁹⁴ JEULAND, La conception du procès civil, p. 110 en identifie trois différentes.

⁶⁹⁵ CORNU, Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, p. 84 parle même de « *quintessence du procès civil*. »

⁶⁹⁶ L'expression « *procès civil type* » est également utilisée (voy. Gérard CORNU/Jean FOYER, Procédure civile, 3^{ème} édition, Coll. Thémis, Presses Universitaires de France, Paris, 1996, p. 421). A notre avis, la partie générale ne constitue pas qu'un modèle plus ou moins régulièrement suivi par les différentes juridictions, comme le laisse entendre l'expression précitée ; elle est, en réalité, le fondement du procès civil, dont elle représente l'archétype. Aussi préférons-nous utiliser un autre qualificatif, même s'il ne présente pas la même élégance littéraire.

⁶⁹⁷ Art. 604 à 639 CPC 1975.

⁶⁹⁸ Art. 112 à 126 CPC 1975.

Désormais, le régime de la nullité est scindé en deux catégories : les nullités pour vice de forme⁶⁹⁹ et les nullités pour irrégularités de fond⁷⁰⁰. Ces dernières peuvent être invoquées en tout état de cause⁷⁰¹ et sont encourues même en l'absence de tout grief⁷⁰². Cette construction ne va pas sans rappeler la solution précédemment préconisée par DE BIÉVILLE⁷⁰³. En regardant de plus près, on constate toutefois que certaines difficultés subsistent. Ainsi, le texte légal n'indique pas clairement si la liste des nullités pour irrégularités de fond énumérée à l'article 117 est exhaustive ou non. La question est d'autant plus délicate que l'article 119 indique que la nullité est encourue même en l'absence de texte. Si les auteurs du nouveau Code de procédure civile avaient vraiment voulu régler définitivement le problème, ils auraient pris soin d'éviter toute équivoque à ce sujet afin d'éviter qu'un trop grand nombre de formalités ne puissent être considérées comme des irrégularités de fond et entraîner ainsi la nullité en l'absence de tout grief. En fait, il semble que la principale préoccupation ait été d'élaborer un système qui tienne compte de l'abondante jurisprudence relative à la réserve des « *formalités substantielles* » et d'apporter une certaine clarté des concepts. Le résultat est certainement atteint, mais nous ne pouvons affirmer que le nouveau Code de procédure civile a définitivement écarté tout risque de formalisme excessif.

207. Un constat similaire peut être fait en ce qui concerne la modification du litige en degré d'appel. Les articles 563 à 567 du Code de procédure civile de 1975 constituent une reprise des dispositions existantes, avec quelques modifications limitées⁷⁰⁴, et une codification de certains points de jurisprudence⁷⁰⁵. On ne rencontre pas non plus la volonté de régler la question de manière à écarter tout risque de formalisme excessif. En particulier, les problèmes causés par la position des tribunaux, qui continuaient d'empêcher certaines évolutions légitimes du litige⁷⁰⁶, ne semblent pas avoir préoccupé outre mesure les auteurs du nouveau texte.

208. En résumé, il ne ressort pas des règles de procédure archétypiques que leurs auteurs aient voulu écarter tout risque de formalisme excessif au moment des les rédiger.

⁶⁹⁹ Art. 112 à 116 CPC 1975.

⁷⁰⁰ Art. 117 à 121 CPC 1975.

⁷⁰¹ Art. 118 CPC 1975.

⁷⁰² Art. 119 CPC 1975.

⁷⁰³ Cf. supra, n° 168 ss.

⁷⁰⁴ Ainsi le texte de l'ancien article 464 CPC 1806 est désormais réparti sur plusieurs dispositions : art. 564, 565 et 566 CPC 1975. Pour une comparaison des dispositions, voy. BEAUCHARD, p. 48-50.

⁷⁰⁵ En ce qui concerne les moyens nouveaux : art. 563 CPC 1806.

⁷⁰⁶ Cf. supra, n° 138, 189 et 190.

Celles-ci s'appuient davantage sur le droit antérieur dont elles constituent les prolongements directs. Aucun effort particulier d'éviter l'excès de formalisme ne transparaît de la nouvelle codification sur ce point.

b) Les corrections ponctuelles

209. Ponctuellement, le nouveau Code de procédure civile procède à certaines corrections isolées, destinées à remédier à certains problèmes concrets. Ainsi, le nouvel article 74 alinéa 2 exclut désormais que la communication des pièces puissent couvrir les exceptions de procédure⁷⁰⁷. En matière de nullité pour vice de forme, l'article 114 alinéa 2 exige la preuve d'un grief « *même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre publique* ». Il s'agit clairement d'un écho aux critiques adressées par PERROT à la jurisprudence rendue en application du Code de procédure civile de 1806 tel que modifié par le Décret-loi du 30 octobre 1935⁷⁰⁸. Bien que l'esprit général des dispositions archétypiques de procédure ne démontre aucun souci particulier d'éviter l'excès de formalisme, les auteurs du Code de procédure civile de 1975 sont intervenus ponctuellement pour remédier à certains problèmes.

B) L'accroissement du nombre de dispositions

210. Si l'on compare le nombre d'articles du Code de procédure civile de 1975 avec son prédécesseur, on constate que le premier est bien plus détaillé que le second, surtout lorsqu'on ajoute la législation annexe qui était précédemment incluse dans le Code. Cet accroissement du nombre d'article ne va pas sans poser divers problèmes. On relève, tout d'abord, un risque accru de confusion systémique (1), soit d'incohérences entre les diverses dispositions. Malgré l'augmentation du nombre de dispositions, certaines interrogations fondamentales, et déjà présentes sous l'empire du Code de 1806, demeurent sans réponse (2).

1) Le risque de confusion systémique

211. Le risque de confusion systémique peut intervenir à deux niveaux différents. Tout d'abord, il peut résulter de renvois effectués d'une disposition à l'autre. Il s'agit donc d'une *confusion horizontale* (a) dans la mesure où les différentes normes sont placées sur un pied d'égalité. En revanche, il se peut également que la confusion procède

⁷⁰⁷ Sur la situation auparavant : Cf. supra, n° 130.

⁷⁰⁸ Cf. supra, n° 173.

d'une incompatibilité entre une norme générale et une norme spéciale. On parlera, dans ce cas, de risque de *confusion verticale* (b).

a) Le risque de *confusion horizontale*

212. Le régime des nullités de procédure constitue certainement l'exemple le plus frappant de risque de *confusion horizontale*. Celles-ci sont conçues dans le Code comme une exception de procédure⁷⁰⁹, c'est-à-dire comme un moyen de défense dirigé contre la demande en justice. Cela ressort également du libellé de l'article 117 consacré aux nullités pour irrégularité de fond. La liste de tels vices de procédure porte précisément sur des questions (défaut de capacité, de pouvoir...) qui sont traditionnellement invoquées pour faire échec à une demande en justice.

213. Le Code de procédure civile de 1975 se démarque donc de l'approche suivie par son prédécesseur, dans la mesure où ce dernier distinguait entre les règles générales applicables aux nullités⁷¹⁰ et l'exception de nullité dirigée contre la demande en justice⁷¹¹. La nullité d'autres actes de procédure que l'acte introductif d'instance est réglée dans le nouveau code par renvoi aux règles relatives à l'exception de nullité. Tel est le cas pour les significations et notifications⁷¹², ainsi que les mesures d'instructions⁷¹³. En ce qui concerne ces trois hypothèses, le renvoi ne porte pas directement sur les articles 112 et suivant du Code de procédure civile, mais vise « *la nullité des actes de procédure* ». Le procédé ne va pas sans poser certaines difficultés. On en veut pour preuve les irrégularités de fond énumérées à l'article 117 du Code de procédure civile. Que peut bien signifier la capacité d'ester en justice en matière d'expertise ? Est-ce une autre manière de parler de la qualification de l'expert ? Certes, sur la question de la nullité des mesures d'instruction, les auteurs du Code de procédure civile ont pris le soin d'introduire certaines dispositions particulières⁷¹⁴. Mais cela ne règle pas tout, loin s'en faut. De surcroît, on ne retrouve pas de semblables précautions ailleurs. La pratique jurisprudentielle sera ainsi amenée à préciser la portée de chaque disposition en matière de nullité. En l'absence de règles générales relatives à la gestion du formalisme procédural, il n'est pas impossible qu'elle opte pour la solution la plus stricte, par exemple en limitant systématiquement la portée

⁷⁰⁹ Les dispositions relatives à la nullité sont intégrées au Titre V du Livre premier du Code de procédure civile dont l'intitulé est précisément *moyens de défense*.

⁷¹⁰ Art. 1029 et 1030 CPC 1806.

⁷¹¹ Art. 173 CPC 1806.

⁷¹² Art. 694 CPC 1975.

⁷¹³ Art. 175 CPC 1975.

⁷¹⁴ Art. 176 à 178 CPC 1975.

du principe « *pas de nullité sans grief* » énoncé à l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile. On mesure ainsi les dangers créés par le risque de *confusion horizontale*.

b) Le risque de *confusion verticale*

214. Une première lecture du Code de procédure civile de 1975 laisse apparaître un risque important de confusion verticale en raison de la confrontation des articles 10 et 146 du Code de procédure civile. Nous avons déjà eu l'occasion de parler brièvement de l'article 10 du Code de procédure civile dans notre présentation de l'office du juge⁷¹⁵. Il confère au juge un important pouvoir en matière de mesures d'instruction. L'article 146 du Code de procédure civile, constitue par contre, une disposition spéciale insérée dans les articles consacrés à l'administration de la preuve. Il limite considérablement la marge de manœuvre des tribunaux en leur interdisant de pallier les carences des parties. A peu de choses près, ces dispositions sont antinomiques.

215. On peut tenter d'expliquer par des raisons historiques l'origine d'un tel conflit. En effet, l'article 10 est directement issu du Décret de 1971, alors que l'article 146 provient d'un Décret de 1973 relatif aux preuves. Il n'est donc pas totalement exclu que l'incohérence soit passée inaperçue dans le bal des décrets, avant de se retrouver dans le texte du Code de procédure civile. Or les tribunaux peuvent être tentés de privilégier l'une ou l'autre disposition, selon qu'ils souhaitent se montrer plus ou moins sévères. Tel juge mettra l'accent sur la règle générale pour voler au secours d'une partie qui se défend mal au point de compromettre sa position ; tel autre, en revanche, s'empressera de blâmer la négligence du plaideur pour justifier son inaction. Au-delà du risque immanquable d'arbitraire, qui ne fait pas directement l'objet de la présente étude, on comprend bien que le risque d'excès de formalisme est plus ou moins élevé selon la démarche adoptée.

2) La persistance de certaines interrogations

216. Plusieurs questions de procédure abordées sous l'empire du Code de procédure civile de 1806, furent ignorées dans la nouvelle codification (a). Parallèlement, celle-ci employa des concepts indéterminés, ne se rattachant à aucune institution procédurale déterminée, et qui sont susceptibles de soulever des questions d'excès de formalisme.

⁷¹⁵ Cf. supra, n° 199.

a) Les concepts ignorés

217. Nous avons vu que l'inexistence des actes de procédure et la présomption de régularité des jugements avaient été introduites par la jurisprudence⁷¹⁶. On n'en retrouve pas trace dans le texte du nouveau Code de procédure civile. L'inexistence n'est nullement mentionnée, alors que son statut posait sérieusement problème. Quant à la présomption de régularité des jugements, elle a été apparemment remplacée par l'obligation de soulever immédiatement les vices de procédure affectant la composition de la juridiction ou la régularité des débats⁷¹⁷. Il est donc probable que dans l'esprit des auteurs du Code de procédure civile, ceux-ci aient estimé préférable d'obliger les parties à porter immédiatement à la connaissance du tribunal leurs doléances, plutôt que d'examiner la question une fois que le jugement a été rendu.

b) Les concepts indéfinis

218. Il s'agit tout d'abord du *vice de forme*, employé en matière de nullité pour vice de forme⁷¹⁸. Il ressort implicitement de l'article 116 du Code de procédure civile, que ce concept devrait recevoir une interprétation extensive, de manière à s'appliquer à toutes les « *formalité[s] de procédure antérieure[s] aux débats* »⁷¹⁹. Malheureusement, en l'absence de précision, une autre interprétation est également possible. Il appartiendra donc à la jurisprudence, et à la doctrine, de combler cette lacune aisément repérable du Code de procédure civile. Si elles optent pour une approche stricte, confinant le champ d'application à certains vices de procédure prescrit, elles restreindront alors la portée de l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile, dont le but est, manifestement, d'alléger le formalisme procédural.

219. L'« *irrecevabilité* » est un autre concept problématique. Il se rencontre à de nombreuses reprises dans le texte du Code, notamment en ce qui concerne l'obligation de motiver les actes de procédure⁷²⁰. L'irrecevabilité est présentée comme la conséquence de

⁷¹⁶ Cf. supra, n° 141 ss (inexistence) et n° 149 ss (presumption de régularité des jugements).

⁷¹⁷ Art. 448 al. 2 CPC 1975.

⁷¹⁸ Art. 112 à 116 CPC 1975.

⁷¹⁹ Art. 116 CPC 1975.

⁷²⁰ Voy. par exemple : Art. 75 CPC 1975 (...la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver...); Art. 82 CPC 1975 (Le contredit doit, à peine d'irrecevabilité, être motivé...); Art. 306 al. 2 CPC 1975 (L'acte, établi en double exemplaire, doit, à peine d'irrecevabilité, articuler avec précision les moyens...); Art. 344 al. 2 CPC 1975 (La demande doit, à peine d'irrecevabilité, indiquer avec précision les motifs de la récusation...); Art. 815 al. 1 CPC 1975 (Elles ne sont pas recevables tant que les indications...); Art. 927 CPC 1975 (Outre les mentions prescrites à l'article 57, la requête conjointe contient, à peine d'irrecevabilité...); Art. 978 al. 2 CPC 1975 (A peine d'être déclaré d'office irrecevable, un moyen, ou un élément de moyen, ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture); Art. 979 CPC (A peine d'irrecevabilité du pourvoi prononcée d'office, doivent être remises au greffe...);

l'admission d'une fin de non-recevoir⁷²¹. Si on se réfère à l'article 122 du Code l'irrecevabilité venant sanctionner l'absence de droit d'action au sens des articles 30 et 31 auxquels il est implicitement fait référence⁷²², on comprend mal le lien entre le défaut de motivation frappant un acte de procédure et l'existence du droit d'agir en justice⁷²³. C'est en vain qu'on cherchera une explication dans le texte du Code de procédure civile. Il ne s'agit pas que d'une interrogation théorique. En admettant que l'irrecevabilité constitue dans ce cas une « *fin de non-recevoir sui generis* », on remet potentiellement en cause l'application du mécanisme du grief à tous les vices de forme. Cette approche accroît sensiblement le formalisme de la procédure vu que la sanction concernera les actes de procédure vicié.

Art. 995 al.1 CPC (Si le pourvoi a été formé selon les règles de la procédure avec représentation obligatoire, il n'en est pas moins recevable...) etc...

⁷²¹ Cf. art. 122 CPC 1975 : « *Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir...* »

⁷²² L'art. 122 CPC 1975 parle de « *défaut de droit d'agir, tel que le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée* ».

⁷²³ Sur la différence entre les deux concepts : COUTANT, pp. 442 ss.

CONCLUSION DU TITRE I

220. Notre présentation historique de l'approche privatiste suivie en droit français nous a permis d'identifier trois phases successives dans la manière de résoudre les problèmes causés par l'excès de formalisme.

221. La première est celle de la rédaction du Code de procédure civile de 1806. Fortement marqué par le légalisme, le texte se veut exhaustif et impératif. Il ne ménage aucun pouvoir d'appréciation au juge. Cela ne signifie pas nécessairement que la procédure civile est codifiée d'une manière extrêmement formaliste. Nous avons vu, en effet, que le législateur a privilégié les sanctions indirectes (amende, sanctions disciplinaires, dommages-intérêts...) à la nullité des actes de procédure. Bien qu'inflexible, celle-ci est limitée aux hypothèses où elle est expressément prévue et le législateur a effectué ses choix en tenant compte du consensus social de l'époque. La solution retenue par le juge est ainsi prévisible, ce qui est de nature à écarter tout risque d'arbitraire. Malheureusement, le Code de procédure civile présente aussi de nombreuses imperfections rédactionnelles. C'est ainsi qu'on rencontre, à côté de la nullité, de nombreuses sanctions des vices de procédure qui ne font pas l'objet d'une réglementation aussi détaillée. Parfois, celles-ci ne sont que mentionnées au détour d'un article isolé. Ces imprécisions sont de nature à ébranler l'édifice voulu par le législateur et à faire douter de sa capacité à apporter une réponse à chaque problème qui pourrait se poser.

222. Cela nous amène à la deuxième phase de l'évolution de la législation française, soit la reconquête par les tribunaux des pouvoirs dont ils avaient été privés par les auteurs du Code de procédure civile. L'évolution est contemporaine des premières applications du texte. Elle succède donc immédiatement à la période législative et est approuvée par la doctrine. Aucune partie du Code de procédure civile n'échappe à cette tendance. S'agissant du formalisme procédural, les interventions de la jurisprudence sont nombreuses. On citera en premier lieu la consécration du principe « *pas de nullité sans grief* » et l'assouplissement de la procédure de l'instance. Il serait toutefois erroné d'en déduire que la pratique avait pour seul but de remédier aux éventuels problèmes de formalisme excessif. Le régime des exceptions de procédure constitue un bon exemple d'une intervention judiciaire qui n'était pas destiné à alléger le formalisme. Rien n'indique que les principes jurisprudentiels concernant l'ordre de présentation des exceptions aient eu pour seul but de favoriser le déroulement harmonieux, et sans

incidents inutiles, du procès. Il en va de même de la classification bipartite des nullités. Celle-ci repose certes sur la distinction entre les formalités importantes et celles qui ne le sont pas, mais l'admission de nombreuses formalités d'ordre public par la jurisprudence accroît le formalisme procédural, car elles donnent la possibilité de soulever, jusqu'à un stade avancé du procès, des questions qui auraient pu être résolues *in limine litis*. Par ailleurs, doctrine et jurisprudence oublièrent peu à peu certaines possibilités offertes par le Code de procédure civile afin d'éviter l'excès de formalisme. Tel est le cas de son article 1030 alinéa 2, sanctionnant par l'amende les officiers ministériels, soit les avoués et les huissiers, qui commettraient un vice de forme n'emportant pas nullité. L'extension progressive de la nullité à des situations qui n'avaient pas été prévues par les auteurs du Code de procédure civile vide cette disposition de toute sa substance⁷²⁴.

223. Après des années d'abstention le législateur décide, dès 1933, d'entreprendre progressivement la révision du Code de procédure civile. Jusqu'en 1975 il opte pour une approche sectorielle. Les réformes sont contestées par la pratique, même lorsqu'elles s'en inspirent directement. C'est ainsi que de nombreuses nullités d'ordre public font échec à une application généreuse de l'article 173 du Code de procédure civile, dans sa version postérieure au décret-loi de 1935, qui consacre désormais expressément le principe « *pas de nullité sans grief* ». Cela contribue à aggraver le formalisme de la procédure. En revanche, l'échec de la procédure d'instruction sous le contrôle du juge chargé de suivre la procédure laisse toute liberté aux plaideurs et aux tribunaux pour maintenir les pratiques extrêmement souples qu'ils ont appliquées jusqu'alors. S'il est clair que le législateur voulait tout autant assouplir la procédure dans certains domaines que la rendre plus stricte dans d'autres, il est douteux que la pratique cherche uniquement à réduire le formalisme. Il semble que les juridictions soient surtout opposées à toute évolution du droit judiciaire.

224. L'adoption du Code de procédure civile s'est faite en réaction à cette situation. La création d'une vaste partie générale est destinée à remédier à l'absence de conception d'ensemble du droit judiciaire privé. Il est toutefois surprenant de ne pas rencontrer de disposition générale concernant le formalisme de la procédure dans le nouveau texte. D'ailleurs, les auteurs ont souvent suivi une approche minimaliste qui ne favorise pas les réflexions globales. Plutôt que d'adopter une conception globale de la

⁷²⁴ En ce sens : VINCENS, p. 186-187.

nullité des actes de procédure, ils se sont ainsi contentés de renvoyer à plusieurs endroits aux dispositions relatives à l'exception de nullité, ce qui pose des problèmes de transposition. L'application du mécanisme du grief aux nullités d'ordre public est conçu en réaction à la jurisprudence. Certaines questions demeurent cependant irrésolues comme le statut de l'irrecevabilité ou de l'inexistence. Finalement, on observe également plusieurs incohérences conceptuelles. Celles-ci proviennent de problèmes dans la rédaction du texte légal, comme les dispositions relatives à l'office du juge qui sont susceptibles de recevoir plusieurs interprétations différentes. Autant dire que le Code de procédure civile de 1975 porte en lui-même les germes de futurs débats.

225. La dialectique animant le droit judiciaire privé français est le ressort de son dynamisme. On assiste au fil du temps à une véritable conversation entre le législateur, la doctrine et les tribunaux. L'objet de celle-ci, l'interdiction du formalisme excessif, n'est en principe pas mentionné, sauf de manière sporadique dans la doctrine. Il n'en demeure pas moins que le souci d'éviter l'excès de formalisme transparaît régulièrement. La nature implicite du débat ne permet toutefois pas de s'assurer à chaque instant. Les tribunaux n'indiquant pas toujours les raisons pour lesquelles ils choisissent l'interprétation la moins formaliste d'un texte, rien ne leur interdit de privilégier, toujours en silence, une approche plus rigoriste. L'approche privatiste suivie en droit français souffre ainsi d'un manque de lisibilité.

TITRE II : LA RECONNAISSANCE EXPLICITE PAR L'APPROCHE PUBLICISTE SUIVIE EN SUISSE ET EN DROIT EUROPÉEN

226. Dans le premier titre, nous avons examiné comment le droit français avait développé des mécanismes destinés à éviter l'excès de formalisme, sans toutefois directement mentionner ce concept. Nous allons maintenant nous pencher sur les systèmes juridiques reconnaissant expressément l'interdiction du formalisme excessif. Il s'agit du droit suisse et de la Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950. Bien que cette dernière ne crée pas un ordre juridique distinct de celui des Etats parties, l'attention soutenue de la doctrine et l'abondante production jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'Homme ont contribué à lui conférer une certaine indépendance. Il existe ainsi plusieurs affaires mettant en cause la France sur des questions d'excès de formalisme⁷²⁵, sans toutefois que le droit à un procès civil sans formalisme excessif n'ait été reconnu par les juridictions françaises.

227. Nous commencerons par examiner la définition de l'interdiction du formalisme excessif (chapitre 1). Nous nous intéresserons par la suite à la question de la réception de l'interdiction en procédure civile. Nous examinerons comment le droit judiciaire privé incorpore les solutions déduites du droit public. Dans cette perspective, nous nous pencherons sur le droit suisse (chapitre 2), plus particulièrement dans l'optique de l'unification de sa procédure civile.

Chapitre 1 : La définition de l'interdiction du formalisme excessif

228. Sur le plan de la théorie des sources du droit, rien ne distingue le droit de procédure du premier. Tous deux sont composés de dispositions législatives ou réglementaires. A ce niveau, les relations entre la procédure civile et le droit civil ne semblent guère différentes de celles entre la procédure civile et le droit fiscal ou entre le droit commercial et le droit administratif. Une telle approche est cependant réductrice. Elle ne tient pas compte du contenu de ces différentes branches du droit, ni, surtout, de leur rôle au sein de l'ordre juridique. Ce dernier forme un système qui ne se confond pas

⁷²⁵ Voy. par exemple : CourEDH, *Poirot c. France*, n° 29938/07, arrêt du 15 décembre 2011 ; CourEDH, *Walchli c. France*, n° 35787/03, arrêt du 26 juillet 2007 ; CourEDH, *Dulaurans c. France*, n° 34553/97, arrêt du 21 mars 2000.

entièrement avec la hiérarchie des normes établie par Kelsen⁷²⁶. Si le droit matériel a pour objet, avant tout, de régir directement le comportement des individus, le droit de procédure sert à résoudre les conflits liés à l'application du droit matériel⁷²⁷. Dès lors, les formalités procédurales ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but. Le Tribunal fédéral a ainsi observé que « *le droit de procédure constitue certes un droit strictement formel ; il doit cependant servir à l'application du droit matériel et non rendre celle-ci plus difficile* »⁷²⁸. Il a également indiqué qu'« *en matière de procédure, [...] la Constitution [de 1874], n'interdit pas un certain formalisme, dans la mesure où celui-ci est institué pour assurer le déroulement régulier de l'instance et garantir la sécurité du droit matériel* » et que « *la procédure n'est pas une fin en soi* »⁷²⁹. La doctrine suisse⁷³⁰ s'inscrit parfaitement dans cette tendance qu'on retrouve également en France⁷³¹. La Cour de cassation française n'a cependant jamais repris cette approche dans sa jurisprudence.

229. Cela dit, nous allons maintenant passer à la définition de l'interdiction du formalisme excessif. Nous constatons d'emblée que le raisonnement suivi par le Tribunal fédéral suisse et par la Cour européenne des droits de l'Homme reposent sur des approches différentes du procès civil. La Haute juridiction suisse part de la notion de « *déni de justice* », dont elle tire l'interdiction du formalisme excessif (Section 1). La Cour de Strasbourg, arrive au même résultat en procédant à partir du « *droit d'accès à un tribunal* » (Section 2).

Section 1 : Le Tribunal fédéral suisse et le déni de justice

230. Pour bien comprendre le rôle particulier joué par l'interdiction du formalisme excessif dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, il faut remonter aux origines contemporaines du système fédéral suisse. La répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés obligea le Tribunal fédéral à *constitutionnaliser* très tôt

⁷²⁶ Sur ce concept : Hans Kelsen (trad. Henri Thévenaz), *Théorie pure du droit*, Coll Cahiers de Philosophie, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1988, pp. 131 ss.

⁷²⁷ Voy. parmi tant d'autres en Suisse et en France : Guinchard/Chainais/Ferrand, p. 12 ; Schüpbach, *Traité de procédure civile*, pp. 212 ss.

⁷²⁸ ATF 87 I 3, cons. 3d : « *Das Prozessrecht ist zwar ein streng formales Recht; es soll aber der Durchsetzung des materiellen Rechtes dienen und diese nicht erschweren* ».

⁷²⁹ ATF 92 I 9, cons. 1.

⁷³⁰ Voy. par exemple : Schmid, p. 6-7 ; Müller/Schefer, p. 833 parlent même de « *tragender Gedanke* » ; Arthur Aeschlimann, *Überspitzter Formalismus – Herausforderung für den Richter*, Note sous ATF 111 Ia 169, recht 1987, p. 30 ; Walter, *Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht*, p. 285.

⁷³¹ Ainsi Héron/Le Bars, p. 9 parlent même d'un « *droit servant* ».

la procédure civile afin de pouvoir examiner des recours portant sur des points de procédure (§ 1). La reconnaissance de l'interdiction du formalisme excessif s'inscrivait dans ce processus et elle fut élaborée progressivement (§ 2)

§ 1 : La nécessaire et précoce constitutionnalisation de la procédure civile suisse

231. La constitutionnalisation de la procédure civile suisse est un phénomène ancien, remontant à la Constitution fédérale de 1848. Elle est la conséquence du partage des compétences inhérent au système fédéral suisse (A). Afin d'assurer un certain pouvoir de surveillance aux autorités fédérales sur l'appareil judiciaire cantonal, le concept de *déni de justice* s'imposa dans la pratique de celles-ci. Il permit de contrôler l'administration de la justice en matière civile, alors que cette tâche incombait principalement aux autorités cantonales (B).

A) Le partage des compétences législatives en matière de droit judiciaire privé et ses conséquences

232. Le partage des compétences législatives en matière de droit privé n'a pas toujours été identique. On assiste au fil du temps à un transfert graduel de celles-ci des Etats fédérés vers l'Etat fédéral (1). Ce transfert s'accompagne d'un élargissement des pouvoirs du Tribunal fédéral (2).

1) L'évolution du partage de compétences dans le temps

233. Lors de l'adoption de la Constitution fédérale du 12 septembre 1848, il fut décidé que la Confédération ne serait compétente que dans les domaines où la Constitution elle-même le prévoyait⁷³². Cette clé de voûte de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons a été maintenue jusqu'à présent⁷³³. Elle implique que les compétences des autorités fédérales en matière de droit judiciaire privé

⁷³² Art. 3 Cst. 1848 : « Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral. ». Cette clause a été reprise à l'identique dans les Constitutions ultérieures, aux modifications purement rédactionnelles près : Art. 3 Cst. 1874 et art. 3 Cst. 1999.

⁷³³ Voy. sur la question : Anne BENOIT, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, thèse Neuchâtel, Schulthess, Genève, 2009, p. 14 et les auteurs cités.

évoluèrent au rythme des modifications constitutionnelles (a), n'aboutissant que récemment au transfert presque total des compétences à la Confédération (b).

a) La fédéralisation progressive du droit judiciaire
privé de 1848 à 1999

234. La Constitution fédérale de 1848 ne contenait aucune norme déléguant de manière générale à la Confédération le pouvoir de légiférer en matière de procédure civile⁷³⁴. Seules quelques dispositions éparses concernaient cette matière. L'article 49 prévoyait que « *les jugements civils rendus dans un canton sont exécutoires dans toute la Suisse* », tandis que l'article 53 prohibait la constitution de tribunaux extraordinaires et reconnaissait le droit au « *juge naturel* »⁷³⁵. L'article 107 lettres c et d autorisait, finalement, la Confédération à légiférer sur la procédure applicable devant le Tribunal fédéral. Les compétences de ce dernier en matière judiciaire étaient extrêmement limitées. Selon l'article 101 de la Constitution, il n'était compétent que pour les litiges civils entre cantons, entre la Confédération et les cantons et pour les procès concernant les « *gens sans patrie* », soit les apatrides domiciliés en Suisse, relativement nombreux à l'époque⁷³⁶. L'article 102 autorisait toutefois le Tribunal fédéral à examiner d'autres litiges civils « *lorsque les parties s'accordent à le nantir et que l'objet du litige dépasse une valeur considérable que détermine la législation fédérale* ».

235. La position du Tribunal fédéral dans l'organisation judiciaire suisse était donc entièrement différente de celle de la Cour de cassation française. Alors que cette dernière assumait, depuis 1791, le rôle de juridiction suprême, son homologue helvétique était conçu comme une juridiction de première instance aux pouvoirs extrêmement limités⁷³⁷. Il n'était pas question, en 1848, de prévoir un recours devant le Tribunal fédéral en matière civile semblable au pourvoi en cassation du droit français. Le droit

⁷³⁴ Thomas SUTTER-SOMM, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht*, thèse d'habilitation Fribourg, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1998, p. 3.

⁷³⁵ Art. 53 Cst. 1848 : « *Nul ne peut être distrait de son juge naturel. En conséquence, il ne pourra être établi de tribunaux extraordinaires.* »

⁷³⁶ En effet, la possession de l'*indigénat*, soit la *nationalité cantonale*, donnait droit à de multiples droits sociaux (participation aux bénéfices fiscaux, accès à certains hôpitaux, droit à des prestations en nature...) hérités de la féodalité médiévale. La naturalisation était particulièrement difficile et l'apatridie fréquente.

⁷³⁷ Voy. à ce propos : Goran SEFEROVIC, *Das Schweizerische Bundesgericht 1848-1874 – Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat*, thèse Zurich, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2010, p. 274-277. L'auteur souligne la position particulièrement délicate de la juridiction fédérale sur le plan politique.

judiciaire privé restait en Suisse une matière exclusivement cantonale, tant au niveau des sources législatives, que du déroulement des procédures.

236. Une première tentative de fédéraliser⁷³⁸ l'administration de la justice eut lieu lors de la réforme de la Constitution fédérale de 1848. Un projet prévoyait l'unification de l'ensemble du droit privé, y compris la procédure⁷³⁹, et la création d'une voie de recours au Tribunal fédéral pour contester l'application du droit fédéral ainsi adopté⁷⁴⁰. Le projet suscita une assez vive opposition et fut rejetée lors de la votation populaire du 5 mai 1872⁷⁴¹.

237. Un nouveau projet fut préparé et adopté le 29 mai 1874. La nouvelle constitution contenait diverses dispositions relatives au droit judiciaire privé. L'article 59 prescrivait la compétence des juridictions du for du défendeur lorsque le « *débiteur solvable ayant son domicile en Suisse* » était recherché pour une « *réclamation personnelle* ». L'article 60 rappelait le principe d'égalité de traitement « *en matière de voies juridiques* ». L'article 64 consacrait un partage des compétences législatives qui fit, pour longtemps, l'originalité du fédéralisme suisse en matière de droit judiciaire privé⁷⁴². La Confédération était déclarée compétente pour « *la poursuite pour dettes et la faillite* », alors que les cantons conservaient les autres compétences en matière de droit judiciaire privé⁷⁴³. Un pareil compromis se retrouvait en matière de droit civil matériel. La Confédération fut déclarée compétente en matière de « *capacité civile* », pour « *toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières* », ce qui incluait « *le droit des obligations, le droit commercial et le droit de change* »⁷⁴⁴, ainsi qu'en matière de « *protection littéraire et artistique* ».

238. Le partage de compétence ne constituait pas qu'un compromis⁷⁴⁵, adopté suite au rejet du projet de Constitution de 1872. Il assurait une uniformité du droit dans

⁷³⁸ Pour une présentation concise de la question, voy : Jean-François POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales : sujet d'étonnement pour les juristes étrangers et de tourments pour les juristes suisses, *Revue internationale de droit comparé* 39 (1987), pp. 433 ss.

⁷³⁹ Sur l'élaboration de ce projet émaillée d'incidents : SUTTER-SOMM, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit*, pp. 4 ss.

⁷⁴⁰ L'art. 55 al. 3 du Projet de Constitution fédérale prévoyait que l'administration de la justice restait du ressort des cantons, sauf en ce qui concerne les compétences du Tribunal fédéral : SUTTER-SOMM, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit*, p. 38.

⁷⁴¹ Voy. les résultats du scrutin publiés in FF 1872 II 23. POUDRET, *Droit privé fédéral et procédures cantonales*, p. 434-435.

⁷⁴² Malgré le rejet du projet de 1872, les partisans de l'unification du droit civil et de la procédure civile se sont battus jusqu'au bout pour tenter, mais en vain, de conserver cette compétence de la Confédération : SUTTER-SOMM, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit*, p. 42-44.

⁷⁴³ Cf. art. 64 al. 2 Cst. 1874.

⁷⁴⁴ Art. 64 al. 1 Cst. 1874.

⁷⁴⁵ POUDRET, *Droit privé fédéral et procédures cantonales*, p. 435.

les matières proches du commerce où le manque d'unité était le plus problématique⁷⁴⁶. Le Tribunal fédéral reçut en outre de nouvelles compétences. Outre celles, déjà connues, qui étaient maintenues⁷⁴⁷, et notamment lorsque les parties consentaient⁷⁴⁸ à soumettre leur litige, la Constitution de 1874 autorisa le législateur fédéral à conférer à la juridiction « *des attributions ayant pour but d'assurer l'application uniforme des lois prévues à l'article 64* ». Elle plaça également dans la compétence de celle-ci les « *réclamations pour violations de droits constitutionnels des citoyens* »⁷⁴⁹, compétence amenée à jouer un grand rôle en matière de procédure civile.

239. L'article 64 de la Constitution fédérale de 1874 évolua à son tour au fil du temps. En 1887, la Confédération reçut la compétence pour légiférer en matière de propriété industrielle⁷⁵⁰, compétence précisée en 1905⁷⁵¹. L'unification du droit civil fut prévue en 1898⁷⁵². L'ensemble du droit privé matériel fut ainsi très tôt attribué à la Confédération. En revanche, le droit judiciaire privé resta du domaine des cantons, à l'exception de la « *poursuite pour dettes et faillite* », régie par la Loi fédérale du 11 avril 1889. Cette dernière unifia le domaine des voies d'exécution, de la faillite et du recouvrement simplifié des créances.

240. La nouvelle Constitution du 19 avril 1999 ne changea rien à cet équilibre dans un premier temps. Son article 122 réaffirma la compétence de la Confédération en matière de droit civil et celle des cantons pour le droit judiciaire privé. Chose curieuse, la compétence en matière de « *poursuite pour dettes et faillite* » ne fut plus mentionnée. Cela ne signifie toutefois pas que le droit fédéral en la matière soit devenu anticonstitutionnel. Les auteurs du projet initial, adopté sans changement sur ce point, considéraient que cette matière faisait partie du droit civil⁷⁵³. Nous n'avons pas trouvé d'explications à cette étonnante confusion entre le droit de fond et la procédure.

⁷⁴⁶ Pio CARONI, *Rechtseinheit – Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le Main, 1986, p. 23-24. Voy. déjà le *Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant la révision de la Constitution* publié in FF 1873 II 922 : « *Si l'on jette un coup d'œil sur les nombreux recours présentés au sujet de nos législations multiples, on observe que la grande majorité de ces réclamations ont pour cause le dédale et l'incertitude qui se montrent dans les conflits sur le domaine du droit des transactions et sur les matières qui y ont trait. Sur bien d'autres points du droit civil, la chose n'est nullement urgente.* »

⁷⁴⁷ Voy. art. 110 et 111 Cst. 1874.

⁷⁴⁸ Art. 111 Cst. 1874.

⁷⁴⁹ Art. 113 al. 1 ch. 3 Cst. 1874.

⁷⁵⁰ Modification constitutionnelle du 20 décembre 1887.

⁷⁵¹ Modification constitutionnelle du 20 décembre 1905.

⁷⁵² Modification constitutionnelle du 21 décembre 1898. La question de l'unification de la procédure civile fut alors mise de nouveau sur le tapis : SUTTER-SOMM, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit*, p. 50-51.

⁷⁵³ Voy. sur ce point précisément : *Message du 20 novembre 1996*, publié in FF 1997 I 345.

b) La fédéralisation totale lors de la réforme
constitutionnelle de 2000

241. Parallèlement à la révision de la Constitution de 1874, des travaux furent entrepris en vue de fédéraliser le droit judiciaire privé⁷⁵⁴. Ceux-ci aboutirent à l'adoption de l'arrêté fédéral du 8 octobre 1999⁷⁵⁵, approuvé en votation populaire le 12 mars 2000, et modifiant la Constitution fédérale qui venait à peine d'entrer en vigueur⁷⁵⁶. Le nouveau texte de l'article 122 prévoit désormais que la législation en matière de procédure civile est de la compétence de la Confédération. Toutefois, « *l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière civile* » restèrent du domaine des cantons, « *sauf disposition contraire de la loi* »⁷⁵⁷. L'unification du droit judiciaire privé n'est donc, à ce jour, pas intégrale, même si le constituant a implicitement autorisé la Confédération à adopter⁷⁵⁸, si nécessaire⁷⁵⁹, une législation qui empiète sur les domaines réservés aux cantons.

242. En ce qui concerne les compétences du Tribunal fédéral, celles-ci n'ont pas été modifiées par le transfert de compétences à la Confédération. La compétence de la juridiction suprême en matière constitutionnelle, continue, toutefois, à faire l'objet d'une disposition spécifique prévoyant la possibilité de porter devant elle des recours pour violation des droits constitutionnels⁷⁶⁰. L'article 190 alinéa 1 de la Constitution fédérale, dans sa version originale⁷⁶¹, prévoyait que « *la loi règle la compétence du Tribunal fédéral en matière civile, pénale et administrative* ». Selon les travaux préparatoires, il n'était toutefois pas question d'élargir la compétence du Tribunal fédéral au-delà de ce que prévoyait la Constitution de 1874, soit de veiller à l'application uniforme du droit fédéral et au respect des droits constitutionnels par les autorités cantonales⁷⁶². La nouvelle disposition était destinée à n'être qu'une disposition passagère. L'Arrêté fédéral du 8

⁷⁵⁴ Voy. Message FF 1997 I 495 ss qui contient un projet d'Arrêté fédéral en la matière.

⁷⁵⁵ FF 1999 7831. L'Arrêté fédéral prévoyait également l'unification de la procédure pénale, la création d'un Tribunal administratif fédéral et d'un Tribunal pénal fédéral. Il ne concernait donc pas que la procédure civile.

⁷⁵⁶ L'entrée en vigueur de la modification concernant la procédure civile fut toutefois fixée au 1^{er} janvier 2007. En effet, en vertu de l'art. 1 de l'Arrêté fédéral du 8 mars 2005 (publié in RO 2005 1059), l'entrée en vigueur du nouvel art. 122 Cst. fut scellé au sort de la Loi sur le Tribunal fédéral qui fut à son tour fixé au 1^{er} janvier 2007.

⁷⁵⁷ Nouvel art. 122 al. 2 Cst. 1999.

⁷⁵⁸ AUBERT/MAHON, n° 13 ad art. 122 Cst ; BIAGGINI, n° 6 ad art. 122 Cst.

⁷⁵⁹ La doctrine souligne le caractère limité des pouvoirs de la Confédération dans ce domaine : BIAGGINI, n° 6 ad art. 122 Cst (« *Der Bund soll seine Regelungsbefugnisse nur bei ausgewiesenem Bedarf in Anspruch nehmen* ») ; Christoph LEUENBERGER, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 2^{ème} édition, n° 28 ad art. 122 Cst (« *Der Bund soll nur eingreifen, wenn dies für die Anwendung des Zivilrechts oder des (vereinheitlichten) Zivilprozessrechts notwendig ist* »)

⁷⁶⁰ Art. 189 al. 1 lett. a Cst. 1999. Le texte adopté reprend littéralement celui de l'art. 177 al. 1 litt. a du Projet de 1996.

⁷⁶¹ Qu'on peut consulter au RO 1999 2556.

⁷⁶² Message FF 1997 I 434.

octobre 1999 modifia le texte de l'article 189 de la Constitution de manière à énumérer la liste, exhaustive, des normes dont le Tribunal fédéral doit assurer l'application uniforme. Le droit cantonal n'y figurant pas, on en déduit logiquement que la juridiction suprême n'est pas habilitée à en revoir l'application⁷⁶³.

2) Les conséquences de l'évolution du partage de compétence

243. La différence entre la répartition des compétences en matière de droit matériel et celle concernant le droit judiciaire privé eut des conséquences sur la pratique judiciaire. Elle se traduit par une asymétrie des compétences du Tribunal fédéral (a) et provoqua des tensions systémiques au sein de l'ordre juridique suisse (b).

a) Les pouvoirs asymétriques du Tribunal fédéral

244. Nous avons vu dans les paragraphes qui précèdent que le Tribunal fédéral n'a jamais été en mesure de revoir l'application de l'ensemble de la législation suisse. Sur ce point, sa position diffère profondément des juridictions suprêmes françaises dont les pouvoirs ne sont pas limités. Nul ne remet en cause le pouvoir de la Cour de cassation de se prononcer sur l'interprétation du droit local d'Alsace-Moselle⁷⁶⁴, même si la validité de celui-ci est limitée à une portion limitée du territoire français. En revanche, le Tribunal fédéral suisse ne saurait faire de même avec un règlement communal ou une loi cantonale. Cette différence s'explique tout simplement par le fait que la Suisse est un Etat fédéral, alors que la France est organisée selon le modèle de la République unitaire.

245. Les pouvoirs du Tribunal fédéral dépendent de la répartition des compétences figurant dans la Constitution. Lorsque la Confédération acquiert une compétence dans un domaine déterminé, le Tribunal fédéral peut revoir l'application de la législation fédérale ainsi adoptée. Etant donné que la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons est la conséquence de *transactions* entre diverses forces politiques, la sphère de compétence du Tribunal fédéral n'est pas uniforme. Cela se voit particulièrement en matière de droit privé. Alors que le droit matériel est totalement

⁷⁶³ A l'exception toutefois des dispositions relatives à l'exercice des droits politiques que nous n'aborderons pas : AUBERT/MAHON, n° 14 ad art. 189 Cst ; BIAGGINI, n° 6 ad art. 189 Cst ; Walter HALLER, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 2^{ème} édition, n° 42 ad art. 189 Cst.

⁷⁶⁴ Cf. supra, n° 4.

unifié⁷⁶⁵ depuis plus d'un siècle, la procédure civile ne l'a été qu'en 2011. Durant toute cette période, le Tribunal fédéral n'avait aucune compétence directe en matière de procédure civile, sauf pour le domaine limité de la poursuite pour dettes et la faillite.

b) Les tensions systémiques

246. Les limitations apportées par la Constitution au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral sont sources de tensions. Il est, en effet, rare qu'un litige ne porte que sur le droit cantonal ou sur le droit fédéral. Avant l'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile, il arrivait fréquemment que les questions de procédure et de droit matériel s'entremêlassent de manière à jeter la confusion. On songe, en particulier, au cas des procédures judiciaires consécutives à la vérification des créances dans une procédure de faillite. L'action par laquelle un créancier souhaite contester une production admise par l'administration de la faillite doit être introduite dans les vingt jours dès la publication de l'état de collocation⁷⁶⁶. Quelle est la place pour une réglementation prévoyant, par exemple, une suspension des délais à l'occasion de certaines fêtes religieuses locales ? Si on considère que le délai pour introduire instance est entièrement régi par le droit fédéral⁷⁶⁷, la législation cantonale n'aura aucun impact. Le Tribunal fédéral sera en mesure d'examiner si les juridictions cantonales ont correctement calculé le délai et il pourra indiquer quels sont les actes à accomplir pour introduire valablement instance. En revanche, si l'on applique le droit cantonal, la juridiction suprême ne sera pas en mesure de vérifier l'interprétation des dispositions pertinentes.

247. L'application du droit cantonal de procédure peut également avoir un impact sur la réalisation du droit matériel⁷⁶⁸. Cet impact est la source de tensions que le Tribunal fédéral doit résoudre⁷⁶⁹. Le débat autour du droit d'action en est la manifestation la plus éclatante⁷⁷⁰. La juridiction suprême considéra, dans un premier temps, qu'il appartenait

⁷⁶⁵ Si l'on fait abstraction des compétences résiduelles, et limitées, des cantons que le Code civil réserve expressément (art. 59, 686, 688, 695, 697 al. 2, 699 et 709).

⁷⁶⁶ Art. 250 al. 1 LP.

⁷⁶⁷ *In casu*, la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite de 1889.

⁷⁶⁸ Le problème est connu depuis longtemps, voy. déjà : Dieter STAEHELIN, intervention orale résumée in Protokoll der 103. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins – Sitzung vom Samstag, den 4. Oktober 1969 in der Aula Magna der Universität Genf, RDS 88 (1969) II, pp. 895 ss, spécialement p. 959 : « *Solange das Prozessrecht aber von Kanton zu Kanton verschieden ist, lässt sich nicht vermeiden, dass je nach der anwendbaren Prozessordnung das Beweisergebnis z.B. ein anderes ist und dass daher auch das Urteil anders lautet, was durch die heute bestehenden Weiterziehungsmittel an das Bundesgericht nicht behoben werden kann.* »

⁷⁶⁹ Les possibilités d'intervention demeuraient toutefois limitées : POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales, p. 440 et 445.

⁷⁷⁰ Sur cette notion et sa délicate réception en droit suisse : KUMMER, Klagerecht, pp. 20 ss ; MATTMANN, pp. 34 ss ; Stephen BERTI, Vom Beruf unserer Zeit für zivilprozessuale Gesetzgebung, Zeitschriften und « doktrinaire Entspannung » : ein Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch, RSPC 2005, pp. 67 ss ; François BOHNET, Les défenses

aux cantons d'en fixer les limites⁷⁷¹. Elle admit, par voie de conséquence, que ceux-ci instituent des causes de déchéance du droit d'agir en justice distinctes du droit matériel, en prévoyant notamment que l'inaction d'une partie au cours d'un procès la privait définitivement du droit d'action en justice⁷⁷². Sur le plan purement dogmatique, la solution était satisfaisante, vu qu'elle séparait les questions qui relevaient du droit cantonal de celles qui étaient régies par le droit fédéral. Cette approche soulevait, en revanche, des difficultés pratiques considérables. Il se pouvait qu'une partie soit déchue du droit d'agir en justice devant une juridiction, alors qu'elle conservait toutes ses possibilités d'action ailleurs⁷⁷³.

248. Le Tribunal fédéral régla le problème de manière radicale en écartant purement et simplement le concept d'action⁷⁷⁴. L'arrêt de principe portait sur une procédure de recherche en paternité. Les demandeurs avaient omis d'introduire action à temps, après l'échec du préalable obligatoire de conciliation. Leur demande fut déclarée irrecevable. Ils introduisirent une nouvelle procédure devant la même juridiction et portèrent le litige devant le Tribunal. La juridiction suprême aurait pu s'en tenir à la solution acquise et confirmer l'irrecevabilité de la seconde demande. Après avoir décrété que la distinction entre l'action et le fond du litige relevait de l'«*excitation doctrinale*»⁷⁷⁵, elle estima que l'autorité de la chose jugée faisait obstacle à la seconde procédure. Contre toute attente, elle assimila le premier jugement à une décision sur le fond du litige. Elle ne renonça toutefois pas définitivement au concept d'action en justice. Ainsi un arrêt ultérieur énonça que «*le droit d'action est, selon la conception suisse, une émanation de la prétention au fond*» qui «*à l'instar de la créance repose sur le droit*

en procédure civile, pp. 200 ss.; François BOHNET, Les exceptions en procédure civile, p. 146-147; BOHNET/SCHWEIZER, pp. 13 ss.; Thomas COENDET/Christoph HURNI, Zur Differenz von Klagebefugnis und subjektivem Recht – Dogmatische Konzepte und ihre Implikationen, RJB 143 (2007), pp. 210 ss.; POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales, pp. 440 ss.; TREZZINI, Celerità e lentezza, p. 3-4; Philippe SCHWEIZER, Note sous TF du 27 juin 2002, RSPC 2005, p. 36-38; VOGEL, Note sous ATF 118 II 479, pp. 182 ss.; WALTER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, pp. 286 ss.

⁷⁷¹ MATTMANN, p. 34.

⁷⁷² ATF 24 I 654, cons. 2 : «*...stehen die Bestimmungen des Obligationenrechts über das Erlöschen der Obligationen, speziell diejenigen über die Verjährung, der Ausstellung von prozessualischen Fristen mit Präklusionsandrohung durch das kantonale nichts entgegen, da hiermit im Grunde bloss die Verwirkung des prozessualischen Klagerechts ausgesprochen wird.*» Le litige portait sur la validité d'une action provocatoire suite à la notification d'un commandement de payer.

⁷⁷³ MATTMANN, p. 34-35; VOGEL, Note sous ATF 118 II 479, p. 182-184.

⁷⁷⁴ Voy. pour un résumé de la jurisprudence : POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales, pp. 446 ss.

⁷⁷⁵ ATF 67 II 170, cons. 2, JdT 1941 I 439 : «*Es ist jedoch eine doktrinaire Überspannung, als Gegenstand des Prozesses nicht den eingeklagten Anspruch, sondern den darauf bezüglichen Rechtsschutzanspruch als solchen anzusehen.*»

fédéral. »⁷⁷⁶. En revanche, d'autres espèces⁷⁷⁷ s'inscrivirent dans la droite ligne des critiques formulées et proclamèrent que la distinction entre l'action et le fond était contraire « à la doctrine juridique simple et concrète qui prévaut »⁷⁷⁸ en Suisse.

249. Une grande partie de la doctrine s'est toujours prononcée en faveur d'un maintien du concept⁷⁷⁹, quitte à en faire une émanation directe du droit de fond afin de concilier la dogmatique juridique avec les exigences de la pratique⁷⁸⁰. Si la notion d'action en justice présente une certaine utilité, quel était donc le but de la jurisprudence du Tribunal fédéral ? Il s'agissait, en fait, d'introduire progressivement un concept fédéral d'action en justice délivré des contingences du droit cantonal⁷⁸¹. Le Tribunal fédéral ne voulait certainement pas encourir le reproche de violer la Constitution fédérale, au motif qu'il retirait aux cantons certaines de leurs prérogatives souveraines dans le domaine du droit judiciaire privé. Aussi a-t-il préféré se réfugier derrière des explications pour le moins obscures.

250. Une valse hésitation similaire, avec final en faveur d'une solution uniforme, se retrouve d'ailleurs en matière d'action en constat. Après avoir estimé pendant longtemps qu'en l'absence de base légale expresse l'admissibilité de celle-ci dépendait du droit cantonal⁷⁸², le Tribunal fédéral changea brusquement d'avis au profit d'une approche fédérale destinée à imposer une solution uniforme dans toute la Suisse⁷⁸³.

⁷⁷⁶ ATF 86 II 41, cons. 4a : « Das Klagerecht ist nach schweizerischer Auffassung ein Ausfluss des materiellen Anspruchs[...], beruht also wie die Forderung selbst auf dem Bundesrecht. » Pour plus de précisions, voy. POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales, p. 440-441.

⁷⁷⁷ ATF 118 II 479, cons. 2g, JdT 1994 I 20 : « Mochte eine Trennung zwischen prozessualen Klagerecht und materiellem Anspruch rein theoretisch auch der Abgrenzung zwischen kantonalem Prozessrecht und materiellem Bundesprivatrecht Genüge tun, so ist sie doch zu Recht mit der im Jahre 1941 eingeleiteten Praxis als doktrinär überspannt abgelehnt worden ». Certains arrêts semblent en revanche éluder la question : ATF 87 I 61, cons. 3c : « Als Akt der kantonalen Gerichtsbarkeit fällt hier wie dort nicht das Verhalten der Partei, sondern die daran geknüpfte Rechtsfolge in Betracht. Diese Rechtsfolge aber ist in beiden Fällen dieselbe: der Verlust des Rechts, die Klage zu erneuern. Wie das Bundesgericht wiederholt entschieden hat, ist vom Standpunkt des Bundeszivilrechts aus nichts dagegen einzuwenden, dass das Prozessrecht einen Anspruch dahinfallen lässt, wenn der Kläger eine Frist versäumt, die zur Fortsetzung des einmal angehobenen Verfahrens dient (...) » ; ATF 98 II 341, cons. 3 (le Tribunal fédéral mentionne un « Anspruch » à ce que le juge prête son concours à l'exécution forcée des droits subjectifs privés, sans toutefois préciser qu'il s'agit du droit d'action) ; ATF 93 II 367 (applicabilité de l'art. 139 CO à une action en paternité). La jurisprudence des cantons romands continua cependant à employer le concept, voy. par exemple: Cour just. GE, 20 novembre 1987, SJ 1988, pp. 85 ss. Voy. également WALTER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, p. 386.

⁷⁷⁸ BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 201 et les références citées.

⁷⁷⁹ TROLLER, pp. 18 ss ; KUMMER, p. 22-24 ; BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 201-202.

⁷⁸⁰ Voy. les longs développements chez MATTMANN, pp. 35 ss.

⁷⁸¹ MATTMANN, p. 37. VOGEL, Note sous ATF 118 II 479, p. 187-188 relève d'ailleurs que cette jurisprudence contribue à faire reculer l'autonomie cantonale en matière de procédure. Cela explique peut-être pourquoi le Tribunal fédéral a confondu, en l'espèce, les vices relatifs à l'instance et ceux relatifs à l'action : BOHNET, Les défenses en procédure civile, pp. 201-202, note de bas de page n° 47.

⁷⁸² Voy. par exemple: ATF 55 II 135, cons. 2 ; ATF 45 II 460, cons. 2.

⁷⁸³ ATF 77 II 344, cons. 2, JdT 1952 I 179. Voy. Bernhard BODMER, Die allgemeine Feststellungsklage im schweizerischen Privatrecht, thèse Bâle, Coll. Basler Studien zur Rechtswissenschaft – Reihe A : Privatrecht, Vol. 9,

251. A un stade ultérieur, la jurisprudence s'appuya plus directement sur le concept de « *droit privé fédéral non écrit* » pour hisser certaines institutions de procédure, telles que l'autorité de la chose jugée, au rang de principes généraux valables sur l'ensemble du territoire suisse⁷⁸⁴. Il ne faut toutefois pas perdre de vue le fait que les solutions adoptées ont été retenues sans égard à l'excès de formalisme qu'elles pouvaient occasionner⁷⁸⁵. En décidant péremptoirement que l'omission de poursuivre l'instance dans les délais emportait autorité de la chose jugée en défaveur du demandeur, le Tribunal fédéral a péjoré sa situation. Cette conséquence a d'ailleurs été avancée pour remettre en cause le bien-fondé de la démarche⁷⁸⁶.

252. Ces quelques exemples montrent à quel point la nécessité de dépasser la fragmentation du droit judiciaire privé constitua le moteur d'un grand nombre d'évolutions dogmatiques⁷⁸⁷. On comprend, dès lors, mieux, le caractère tourmenté de la relation entre la procédure et le fond au sein de l'ordre juridique suisse⁷⁸⁸. Nous ne lui connaissons pas d'équivalent en droit français. La question y a toujours été dépourvue d'enjeu constitutionnel. Ainsi reconnaît-on sans difficulté que le désistement d'instance n'emporte pas automatiquement renonciation à l'action⁷⁸⁹. De même, ne s'émeut-on pas, outre mesure, de la présence au sein du Code civil français⁷⁹⁰ des règles relatives à l'autorité de la chose jugée.

Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1984, pp. 30 ss ; MATTMANN, p. 44-45 ; POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales, p. 441. Le Tribunal fédéral tira, entre autre argument, parti du fait que la nouvelle loi fédérale de procédure civile reconnaissait l'action en constat. En revanche il faudra attendre 1984 pour que le Tribunal fédéral reconnaisse le caractère exhaustif de la réglementation fédérale : ATF 110 II 352, cons. 1, JdT 1985 I 354.

⁷⁸⁴ Voy. sur la question : Stephen V. BERTI, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, thèse Zurich, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band 82, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1989 ; Max GULDENER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, RDS 80 (1961) II, pp. 1 ss ; POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales, p. 445-446 ; SUTTER-SOMM, Werdegang und Charakteristika, p. 755-756 ; Joseph VOYAME, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 80 (1961) II, pp. 67 ss.

⁷⁸⁵ Cela transpire tout particulièrement dans certains arrêts : ATF 87 I 61, cons. 3c) ; ATF 104 Ia 105, cons. 4c.

⁷⁸⁶ Voy. par exemple : TROLLER, p. 21 qui distingue entre la prétention déduite en justice (*eingeklagter Anspruch*), la prétention extra-judiciaire (*vorprozessualer Anspruch*) et le droit subjectif (*subjektives Recht*). Pour cet auteur les conclusions (*Klageschluss, Rechtsbegehren*) constituent le véritable objet du litige (...*was sich die Parteien im Prozess jeweils streiten...*)

⁷⁸⁷ BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 202.

⁷⁸⁸ En ce sens : Hans Peter WALTER, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, RSJ 100 (2004), pp. 313 ss, spécialement p. 314-315 qui se réfère explicitement à l'interdiction du formalisme excessif.

⁷⁸⁹ Cf. art. 398 CPC 1975.

⁷⁹⁰ Art. 1351 C. civ. La disposition est resté inchangée depuis 1804. Elle est donc antérieure au Code de procédure civile de 1806.

B) Le déni de justice comme instrument de contrôle des juridictions cantonales

253. Dès l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale de 1848, le partage des compétences entre autorités fédérales et cantonales ne tarda pas à soulever des problèmes pratiques. Les justiciables ne se contentèrent pas des décisions que les juridictions cantonales adoptèrent dans leurs domaines de compétence respectifs. Ils appelaient fréquemment de leurs vœux une forme de contrôle au niveau fédéral. Ces souhaits conduisirent à la création d'un contrôle politique de constitutionnalité (1). Cette situation perdura sous l'empire de la Constitution de 1874, par laquelle la juridiction constitutionnelle fut formellement créée (2).

1) L'émergence d'un contrôle politique de constitutionnalité sous l'empire de la Constitution de 1848

254. Le moyen utilisé par les justiciables pour porter leurs affaires devant les autorités fédérales prit la forme d'un *recours pour déni de justice* adressé successivement au Gouvernement, puis au Parlement, fédéral et fondé sur une interprétation extensive de certaines dispositions constitutionnelles (a). Ce recours connut toutefois un succès mitigé en matière judiciaire, la plupart des recours étant écartés (b).

a) Le *recours pour déni de justice* comme instrument de contrôle des cantons

255. La Constitution fédérale de 1848 donna au Conseil fédéral, soit au Gouvernement fédéral, la faculté de « *veille[r] à l'observation de la constitution, des lois, des décrets et des arrêtés de la Confédération, ainsi que des prescriptions des concordats fédéraux ; [de prendre], de son chef ou sur plainte, les mesures nécessaires pour les faire respecter* »⁷⁹¹. Par ailleurs, l'Assemblée fédérale, soit l'organe législatif, avait pour compétence de traiter « *les réclamations des Cantons et des citoyens contre les décisions ou les mesures prises par le Conseil fédéral.* »⁷⁹² Elle pouvait, en outre renvoyer devant le Tribunal fédéral les plaintes pour « *violation des droits garantis par la [...] Constitution* »⁷⁹³. A première lecture, ces dispositions étaient bien loin de créer une quasi-

⁷⁹¹ Art. 90 ch. 2 Cst. 1848.

⁷⁹² Art. 74 ch. 15 Cst. 1848.

⁷⁹³ Art. 105 Cst. 1848.

juridiction constitutionnelle⁷⁹⁴. Il s'agissait en réalité de dispositions d'organisation politique⁷⁹⁵. Pourtant, elles servirent très vite⁷⁹⁶ de véritables voies de recours sur le plan fédéral contre les décisions et les actes de autorités cantonales. Les justiciables saisirent toujours plus fréquemment le Conseil fédéral pour se plaindre de violation de leurs droits constitutionnels. Le cas échéant, ils n'hésitèrent pas à porter le litige devant l'Assemblée fédérale. En revanche, le renvoi devant le Tribunal fédéral ne fut ordonné qu'une seule fois⁷⁹⁷. Les recours étaient avant tout examinés par les pouvoirs exécutifs et législatifs, même lorsqu'ils concernaient une décision de justice.

256. Une fois les prémices d'une intervention de la Confédération posés, restait encore à identifier les droits fondamentaux susceptibles d'être invoqués par les justiciables à l'appui de leurs recours adressés aux autorités fédérales. Les articles 48 à 50 de la Constitution consacraient un certain nombre de garanties de nature procédurale. Ils ne permettaient cependant qu'un contrôle limité. Il fallait donc trouver une autre norme pourvue d'une portée plus générale. Le Conseil fédéral se référa à l'article 5 de la Constitution fédérale de 1848. La référence est surprenante, dans la mesure où cette disposition indiquait uniquement que « *la Confédération garantit aux cantons leur territoire, leur souveraineté [...], leur constitution, la liberté et le droit du peuple, les droits constitutionnels des citoyens, ainsi que les droits et attributions que le peuple a conférés aux autorités* »⁷⁹⁸. Selon un auteur, le Conseil fédéral considérait implicitement « *le droit d'obtenir justice comme une chose tellement naturelle, existant en vertu du but même de l'Etat, qu'il devait faire partie des droits constitutionnels du citoyen, même s'il ne figurait pas dans un texte exprès de la Constitution.* »⁷⁹⁹. Il est également permis de penser que le Gouvernement souhaitait uniquement recouvrir d'un vernis de constitutionnalité la décision, essentiellement politique, de s'immiscer dans certaines affaires cantonales.

⁷⁹⁴ On oubliera pas, en effet, que les recours étaient traités par les pouvoirs législatifs et exécutifs et non par le pouvoir judiciaire.

⁷⁹⁵ Voy. par exemple : Johann Jakob BLUMER, *Handbuch des Schweizerischen Bundesstaatsrecht*, Vol. 1, Verlag der Fr. Hurter'schen Buchhandlung, Schaffhouse, 1863, p. 191 qui rangeait les compétences du Conseil fédéral parmi les moyens « *destinés à garantir l'état de droit au niveau interne (Handhabung der Rechtsordnung im Innern)* ». Un autre auteur (Simon KAISER, *Schweizerisches Staatsrecht*, Vol. 2 : *das Staatsrecht*, Druck und Verlag von Scheitlin und Zollikofer, Saint Gall, 1859, p. 211) parlait simplement de la « *direction des affaires intérieures et extérieures (Leitung der inneren und äusseren Angelegenheiten)* ».

⁷⁹⁶ Voy. parmi tant d'autres : Samuel BURY, *Manuel de droit public à l'usage du citoyen*, Imprimerie L. Corbaz et Cie, Lausanne, 1869, p. 338 qui mentionne les « *nombreuses décisions* » du Conseil fédéral au sujet de l'application de l'article 49 de la Constitution.

⁷⁹⁷ SCHÜPBACH, *Traité de procédure civile*, p. 42 ; KAUFMANN, pp. 339-340.

⁷⁹⁸ Décisions du Conseil fédéral des 25 septembre 1850 et 5 février 1851 citées par ULLMER, Vol. 1, p. 42.

⁷⁹⁹ ROSSEL, p. 12.

257. Une fois la question de la base constitutionnelle réglée, les autorités fédérales furent confrontées à la nécessité de fixer le degré de précision de leur contrôle. Lors de la toute première affaire, le Conseil fédéral précisa d'emblée que les autorités fédérales ne sauraient être transformées en « *une espèce de cour d'appel ou de cassation* », l'intervention de celles-ci se limitant aux cas de « *déni de justice* ». En l'espèce, il s'agissait de l'effectivité d'une enquête pénale menée suite à une mort suspecte. Le Conseil fédéral indiqua aussitôt que les autorités fédérales n'interviendraient que si les juridictions cantonales refusaient sans raison valable d'ouvrir une enquête ou ne menaient celle-ci que dans le but de « *sauver les apparences* »⁸⁰⁰. L'origine du concept de *déni de justice* ne figure nulle part dans les décisions des autorités fédérales. Il est hautement probable qu'elles se soient inspirées de la pratique en matière de protection diplomatique⁸⁰¹, à moins qu'elles n'aient puisé leur inspiration dans certaines institutions du droit public du Saint-Empire romain et germanique⁸⁰².

258. Le concept de déni de justice fut ensuite étendu aux affaires civiles. Statuant sur un recours formé par une personne mise sous tutelle qui se plaignait de la gestion de ses biens, l'Assemblée fédérale approuva la décision du Conseil fédéral constatant lapidairement qu'« *il ne peut être question d'un déni de justice* »⁸⁰³. Dans une autre affaire, concernant cette fois-ci des mesures tutélaires prises à l'égard d'orphelins mineurs, le Conseil fédéral précisa qu'il « *ne peut y être question d'un déni de justice, que l'on considère l'affaire comme une question administrative, ou comme une question de*

⁸⁰⁰ Il s'agit de l'affaire Déssingy qui concernait un assassinat prétendument perpétré par des soldats lors de la brève guerre civile de 1847-1848 dite « guerre du Sonderbund ». La décision du Conseil fédéral était reprise dans le rapport de gestion pour l'année 1850 que le Conseil fédéral adressa à l'Assemblée fédérale et qui fut publié in FF 1851 II 345 ss. On observera, *cum grano salis*, que le Gouvernement suisse venait de consacrer, cent quarante-cinq ans avant la Cour européenne des droits de l'Homme, le droit à une enquête effective (Cf. CourEDH [GC], *Mc Cann c. Royaume Uni*, n° 18984/91, arrêt du 27 septembre 1995, Série A n° 234, § 161 : « L'obligation de protéger le droit à la vie [...] implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'Etat, a entraîné mort d'homme. »)

⁸⁰¹ Voy. parmi la doctrine de l'époque : Georg Friedrich VON MARTENS, Précis du droit moderne des gens de l'Europe, Nouvelle édition par M. S. Pinheiro-Ferreira, Vol. 1, J. P. Aillaud et Heideloff, Paris, 1831, p. 224-225 qui érige le déni de justice, défini comme la « *protraction inconstitutionnelle de justice* », en motif de protection diplomatique. La notion s'est maintenue en droit international public contemporain, l'accent se portant également sur le caractère effectif de l'accès à un tribunal (Voy. Francesco FRANCIONI, The Rights of Access to Justice under Customary International Law, in Francesco FRANCIONI (édit.), Access to Justice as a Human Right, Coll. Academy of European Law/European University Institute, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 1 ss, spécialement p. 11-15). La doctrine internationaliste récente considère, par ailleurs, que l'excès de formalisme est constitutif de déni de justice : Jan PAULSSON, Denial of Justice in International Law, Coll. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge University Press, Cambridge/New-York/Melbourne/Madrid/Cape Town/Singapour/São Paulo, 2005, p. 137-138.

⁸⁰² Voy. concernant la pratique du *Reichskammergericht* : Kurt PERELS, Die Justizweigerung im alten Reiche seit 1495, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte-Germanistische Abteilung 25/38 (1904), pp. 1 ss.

⁸⁰³ Décision des 8 et 14 juillet 1859, rapport publié in FF 1859 II 497 ss.

*droit civil, puisque l'autorité administrative et l'autorité judiciaire ont toutes deux statué entre les parties. »*⁸⁰⁴

259. Ces quelques décisions montrent que les autorités fédérales exercèrent une certaine surveillance sur le déroulement des procès civils, même si elles n'étaient *a priori* pas compétentes pour cela. C'est ainsi que naquit une véritable voie de recours *pour déni de justice*. La constitutionnalisation de la matière servit à assoir les compétences du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale en la matière.

b) Le faible succès des recours portant sur des
procédures judiciaires

260. Si la volonté d'exercer un certain contrôle sur le déroulement des procès civils ne fait aucun doute, cela ne veut pas encore dire que la surveillance des juridictions cantonales fut mise en oeuvre d'une manière particulièrement stricte. Les recours pour déni de justice furent rarement admis en pratique. Entre 1848 et 1863⁸⁰⁵, seules deux affaires portant sur l'équité de la procédure connurent une issue favorable à la partie recourante. La première concernait un conflit de compétence entre les juridictions vaudoises et fribourgeoises⁸⁰⁶. La seconde concernait une action en paternité que les juridictions fribourgeoises refusaient de juger en multipliant les suspensions du procès⁸⁰⁷. La question de la durée excessive des procès civils préoccupa également les autorités fédérales. Dans une affaire valaisanne, qui concernait par ailleurs un ressortissant français, le Conseil fédéral ne manqua pas de souligner « *qu'une simple cause civile, dont l'instruction dure déjà depuis deux ans et demi, a en effet toute l'apparence d'un procès que l'on traîne en longueur, et que si, comme on peut le prévoir, cette affaire donnait lieu à de nouvelles réclamations de la part du Gouvernement français, cela ferait paraître la justice suisse sous un jour qui ne lui est pas particulièrement favorable.* »⁸⁰⁸

261. Le contrôle exercé par les autorités fédérales s'avère souvent extrêmement succinct. Nanti d'un recours pour déni de justice à l'appui duquel l'impartialité des juridictions cantonales était contestée, le Conseil fédéral se borne à relever que la bonne application des dispositions relatives à la récusation constitue une « *question dont la*

⁸⁰⁴ Décision du 8 novembre 1854, citée par ULLMER, Vol. 1, p. 14-16.

⁸⁰⁵ Soit la période couverte par l'ouvrage de ULLMER.

⁸⁰⁶ Décision du 24 décembre 1852, citée par ULLMER, Vol. 2, p. 24-26.

⁸⁰⁷ Décision du Conseil fédéral résumée dans le Rapport de gestion de l'année 1862 et publiée in FF 1863 II 97, ULLMER, Vol. 2, pp. 28 ss. L'affaire donna au demeurant lieu à plusieurs décisions des autorités fédérales.

⁸⁰⁸ Décision du 21 décembre 1862, citée par ULLMER, Vol. 2, p. 30-31.

décision n'appartient pas aux Autorités fédérales, mais qui ne pouvait être jugée que par un tribunal d'appel constitutionnel »⁸⁰⁹.

262. On relève également durant la période concernée un grand nombre de recours portant sur le rejet d'actions en paternité. Les questions concernaient essentiellement des conflits intercantonaux de lois et non l'équité de la procédure⁸¹⁰. En tout état de cause, les recours pour déni de justice ne portaient jamais sur des questions d'excès de formalisme. Ils contribuèrent cependant à faire admettre l'idée d'un contrôle de l'équité des procès civils par les autorités fédérales.

2) La reprise de l'institution par le Tribunal fédéral dès 1874

263. La Constitution fédérale de 1874 créa un Tribunal fédéral permanent auquel elle accorda la compétence de se prononcer sur les recours pour violation des droits constitutionnels⁸¹¹. La procédure essentiellement politique appliquée sous l'empire de la Constitution fédérale de 1848 fut donc remplacée par une procédure judiciaire plus moderne⁸¹². Toutefois, la Loi fédérale d'organisation judiciaire du 27 juin 1874 s'empressa de restituer au Conseil fédéral la compétence de se prononcer sur la violation de toute une série de droits fondamentaux⁸¹³. Ce partage des attributions conduisit le Tribunal fédéral à se référer à un autre article de la Constitution fédérale pour justifier ses interventions en matière de déni de justice (a). A côté de cela, il entreprit de développer considérablement sa jurisprudence et s'intéressa progressivement aux questions de forme (b).

a) Le changement de base constitutionnelle

264. Signe indiscutable de continuité, le premier arrêt publié du nouveau Tribunal fédéral concerne précisément le déni de justice⁸¹⁴. L'affaire portait sur un procès en liquidation d'une société. La juridiction observa que « *ni la constitution fédérale, ni celle*

⁸⁰⁹ Décision du Conseil fédéral résumée dans le Rapport de gestion de l'année 1851 et publié in FF 1852 I 432-433, ULLMER, vol. 1, p. 14.

⁸¹⁰ Voy. les exemples cités par ULLMER, Vol. 2, pp. 139 ss. L'action en paternité n'était pas admise par tous les cantons et la désignation du droit applicable donnait ainsi lieu à de multiples incidents.

⁸¹¹ Art. 113 ch. 3 Cst. 1874.

⁸¹² Sur la transition d'un système à l'autre : François BERGOËND, Etude sur les recours de droit public au Tribunal fédéral suisse, thèse Lyon, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1904, pp. 44 ss ; Ulrich CHRISTINGER, Die Voraussetzungen der staatsrechtlichen Beschwerde nach dem neuen OG vom 16. Dezember 1943, thèse Berne, Buchdruckerei Bircher, Sulgen, 1946, pp. 4 ss ; DREYER, p. 14-16 ; Zaccaria GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, pp. 32 ss ; KÖLZ, pp. 802 ss

⁸¹³ Art. 59 al. 3 aOJF 1874. Pour plus de précisions : KÖLZ, p. 804.

⁸¹⁴ ATF 1, pp. 3 ss. ROSSEL, p. 18 et KAUFMANN, p. 343 semblent ignorer cet arrêt.

de l'Etat de Neuchâtel, ni enfin le traité de 1869 entre la Suisse et la France⁸¹⁵, ne contiennent une disposition expresse relative au déni de justice, le refus des autorités neuchâteloises compétentes, de se nanter de la demande du réclamant, impliquerait néanmoins une violation de l'art[icle] premier du traité précité, rapproché des articles 4 et 60 de la constitution fédérale »⁸¹⁶. Le déni de justice fut considéré, à cette occasion, comme une émanation de l'égalité de traitement. La juridiction suprême s'en expliqua de manière extrême sommaire⁸¹⁷. Elle précisa uniquement que « l'on ne saurait admettre que les autorités de Neuchâtel refusent de se nanter des réclamations à elles adressées, dans leur compétence, par les ressortissants de ce canton », et que « tous les cantons suisses sont obligés de traiter les citoyens français comme leurs propres ressortissants, en matière de législation et pour tout ce qui concerne les voies juridiques ».

265. La nouvelle pratique du Tribunal fédéral fut entérinée dans un arrêt de 1877⁸¹⁸. La jurisprudence⁸¹⁹ se développa peu à peu en matière civile⁸²⁰. Elle assimila ainsi au déni de justice l'application arbitraire du droit matériel⁸²¹ et le conflit négatif de compétence⁸²². Elle reconnut également à ce titre un droit à l'assistance judiciaire gratuite en faveur des plaideurs indigents⁸²³. L'élargissement du contrôle opéré par le Tribunal fédéral suscita bientôt des critiques au sein de la doctrine. Il lui fut reproché de porter atteinte à la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons⁸²⁴. Le

⁸¹⁵ La partie recourante était de nationalité française.

⁸¹⁶ Arrêt précité, p. 5.

⁸¹⁷ ROSSEL, p. 15 précise que « ce changement de jurisprudence méritait d'être plus explicite ».

⁸¹⁸ ATF 3, pp. 425 ss. ROSSEL, pp. 18 ss.

⁸¹⁹ Pour une présentation détaillée : POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales, pp. 437 ss ; SOLDAN, pp. 477 ss.

⁸²⁰ Eugen CURTI, Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze (Art. 4 der schweizerischen Bundesverfassung), thèse Berne, Zollikofer'sche Buchdruckerei, Saint Gall, 1888, p. 85. Voy. également les arrêts discutés dans l'étude suivante : Elsa SIGG-MEIERHANS, Staatsrechtliche Beschwerde und kantonales Zivilprozessrecht, thèse Zurich, s. éd., 1973

⁸²¹ ATF 5, pp. 505 ss ; ATF 23, p. 469. ROSSEL, p. 19-20.

⁸²² ATF 18, p. 618, cons. 5 (refus des juridictions ordinaires de statuer sur la validité d'une clause d'arbitrage, alors que le tiers devant désigner les arbitres a renvoyé les parties devant celle-ci) ; ATF 24 I 178 (refus d'examiner une plainte pour injure à l'égard de laquelle les juridictions d'un autre canton se sont déjà déclarées incompétentes). Voy. également : ATF 23, pp. 1809 ss (renvoi d'une action en responsabilité civile devant les juridictions de l'expropriation) ; ATF 38 I 1 (refus de citer les parties en conciliation en raison d'une prétendue incompétence *ratione loci* des juridictions cantonales).

⁸²³ POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales, p. 438 ; ROSSEL, p. 24-25 et les arrêts cités.

⁸²⁴ Voy. par exemple : SOLDAN, p. 479 : « Lorsque le Tribunal fédéral taxe une autorité cantonale d'avoir fait une application arbitraire du droit, ne s'expose-t-il pas à voir ce reproche se retourner contre lui-même ? Et comment y répondra-t-il victorieusement, alors que sa jurisprudence a varié et que sa définition du déni de justice, après s'être éloignée d'une doctrine solide, a substitué le vague et l'élasticité à la précision scientifique ? Mais ce qui est bien plus grave, c'est l'atteinte que cette jurisprudence par trop extensive porte aux principes constitutionnels consacrés en 1874. Il ne faut pas l'oublier : toutes les dispositions de la Constitution relatives à la législation sur le droit et à l'administration de la justice sont le résultat d'une transaction entre fédéralistes et centralisateurs. En disant, dans cette transaction, que l'administration de la justice resterait aux cantons, sous réserve des attributions du Tribunal fédéral, on a voulu faire la part de la souveraineté cantonale et de la souveraineté fédérale ; on a entendu que les cantons demeureraient libres d'appliquer et d'interpréter à leur manière les lois cantonales restées dans leur

procédé constituait, en fait, le seul moyen de reconnaître un certain pouvoir d'intervention à la Haute Cour dans des domaines qui lui étaient en principe interdits.

b) L'apparition d'un contrôle du formalisme
procédural

266. Tout en asseyant son pouvoir d'examen en matière procédurale, le Tribunal fédéral développa graduellement un contrôle plus précis du formalisme procédural⁸²⁵. Il veilla, tout d'abord, à ce que les cantons appliquent effectivement les règles de procédures prévues par le droit cantonal, notamment celles concernant la récusation des juges⁸²⁶. Il aborda ensuite plus directement la question de l'importance des vices de procédure, sous l'angle du déni de justice. Un premier arrêt en la matière fut rendu en 1889⁸²⁷. Les circonstances de l'affaire méritent qu'on s'y attarde quelque peu. Les membres du Conseil communal de Sarnen avaient poursuivi en diffamation⁸²⁸ des journalistes du « *Luzerner Tagblatt* ». Le quotidien avait consacré un article à des cas de maltraitance dans un orphelinat et accusait les autorités politiques de fermer les yeux sur le problème. Condamnée, la rédaction du journal se pourvut devant le Tribunal fédéral en invoquant un déni de justice. A l'appui de son recours, elle soutint que les pièces du procès désignaient uniquement le Conseil communal de Sarnen comme partie demanderesse, alors que les prétentions en dommages et intérêts appartenaient à chaque membre isolément. L'absence de désignation de chaque défendeur aurait eu pour conséquence de l'obliger à plaider contre des inconnus et elle aurait été *de facto* privée de la possibilité de récuser certains témoins en raison de leurs liens de parentés avec les membres du Conseil communal. Le Tribunal fédéral rejeta le recours. Il concéda « *qu'il aurait peut-être été plus correct, au lieu d'admettre la demande formée par les membres du Conseil communal de Sarnen sous cette désignation collective, d'exiger la mention de leur identité* ». Il souligna cependant qu'il incombait à la recourante de « *de sommer son adversaire de révéler l'identité des membres du Conseil communal* » et en déduisit « *qu'elle était suffisamment renseignée sur la composition du Conseil communal, étant donné que les pièces du procès révèlent çà et là la parenté de certains participants au*

compétence. Le Tribunal fédéral ne l'a pas compris ainsi ; dans l'intention, assurément louable, de redresser des jugements qui lui paraissaient mal rendus, il s'est immiscé dans le domaine réservé aux autorités cantonales. »

⁸²⁵ POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales, p. 438.

⁸²⁶ ATF 13, pp. 99 ss.

⁸²⁷ ATF 15, pp. 63 ss.

⁸²⁸ Il s'agit d'un procès pénal, mais les procès en diffamation étaient, à l'époque, jugés, en droit lucernois, selon les règles de la procédure civile (arrêt précité, p. 77-78)

litige avec les membres du Conseil communal »⁸²⁹. L'expression *formalisme excessif* n'apparaît certes nulle part ; elle est toutefois présente en toile de fond. Le Tribunal fédéral s'appuya sur le fait que la recourante n'était pas lésée par l'erreur de procédure qu'elle dénonçait. En d'autres termes le Tribunal fédéral se fondait sur le fait qu'elle n'avait subi aucun préjudice, soit parce qu'elle avait été correctement renseignée, soit parce qu'elle aurait pu l'être en faisant preuve d'un minimum de diligence. En substance, l'argumentation de la recourante confinait à l'excès de formalisme.

267. Pour la première fois le Tribunal fédéral examina soigneusement le déroulement de la procédure, au lieu de se déclarer incompétent, comme le faisaient les autorités fédérales par le passé. On est également frappé par la parenté entre les motifs avancés par le Tribunal fédéral et ceux employés, à la même époque, par les juridictions françaises pour rejeter les exceptions de nullité⁸³⁰. Dans les deux cas, il est question de l'absence de préjudice subi dans le chef de la partie prétendument lésée par le vice de forme dénoncé. Cela constitue la preuve que la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse franchissait avec cet arrêt une étape supplémentaire qui allait conduire à la reconnaissance expresse de l'interdiction du formalisme excessif.

§ 2 : L'élaboration progressive du concept d'excès de formalisme

268. L'interdiction du formalisme excessif ne s'est pas imposée du jour au lendemain. Elle a lentement émergé en droit constitutionnel suisse pour aboutir à une définition contemporaine appliquée actuellement par les juridictions (A). Cette définition ne permet pas de faire toute la lumière sur l'institution. Il faut encore en tracer les contours en la distinguant d'autres concepts (B).

⁸²⁹ Traduction libre du texte suivant (arrêt précité, p. 75-76) : « *Richtig mag es nun sein, dass es vielleicht korrekter gewesen wäre, statt die Mitglieder des Gemeinderathes von Sarnen unter dieser Kollektivbezeichnung zur Klage zuzulassen, die Nennung der einzelnen klagenden Gemeinderathsmitglieder zu verlangen. Allein, eine Verfassungsverletzung liegt darin, dass dies unterlassen wurde, gewiss nicht. Wenn die Rekurrentin behauptet, die sei dadurch, dass der « Bürgergemeinderath von Sarnen » zur Klage zugelassen worden sei, in Bezug auf Verwerfung und Bemängelung der Zeugen beeinträchtigt und ungünstiger als die Gegenpartei gestellt worden, so ist darauf zu erwidern, dass es ja der Beklagten jederzeit freistand, die Gegenpartei aufzufordern, die Mitglieder des Gemeinderathes zu benennen ; sie hat dies nicht gethan und zwar, da sie nach den Akten gelegentlich die Verwandschaftsverhältnisse einzelner Betheiligter zu Gemeinderathsmitgliedern relevirt, wohl deshalb nicht, weil sie von der Zusammensetzung des Gemeinderathes ohnehin schon ausreichend unterrichtet war* ».

⁸³⁰ Cf. supra, n° 99 ss.

A) L'émergence du concept d'excès de formalisme

269. Nous examinerons, tout d'abord, la lente émancipation de l'interdiction du formalisme excessif qui se différencia progressivement du concept de déni de justice (1). Ensuite, nous en donnerons la définition qui est actuellement reçue dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (2).

1) Du déni de justice à l'interdiction du formalisme excessif

270. Vu sa nature constitutionnelle, l'interdiction du formalisme excessif concerne *a priori* toute procédure. Elle n'est pas l'apanage exclusif du contentieux civil. Pour bien comprendre l'évolution du concept, il nous faudra donc évoquer également des affaires pénales ou administratives. Les problèmes envisagés peuvent toutefois être transposés sans difficulté dans le domaine civil.

271. On distingue, au sein de la jurisprudence du Tribunal fédéral, deux courants distincts, l'un étant antérieur au second. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral assimila l'excès de formalisme à une catégorie particulière de déni de justice (a). Ensuite, il lui accorda une certaine indépendance, sans toutefois couper définitivement les liens avec l'interdiction du déni de justice (b).

a) L'excès de formalisme traité comme un cas de figure du déni de justice

272. Le tout premier arrêt⁸³¹ mentionnant expressément l'interdiction du formalisme excessif remonte à 1920⁸³². Un notaire avait rédigé, puis signé conjointement avec son client, un acte de recours dans un litige en matière d'expropriation. Contrairement à ce que la loi prescrivait, le recours avait été motivé en droit et ne se limitait pas à une déclaration de recours accompagnée des prétentions du recourant. La Cour suprême d'Argovie le déclara irrecevable, considérant qu'il s'agissait en fait d'un « *acte écrit de procédure* »⁸³³ qui, selon le droit argovien, ne pouvait être rédigé que par

⁸³¹ ATF 46 I 300. Tel est l'avis de la majorité de la doctrine : SCHMID, p. 124-125 ; BROSSET, p. 2 ; HÄFLIGER, p. 121, note de bas de page n° 12 ; HUBER, p. 15.

⁸³² Si on fait exception de l'espèce suivante où il est question de « *engerziger Formalismus* » dans une affaire fiscale à laquelle les règles de la procédure civile étaient applicables : ATF 44 I 18. SCHMID, p. 123-124 y voit un cas d'application de l'interdiction du formalisme excessif. Nous nous permettons d'en douter. Le grief soulevé devant le Tribunal fédéral reposait principalement sur la violation du droit d'être entendu. On se trouve cependant en présence d'un cas limite révélant qu'un changement de paradigme était en train de se produire.

⁸³³ L'expression originale, « *Schriftlicher Vortrag* », n'est pas aisée à traduire. Littéralement, elle signifie « *exposé écrit* », mais cette expression n'a pas, en français, le sens strictement juridique qu'elle présente en allemand.

un avocat. Par contre, si la déclaration de recours n'avait comporté aucune motivation, elle n'aurait pas été considérée comme un acte écrit de procédure et aurait pu être préparée par le notaire. Le recours était donc devenu irrecevable parce que le notaire rédacteur était allé au-delà de ce que la loi exigeait. La Cour suprême se référait à ses propres précédents sans tenir compte de l'absurdité du résultat auquel ils conduisaient. En réaction, le Tribunal fédéral vit dans le raisonnement de la juridiction argovienne « *un formalisme extraordinaire et incompréhensible* »⁸³⁴, précisant qu'« *il s'agi[ssai]t d'un verrouillage de la voie judiciaire par un formalisme exagéré, qui, de ce fait, ne repos[ait] sur aucune disposition de droit positif* »⁸³⁵ et qu'« *il y a[vait] lieu de constater la présence d'un déni de justice formel* »⁸³⁶. Les expressions utilisées trahissent avant tout la réprobation personnelle de la juridiction suprême, bien plus qu'elles ne consacrent une nouvelle garantie de nature procédurale.

273. Une approche identique se retrouva dans une affaire ultérieure. Le litige portait sur les voies de recours à disposition en procédure pénale lucernoise⁸³⁷. Au vu des incertitudes de la jurisprudence cantonale, le Tribunal fédéral annula un arrêt déclarant irrecevable un pourvoi en cassation, tout en précisant qu'« *il serait excessivement formaliste de ne pas conférer à la requête les effets juridiques d'une déclaration d'appel au motif qu'elle est motivée par écrit* »⁸³⁸. L'excès de formalisme n'apparaissait qu'à titre d'*obiter dictum*, soit en guise d'avertissement délivré à la juridiction inférieure pour la procédure sur renvoi. Cela n'en confirmait pas moins que le Tribunal fédéral entendait désormais se pencher sur cette problématique et que l'arrêt de 1920 ne constituait plus un cas isolé.

274. En 1955, le Tribunal fédéral eut l'occasion de se pencher une seconde fois sur le monopole des avocats en droit argovien⁸³⁹ et d'ancrer ainsi définitivement l'interdiction du formalisme excessif dans le droit constitutionnel suisse⁸⁴⁰. Cette fois-ci,

⁸³⁴ ATF 46 I 300, 304 : « *Darin liegt ein ausserordentlicher, nicht verständlicher Formalismus...* »

⁸³⁵ *Ibid* : « *Es handelt sich demnach um eine Verschliessung des Rechtsweges durch einen übertriebenen und insoweit auf keiner positiven Gesetzesbestimmung beruhenden Formalismus* ».

⁸³⁶ *Ibid* : « *...hierin mus seine formelle Rechtsverweigerung gefunden werden* ».

⁸³⁷ ATF 49 I 224.

⁸³⁸ ATF 49 I 224, 227 « *...und es übertriebener Formalismus wäre, dem in dieser Eingabe gestellten Antrag deshalb die Rechtswirksamkeit einer Appellationserklärung zu versagen, weil ihm eine schriftliche Begründung beigegeben wurde.* »

⁸³⁹ ATF 81 I 113, cons. 4.

⁸⁴⁰ Comme le fait remarquer très justement BROSSET (p. 2), l'arrêt de 1955 ouvre une période au cours de laquelle l'interdiction du formalisme excessif apparaît plus fréquemment dans la jurisprudence fédérale.

il s'agissait d'un recours interjeté par un avocat zurichois⁸⁴¹. Ce dernier n'avait obtenu qu'ultérieurement l'autorisation de plaider devant les juridictions argoviennes. La Cour suprême d'Argovie avait pour cette raison déclaré le recours irrecevable, au motif que son auteur n'était pas autorisé à plaider au moment de l'introduction du recours. Le Tribunal fédéral considéra que la juridiction cantonale avait sombré dans le formalisme excessif et avait commis un déni de justice formel⁸⁴².

275. L'assimilation du formalisme excessif au déni de justice se poursuivit sans interruption jusqu'en 1970⁸⁴³. Elle fut à ce point complète, que certains arrêts du Tribunal fédéral traitant du déni de justice sans aborder le problème de l'excès de formalisme, furent tout de même classés dans la catégorie *formalisme excessif* lors de la rédaction de la table des matières du recueil officiel⁸⁴⁴. L'erreur est révélatrice du degré d'interdépendance des deux concepts.

b) L'interdiction du formalisme excessif
considérée comme une garantie semi-autonome
du procès civil

276. Dans un arrêt de 1970⁸⁴⁵, le Tribunal fédéral se référa pour la première fois directement à l'article 4 de la Constitution fédérale de 1874 sans passer au préalable par le concept de déni de justice⁸⁴⁶. La juridiction énonça à cette occasion le principe selon lequel « *une exigence de forme introduite par la pratique ou par la loi se heurte à l'art. 4 de la Constitution lorsqu'elle n'est justifiée par aucun intérêt digne de protection et lorsqu'elle rend plus difficile l'application du droit matériel sans raison objectivement justifiée.* »⁸⁴⁷ Après avoir examiné les circonstances de l'espèce, elle arriva toutefois à la conclusion que la juridiction inférieure avait commis « *un déni de justice par excès de*

⁸⁴¹ Nous simplifions quelque peu l'état de fait afin de mieux le résumer. En réalité, le recours avait été rédigé par l'avocat, mais signé par la recourante qui avait ensuite indiqué à la Cour suprême argovienne qu'elle n'en était pas intégralement l'auteur. En vertu des règles relatives au monopole des avocats en droit argovien un tel acte était irrecevable. Si les parties étaient habilitées à comparaître personnellement devant les tribunaux, elles ne devaient pas se faire aider par des tiers dans la rédaction des actes de procédure.

⁸⁴² ATF 81 I 113, 118 : « ...bedeutet einerseits einen übertriebenen Formalismus, der sich durch keine schutzwürdigen Interessen rechtfertigen lässt, und damit eine Rechtsverweigerung. »

⁸⁴³ Voy. ATF 86 I 4, cons. 3 ; ATF 87 I 3, cons. 3d ; ATF 92 I 9, cons. 1 ; ATF 92 I 13, cons. 2 ; ATF 93 I 209, cons. 2 ; ATF 94 I 523 ; ATF 95 I 1, cons. 2a.

⁸⁴⁴ Voy. les deux exemples cités par HUBER, p. 22-23 ; il s'agit des arrêts publiés au recueil officiel ATF 87 I 505 et ATF 89 I 246.

⁸⁴⁵ ATF 96 I 521, cons. 4.

⁸⁴⁶ BROSSET, p. 3 considère qu'un arrêt de 1969 marque un second tournant dans la jurisprudence fédérale, le Tribunal fédéral acceptant dès lors les griefs contestant directement le texte légal. Nous ne sommes pas persuadé qu'il s'agisse d'un véritable changement conceptuel.

⁸⁴⁷ Texte original : « *verstösst ein durch die Praxis eingeführtes oder im Gesetz aufgestelltes Formerfordernis dann gegen Art. 4 BV, wenn es sich durch kein schutzwürdiges Interesse rechtfertigen lässt und wenn es die Durchsetzung des materiellen Rechts ohne sachlich vertretbaren Grund erschwert.* »

formalisme »⁸⁴⁸. La référence au déni de justice demeurait présente, même si elle était reléguée en arrière-plan. On ne trouve aucune motivation expliquant ce changement. A notre avis, il s'agit d'une conséquence indirecte du fait que l'article 4 de la Constitution fédérale avait été utilisé pour justifier la reconnaissance d'un grand nombre de droits fondamentaux qui ne figuraient pas dans la Constitution⁸⁴⁹. Cette situation avait entraîné un grand désordre des concepts qui se traduisait par des incertitudes dans les motifs des arrêts du Tribunal fédéral.

277. Par la suite, plusieurs arrêts confirmèrent, toujours sans apporter de précision, la semi-autonomie de l'interdiction du formalisme excessif et l'ambivalence qui l'accompagnait⁸⁵⁰. Toutefois, dans l'écrasante majorité des cas, le Tribunal fédéral continua à traiter l'excès de formalisme comme une composante du déni de justice⁸⁵¹. Une espèce isolée adopte, cependant, une position intermédiaire, en employant des termes ambigus⁸⁵². La doctrine s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence. Les auteurs ayant abordé la question sous l'empire de la Constitution fédérale de 1874 considéraient que l'interdiction du formalisme excessif constituait une catégorie de déni de justice⁸⁵³. Rares furent ceux qui défendirent une autre opinion. MÜLLER⁸⁵⁴ semblait placer l'interdiction du formalisme excessif sur pied d'égalité avec l'interdiction du déni de

⁸⁴⁸ Texte original : « *eine Rechtsverweigerung durch überspitzten Formalismus.* »

⁸⁴⁹ Sur cette question avant la réforme constitutionnelle de 1999 : AUBERT, Vol. 2, p. 631 ; Zaccharia GIACOMETTI, *Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in Juristengenerationen und ihr Zeitgeist : Abhandlungen grosser Juristen aus zwei Jahrhunderten mit einführenden Worten – Zum 200jährigen Bestehen des Verlages Schulthess*, Schulthess, Zurich, 1991, pp. 170 ss.

⁸⁵⁰ ATF 99 V 120, cons. 3a et 3c ; ATF 104 Ia 4, cons. 3 ; ATF 108 Ia 209, cons. 3, JdT 1984 I 191 ; ATF 114 Ia 20, cons. 2c, JdT 1990 I 256, SJ 1988, p. 426 ; ATF 118 Ia 241, cons. 4, JdT 1995 I 538, SJ 1993, p. 15 ; ATF 119 Ia 13, cons. 4 (motivation sommaire) ; ATF 120 Ib 183, cons. 3c, JdT 1997 IV 27, SJ 1995, p. 117, RJB 131 (1995), p. 864 (obs. H. Schultz).

⁸⁵¹ ATF 101 Ia 112, cons. 5b ; ATF 102 Ia 35, cons. 1 ; ATF 102 Ia 92, cons. 2 ; ATF 104 Ia 403, cons. 4e, JdT 1980 IV 32 ; ATF 108 Ia 289, cons. 1 ; ATF 112 Ia 305, cons. 2°, JdT 1988 I 509, SJ 1987, p. 363 ; ATF 113 Ia 84, cons. 1, JdT 1990 I 348 ; ATF 114 Ia 34, cons. 3, JdT 1990 I 25, SJ, 1988, p. 417 ; ATF 114 V 203, cons. 3a ; ATF 116 V 353, cons. 3b ; ATF 117 Ia 126, cons. 5°, JdT 1993 I 22 ; ATF 118 Ia 14, cons. 2a°, JdT 1995 IV 22 ; ATF 118 V 311, cons. 4, AJP/PJA1993, p. 1105 ; ATF 119 Ia 4, cons. 2a, JdT 1995 IV 124 ; ATF 120 II 425, cons. 2a, JdT 1997 II 157, SJ 1995, p. 353 ; ATF 120 V 413, cons. 4b, AJP/PJA 1995, p. 79 (obs. U. Kieser), RJB 132 (1996), p. 532 et 706 (obs. J.P. Müller) ; ATF 121 I 177, cons. 2b)aa), JdT 1996 I 563 ; ATF 125 I 166, cons. 3a, RDAF 2000 I 718.

⁸⁵² ATF 113 Ia 94, JdT 1988 IV 122 : « *Cette disposition prohibe notamment le déni de justice et en particulier l'excès de formalisme.* »

⁸⁵³ AUBERT, Vol. 2, p. 649-650 ; Antoine FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, 2^{ème} édition, Editions Universitaires, Fribourg, 1970, p. 264 ; HÄFLIGER, p. 121 ; Peter SALADIN, *Das Verfassungsprinzip der Fairness – Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, in Josef HOSTETTER/André BILLETER/Werner KÄGI/Blaise KNAPP/Jörg P. MÜLLER/Peter SALADIN/Bernhard SCHNYDER, Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral Suisse – Recueil offert au Tribunal Fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses*, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Bâle, 1975, p. 49.

⁸⁵⁴ Georg MÜLLER, in Jean-François AUBERT/Kurt EICHENBERGER/Jörg Paul MÜLLER/René A. RHINOW/Dietrich SCHINDLER, *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874*, Helbing & Lichtenhahn/Schulthess/Stämpfli, Bâle/Berne/Zurich, 1995, n° 96 ss ad art. 4 Cst 1874.

justice. HANGARTNER⁸⁵⁵ rattachait, en revanche, l'interdiction du formalisme excessif à l'interdiction de l'arbitraire considérant qu'il s'agissait d'une sous-catégorie « *d'interdiction des violations manifestes du principe de proportionnalité* »⁸⁵⁶. Tel était également l'avis de SCHMID, qui, tout en déduisant l'interdiction du formalisme excessif de celle du déni de justice⁸⁵⁷, y voyait la manifestation sur le plan procédural du principe général de proportionnalité⁸⁵⁸. Cet auteur estimait également que le formalisme excessif ne saurait constituer un cas de déni de justice lorsqu'il découle du texte légal lui-même⁸⁵⁹. En pareil cas, l'interdiction du déni de justice reposerait directement sur l'article 4 de l'ancienne Constitution, car sa violation constituerait une véritable rupture de l'égalité de traitement⁸⁶⁰. Malgré ces quelques approches originales, la question des relations entre l'interdiction du formalisme excessif et la prohibition du déni de justice ne fit pas l'objet d'un véritable débat doctrinal. Peut-être les auteurs ne voyaient-ils, dans les différentes approches, que des variantes linguistiques sans portée effective, ce qui expliquerait leur manque d'intérêt.

278. La nouvelle Constitution fédérale de 1999 aurait dû permettre à la doctrine et à la jurisprudence de clarifier leur position⁸⁶¹. La réforme constitutionnelle était en effet destinée à codifier le droit constitutionnel en vigueur⁸⁶², notamment en donnant une base constitutionnelle distincte à de nombreux droits fondamentaux issus précédemment de l'interprétation extensive de l'article 4 de la Constitution fédérale de 1874⁸⁶³. L'égalité de traitement et l'équité de la procédure firent ainsi l'objet de dispositions distinctes⁸⁶⁴.

⁸⁵⁵ Yvo HANGARTNER, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Vol. 2, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1982, p. 205.

⁸⁵⁶ Littéralement « *Verbot grober Verletzungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes* ».

⁸⁵⁷ SCHMID, p. 36

⁸⁵⁸ SCHMID, p. 61 : « *Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz formuliert also nur allgemein, was das Verbot des überspitzten Formalismus für das Verfahrensrecht ausspricht.* »

⁸⁵⁹ SCHMID, p. 39. Le terme exact utilisé est très vaste : « *Rechtssetzung* », visant l'intégralité de l'activité législative. L'auteur ne conteste pas que le formalisme excessif découlant de l'application de textes légaux constitue un cas de déni de justice.

⁸⁶⁰ SCHMID, p. 40-41.

⁸⁶¹ L'évolution de la jurisprudence rendue sous l'empire de la Constitution fédérale de 1874 avait rendu le catalogue des droits fondamentaux petit-à-petit totalement obscur : Mark E. VILLIGER, *Verfahrensgarantien – aus schweizerischer Sicht*, in Franz MATSCHER (édit.), *Erweitertes Grundrechtsverständnis – Internationale Rechtsprechung und nationale Entwicklungen*, N.P. Engel Verlag, Kehl/Strasbourg/Arlington, 2003, p. 184 : « *Es leuchtet ein, dass diese Rechtsprechung, so fruchtbar, dynamisch und wirksam sie auch war, für juristisch nicht ausgebildete Bürgerinnen und Bürger letztlich ein Buch mit sieben Siegeln blieb.* »

⁸⁶² Tobias JAAG, *Die Verfahrensgarantien der neuen Bundesverfassung*, in Peter GAUCH/Daniel THÜRER, *Die neue Bundesverfassung – Analysen Erfahrungen Ausblick*, Coll. Symposien zum schweizerischen Recht, Schulthess, Zurich, p. 28. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 29. Le texte est également disponible à l'adresse électronique suivante :

http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung/bot-neue-bv-f.pdf

⁸⁶³ Comme le dit très élégamment AUBERT, Vol. 2, p. 644 : « *D'une courte phrase de huit mots, la pratique tiré une floraison de règles.* » Voy. également ALBERTINI, p. 85.

⁸⁶⁴ Les art. 8 et 29 Cst.

L'interdiction de l'arbitraire et la protection de la bonne foi reçoivent également leur propre consécration séparée à l'article 9. Le concept vague de déni de justice cédait désormais sa place à plusieurs droits fondamentaux distincts.

279. Il ne restait donc plus qu'à insérer l'interdiction du formalisme excessif dans ce nouveau système. Malheureusement, les incertitudes n'ont pas été écartées. Les travaux préparatoires de la Constitution fédérale de 1999 sont d'ailleurs révélateurs à cet égard. Après avoir indiqué que le texte proposé « *garantit le droit à une procédure équitable, ce qui implique notamment l'interdiction du déni de justice (formel) stricto sensu, du retard injustifié et du formalisme excessif* », le Conseil fédéral rappela que « *le formalisme excessif constitue aussi une forme particulière du déni de justice, en ce sens que le recours aux moyens de droit est rendu plus difficile ou bloqué par des exigences de forme excessives* »⁸⁶⁵. La doctrine et la jurisprudence se firent l'écho de cette ambivalence. Une majorité d'auteurs⁸⁶⁶, et d'arrêts récents du Tribunal fédéral⁸⁶⁷, continuent de voir dans l'interdiction du formalisme excessif une variante de la prohibition du déni de justice formel. L'idée de rattacher l'interdiction du formalisme excessif directement au droit à un procès équitable se rencontre rarement dans la doctrine⁸⁶⁸. Il existe également quelques arrêts du Tribunal fédéral allant dans ce sens. Tantôt l'article 29 alinéa 1 de la Constitution⁸⁶⁹ est indiqué comme base constitutionnelle, tantôt il est fait référence à l'article 29 alinéa 2 de la Constitution⁸⁷⁰. Un arrêt isolé propose même une solution intermédiaire en laissant entendre que l'interdiction du

⁸⁶⁵ Message du 20 novembre 1996, FF 1997 I 183.

⁸⁶⁶ ABBET, p. 244 ; AUBERT/MAHON, n° 4 ad art. 29 Cst ; BIAGGINI, n° 14 ad art. 29 Cst ; HÄFELIN/HALLER/KELLER, p. 241, n° 833 ; HOTTELIER, Les garanties de procédure, p. 811 ; KELLER, Handbuch der Grundrechte, p. 648, n° 24 ; KIENER/KÄLIN, p. 415 ; MÜLLER/SCHEFER, p. 832 ; RHINOW, p. 481, n° 2733 ; UHLMANN, p. 36.

⁸⁶⁷ Voy. parmi tant d'autres : TF du 13 septembre 2010, 5A_194/2010, cons. 2.2 ; TF du 14 juin 2010, 6B_102/2010, cons. 2.1.3 ; TF du 1^{er} juin 2010, 1B_149/2010, cons. 2.1 ; TF du 1^{er} mars 2010, 1C_549/2009, cons. 3.1 ; TF du 18 janvier 2010, 2C_511/2009, cons. 4.1 ; TF du 31 mars 2008, 2C_18/2008 ; TF du 7 février 2008, 2D_129/2007 ; TF du 9 mars 2005, 5P.389/2004, cons. 2.2 ; TF du 16 septembre 2004, 1P.591/2003, cons. 4.2 ; TFA du 28 juin 2004, H 270/03, cons. 3.1.1 ; TF du 7 novembre 2003, 2P.89/2003, cons. 3.2 ; TF du 14 octobre 2003, 1P.133/2003, cons. 3.3.1 ; TF du 1^{er} juillet 2003, 1P.510/2002, cons. 1.5 ; TF du 6 juin 2003, 4P.46/2003, cons. 3.1 ; TF du 25 février 2003, 6P.130/2002, cons. 5 ; TF du 10 septembre 2001, 1P.483/2001, cons. 2d) bb) ; TF du 8 août 2001, 5P.475/2000, cons. 4.

⁸⁶⁸ GRISEL, p. 242, qui rattache l'interdiction du formalisme excessif au « *droit à une procédure équitable* » garanti par les articles 29 al. 1, 29a, 30 et 32 al. 1 de la Constitution.

⁸⁶⁹ TF du 16 janvier 2007, 5P.403/2006, cons. 7 : « *...vi è formalismo eccessivo, contrario all'art. 29 cpv. 1 Cost.* » Formulation presque identique, mais en français : TF du 26 avril 2010, 1B_91/2010, cons. 2. En doctrine : Reinhold HOTZ, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 1^{ère} édition, n° 22 ad art. 29 Cst ; Gerold STEINMANN, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 2^{ème} édition, n° 14 ss ad art. 29 Cst.

⁸⁷⁰ TF du 21 juin 2010, 1C_293/2010, cons. 2 : « *Il n'y a par ailleurs pas de formalisme excessif prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst. ni d'arbitraire...* »

formalisme excessif ne serait qu'« *assimilable* » à un déni de justice⁸⁷¹. Cette approche reste toujours minoritaire. Le Tribunal fédéral ne s'explique pas sur ces variantes.

280. Il serait souhaitable que la juridiction suprême et la doctrine se soucient davantage de la précision terminologique. Le détour par le déni de justice ne se justifie plus sous l'empire de la Constitution fédérale de 1999. L'interdiction du déni de justice n'étant pas mentionnée à l'article 29 de la Constitution, il est absurde d'y rattacher l'interdiction du formalisme excessif.

281. Le procédé est de surcroît source de malentendus. Il donne, en effet, l'impression que l'interdiction du formalisme excessif constitue une garantie de second rang, alors qu'elle présente une importance pratique considérable. Il entretient, par ailleurs, la confusion entre l'interdiction du formalisme excessif et la théorie dite « *de la nature formelle du droit d'être entendu* »⁸⁷². Selon cette dernière, l'effet dévolutif attaché généralement à l'exercice des voies de recours ordinaires serait mis en échec lorsque les vices frappant la première procédure sont trop importants⁸⁷³. En pareil cas, le recours ne pourrait tendre qu'à l'annulation de la première décision et à la reprise *ab initio* de la procédure⁸⁷⁴. SCHMID s'est ainsi longuement interrogé sur la question de savoir si l'interdiction du formalisme excessif constitue un droit de nature formelle au sens de la théorie précitée, avant de donner une réponse négative⁸⁷⁵. En fait, les liens conceptuels entre la théorie des garanties formelles de procédure et l'interdiction du formalisme excessif sont d'une autre nature. Comme nous aurons encore l'occasion de le voir⁸⁷⁶, si la théorie des garanties formelles de procédure est appliquée trop largement, les voies de recours seront souvent dépourvues d'effet dévolutif et elles ne pourront pas servir à réparer certaines erreurs de procédure. Cela pourrait donc se traduire par un excès de formalisme au détriment des parties qui n'ont pas été lésées par les vices de procédures dénoncés. Afin d'éviter toute confusion, il nous paraît donc préférable de renoncer à rattacher l'interdiction du formalisme excessif à l'interdiction du déni de justice.

⁸⁷¹ ATF 132 I 249, cons. 5, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 32 ss (note Rétornaz): « *le formalisme excessif, que la jurisprudence assimile à un déni de justice contraire à l'art. 29 al. 1 [de la constitution fédérale]* ».

⁸⁷² Sur cette notion initialement élaborée en droit administratif: KNEUBÜHLER, pp. 97 ss; SCHINDLER, pp. 169 ss; SEILER, Die Berufung, pp. 377 ss; ZÜRCHER, pp. 147 ss. La doctrine en matière de procédure civile a repris ce concept: TREZZINI, Celerità e lentezza, p. 33-34; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 101; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 130; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 36.

⁸⁷³ Sur cette question: voy. infra, n° 783 ss.

⁸⁷⁴ SCHINDLER, p. 172; KNEUBÜHLER, p. 101.

⁸⁷⁵ SCHMID, p. 37-38.

⁸⁷⁶ Cf. infra, n° 786 ss.

2) La définition contemporaine de l'excès de formalisme

282. Le Tribunal fédéral a également une définition générale de l'interdiction du formalisme excessif, de telle manière à pouvoir englober le plus grand nombre de cas de figure possibles. Celle-ci repose sur une pesée d'intérêts (a) qui comprend différents éléments (b)

a) La pesée d'intérêts : clef de voûte de l'interdiction du formalisme excessif

283. En 1961, le Tribunal fédéral adopta une définition générale de l'excès du formalisme. Il indiqua à cette occasion qu'« *un formalisme qu'aucun intérêt digne de protection ne justifie et qui empêche l'application du droit matériel* »⁸⁷⁷ est excessif. Cette formule se retrouve sans modification substantielle⁸⁷⁸ dans la jurisprudence ultérieure⁸⁷⁹ et elle a été reprise par la doctrine⁸⁸⁰.

284. La définition de l'excès de formalisme excessif est ainsi articulée entre deux pôles distincts : l'absence de justification de la règle de forme et l'entrave à l'application du droit matériel⁸⁸¹. Le Tribunal fédéral ne s'est jamais expliqué sur la relation entre ces deux éléments. On pourrait toutefois concevoir, à tout le moins sur le plan théorique, que des règles dépourvues de tout intérêt défendable n'entravent pas pour autant la réalisation du droit matériel. Une disposition du code de procédure civile imposant l'utilisation d'une encre d'une couleur précise pour rédiger les actes de procédure à peine d'irrecevabilité

⁸⁷⁷ ATF 92 I 9, cons. 3d : « ...auf dem Gebiete des Prozessrechts ein überspitzter, mit keinen schutzwürdigen Interessen zu rechtfertigender Formalismus, der die Durchsetzung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert... »

⁸⁷⁸ SCHMID, p. 9.

⁸⁷⁹ Voy. parmi la jurisprudence publiée au recueil officiel : ATF 135 I 6, cons. 2.2 ; ATF 134 II 244, cons. 2.4.2 ; ATF 132 I 249, cons. 5, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 32 ss (note Rétornaz) ; ATF 130 V 177, cons. 5.4.1 ; ATF 128 II 139, cons. 2a ; ATF 127 I 131, cons. 2a) bb), JdT 2001 I 727, SJ 2001 I 193, RDAF 2002 I 313 (note Poltier) ; ATF 125 I 166, cons. 3a ; RDAF 2000 I 718 ; ATF 121 I 177, cons. 2b) aa), JdT 1996 I 563 ; ATF 120 V 413, cons. 4b, AJP/PJA 1995, p. 793 (note Kieser), TrEx 1995, p. 166, RJB 132 (1996), p. 532 et 794 (chron. J.-P. Müller) ; ATF 120 II 425, cons. 2a, JdT 1997 II 157, SJ 1995, p. 353 ; ATF 119 Ia 4, cons. 2a, JdT 1995 IV 125 ; ATF 118 V 311, cons. 4 ; ATF 118 Ia 241, cons. 4, JdT 1995 I 538, SJ 1993, p. 15 ; ATF 118 Ia 14, cons. 2a, JdT 1995 IV 22 ; ATF 117 Ia 126, cons. 5a, JdT 1993 I 222 ; ATF 116 V 353, cons. 3b ; ATF 115 Ia 12, cons. 3b, JdT 1991 I 105 ; ATF 114 V 203, cons. 3a ; ATF 114 Ia 34, cons. 3, JdT 1990 I 25, SJ 1988, p. 417 ; ATF 112 Ia 305, cons. 2a, JdT 1988 I 599, SJ 1987, p. 363 ; ATF 108 Ia 97, cons. TF, 21 avril 1982, ATF 108 Ia 289, cons. 1 ; ATF 108 Ia 105, cons. 2a, JdT 1982 IV 96 ; ATF 102 Ia 92, cons. 2 ; ATF 102 Ia 35, cons. 1 ; ATF 101 Ia 112, cons. 5b ; ATF 96 I 314, cons. 1 ; ATF 95 I 1, cons. 2a ; ATF 94 I 523 ; ATF 93 I 209, cons. 2 ; ATF 92 I 13, cons. 2 ; ATF 92 I 9, cons. 1.

⁸⁸⁰ AESCHLIMANN, p. 30 ; ABBET, p. 244 ; AUBERT/MAHON, n° 4 ad art. 29 Cst ; BIAGGINI, n° 14 ad art. 29 Cst ; BOHNET/BRÜGGER, p. 329 ; GRISEL, p. 243 ; HÄFELIN/HALLER/KELLER, p. 241, n° 833 ; HOTTELIER, Les garanties de procédure, p. 811 ; Reinhold HOTZ, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 1^{ère} édition, n° 22 ad art. 29 Cst ; KELLER, Handbuch der Grundrechte, p. 648, n° 24 ; KIENER/KÄLIN, p. 415 ; HUBER, p. 18, MÜLLER/SCHEFER, p. 833 ; RHINOW, p. 481, n° 2733 ; SCHMID, p. 9.

⁸⁸¹ SCHMID, p. 14-15.

n'est justifiée par aucun intérêt digne de protection⁸⁸². Elle n'entrave cependant pas en soi l'application du droit matériel, car elle n'empêche pas les parties de saisir librement les tribunaux.

285. En réalité, le Tribunal fédéral présume, de manière irréfragable, que toute règle de procédure injustifiée entrave l'application du droit matériel et constitue ainsi un cas de formalisme excessif. L'élément déterminant est donc le caractère injustifié de la règle de procédure⁸⁸³. Il suffit de constater que les règles de procédure ne présentent aucune justification raisonnable pour en déduire automatiquement qu'elles entravent l'application du droit matériel. L'examen des justifications d'une règle de procédure se fait au moyen d'une pesée des intérêts en jeu. Ce procédé constitue un des piliers de la méthodologie juridique en droit constitutionnel⁸⁸⁴.

b) Les éléments pris en compte

286. Pour éviter qu'une pesée d'intérêts ne tourne à l'arbitraire, il est nécessaire de définir soigneusement les éléments à prendre en considération. La liste de ceux-ci peut être plus ou moins longue⁸⁸⁵, mais elle doit pouvoir être identifiée. En ce qui concerne l'interdiction du formalisme excessif, celle-ci ne ressort malheureusement pas clairement de la jurisprudence du Tribunal fédéral. On peut cependant déduire certains éléments de la casuistique⁸⁸⁶.

287. Tout d'abord, la jurisprudence a indiqué plusieurs critères qu'elle n'estimait pas pertinents. Ainsi, le fait que l'excès de formalisme provienne du texte légal lui-même, ou de son interprétation par les juridictions n'est pas déterminant⁸⁸⁷, pas plus que ne l'est la question de savoir si la formalité est en elle-même critiquable, ou si le problème découle

⁸⁸² A moins que la règle en question ne se borne à prescrire que la couleur de l'encre doit être de nature à permettre la lisibilité du mémoire. En pareil cas, elle est justifiée par un intérêt évident. On imagine le problème soulevé par un acte de procédure certes rédigé à l'encre noire, conformément au code de procédure, mais sur du papier noir !

⁸⁸³ Voy. la définition proposée par SCHMID, p. 15 : « *Ein überspitzter Formalismus liegt also gemäss bundesgerichtlicher Definition immer dann vor, wenn sich ein Formerfordernis nicht durch schutzwürdige Interessen rechtfertigen lässt, zu einem Selbstzweck wird und die Durchsetzung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert und verhindert.* »

⁸⁸⁴ Peter FORSTMOSER/Hans-Ueli VOGT, *Einführung in das Recht*, 4^{ème} édition, Coll. Stämpfli juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2008, pp. 358 ; Jörg Paul MÜLLER, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux* (trad. Michel HOTTELIER/Luzius MADER/Michel ROSSINELLI), Editions Stämpfli & Cie SA, Berne, 1983, pp. 137 ss. La proportionnalité peut également être rattachée à un principe plus général d'équité : René WIEDERKEHR, *Fairness als Verfassungsgrundsatz*, thèse d'habilitation Lucerne, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2006, pp. 241 ss.

⁸⁸⁵ Voy. pour l'exemple d'une (très) longue liste d'éléments à prendre en considération au moment de juger de la conformité avec l'art. 8 CEDH de l'expulsion d'un délinquant étranger : CourEDH [GC], arrêt du 18 octobre 2006, n° 46410/99, *Üner c. Pays-Bas*, §§ 57-60.

⁸⁸⁶ Voy. également POUDRET, *Droit privé fédéral et procédures cantonales*, p. 438 qui souligne l'importance du caractère *réel* de l'intérêt mis en avant pour justifier la règle de forme.

⁸⁸⁷ ATF 125 I 166, cons. 3a, p. 786, RDAF 2000 I 718. Ce principe est également reçu en doctrine : HUBER, p. 21.

de la sanction infligée à la partie contrevenante en cas de violation de celle-ci⁸⁸⁸. La juridiction suprême a, ensuite, indiqué que la sanction des vices de la notification d'un acte introductif d'instance ne pouvait pas « *consister dans des formalités inutiles et dilatoires, imposées à la partie en faute, ni dans la perte des mesures conservatoires que cette partie a éventuellement obtenues* »⁸⁸⁹. Même si les termes employés demeurent vagues, on comprend que le Tribunal fédéral veut exclure qu'un vice de forme puisse avoir des conséquences *en cascade*. Les tribunaux inférieurs doivent donc veiller à ce qu'il existe un lien de connexité entre la violation des règles de procédure et les conséquences de la sanction subie par la partie en faute. Ce lien de connexité n'est toutefois pas suffisant. La sanction doit également être proportionnée, c'est-à-dire adaptée, au vice de procédure décelé⁸⁹⁰.

288. En bonne logique, le Tribunal fédéral aurait dû adopter une classification des vices de procédure et des sanctions correspondantes. Ce ne fut pas le cas, si bien que les termes de la pesée d'intérêt demeurent assez flous. La doctrine suggère toutefois quelques précisions dans ce registre. Pour SCHMID, la question doit être appréciée « *au regard de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas d'espèce* »⁸⁹¹. Autrement dit, le fait qu'une règle de procédure rende l'application du droit matériel plus délicate n'est pas de nature à constituer en soi un cas de formalisme excessif. Tout dépend du contexte dans lequel la règle est appliquée. Quant à l'absence de justification de la règle de forme, elle doit être entendue comme « *l'absence de tout fondement objectivement raisonnable* »⁸⁹².

289. En dépit de ces quelques précisions, SCHMID considère qu'« *il n'est pas possible de donner une solution globale* » et qu'« *une recette générale destinée à empêcher le formalisme excessif ne saurait être proposée* »⁸⁹³. Nous n'adhérons que partiellement à ces propos. Il nous paraît possible de dégager de la jurisprudence un

⁸⁸⁸ ATF 125 I 166, cons. 3a ; ATF 121 I 177, cons. 2b) aa), JdT 1996 I 563.

⁸⁸⁹ ATF 132 I 249, cons. 5, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 32 ss (note Rétornaz).

⁸⁹⁰ ATF 113 Ia 84, cons. 1, JdT 1990 I 348 ; ATF 108 Ia 289, cons. 1 : « *L'assimilation de l'excès de formalisme au déni de justice formel n'est rien d'autre qu'une application, propre à la procédure, du principe de la proportionnalité. C'est en effet sur la base du principe de la proportionnalité que l'on pourra déterminer si l'application des règles de la procédure, dont un certain formalisme est nécessaire pour assurer le déroulement régulier des procès et la sécurité du droit matériel, aboutit en réalité à entraver l'application de celui-ci ou à la rendre impossible, constituant ainsi un formalisme excessif.* ». Voy. également ATF 104 Ia 105, cons. 5, JdT 1980 I 322 dont le chapeau fait état d'une violation de l'interdiction du formalisme excessif, le considérant pertinent se référant toutefois uniquement à l'interdiction de l'arbitraire et au principe de proportionnalité.

⁸⁹¹ SCHMID, p. 12 « *Diese Frage muss vielmehr anhand der objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles jemals neu entschieden werden...* »

⁸⁹² SCHMID, p. 14 : « *...ohne sachlich vernünftigen Grund...* ».

⁸⁹³ SCHMID, p. 14-15.

certain nombre de problèmes généraux causés par le formalisme excessif. Nous nous y emploierons d'ailleurs dans la seconde partie de notre étude. Il est toutefois parfaitement établi qu'il est impossible de donner une définition de l'interdiction du formalisme excessif englobant l'ensemble des cas de figure susceptibles d'être rencontrés en pratique⁸⁹⁴.

B) Le diagnostic différentiel de l'interdiction du formalisme excessif

290. Il arrive fréquemment que les mêmes arguments soient invoqués à l'appui de deux griefs différents, le premier portant sur l'interdiction du formalisme excessif, le second sur une autre garantie de procédure. Cela peut s'expliquer pour des raisons pratiques, mais il est alors nécessaire de bien faire la différence entre les différents droits constitutionnels. Nous en avons identifié deux fréquemment invoqués en même temps que l'interdiction du formalisme excessif. Il s'agit de l'interdiction de l'arbitraire (1) et de la protection de la bonne foi en procédure (2).

1) Formalisme excessif et application arbitraire des règles de procédure

291. Le risque de confusion entre le formalisme excessif et l'application arbitraire des règles de procédure est élevé. Les deux concepts sont interdépendants sur le plan théorique (a). Cette interdépendance se trahit par une fréquente confusion dans la jurisprudence du Tribunal fédéral (b).

a) L'interdépendance des concepts

292. *A priori*, l'application arbitraire des règles de procédure et l'interdiction du formalisme excessif constituent deux choses différentes. En présence de dispositions légales parfaitement claires, et appliquées de manière conséquente par les tribunaux, le risque d'arbitraire est à peu près nul, alors que les solutions ainsi consacrées peuvent s'avérer excessivement formalistes⁸⁹⁵. Le fait qu'une juridiction choisisse d'interpréter de

⁸⁹⁴ SCHMID, p. 15. Voy. également : HUBER, p. 33 : « *Wegen der Vieldeutigkeit und Relativität des Wortes Form und aus andern Gründen vermag auch keine Theorie mit Gewissheit zu sagen, worin ein übertriebener Formalismus liegt. Praktisch kann das in der Verfassungsrechtsprechung immer nur der noch nicht abgeschlossenen Folge von Entscheidungen entnommen werden.* »

⁸⁹⁵ Gerold STEINMANN, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 2^{ème} édition, n° 15 ad art. 29 Cst.

manière rigoureuse une disposition légale n'est pas nécessairement arbitraire, même si une autre interprétation serait moins formaliste⁸⁹⁶.

293. Un problème se pose toutefois lorsqu'on examine de plus près la définition de l'arbitraire donnée par le Tribunal fédéral. La version la plus fréquemment rencontrée⁸⁹⁷, énonce qu'il y a arbitraire lorsqu'«une décision est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité.» Cette définition consacre donc trois catégories distinctes d'arbitraire : l'absence d'adéquation entre le raisonnement juridique et la situation de fait⁸⁹⁸, l'application arbitraire du droit⁸⁹⁹ et l'iniquité choquante⁹⁰⁰. Les deux premières catégories sont fréquemment invoquées par les plaideurs, mais elles ne comportent aucun risque de confusion avec l'interdiction du formalisme excessif. La troisième peut s'appliquer à des situations similaires à l'interdiction du formalisme excessif. En effet, une interprétation excessivement formaliste du droit judiciaire privé heurte également *le sentiment de la justice et de l'équité*.

294. On s'attendrait à ce que la jurisprudence et la doctrine aient fait la part des choses entre une procédure excessivement formaliste et une procédure arbitraire. Tel n'est malheureusement pas le cas⁹⁰¹. Seul un arrêt isolé, rendu en 1960 par le Tribunal fédéral⁹⁰², s'est penché sur la question. L'affaire portait sur un appel déclaré irrecevable au motif que l'acte de procédure saisissant la juridiction du deuxième degré n'avait pas été accompagné d'une procuration en faveur de l'avocat représentant la partie recourante. La juridiction suprême constata tout d'abord que l'interprétation du droit cantonal, prescrivant de déposer la procuration immédiatement, n'était pas arbitraire, notamment

⁸⁹⁶ En ce sens : SCHMID, p. 73-74 pour qui une interprétation arbitraire est «*tout bonnement insoutenable*» (*schlechthin unhalatbar*), alors que l'excès de formalisme implique que cette interprétation fasse obstacle à la réalisation du droit matériel. L'auteur en déduit que dans certains cas l'interprétation du droit judiciaire peut conduire à un excès de formalisme sans être pour autant insoutenable.

⁸⁹⁷ ATF 129 I 8, cons. 2.1 et les références citées. Il s'agit d'un arrêt auquel le Tribunal fédéral se réfère fréquemment.

⁸⁹⁸ «...elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait...»

⁸⁹⁹ «...elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté...»

⁹⁰⁰ «...elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité...»

⁹⁰¹ La doctrine semble entretenir une certaine confusion :

Reinhold HOTZ, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 1^{ère} édition, n° 22 ad art. 29 Cst pour qui «*Das Verbot des überspitzten Formalismus ist enthalten im Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung.*». Voy. également UHLMANN, p. 36-37 qui relève les origines communes de l'interdiction du formalisme excessif et de la protection contre l'arbitraire.

⁹⁰² ATF 86 I 4.

parce qu'elle pouvait être rapprochée de solutions consacrées dans d'autres cantons⁹⁰³. Le Tribunal fédéral n'en annula pas moins l'arrêt cantonal au motif que la sanction attachée à la violation de cette obligation, l'irrecevabilité *de plano* de l'appel, constituait un excès de formalisme⁹⁰⁴.

b) Les confusions jurisprudentielles

295. Il existe de nombreux arrêts où les griefs tirés de l'excès de formalisme et de l'application arbitraire de la procédure sont étroitement juxtaposés, voir confondus⁹⁰⁵, sous prétexte que tous deux ont pour but de dénoncer l'application mécanique de dispositions législatives⁹⁰⁶. Nous ne les citerons pas tous. Dans une espèce marquante, le Tribunal fédéral⁹⁰⁷ a jugé qu'en annulant une demande en justice, la juridiction cantonale avait fait preuve de formalisme excessif en ce qu'elle « *avait entériné un abus de droit, ce qui choque le sentiment de la justice et de l'équité* », si bien que « *l'arrêt d[evai]t être annulé pour violation de l'article 9 [de la Constitution]* ». La confusion ne pouvait être plus complète.

296. Une particularité de la jurisprudence fait que les plaideurs n'ont guère intérêt à séparer les griefs d'arbitraire et d'excès de formalisme, ce qui explique qu'ils soient si souvent mélangés. Le Tribunal fédéral ne confère pas à l'interdiction de l'arbitraire⁹⁰⁸, une portée identique à celle d'autres droits fondamentaux. En particulier, le justiciable ne peut pas toujours l'invoquer seule à l'appui d'un recours adressé au Tribunal fédéral⁹⁰⁹. Sans entrer dans tous les détails, il existe des situations où il n'est pas possible de se plaindre uniquement d'iniquité choquante, sans alléguer en même temps qu'une autre disposition constitutionnelle, telle que l'interdiction du formalisme excessif, est susceptible d'être violée. La partie recourante préférera souvent se prévaloir à titre subsidiaire de l'interdiction de l'arbitraire, afin de ne pas risquer l'irrecevabilité. Cette

⁹⁰³ Arrêt précité, cons. 3 : « *Diese Regel steht mit der Voraussetzung, von der das Gesetz in § 52 Abs. 3 ausgeht, im Einklang; sie entspricht einer allgemeinen Gepflogenheit, lässt sich durch die Gebote der Rechtssicherheit rechtfertigen und stimmt mit den Vorschriften einzelner anderer Kantone (Bern, Art. 84 Abs. 1 ZPO, Freiburg, Art. 102 Abs. 1 ZPO) überein. Von Willkür kann in diesem Punkte nicht die Rede sein.* »

⁹⁰⁴ Arrêt précité, cons. 3 *in fine* : « *Die Praxis, wonach die nicht rechtzeitige Einreichung der Vollmachtsurkunde ohne weiteres die Ungültigkeit der von einem Vertreter abgegebenen Appellationserklärung nach sich zieht, widerspricht nach dem Gesagten dem Sinn und Geist des kantonalen Prozessrechts; sie beruht auf einem überspitzten, mit keinen schutzwürdigen Interessen zu rechtfertigenden Formalismus, der die Durchsetzung des materiellen Rechts auf unhaltbare Weise erschwert.* »

⁹⁰⁵ Comme le fait remarquer justement UHLMANN (p. 36) : « *In der Praxis ist der Übergang oft fliessend.* ».

⁹⁰⁶ UHLMANN, p. 37.

⁹⁰⁷ ATF 132 I 249, cons. 5, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 30 ss (note Rétornaz).

⁹⁰⁸ Consacrée expressément à l'art. 9 Cst.

⁹⁰⁹ ATF 126 I 81, cons. 6 et 7, JdT 2002 I 391, SJ 2000 I 289, RDAF 2001 I 615, RJB 138 (2000), p. 700 ss (chron. Kaelin).

approche se reflète dans les arrêts. La juridiction suprême suit l'exposé de la partie recourante, ce qui facilite la rédaction des motifs. Ainsi, dans certains cas, le Tribunal fédéral examine simultanément le grief tiré de l'arbitraire et celui tiré de l'interdiction du formalisme excessif⁹¹⁰ alors que dans d'autres arrêts il les traite consécutivement, la question de l'excès de formalisme étant sommairement tranchée⁹¹¹. Parfois, il n'est que fait allusion à l'interdiction de l'arbitraire⁹¹². Ce pragmatisme rend d'autant plus floue la limite entre l'arbitraire et l'interdiction du formalisme excessif.

2) Formalisme excessif et protection de la bonne foi en procédure

297. Les relations entre la bonne foi en procédure et l'interdiction du formalisme excessif posent un problème similaire à celui rencontré au sujet de l'arbitraire. On remarquera toutefois que les deux concepts sont davantage indépendants sur le plan théorique (a), que ce n'est le cas pour le formalisme excessif et l'arbitraire. Ce qui n'empêche pas la confusion de s'être installée au fil du temps (b).

a) L'indépendance des deux concepts

298. En pure théorie, la bonne foi et l'interdiction du formalisme excessif constituent deux notions distinctes. La première implique que « *tous les rapports juridiques doivent être régis par une confiance réciproque, qui implique que chacun se*

⁹¹⁰ Voy. par exemple : TF du 7 novembre 2003, 2P.89/2003, cons. 3.2. Alors que le Tribunal fédéral semble initialement opposer la définition de l'interdiction du formalisme excessif à celle de l'arbitraire (« *Vi è formalismo eccessivo, costitutivo di un diniego di giustizia formale - proibito dall'art. 29 cpv. 1 Cost. in combinazione con gli art. 5 e 9 Cost. - allorquando la rigida applicazione di disposizioni formali non è giustificata da alcun interesse degno di protezione, è fine a sé stessa e complica in maniera insostenibile la realizzazione del diritto materiale oppure impedisce in modo inammissibile l'accesso ai tribunali [...]* Una decisione è invece arbitraria quando risulta manifestamente insostenibile, in contraddizione palese con la situazione effettiva, gravemente lesiva di una norma o di un chiaro principio giuridico o in contrasto intollerabile con il sentimento di giustizia e di equità [...] »), le reste du considérant est consacré à la question de la validité de la notification, sans qu'il ne soit plus fait mention des deux griefs. Le Tribunal fédéral considère donc implicitement que les motifs adoptés par la juridiction inférieure ne sont pas arbitraires, pas plus qu'ils ne confinent au formalisme excessif. Le procédé n'est pas unique : TF du 15 avril 2008, 6B_59/2008, cons. 4 à 4.2.2 où le grief tiré de l'arbitraire est littéralement absorbé par celui portant sur l'excès de formalisme et TF du 23 septembre 1997, cons 4, JdT 1998 III 104, p. 107 où la juridiction suprême se borne à indiquer qu'« *on ne voit pas en quoi l'interprétation non arbitraire d'une disposition du droit de procédure cantonal relative aux fêtes constituerait un formalisme excessif.* »

⁹¹¹ TF du 19 avril 1995, cons. 2c, REP 1995, p. 100-101 où la juridiction traite de manière détaillée le grief tiré de l'arbitraire (cons. 2b) puis en ajoute que « *le considerazioni che precedono fanno apparire prive di fondamento le ulteriori censure, segnatamente quelle di formalismo eccessivo e di violazione del diritto di essere sentito.* »

⁹¹² En ce sens : TF du 13 octobre 2000, 2P.223/2000, cons. 3b où le Tribunal fédéral retient que l'excès de formalisme est « *prohibé par l'art. 4 aCst., actuellement art. 9 Cst.* ». Or cette dernière disposition vise l'interdiction de l'arbitraire et la protection de la bonne foi. Nous ne pensons pas que la juridiction suprême entendait réellement fonder l'interdiction du formalisme excessif sur cette norme, mais plutôt qu'elle voulait répondre sommairement aux griefs articulés par le recourant sur le fondement des articles 9 et 29 de la Constitution fédérale. D'ailleurs, dans une affaire ultérieure où l'arrêt est cité, l'interdiction du formalisme excessif est justifiée par renvoi à l'article 29 de la Constitution fédérale (TF du 10 janvier 2007, 1P.724/2006, cons. 2).

comporte selon certains standards objectifs de loyauté »⁹¹³. Transposée à la procédure elle oblige les parties et le tribunal à « *collaborer, chacun dans sa mesure, au déroulement régulier et loyal du procès* »⁹¹⁴. Elle porte donc surtout sur des comportements individuels, et leurs mobiles sous-jacents⁹¹⁵. L'obligation de se comporter de bonne foi lie d'ailleurs tant le juge que les parties. Tel n'est pas le cas de l'interdiction du formalisme excessif. Celle-ci pèse au premier chef sur le tribunal, seul garant de l'équité de la procédure, comme l'indique le Tribunal fédéral en relevant qu'elle « *appartient au droit constitutionnel fédéral et [...] vise l'autorité saisie plutôt que les parties au procès* »⁹¹⁶. Elle concerne, de surcroît, davantage l'interprétation des règles de procédure que les comportements individuels.

299. Des points de contact entre les deux notions existent cependant. Une partie peut ainsi être taxée de mauvaise foi, si elle invoque en procédure un moyen dont l'admission aurait pour conséquence que le tribunal commette un excès de formalisme. Tel serait, par exemple, le cas d'un défendeur se prévalant des vices frappant la notification de la demande en justice, alors qu'il a été en mesure de prendre connaissance à temps de l'acte en question⁹¹⁷. Il ne faut cependant pas en déduire immédiatement que la bonne foi et l'interdiction du formalisme excessif ne sont que deux aspects d'un même problème. Il arrive que l'interdiction du formalisme excessif s'oppose à la bonne foi. On en veut pour preuve la question du délai dans lequel les vices de procédure doivent être annoncés. En l'absence de règle écrite, le Tribunal fédéral se réfère à l'obligation de bonne foi⁹¹⁸. Si celle-ci est entendue de manière trop restrictive, le moindre retard ne saurait être toléré, et il est fort probable que cela conduise inmanquablement à une situation d'excès de formalisme⁹¹⁹.

⁹¹³ ABBET, p. 222 et les références citées.

⁹¹⁴ ABBET, *ibid.*

⁹¹⁵ ABBET, *ibid.*

⁹¹⁶ ATF 132 I 249, cons. 5, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 32 ss (Note Rétornaz)

⁹¹⁷ ABBET, p. 231-232.

⁹¹⁸ ABBET, p. 235

⁹¹⁹ Voy. déjà : TF du 15 septembre 2004, 4P.184/2004, cons. 5 où il fut reproché à une partie de ne pas avoir demandé d'emblée de manière suffisamment claire la traduction de pièces produites, puis d'avoir tardivement insisté. La doctrine relative au Code de procédure civile de 2008 va dans le même sens : François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 28 ad art. 52 CPC 2008 ; Tarkan GÖKSU, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 20-21 ad art. 52 CPC 2008.

b) La confusion des concepts dans la pratique et
dans la doctrine

300. Dans un premier temps, la jurisprudence sembla bien faire la différence entre les griefs tirés de la bonne foi et ceux découlant de l'interdiction du formalisme excessif. On rencontre ainsi deux arrêts, rendus en 1989⁹²⁰ où le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que l'interdiction du formalisme excessif n'a pas été violée en l'espèce, tout en annulant *in fine* l'arrêt cantonal au nom du respect la bonne foi en procédure.

301. En 1992, parut un article sous la plume du juge fédéral EGLI, où il était exposé que l'interdiction du formalisme excessif poursuivait le même but que la protection de la bonne foi⁹²¹. Cette opinion fut reprise dans un arrêt rendu par la juridiction suprême en 1995⁹²². Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral conclut à la violation simultanée des principes de la bonne foi et de l'interdiction du formalisme excessif⁹²³. Cet arrêt porte en lui tous les germes des confusions futures. Les motifs furent de plus en plus succincts. Ainsi, en 1998, le Tribunal fédéral exposa que « *la jurisprudence a tiré à la fois du principe de la bonne foi et de l'interdiction du formalisme excessif le devoir qui s'impose à l'administration, dans certaines circonstances, d'informer d'office le plaideur qui commet ou s'apprête à commettre un vice de procédure* »⁹²⁴. En 2000, la même juridiction se limita à indiquer que l'interdiction du formalisme excessif « *est complétée par l'obligation qu'a l'Etat d'agir de bonne foi à l'égard du justiciable* »⁹²⁵. La savante confusion créée par la jurisprudence s'est peu à peu imposée dans la doctrine⁹²⁶. Alors qu'il y a un peu plus de vingt ans SCHMID ne parlait pas encore des liens entre l'interdiction du formalisme excessif et le respect de la bonne foi en procédure, plusieurs auteurs récents font de l'interdiction du

⁹²⁰ ATF 115 Ia 12, cons. 3b et 4, JdT 1991 I 105.

⁹²¹ EGLI, La protection de la bonne foi dans le procès, p. 226. Cette opinion a parfois été reprise à l'identique par le Tribunal fédéral : TF du 18 juin 2002, 1A.80/2002, cons. 3.1 ; TF du 6 juin 2003, 4P.46/2003, cons. 3.1 ; TF du 13 juillet 2007, 1C_89/2007, cons. 2.3.

⁹²² ATF 121 I 177, cons. 2a) aa), JdT 1996 I 553. En 1993, toutefois le Tribunal fédéral semblait encore faire la différence : TF du 20 janvier 1993, cons. 3c, RFJ 1993, p. 75.

⁹²³ Voy. arrêt précité cons. 2a)cc) : « *Les règles de la bonne foi faisaient un devoir à l'autorité (communale) de permettre aux recourants de réparer les conséquences des propres omissions de la commune, par exemple en leur restituant le délai d'opposition, voire en considérant comme une telle demande de restitution de délai leur requête de suspension de la procédure d'homologation [...] Ce faisant, l'autorité cantonale a fait preuve d'un formalisme excessif...* »

⁹²⁴ ATF 124 II 265, cons. 4a, RDAF 1999 I 669.

⁹²⁵ TF du 17 mars 2000, 1P.27/2000, cons. 3a).

⁹²⁶ Voy. par exemple : GRISEL, p. 246 déduisant la protection de la bonne foi de l'interdiction du formalisme excessif, en ce qui concerne l'interprétation raisonnable des actes de procédure des parties, ou encore TREZZINI, Celerità e lentezza, p. 49, pour qui « *...si confonde [ie le principe de la bonne foi] in particolare con il divieto del formalismo eccessivo, con il diritto di essere sentiti delle parti, con il precetto di uguaglianza, ecc.* »

formalisme excessif une composante de l'obligation de se comporter de bonne foi en procédure⁹²⁷.

302. En réalité, la bonne foi et l'interdiction du formalisme excessif demeurent toujours distinctes, même lorsqu'elles paraissent liées. Si l'argumentation excessivement formaliste d'un plaideur est taxée de mauvais foi, c'est parce qu'elle place le juge dans une position délicate, s'il venait à y faire droit. Dans l'enchaînement des étapes du raisonnement juridique aboutissant à rejeter un moyen tiré de la violation de certaines règles de procédure, le juge doit d'abord prendre conscience des risques d'excès de formalisme, avant de rejeter le moyen au nom des devoirs procéduraux des parties. Ce faisant, il ne fait qu'appliquer un principe général résumé dans l'énoncé suivant : « *est réputé de mauvaise foi tout argument dont l'admission violerait le droit des parties à un procès sans formalisme excessif* »⁹²⁸. Seule cette proposition permet d'expliquer la transition du formalisme excessif à la violation des règles de la bonne foi. Il est sinon logiquement impossible d'établir un lien intellectuel entre la bonne foi et l'interdiction du formalisme excessif. Cela implique, à notre avis, que les deux concepts doivent être distingués.

Section 2 : La Cour européenne des droits de l'Homme et le droit d'accès à un tribunal en matière civile

303. L'expression « *formalisme excessif* » apparut relativement tôt dans la jurisprudence strasbourgeoise, sans toutefois impliquer immédiatement la reconnaissance du droit à un procès sans formalités excessives sous l'angle de l'article 6 § 1 de la

⁹²⁷ ABBET, p. 243 ss ; BOHNET, CPCN commenté, n° 2 ad art. 58 CPC NE ; Urs SCHENKER, in Baker&McKenzie, n° 14 ad art. 52 CPC 2008 ; Myriam A. GEHRI/Alain MUSTER, in GEHRI/KRAMER, n° 4 ad art. 52 CPC 2008 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 135.

Plus nuancé : François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 9 ad art. 52 CPC 2008 et n° 7 ad art. 132 CPC 2008. GRISEL, p. 246, déjà mentionné, tient le raisonnement inverse : il déduit l'obligation de respecter la bonne foi de l'interdiction du formalisme excessif. Voy. également Myriam A. GEHRI, in Karl SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 9 ad art. 52 CPC 2008 pour qui « *die missbräuchliche Berufung auf einen Formmangel ist rechtsmissbräuchlich und verletzt den Grundsatz von Treu und Glauben* ». La formulation employée laisse donc entendre que l'interdiction du formalisme excessif est un concept distinct de l'obligation de se comporter de bonne foi. Le fait que le même auteur ait affirmé le contraire dans un autre ouvrage, sans donner de précisions, nous laisse penser qu'il ne s'agit que d'une variante linguistique.

⁹²⁸ Sur la question des liens entre la bonne foi et l'interdiction du formalisme excessif : TF du 20 janvier 1993, cons. 3c)aa), RFJ 1993, p. 74-75 : « *Le défendeur s'étant prévalu de l'irrecevabilité de l'action de sa femme tout en formant subsidiairement une action reconventionnelle en divorce, il n'était pas arbitraire d'examiner s'il n'avait pas une attitude contradictoire. A cet égard, la juridiction cantonale a fait application de l'art. 2 al. 2 CC et estimé, sans le dire expressément, que le défendeur faisait preuve de formalisme excessif.* »

Convention européenne des droits de l'Homme⁹²⁹. En effet, pendant longtemps l'interdiction du formalisme excessif fut confinée à la procédure devant les organes juridictionnels de Strasbourg.

304. Dans son rapport rendu en l'affaire *Lawless*, qui déboucha sur le premier arrêt de la Cour, la Commission observa « *qu'en tant que tribunal international elle n'est pas tenue d'examiner les questions de forme avec la même rigueur qu'en droit interne* »⁹³⁰. Elle ne faisait d'ailleurs que se référer à la pratique de la Cour permanente de justice internationale⁹³¹, qu'elle mentionna d'ailleurs⁹³². Elle eut ultérieurement l'occasion de préciser sa pensée en matière d'épuisement des voies de recours internes, condition préalable à la saisine des organes de Strasbourg. Dans une affaire de 1968, la Cour européenne des droits de l'Homme⁹³³ énonça que « *ce serait faire preuve d'un formalisme excessif que d'exiger du requérant [...] d'introduire auprès de la Commission une nouvelle requête après chaque décision définitive rejetant une demande de mise en liberté* »⁹³⁴. Elle confirma ultérieurement, et à plusieurs reprises, que l'épuisement des voies de recours internes devait s'apprécier sans formalisme excessif⁹³⁵.

305. L'admission de l'interdiction du formalisme excessif au nombre des droits garantis par l'article 6 § 1 de la Convention, intervint dans un second temps. Pour cela, la Cour européenne des droits de l'Homme dut reconnaître au préalable l'existence du droit d'accès à un tribunal (§ 1). Cela fait, elle examina le formalisme procédural sous l'angle des restrictions au droit d'accès à un tribunal (§ 2).

⁹²⁹ Afin d'éviter les lourdeurs inutiles, nous parlerons dorénavant de la *Convention*.

⁹³⁰ CommEDH, *Lawless c. Irlande*, n° 332/57, décision du 9 décembre 1959, Série B n° 1, p. 39 : « *whereas the present Commission, as an international tribunal, is not bound to treat questions of form with the same degree of strictness as might be the case in municipal law.* »

⁹³¹ Aff. *Concessions Mavromatis en Palestine*, arrêt du 30 août 1924, Série A n° 2, p. 34 : « *La Cour, exerçant une juridiction internationale n'est pas tenue d'attacher à des conditions de forme la même importance qu'en droit interne* ».

⁹³² Affaire *Lawless*, décision précitée, *ibid.*

⁹³³ Pour des raisons déjà exposées à propos de la Convention, nous parlerons parfois de la *Cour* et de la *Commission* afin de ne pas alourdir le texte.

⁹³⁴ CourEDH, *Neumeister c. Autriche*, n° 1936/63, arrêt du 27 juin 1968, Série A n° 8, § 7.

⁹³⁵ Voy. par exemple : CourEDH, *Toth c. Autriche*, n° 11894/85, arrêt du 12 décembre 1991, Série A n° 224, § 82 : la Cour « *juge peu réaliste d'exiger d'un détenu sans formation juridique - tel l'intéressé - qu'il saisisse pleinement la différence entre les deux procédures en question; la Commission aurait témoigné d'un formalisme excessif si elle avait pris à la lettre l'argumentation du requérant sans en rechercher la portée réelle* » ; CourEDH, *Cardot c. France*, n° 11069/84, arrêt du 19 mars 1991, Série A n° 200, § 34 ; CourEDH, *Guizzardi c. Italie*, n° 7367/76, arrêt du 6 novembre 1980, Série A n° 39, § 72 : « *l'article 26 qui renvoie aux "principes de droit international généralement reconnus", doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif* » ; CommEDH, *Ventura c. Italie*, n° 7438/76, décision du 9 mars 1978, D.R. 12, p. 41 : « *de l'avis de la Commission, ce serait faire preuve d'un formalisme excessif que d'exiger du requérant - comme le voudrait le Gouvernement défendeur - qu'il ait saisi deux fois la Cour de cassation : une fois sur une demande de mise en liberté provisoire, une autre fois sur une demande de mise en liberté définitive pour expiration du délai maximum.* »

§ 1 : Le droit d'accès à un tribunal

306. L'article 6 § 1 est l'article de la Convention le plus fréquemment invoqué devant les juridictions nationales, malgré le fait que les garanties qu'il énonce soient souvent reconnues dans le droit des Etats membres⁹³⁶. Le droit d'accès à un tribunal, constituant le « *fondement pratique* »⁹³⁷ de la disposition, on mesure ainsi l'importance du concept⁹³⁸ et la nécessité d'en tracer les contours de manière générale. Nous traiterons successivement de la reconnaissance de ce droit (A) et de sa portée (B).

A) La reconnaissance du droit d'accès à un tribunal

307. La notion ne s'étant pas imposée d'emblée, nous opterons pour une approche historique⁹³⁹, car la notion est intimement liée à une décision précise de la Cour, l'arrêt *Golder*. Nous examinerons donc la situation avant cet arrêt (1), puis les conséquences de celui-ci (2).

1) La situation avant l'arrêt *Golder contre Royaume-Uni*

308. Pour bien saisir la situation avant l'arrêt *Golder*, il faut partir du texte de l'article 6 § 1 de la Convention (a), qui ne mentionne pas un éventuel droit d'accès à un tribunal (b).

a) Le texte de l'article 6 § 1 de la Convention

309. Le texte de l'article 6 § 1 de la Convention est particulièrement dense. La disposition prévoit en premier lieu que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ». La seconde phrase précisant les conditions auxquelles la publicité des audiences peut être réduite, elle ne concerne pas le droit d'accès à un tribunal⁹⁴⁰. Revenons donc à la première. La seule lecture de celle-ci permet d'identifier

⁹³⁶ MILANO, p. 27 parle d'ailleurs de « *paradoxe* » à cet égard.

⁹³⁷ MILANO, p. 38.

⁹³⁸ Comme le fait remarquer à bon escient MILANO, p. 337 ce droit constitue « *l'un des garanties fondamentales de l'individu, si ce n'est la garantie la plus fondamentale, en tant que droit-garantie des autres droits fondamentaux.* »

⁹³⁹ C'est aussi celle de MILANO, pp. 39 ss.

⁹⁴⁰ Voici le texte : « *Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des*

les éléments suivants. Lorsqu'on se trouve en présence d'un « *droit ou obligation de caractère civil* », le tribunal saisi doit être « *indépendant et impartial* » ainsi qu'« *établi par la loi* ». Il s'agit donc de « *droits-conditions de la fonction juridictionnelle* »⁹⁴¹. A cela vient s'ajouter le triptyque des garanties de procédure, cette dernière devant être « *équitable* », « *publique* » et ne pas durer plus que le « *délai raisonnable* ». Celles-ci constituent donc les « *droits-conditions de la protection juridictionnelle du justiciable* »⁹⁴². En dépit de son apparente brièveté, la première phrase de l'article 6 § 1 de la Convention pose donc les bases de tout un édifice.

310. Les auteurs de la Convention omirent cependant d'indiquer la portée exacte de l'expression « *a droit à ce que sa cause soit entendue* ». Doit-on comprendre par là que tout individu est habilité, sur le fondement de la Convention, à saisir un tribunal présentant les garanties précitées, afin d'obtenir, au terme d'un procès public, équitable et rapide, qu'il se prononce sur l'existence de droits et obligations de caractère civil ? Ou, au contraire, faut-il considérer que les Etats membres sont libres de soustraire certains litiges à la justice civile et que les garanties précitées ne valent que dans la mesure où la possibilité d'accéder à un tribunal existe en droit interne⁹⁴³ ? Les travaux préparatoires ne contenant aucune indication à ce propos⁹⁴⁴, il appartient donc à la jurisprudence de se prononcer.

b) L'absence de garantie expresse d'accès à un tribunal dans la jurisprudence

311. Avant l'arrêt *Golder*, la jurisprudence des organes de Strasbourg ne reconnaissait pas explicitement le droit d'accès à un tribunal en matière civile fondé sur la Convention⁹⁴⁵. Dans l'affaire *Ringeisen*, la Commission, puis la Cour, avaient été saisies de la question par le requérant qui contestait la qualité de juridiction indépendantes à certaines commissions administratives autrichiennes⁹⁴⁶. La Commission déclara recevable le grief tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, en soulignant la nécessité

parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

⁹⁴¹ Le terme, parfaitement adéquat, est de MILANO, p. 339.

⁹⁴² De nouveau, l'expression est empruntée à MILANO, p. 459.

⁹⁴³ Sur cette question : EISSEN, pp. 456 ss ; MILANO, p. 39.

⁹⁴⁴ Ceux-ci peuvent être consultés à l'adresse électronique suivante :

<http://www.echr.coe.int/library/COLFRTravauxprep.html> (lien visité le 3 juin 2011).

⁹⁴⁵ EISSEN, pp. 480 ss. ; MILANO, p. 40-41. Le débat se retrouvera au centre de l'arrêt rendu en l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*, n° 4451/70, arrêt du 21 février 1975, Série A n° 18, § 32.

⁹⁴⁶ Voy. CourEDH, *Ringeisen c. Autriche*, n° 2614/65, arrêt du 16 juillet 1971, Série A n° 13, § 81.

de se prononcer sur l'existence du droit d'accès à un tribunal⁹⁴⁷. Considérant que le mode de désignation des membres des commissions administratives en question présentait toutes les garanties nécessaires, la juridiction de Strasbourg écarta le grief sans se prononcer sur l'existence d'un éventuel droit d'accès à un tribunal⁹⁴⁸.

2) L'arrêt *Golder contre Royaume-Uni*

312. L'arrêt cité en exergue constitue un tournant marquant dans la jurisprudence des organes de Strasbourg⁹⁴⁹. Il reconnaît expressément le droit d'accès à un tribunal (a), tout en confirmant, en arrière-plan, l'importance du rôle joué par les juridictions dans la prééminence du droit au sein d'une société démocratique (b).

a) La reconnaissance du droit d'accès à un tribunal

313. L'état des faits à la base de l'arrêt *Golder* était simple. Un détenu souhaitait introduire une action civile en diffamation contre un gardien qu'il accusait de l'avoir dénoncé à la direction de l'établissement pour avoir participé à une émeute. Il demanda l'autorisation de rencontrer un avocat afin de saisir les juridictions compétentes, demande qui fut rejetée, semble-t-il parce que le procès était dépourvu de toute chance de succès⁹⁵⁰. Devant la Commission, le requérant soutenait, entre autre, que le refus l'empêchait d'introduire instance⁹⁵¹. Dans son rapport, la Commission reconnut expressément que l'article 6 § 1 de la Convention garantissait le droit d'accès à un tribunal⁹⁵². Cette approche fut intégralement confirmée par la Cour. Au terme d'un long raisonnement portant aussi bien sur le sens littéral du texte de l'article 6 § 1, que sur la Convention de

⁹⁴⁷ EISSEN, p. 481.

⁹⁴⁸ Affaire *Ringeisen*, arrêt précité, § 95. MILANO, p. 41.

⁹⁴⁹ Sergio BARTOLE/Benedetto CONFORTI/Guido RAIMONDI, Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, CEDAM, Padoue, 2001, n° 3.1 ad art. 6 CEDH ; BÍRSAN, n° 170 ss ad art. 6 CEDH ; GUINCHARD, Procès équitable, n° 8, 21 et 22 ; HAEFLIGER/SCHÜRMANN, p. 162 ; RENUCCI, p. 338 ; REID, p. 85 ; VAN DIJK/VAN HOOFF/VAN RIJN/ZWAAK, p. 557 ; VELU/ERGEC, p. 400 n° 449 ; VILLIGER, Handbuch, p. 272 ; Pierre LAMBERT, Le droit à un procès équitable, in Louis-Edmond PETTIT/Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE/Pierre LAMBERT/Didier DURANT/Marc-André EISSEN, La Convention européenne des droits de l'homme – Actes de la journée d'étude du 16 novembre 1991 organisée à Lille sous les auspices de l'Ordre des avocats au barreau de Lille, de l'Ordre national des avocats de Belgique et du Centre de formation professionnelle des barreaux du ressort de la cour d'appel de Douai, Editions Némésis, Bruxelles, 1992, p. 40. Le raisonnement suivi par la Cour force fréquemment l'admiration, voy : Jean-Claude SOYER/Michel DE SALVIA, Article 6, in PETTITI/DECAUX/IMBERT, p. 258 qui parlent de « démonstration très serrée » ou encore GUINCHARD/CHAINAIS/ DELICOSTOPOULOS/ DELICOSTOPOULOS/ DOUCHY- OUDOT/FERRAND/LAGARDE/MAGNIER/RUIZ FABRI/SINOPOLI/SOREL, p. 551 qui mentionnent le « célèbre arrêt *Golder* »

⁹⁵⁰ Affaire *Golder*, arrêt précité, §§ 10-18. MILANO, *ibid*.

⁹⁵¹ Affaire *Golder*, arrêt précité, § 19.

⁹⁵² Affaire *Golder*, arrêt précité, § 21.

Vienne relative au droit des traités⁹⁵³, la juridiction arriva à la conclusion que « *le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par. 1* »⁹⁵⁴.

314. Une fois cette reconnaissance acquise, restait encore l'application de ces principes au cas d'espèce. A ce propos, la Cour releva que le droit d'accès à un tribunal pouvait souffrir certaines limitations, dont elle ne voulait pas dresser le catalogue *in abstracto*⁹⁵⁵, mais qu'en l'espèce, « *le ministre n'avait pas à apprécier lui-même les chances de succès de l'action envisagée* »⁹⁵⁶. Elle en déduisit que l'article 6 § 1 de la Convention avait été violé⁹⁵⁷.

b) La toile de fond

315. L'arrêt *Golder* n'a pas seulement reconnu le droit d'accès à un tribunal. Il a amplement contribué à la consécration d'une « *interprétation extensive fondée sur le principe de prééminence du droit.* »⁹⁵⁸ Le mouvement avait déjà commencé avec l'arrêt *Wemhoff*⁹⁵⁹ et trouve donc son prolongement dans l'arrêt *Golder*⁹⁶⁰. Les motifs fournis par la Cour montrent sa volonté d'éviter qu'un Etat ne puisse « *supprimer ses juridictions ou soustraire à leur compétence le règlement de certaines catégories de différends de caractère civil pour le confier à des organes dépendants* »⁹⁶¹.

316. Le souvenir des régimes fascistes, et de leurs pervers détournements de pouvoirs, explique certainement l'importance accordée par la Cour à l'effectivité⁹⁶² du droit à un procès équitable, ainsi que la relative méfiance de celle-ci à l'égard de toute réglementation nationale soustrayant certains litiges à la connaissance des juridictions ordinaires⁹⁶³. Naturellement, pour des raisons évidentes de savoir-être politique, elle ne

⁹⁵³ Affaire *Golder*, arrêt précité, §§ 29-35.

⁹⁵⁴ En revanche, la même année, la Commission débouta un requérant qui se plaignait du fait qu'il avait uniquement pu écrire à son avocat, et non communiquer par téléphone avec lui : CommEDH, *X. c. Allemagne*, n° 5964/72, décision du 29 septembre 1975, D.R. 3, p. 58-59, au motif que « *les autorités pénitentiaires n'ont pas empêché le requérant de communiquer avec son avocat au point qu'il n'aurait pu saisir un tribunal ainsi que le garantit l'article 6 § 1.* »

⁹⁵⁵ Affaire *Golder*, arrêt précité, §§ 38-39.

⁹⁵⁶ Affaire *Golder*, arrêt précité, § 40.

⁹⁵⁷ Affaire *Golder*, arrêt précité, *ibid.*

⁹⁵⁸ BÎRSAN, n° 169 ad art. 6 CEDH ; MILANO, p. 47. Voy. également MEYER-LADEWIG, n°18 ad art. 6 CEDH : « *Aus Art. 6 Abs. 1 ergibt sich die positive Pflicht des Staates, ein wirksames Justizsystem aufzubauen und zu unterhalten...* »

⁹⁵⁹ Voy. à ce propos : CourEDH, *Wemhoff c. Allemagne*, n° 2122/64, arrêt du 27 juin 1968, Série A n° 7, § 8 des motifs juridiques : « *S'agissant d'un traité normatif, il y a lieu d'autre part de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties.* »

⁹⁶⁰ MILANO, p. 47.

⁹⁶¹ Affaire *Golder*, arrêt précité, § 35.

⁹⁶² Comme le relève RENUCCI, p. 338-339, l'article 6 § 1 entre sur ce point en concurrence avec le droit à un recours effectif prévu à l'article 13 CEDH.

⁹⁶³ MILANO, p. 48-49. Sur les relations entre le droit d'accès à un tribunal et l'Etat de droit, voy. MILANO, pp. 67 ss.

pouvait pas aborder frontalement la question, car l'allusion à cette circonstance aurait été exagérée en l'espèce⁹⁶⁴.

317. La Cour préféra donc se raccrocher au droit public général. Elle se fonda ainsi sur « *le principe selon lequel une contestation civile doit pouvoir être portée devant un juge compte au nombre des principes fondamentaux de droit universellement reconnus* » et « *le principe de droit international qui prohibe le déni de justice* »⁹⁶⁵, sans trop s'étendre à leur sujet. Le second présente un intérêt certain pour l'objet de notre étude. En effet, l'interdiction du déni de justice constitue précisément la clef de voûte de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'interdiction du formalisme excessif⁹⁶⁶. L'invocation d'un principe similaire par la Cour de Strasbourg est la preuve de la parenté entre les deux approches. Il est cependant hautement probable, si ce n'est certain, que les juges européens ignoraient tout de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de déni de justice⁹⁶⁷. Il ne s'agit pas, non plus, d'un pur hasard. A notre avis, l'approche conjointe des deux juridictions procède d'une certaine conscience juridique commune qui trouve ses racines dans le droit international public⁹⁶⁸. Il ne faut toutefois pas en déduire, hâtivement, que le droit d'accès à un tribunal consacré par la Cour de Strasbourg est l'image positive de l'interdiction du déni de justice reconnu par le Tribunal fédéral suisse. Ce dernier n'a, en effet, jamais donné une définition très précise du déni de justice⁹⁶⁹. Plutôt que de poursuivre dans cette voie, il s'est empressé de tirer tout une série de garanties de procédure dérivées, telle que l'interdiction du formalisme excessif, le droit à l'assistance judiciaire ou l'interdiction de l'arbitraire. Ces dernières font, en revanche, l'objet de définitions précises dans la jurisprudence⁹⁷⁰. L'approche suivie par le Tribunal fédéral est extrêmement morcelée. Tel n'est pas le cas, en revanche, de celle adoptée par la Cour de Strasbourg. L'arrêt *Golder* crée, en effet, un droit général d'accès aux juridictions dont la portée est vaste. Cela a pour corollaire que chaque restriction devra être justifiée sous peine d'être déclarée illégitime. Il suffit à la partie lésée d'alléguer

⁹⁶⁴ Rien ne laissait entendre que les restrictions opposées à M. Golder avaient pour but de soustraire une demande bien fondée à la connaissance des tribunaux.

⁹⁶⁵ Affaire *Golder*, arrêt précité, § 35.

⁹⁶⁶ Cf. supra, n° 257 ss.

⁹⁶⁷ Le juge élu au titre de la Suisse, le Professeur Antoine Favre, ne participa pas à l'élaboration de l'arrêt *Golder*.

⁹⁶⁸ En effet, la référence au droit international public ressort de l'arrêt *Golder* lui-même. Quant à la jurisprudence suisse en matière de déni de justice, nous avons vu que celle-ci fut initialement développée par le Parlement sur le fondement de la Constitution de 1848 et qu'elle présentait également des liens avec le droit international public (Cf. supra, n° 258).

⁹⁶⁹ Ainsi HAEFLIGER, p. 115 distingue deux degrés de déni de justice. Le déni de justice au sens étroit, soit le fait de refuser purement de juger, ou de décider, correspondant par ailleurs à la notion de déni de justice reçue en droit français (art. 4 C. civ.), et le déni de justice au sens large, englobant également l'interdiction du formalisme excessif.

⁹⁷⁰ Pour l'interdiction du formalisme excessif, voy. supra, n° 283.

qu'elle n'a pas pu accéder à une juridiction pour que la question de l'intérêt légitime et de la proportionnalité se pose. On ne retrouve pas une telle logique implacable en matière de déni de justice en raison des difficultés à définir ce concept.

B) La portée du droit d'accès à un tribunal

318. Pour bien saisir la portée du droit d'accès à un tribunal, il faut tout d'abord s'interroger sur la signification de l'institution (1), puis sur sa relation avec le droit d'action en justice (2).

1) La notion d'*accès à un tribunal*

319. La notion d'*accès à un tribunal* comprend, à titre principal, le droit d'obtenir un jugement sur le fond (a). La Cour en déduit un certain nombre de garanties secondaires qui ne le concernent qu'indirectement (b).

a) La garantie principale : le droit d'obtenir un jugement sur le fond

320. Dans l'affaire *Golder*, le requérant se plaignait de ne pas avoir pu s'entretenir avec un avocat en vue d'introduire un procès⁹⁷¹. Aucune instance n'ayant été engagée, la Cour pouvait d'autant plus facilement conclure que le droit d'accès à un tribunal avait été atteint. Elle précisa d'ailleurs qu'elle « *n'a[vait] pas à rechercher en l'espèce si et dans quelle mesure l'article [6 § 1 de la Convention] exige en outre une décision sur le fond même de la contestation* »⁹⁷². Le droit d'accès à un tribunal se confondait donc avec le droit de saisir une juridiction, sans porter sur l'issue de la procédure⁹⁷³.

321. La juridiction européenne fut bientôt confrontée à des situations où le requérant avait introduit instance, sans toutefois être en mesure d'obtenir un jugement sur le fond du litige. La jurisprudence s'éloigna de la distinction opérée dans l'affaire *Golder* pour assimiler le droit d'accès à un tribunal au droit à un jugement sur le fond du litige⁹⁷⁴. Le changement s'opéra progressivement. Il commença avec l'affaire *Ashingdane*, où la Cour précisa que le fait d'avoir accès aux juridictions « *pour entendre déclarer [des]*

⁹⁷¹ Cf. supra, n° 313.

⁹⁷² Affaire *Golder*, arrêt précité, § 36.

⁹⁷³ MILANO, p. 56.

⁹⁷⁴ MILANO, p. 56-57 ; VAN DIJK/VAN HOF/VAN RIJN/ZWAAK, p. 560 ; Iñaki ESPARZA LEIBAR/José Francisco ETXEBERRIA GURDI, Derecho a un proceso equitativo, in Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (dir.), Convenio Europeo de derechos humanos – Comentario Sistemático, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 152.

actions irrecevables par le jeu de la loi » ne « satisfait pas nécessairement aux impératifs de l'article 6 », car il faut être en mesure de « constater que le degré d'accès procuré par la législation nationale suffisait pour assurer à l'individu le "droit à un tribunal", eu égard au principe de la "prééminence du droit" dans une société démocratique »⁹⁷⁵.

322. Un examen par un tribunal jouissant d'un pouvoir d'examen limité ne remplissait pas non plus les exigences du droit d'accès à un tribunal⁹⁷⁶. Dans l'affaire *Le Compte, Van Leuven et De Meyere*, la Cour retint qu'un pourvoi en cassation, devant une juridiction incompétente pour revoir les faits du litige et la proportionnalité d'une sanction disciplinaire, ne satisfaisait pas au droit d'accès à un tribunal⁹⁷⁷. La juridiction européenne confirma à plusieurs reprises cette approche⁹⁷⁸, notamment dans des affaires britanniques où des droits parentaux (garde, visite...) avait été retirés par une entité administrative sans que les juridictions ordinaires subséquemment saisies ne puissent revoir intégralement le bien-fondé de la décision⁹⁷⁹. Le droit d'accès à un tribunal ne se limite donc pas à la possibilité de saisir celui-ci. Pour satisfaire aux obligations conventionnelles, la juridiction devait procéder à un examen complet des prétentions du requérant.

323. D'autres affaires soumises à la Cour de Strasbourg vinrent préciser le sens qu'il fallait attribuer à « l'examen complet » des prétentions. Elle affirma ainsi clairement qu'« il serait illusoire que l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permette qu'un individu engage devant un tribunal une action au civil sans veiller à ce que la cause fasse l'objet d'une décision définitive à l'issue de la procédure judiciaire. »⁹⁸⁰ Ce faisant, elle consacrait la transition vers la reconnaissance du droit à une décision sur le fond du

⁹⁷⁵ CourEDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, n° 8225/78, arrêt du 28 mai 1985, Série A n° 93, § 57. Cette approche fut confirmée ultérieurement : CourEDH, *Yagtzilar et autres c. Grèce*, n° 41727/98, arrêt du 6 décembre 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-XII, §§ 20-28.

⁹⁷⁶ MEYER-LADEWIG, n° 19 ad art. 6 CEDH ; RENUCCI, p. 338 ; VAN DIJK/VAN HOF/VAN RIJN/ZWAAK, p. 561 ; VELU/ERGEK, p. 402, n° 453 ; FROWEIN/PEUKERT, n° 58 ad art. 6 CEDH ; STREINZ, p. 150-151 ; VILLIGER, Handbuch, p. 271 ; SCHMUCKLI, p. 63-64 se montre même catégorique : « Gerichte, die keine Tatsachenermittlungen durchführen können, die nur kassatorische Befugnisse besitzen oder nur reine Wiederaufnahme des Verfahrens anordnen können sind keine Gerichte im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. »

⁹⁷⁷ CourEDH, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, n° 6875/78 et 7235/78, arrêt du 23 juin 1981, Série A n° 43, § 51.

⁹⁷⁸ Avec quelques nuances concernant les affaires purement administratives auxquelles l'article 6 § 1 de la Convention est applicable en son volet civil : MILANO, pp. 369 ss.

⁹⁷⁹ CourEDH, *O. c. Royaume-Uni*, n° 9276781, n° 9276/81, arrêt du 8 juillet 1987, Série A n° 120, §§ 61-64 ; CourEDH, *W. c. Royaume-Uni*, n° 9749/82, arrêt du 8 juillet 1987, Série A n° 121 ; §§ 80-83 ; CourEDH, *R. Royaume-Uni*, n° 10496/83, arrêt du 8 juillet 1987, n° 10496/83, Série A n° 121, §§ 85-88 ; CourEDH, *B. c. Royaume-Uni*, n° 9840/82, arrêt du 8 juillet 1987, Série A n° 121, §§ 80-83. Pour plus de précisions : REID, p. 93-94 ; VELU/ERGEK, p. 402-403, n° 454.

⁹⁸⁰ CourEDH, *Kutić c. Croatie*, n° 48778/99, arrêt du 1^{er} mars 2002, § 25.

litige⁹⁸¹. Depuis lors, la Cour a confirmé sa nouvelle position dans plusieurs autres affaires⁹⁸² et elle est également reprise en doctrine⁹⁸³.

324. Cette évolution de la jurisprudence ne va toutefois pas sans poser certains problèmes. Lorsque les juridictions ne distinguent pas clairement entre le défaut de fondement et l'irrecevabilité, il est difficile de savoir si les prétentions déduites en justice ont véritablement fait l'objet d'un examen au fond. Tel est le cas du droit anglais qui contient de nombreuses dispositions restreignant, voir interdisant, des procès en responsabilité civile contre les collectivités publiques et les fonctionnaires. Tantôt on peut y voir une clause d'immunité de juridiction, restreignant le droit d'accès à un tribunal, tantôt elles peuvent être considérées comme des clauses exonératoires de responsabilité civile, et donc comme du droit matériel. La qualification exacte a donné lieu à plusieurs arrêts et décisions des juridictions européennes⁹⁸⁴. La prise en compte de certaines particularités du droit national peut aussi conduire à des solutions paraissant surprenantes pour l'observateur étranger. Ainsi, la Cour arriva à la conclusion dans l'affaire *Markovic* que la Cour de cassation italienne avait examiné le fond du litige, quand bien même elle n'était saisie que d'une exception d'incompétence *ratione materiae*, car la procédure du

⁹⁸¹ Pour plus de détails : MILANO, p. 56-57 ; GUINCHARD/CHAINAIS/DELICOSTOPOULOS/DELICOSTOPOULOS/DOUCHY-LOUDOT/FERRAND/LAGARDE/MAGNIER/RUIZ FABRI/SINOPOLI/SOREL, p. 554

⁹⁸² Voy. par exemple : CourEDH, *Mihaylov. c. Bulgarie*, n° 17868/07, arrêt du 27 mars 2008, §§ 33-43. L'affaire portait sur l'identification du défendeur dans une procédure en responsabilité civile dirigé contre des autorités administratives. Le tribunal régional de Plovdiv avait dans une première décision déclaré que l'Institut national de sécurité sociale n'avait pas qualité pour défendre et que la procédure devait être menée contre le département régional de cette institution. Alors que le requérant avait introduit une seconde procédure, la même juridiction avait soutenu l'exact contraire avec l'approbation de la Cour suprême de Bulgarie.

⁹⁸³ BÎRSAN, n° 176 ad art. 6 CEDH ; GUINCHARD, Procès équitable, n° 25 ; MEYER-LADEWIG, n° 18a ad art. 6 CEDH.

⁹⁸⁴ CommEDH, *X. c. Royaume-Uni*, n° 7443/76, décision du 10 décembre 1976, D.R. 8, p. 218-219 ; CommEDH, *Dyer c. Royaume-Uni*, n° 10475/83, décision du 9 octobre 1984, D.R. 39, p. 246 ; CommEDH, *Baggs c. Royaume-Uni*, n° 9310/81, décision du 16 octobre 1985, D.R. 44, p. 29 ; CommEDH, *Wallace-Jones c. Royaume-Uni*, n° 10782/84, décision du 12 mai 1986, D.R. 47, pp. 160 ss ; CourEDH, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, n° 9310/81, arrêt du 21 février 1990, Série A n° 172 ; CourEDH, *Fayed c. Royaume-Uni*, n° 17101/90, arrêt du 21 septembre 1994, Série A n° 294-B ; CommEDH, *Megan Reeve c. Royaume-Uni*, n° 24844/94, décision du 30 novembre 1994, D.R. 79-B, pp. 14 ss. ; CourEDH, *Tinnelly & Sons Ltd et autres et McElduff et autres c. Royaume-Uni*, n° 20390/92 et 21322/92, arrêt du 10 juillet 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV ; CourEDH [GC], *Osman c. Royaume-Uni*, n° 23452/94, arrêt du 28 octobre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII ; CourEDH [GC], *Z. et autres c. Royaume-Uni*, n° 29392/95, arrêt du 10 mai 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-V ; CourEDH [GC], *T.P. et K.M. c. Royaume-Uni*, n° 28945/95, arrêt du 10 mai 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-V ; CourEDH [GC], *Roche c. Royaume-Uni*, n° 32555/96, arrêt du 19 octobre 2005, Recueil des arrêts et décisions 2005-X. La question de la nature formelle ou matérielle de la restriction s'est également posée à propos de l'immunité accordée aux Etats étrangers devant les juridictions britanniques : CourEDH [GC], *Fogarty c. Royaume-Uni*, n° 37112/97, arrêt du 21 novembre 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI.

regolamento preventivo di giurisdizione l'avait conduite à vérifier si les requérants disposaient d'un droit à l'indemnisation de leur préjudice⁹⁸⁵.

325. Le droit d'accès à un tribunal doit être distingué de l'équité de la procédure, elle aussi garantie par l'article 6 § 1 de la Convention. Celle-ci constitue une garantie distincte des autres garanties consacrées à l'article 6 § 1 de la Convention⁹⁸⁶. Alors que le droit d'accès à un tribunal implique la faculté de saisir un tribunal et d'obtenir un jugement sur le fond, l'équité de la procédure concerne surtout l'égalité des armes et le principe du contradictoire⁹⁸⁷. La jurisprudence de la Cour n'exclut toutefois pas que d'autres droits procéduraux puissent être déduits de l'équité de la procédure. En effet, l'égalité des armes et le principe du contradictoire sont considérés comme de simples « *éléments de la notion plus large de procès équitable* »⁹⁸⁸. Le fait qu'ils aient été respectés n'implique pas automatiquement que la procédure a été équitable⁹⁸⁹. Force est cependant de constater que la Cour ne s'étend guère sur les autres aspects auxquels elle fait allusion. Elle a ainsi déduit, de l'équité de la procédure⁹⁹⁰, l'obligation de motiver les décisions de justice⁹⁹¹ et le droit à ne pas être contraint de contribuer à sa propre

⁹⁸⁵ CourEDH [GC], *Markovic et autres c. Italie*, n° 1398/03, arrêt du 14 décembre 2006, §§ 106-116, Recueil des arrêts et décisions 2006-XIV.

⁹⁸⁶ MILANO, p. 510. VELU/ERGEC, p. 409 n° 466.

⁹⁸⁷ MILANO, pp. 511 ss.

⁹⁸⁸ Voy. parmi tant d'autres : CourEDH, *Delcourt c. Belgique*, n° 2689/65, arrêt du 17 janvier 1970, Série A n° 11, § 28 ; CourEDH, *Monnell et Morris c. Royaume-Uni*, n° 9562/81 et n° 9818/82, arrêt du 2 mars 1987, Série A n° 115, § 62 ; CourEDH, *Ekbatani c. Suède*, n° 10563/83, arrêt du 26 mai 1988, Série A n° 134, § 30 ; CourEDH, *Borgers c. Belgique*, n° 12005/86, arrêt du 30 octobre 1991, Série A n° 214-A, § 24. Dans l'arrêt *Delcourt*, la Cour renvoie à ce propos à l'affaire *Neumeister* (CourEDH, arrêt du 27 juin 1968, Série A n° 8), plus particulièrement au paragraphe 22. Cependant le texte de l'arrêt se borne à relever que la procédure suivie devant les juridictions autrichiennes « *est contraire au principe de l'égalité des armes que la Commission a déclaré à juste titre, dans plusieurs décisions et avis, être compris dans la notion de procès équitable (fair trial) inscrite à l'article 6 par. 1* », concluant toutefois à l'absence de violation de cette disposition au motif qu'elle « *ne considère cependant pas ledit principe comme applicable à l'examen des demandes de mise en liberté provisoire.* » C'est dans l'affaire *Delcourt* la juridiction strasbourgeoise a affirmé, en réalité pour la toute première fois, que l'égalité des armes ne constituait qu'un des aspects de l'équité de la procédure. L'arrêt *Neumeister* ne constitue donc pas un véritable précédent. Soit il s'agit d'un *lapsus memoriae* du rédacteur de l'arrêt *Delcourt*, soit la Cour voulait-elle éviter que cette décision ne paraisse trop novatrice et ne suscite ainsi d'innombrables interrogations.

⁹⁸⁹ Affaire *Ekbatani*, arrêt précité, § 30, où la Cour répondait à un moyen soulevé par le Gouvernement suédois concernant l'absence d'audience en degré d'appel. Voy également dans l'affaire *Delcourt*, arrêt précité, § 28 où la Cour relève que la « *Commission et [le] Gouvernement se sont placés pour l'essentiel sur le terrain du principe dit de l'"égalité des armes"* », alors qu'elle procédera de son côté à une analyse « *à la lumière de l'ensemble du paragraphe 1 de l'article 6* », car « *le principe de l'égalité des armes n'épuise pas le contenu de ce paragraphe* ». En l'espèce, toutefois le caractère global de l'examen a débouché sur un double constat de non-violation de l'article 6 § 1 de la Convention, concernant le rôle du ministère public dans la procédure de cassation en droit belge (§§ 37 et 42).

⁹⁹⁰ MEYER-LADEWIG, n°35 ad art. 6 CEDH souligne qu'il s'agit de manifestations isolées (*Einzelne Aspekte*) de l'équité de la procédure. VAN DIJK/VAN HOF/VAN RIJN/ZWAAK, pp. 592 ss. parlent de « *various other requirements* ».

⁹⁹¹ La jurisprudence commença par reconnaître aux juridictions nationales le droit de ne pas motiver certaines décisions de justice, ou de ne pas répondre à tous les arguments soulevés par les parties, ce qui revenait à consacrer implicitement le droit à un jugement motivé : CommEDH, *X. c. Allemagne*, n° 8769/79, décision du 16 juillet 1981, D.R. 25, p. 242 ; CommEDH, *Z. et E. c. Autriche*, n° 10153/82, décision du 13 octobre 1986, D.R. 49, p. 82-83 ; CommEDH, *Kaufman c. Belgique*, n° 10938/84, décision du 9 décembre 1986, D.R. 50, pp. 98 ss ; CommEDH, *R.P. c. France*, n° 10412/83, décision du 14 juillet 1987, D.R. 52, pp. 128 ss. Puis la Cour reconnut le droit à un jugement

incrimination⁹⁹². Elle n'a depuis plus étendu la liste des droits découlant de l'équité de la procédure. Ce n'est donc pas une surprise si la doctrine⁹⁹³ assimile l'équité de la procédure au respect de l'égalité des armes et du principe du contradictoire, reléguant ailleurs le droit à une décision motivée⁹⁹⁴ ou l'interdiction de ne pas être contraint de contribuer à sa propre incrimination⁹⁹⁵.

b) Les garanties accessoires

326. Le droit d'accès à un tribunal ne se limita pas au droit d'ouvrir action et d'obtenir un jugement au fond. Dans la foulée de son interprétation évolutive⁹⁹⁶ de la Convention, la Cour a reconnu un certain nombre de garanties accessoires⁹⁹⁷ qui, sans directement porter sur l'ouverture d'action, présentent toutefois suffisamment de liens avec elles pour être concernées par le droit d'accès à un tribunal.

327. C'est ainsi que la Cour examine sous l'angle du droit d'accès à un tribunal les questions relatives à « *l'accès au droit* »⁹⁹⁸. Il s'agit des obstacles financiers⁹⁹⁹, juridiques¹⁰⁰⁰ et matériels¹⁰⁰¹ empêchant une partie de plaider son affaire dans de bonnes

motivé par touches successives. Dans l'affaire, *H. c. Belgique*, (CourEDH, n° 8950/80, arrêt du 30 novembre 1987, Série A n° 127-B, § 53) elle aborda la question et passant et dans le cadre d'un examen global de l'équité de la procédure. En revanche, dans l'affaire *Hadjianastassiou c. Grèce* (CourEDH, n° 12945/87, arrêt du 16 décembre 1992, Série A n° 252, § 33), elle indiqua pour la première fois que « *les juges doivent cependant indiquer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels ils se fondent* » sans se référer à l'arrêt rendu précédemment contre la Belgique, signe que celui-ci n'avait pas véritablement valeur de précédent. Voy. sur cette question : GUINCHARD, Procès équitable, n° 367 ss ; MILANO, pp. 550 ss, RENUCCI, p. 440 ; STREINZ, p. 158.

⁹⁹² Voy. les deux *leading cases* en la matière : CourEDH, *Funke c. France*, n° 10828/84, arrêt du 25 février 1993, Série A n° 256-A, § 44 ; CourEDH, *John Murray c. Royaume-Uni*, n° 18731/91, arrêt du 8 février 1996, Recueil des arrêts et des décisions 1996-I, § 45.

⁹⁹³ Voy. MILANO, p. 510-511 et les auteurs cités ainsi que Ireneu CABRAL BARRETO, A Convenção europeia dos direitos do Homem anotada, 4^{ème} édition, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 165 : « *Um processo equitativo exige, como elemento co-natural, que cada uma das partes tenha possibilidades razoáveis de defender os seus interesses numa posição não inferior à da parte contrária.* »

⁹⁹⁴ MILANO, p. 509 oppose le droit à l'équité du procès au droit à l'équité de la décision juridictionnelle composé du droit à la motivation de la décision juridictionnelle et du droit à l'exécution de la décision juridictionnelle, malgré le fait que ce dernier soit un attribut du droit d'accès à un tribunal (ce que l'auteur reconnaît d'ailleurs : MILANO, pp. 572 ss).

⁹⁹⁵ MILANO n'en parle pas.

⁹⁹⁶ La Cour souhaite en effet donner une portée effective au droit d'accès à un tribunal : Jean-Claude SOYER/Michele DE SALVIA, Article 6, in PETTITI/DECAUX/IMBERT, p. 258. Le droit d'accès à un tribunal ne s'analyse pas seulement en l'interdiction de faire obstacle à une saisine des juridictions, mais il fonde également l'obligation des Etats parties de garantir un accès effectif : STREINZ, p. 152 : « *Art. 6 Abs. 1 EMRK verbietet den Vertragsstaaten nicht nur, den Zugang zu den Gerichten in ungerechtfertigter Weise zu verwehren, sondern gebietet ihnen auch, dem Einzelnen den Zugang zum Gericht in wirksamer Weise zu ermöglichen.* » Voy. également VELU/ERGEC, p. 404-405 qui parlent « *d'obligations positives à l'effet de faciliter, le cas échéant, l'accès à la justice.* »

⁹⁹⁷ On peut aussi parler de « *garanties implicites* » : RENUCCI, p. 438.

⁹⁹⁸ MILANO, pp. 253 ss.

⁹⁹⁹ MILANO, pp. 255 ss. La question a d'ailleurs déjà été abordée immédiatement après l'arrêt *Golder* : CommEDH, *X. c. Pays-Bas*, n° 6202/73, décision du 16 mars 1975, D.R. 1, p. 69 : « *La Commission admet cependant que dans certaines circonstances le coût élevé d'une procédure pourrait soulever un problème eu égard l'article 6 § 1 de la Convention qui garantit à toute personne l'accès aux tribunaux et le droit à un procès équitable.* »

¹⁰⁰⁰ MILANO, pp. 282 ss.

conditions¹⁰⁰². On citera, à titre de brefs exemples, l'absence d'assistance judiciaire¹⁰⁰³, l'obligation d'exécuter une décision de justice sous peine de déchéance du recours interjeté contre celle-ci¹⁰⁰⁴, le manque de clarté et de prévisibilité de la législation¹⁰⁰⁵, ainsi que les erreurs flagrantes commises par les agents de l'Etat¹⁰⁰⁶. Les délais pour agir en justice, tels que la prescription et la péremption¹⁰⁰⁷, voir le refus de reconnaître la capacité d'ester en justice à un groupement d'individus organisé de manière corporative¹⁰⁰⁸, sont également considérés comme autant de restrictions au droit d'accès à un tribunal. S'agissant d'une procédure pénale, la recherche des preuves doit obéir à certaines règles de loyauté, notamment lorsque des agents provocateurs sont utilisés¹⁰⁰⁹. Finalement, le droit d'accès à un tribunal se prolonge au-delà du procès proprement dit. Il englobe également le droit à l'exécution du jugement¹⁰¹⁰, ou de tout autre titre exécutoire reconnu par la législation nationale¹⁰¹¹.

328. La portée du droit d'accès à un tribunal est donc très large. La Cour ne s'arrête pas aux formalités figurant dans les lois de procédure pour juger des conditions dans lesquelles s'exerce le droit d'accès à un tribunal. Elle englobe dans son analyse tout

¹⁰⁰¹ Voy. cependant l'approche hésitante des juridictions européennes lorsqu'il s'agit de l'accès à un médecin en vue d'introduire une action en justice pour coups et blessures subis en prison : CommEDH, *Byrne, McFadden, McCluskey et McLarnon c. Royaume-Uni*, n° 7879/77, 7931/77, 7935/77 et 7936/77, décision du 3 décembre 1985, §§ 43-46.

¹⁰⁰² FROWEIN/PEUKERT, n° 54 ad art. 6 CEDH indiquent à ce propos que les Etats membres « ...haben auch eine positive Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, dass der einzelne von seinem Rechts auf Zugang zum Gericht in wirksamer Weise Gebrauch machen kann. »

¹⁰⁰³ Voy. l'arrêt de principe en matière civile : CourEDH, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, arrêt du 9 octobre 1979, Série A n° 32. FROWEIN/PEUKERT, n° 54-55 ad art. 6 CEDH ; MILANO, pp. 259 ss ; MEYER-LADEWIG, n°23a ad art. 6 CEDH.

¹⁰⁰⁴ CourEDH, *Annoni di Gussola et Debordes et Omer c. France*, n° 31819/96 et 33293/86, arrêt du 14 novembre 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-XI. MILANO, pp. 277 ss ; RENUCCI, p. 343.

¹⁰⁰⁵ CourEDH, *De Geouffre de la Pradelle c. France*, n° 12964/87, arrêt du 16 décembre 1992, Série A n° 253-B. MILANO, pp. 284 ss.

¹⁰⁰⁶ CourEDH, *Leoni c. Italie*, n° 43269/98, arrêt du 26 octobre 2000, §§ 21-28 (erreur dans le constat de la date du dépôt d'un pourvoi en cassation) ; CourEDH, *Peltier c. France*, n° 32872/96, arrêt du 21 mai 2002, §§ 15-41 (erreur d'un officier du ministère public qui déclare irrecevable pour défaut de fondement une opposition à une amende forfaitaire pour excès de vitesse, refusant de poursuivre le requérant devant le tribunal de police et privant ce dernier de la possibilité de contester la matérialité des faits qui lui étaient reprochés). Le déni de justice par conflit négatif de compétence constitue une violation du droit d'accès à un tribunal : CourEDH, *Beneficio Cappella Paolini c. Saint-Marin*, arrêt du 13 juillet 2004, Recueil des arrêts et décisions 2004-VIII, §§ 26-29. Voy. pour d'autres exemples : MILANO, pp. 292 ss.

¹⁰⁰⁷ Voy. parmi tant d'autres : CommEDH, *X. c. Suède*, n° 9707/82, décision du 6 octobre 1982, D.R. 31, p. 229 ; CourEDH, *Stubbings et autres c. Royaume-Uni*, n° 22083/93 et 22095/93, arrêt du 22 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV, §§ 50-57 ; CourEDH, *Yagtzilar et autres c. Grèce*, arrêt du 6 décembre 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-XII, §§ 20-28 ; CourEDH, *Mizzi c. Malte*, n° 26111/02, arrêt du 12 janvier 2006, §§ 78-91 ; CourEDH, *Stagno c. Belgique*, n° 1067/02, arrêt du 7 juillet 2009, §§ 22-35.

¹⁰⁰⁸ CourEDH, *Eglise catholique de La Canée c. Grèce*, arrêt du 16 décembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII, §§ 34-42.

¹⁰⁰⁹ RENUCCI, p. 438-439 et les arrêts cités.

¹⁰¹⁰ CourEDH, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91, arrêt du 19 mars 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-II. MILANO, pp. 565 ss ; RENUCCI, p. 390-391 ; REID, p. 90. Lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un jugement en matière familiale, une question distincte peut se poser sous l'angle de l'article 8 de la Convention : CourEDH, *Ancel c. Turquie*, n° 28514/04, arrêt du 17 février 2009.

¹⁰¹¹ Tel qu'un acte authentique : CourEDH, *Estima Jorge c. Portugal*, n° 24550/94, arrêt du 21 avril 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-II.

élément susceptible de constituer, directement ou potentiellement, un obstacle à la saisine des juridictions.

2) Droit d'accès à un tribunal et droit d'action

329. La lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit d'accès à un tribunal fait immédiatement penser au droit d'action, notion fondamentale de la procédure civile. Alors qu'on relève de prime abord plusieurs similitudes entre eux (a), un examen plus détaillé laisse apercevoir de multiples différences (b).

a) Similarités des définitions

330. Si l'on prend la définition du droit d'action, telle que figurant à l'article 30 alinéa 1 du Code de procédure civile français¹⁰¹², ou telle que se dégageant de la doctrine suisse¹⁰¹³, on ne peut qu'être frappé de leur grande similarité avec le droit d'accès à un tribunal. Toutes deux consacrent le droit d'une personne à être entendue sur le bien-fondé d'une prétention qu'elle émet. On serait pour peu tenté de dire qu'il s'agit de la même chose. Cette apparente similitude n'a pas échappé à la doctrine française. Dans la foulée d'un article fondateur¹⁰¹⁴, la majorité des auteurs¹⁰¹⁵ ayant abordé la question¹⁰¹⁶ considèrent le droit d'accès à un tribunal comme la traduction, à tout le moins le prolongement, dans le droit européen, du concept d'action en justice reconnu en

¹⁰¹² « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. »

¹⁰¹³ BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 200 : « L'action représente ainsi le droit d'obtenir que le juge tranche un litige. » ; MATTMANN, p. 4 ss, après avoir exposé les différentes théories retenues en France et en Allemagne semble pencher en faveur d'une définition assez proche de celle reçue en droit français. KUMMER en revanche évite également de donner une définition précise du droit d'action, mais emploie des concepts similaires.

¹⁰¹⁴ Monique BANDRAC, L'action en justice, droit fondamental, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, Paris, 1996, p. 12 : « L'action se trouve donc élevée au rang de garantie fondamentale, protégée par la Convention européenne des droits de l'homme, et relève, en conséquence, du contrôle supranational que ces garanties comportent. » Voy. également p. 14 : « Mais par le contrôle qui s'exerce désormais sur ce nouveau droit fondamental, c'est le dernier carré du droit procédural que les sources supralégislatives viennent emporter. »

¹⁰¹⁵ Le concept d'action étant régulièrement remis en cause, malgré sa reconnaissance dans le texte du code de procédure civile français. Sur les termes du débat, voy. parmi tant d'autres : Raymond MARTIN, Un virus dans le système des défenses du nouveau code de procédure civile : le droit d'action, RGDP 1998, pp. 419 ss ; Georges WIEDERKEHR, Une notion controversée : l'action en justice, in Etudes offertes au Doyen Philippe Simler, Litec-LexisNexis Dalloz, Paris, 2006, pp. 903 ss ; Georges BOLARD, Notre belle action en justice, in Marc PUECH/Dominique D'AMBRA/Isabelle DESPRÉS/Yves STRICKLER (édit.), De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, Paris, 2009, pp. 17 ss

¹⁰¹⁶ Voy. pour une position distincte : CAYROL, Action en justice, n° 178. Plusieurs auteurs, en revanche, n'intègrent pas le droit européen dans leur théorie du droit d'action, sans toutefois le rejeter expressément : CADIET/JEULAND, pp. 111 ss ; HÉRON/LE BARS, pp. 43 ss.

procédure civile¹⁰¹⁷. Un courant minoritaire au sein de la doctrine française distingue cependant l'action en justice du droit d'accès à un tribunal¹⁰¹⁸.

331. La doctrine suisse est en revanche plus réservée. Le Tribunal fédéral ayant rejeté le concept d'action en justice¹⁰¹⁹, la doctrine n'y accorde qu'une attention très limitée¹⁰²⁰. Parmi les différents auteurs, BOHNET distingue entre le droit d'action et le droit d'accès à un tribunal. Selon cet auteur, le droit d'accès à un tribunal est reconnu à toute personne « *que sa prétention soit ou non digne de protection* » et celui-ci emporte « *le droit d'obtenir d'un juge qu'il dise, dans un délai raisonnable, si sa demande est recevable ou non, et si tel est le cas, si son droit existe ou non* »¹⁰²¹. Cette approche se retrouve sous la forme d'une opposition entre le « *diritto all'azione* » et le « *diritto alla tutela giurisdizionale* »¹⁰²². Elle se recoupe avec celle défendue par la doctrine française minoritaire et s'inscrit dans le prolongement de la solution dégagée par la Cour dans l'affaire *Golder*. Elle ne tient, en revanche, pas compte de deux évolutions importantes de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, toutes postérieures à l'arrêt précité. Tout d'abord, le droit d'accès à un tribunal n'est pas reconnu à toute personne souhaitant ouvrir action. Il faut, en effet, que la prétention se rattache à une « *contestazione seria* »¹⁰²³. Cela implique que les prétentions articulées par la partie concernées soient « *difendibili* »¹⁰²⁴ et exclut donc les procédures manifestement vouées à l'échec¹⁰²⁵. Le droit d'accès à un tribunal n'appartient donc qu'à

¹⁰¹⁷ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, pp. 130 ss ; COUCHEZ/LAGARDE, pp. 182 ss ; Nathalie DEFFAINS, Accès au droit et accès au tribunal, Civitas Europea 2010, n° 25 (décembre 2010), pp. 51 ss, spécialement p. 66 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, Le droit d'accès à la justice et au droit, in Remy CABRILLAC/Marie-Anne FRISON-ROCHE/Thierry REVET (dir.), Libertés et droits fondamentaux, 18^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2012, p. 551 n° 673 ; MILANO, pp. 56-58. Plus nuancé : FRISON-ROCHE, La procédure et l'effectivité des droits substantiels, n° 32 ss.

¹⁰¹⁸ CADIET/NORMAND/AMRANI MEKKI, p. 315 ; LEFORT, pp. 369 ss ; Philippe THÉRY, Le litige en droit judiciaire privé – Petits exercices de procédure élémentaire, in Justices et droit du procès – Du légalisme processuel à l'humanisme procédural, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 853 ss, spécialement p. 857.

¹⁰¹⁹ BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 201-202. Cf. supra, n° 248.

¹⁰²⁰ En considérant, par exemple, que le concept de *droit de obligation de nature civile* au sens de l'article 6 § 1 de la Convention présente des liens avec le concept civil de droit subjectif : Simone WYSS, Das subjektive öffentliche Recht als Begriff des Bundesgerichts – Herkunft, Funktion, Berechtigung, thèse Berne, Coll. Neue Literatur zum Recht, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2009, p. 105.

¹⁰²¹ BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 203. Pourtant, précédemment, dans un article consacré à la théorie des moyens de défense, cet auteur soutenait qu'« *il faut se rappeler que le but de l'action est l'obtention d'un jugement au fond revêtu de l'autorité de la chose jugée* » (BOHNET/SCHWEIZER, p. 50). Il est vrai que l'objet de la discussion était de préciser ce qu'étaient les « *formalités essentielles* » dont la violation emportait nullité en procédure civile neuchâteloise.

¹⁰²² TREZZINI, Celerità e lentezza, p. 5-6.

¹⁰²³ Le concept s'est petit à petit introduit dans la jurisprudence européenne : MILANO, pp. 109 ss.

¹⁰²⁴ CourEDH, *James et autres c. Royaume-Uni*, n° 8793/79, arrêt du 21 février 1986, Série A n° 98, § 81. MILANO, p. 109. Pour plus de précisions sur ce concept : MEYER-LADEWIG, n° 6 ad art. 6 CEDH ; RENUCCI, p. 355.

¹⁰²⁵ Le procédé n'est pas sans inconvénients, car il peut induire une confusion, supplémentaire entre le fond et la forme (pour plus de développements sur le concept de *contestazione seria* : FRISON-ROCHE, La procédure et l'effectivité des droits substantiels, n° 32 ss.) Le texte même de la Convention est certainement à l'origine de cette approche (voy.

certaines personnes qui peuvent faire valoir un lien particulier avec le litige. Ensuite, le droit d'accès à un tribunal implique le droit à obtenir un jugement au fond¹⁰²⁶. Une simple décision d'irrecevabilité n'est donc pas suffisante. Les différences entre le droit d'action et le droit d'accès à un tribunal doivent, par voie de conséquence, être cherchées ailleurs.

b) Différences des concepts

332. A notre avis, l'action en justice est un concept distinct du droit d'accès à un tribunal, malgré la proximité trompeuse de leurs définitions respectives. Nous allons brièvement passer en revue les différences pertinentes existant entre ces deux concepts.

333. Premièrement, la théorie du litige reçue en procédure civile distingue entre le droit d'action et le lien d'instance ainsi qu'entre l'action et la demande en justice¹⁰²⁷. Une pareille précision ne se retrouve pas s'agissant du droit d'accès à un tribunal qui comprend également le lien d'instance. Ensuite, le concept englobe aussi des institutions, telles que l'assistance judiciaire ou le droit à l'exécution forcée¹⁰²⁸, qui traditionnellement sont examinées indépendamment de la théorie du litige. Le droit d'accès à un tribunal appréhende ainsi le procès civil dans une perspective plus vaste que le droit d'action¹⁰²⁹. Finalement, le droit d'accès à un tribunal est susceptible de limitations¹⁰³⁰, conférant une certaine marge d'appréciation aux Etats parties à la Convention dans le choix des règles de procédure¹⁰³¹. Cela signifie donc que toute restriction au droit d'accès à un tribunal ne se traduit pas nécessairement par une violation de l'article 6 § 1 de la Convention. La Cour de Strasbourg procède en deux temps : tout d'abord elle examine si les faits dénoncés tombent sous le champ d'application du droit garanti par la Convention

art. 34 §§ 3a et 4 de la Convention) en distinguant entre les requêtes *manifestement mal fondées* et celles qui sont uniquement *mal fondées*.

¹⁰²⁶ Cf. supra, n° 323 et 324.

¹⁰²⁷ Voy. parmi tant d'autres : CAYROL, Action en justice, n° 73 ss (droit français) et BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 203 (droit suisse).

¹⁰²⁸ Cf. supra, n° 328.

¹⁰²⁹ On peut même pousser encore plus loin le raisonnement et voir dans le droit d'accès à un tribunal une variante renforcée du *droit à un recours* qui correspond au « *droit de toute personne de pouvoir contester une mesure prise à son encontre, devant une instance investie d'un pouvoir de réformation de cette mesure et/ou de réparation de ses conséquences* » (GUINCHARD/CHAINAIS/DELICOSTOPOULOS/DELICOSTOPOULOS/DOUCHY-LOUDOT/

FERRAND/ LAGARDE/MAGNIER/RUIZ FABRI/ SINOPOLI/SOREL, p. 539)

¹⁰³⁰ Affaire *Golder*, arrêt précité, § 38. Pour plus de détails : FROWEIN/PEUKERT, n° 64 ss ; MILANO, pp. 190 ss et infra, n° 334 ss.

¹⁰³¹ Affaire *Ashingdane*, arrêt précité, § 57 En ce sens également : CADIET/NORMAND/AMRANI MEKKI, p. 315 : « *Mais il [i.e. le droit d'action au sens de l'art. 30 CPC 1975] ne protège nullement le droit qu'il reconnaît ainsi contre les atteintes de toute nature dont il pourrait être l'objet, qu'elles proviennent du pouvoir normatif (restrictions de la qualité pour agir, fixation de délais brevissimes, par exemple) ou trouvent ailleurs leur source. Il existe à la vérité des garde-fous. Mais ils sont extérieurs au Code. Ils se dégagent du droit fondamental d'accès à un tribunal, par rapport auquel doit être situé, pour en faire ressortir l'autonomie, le droit d'action.* »

(compatibilité *ratione materiae*), puis elle examine si l'atteinte est justifiée¹⁰³². Un tel raisonnement se retrouve également en droit suisse concernant les atteintes aux droits fondamentaux en général¹⁰³³. En revanche, le procédé est entièrement étranger à la théorie du droit d'action développée en procédure civile. Les individus sont titulaires, ou non, du droit d'action, *tertium non datur*. La seule titularité d'un droit d'action confère la possibilité de saisir une juridiction aux fins d'obtenir un jugement sur le fond. Elle se confond donc avec l'exercice du droit. Tout au plus admet-on que l'exercice des droits subjectifs puisse constituer un abus de droit. Ce dernier n'est toutefois pas conçu comme une restriction du droit en tant que tel, mais comme une conséquence attachée à son exercice. C'est ainsi qu'on parle d'un *abus du droit d'agir en justice*, engageant la responsabilité de son auteur¹⁰³⁴, et non d'une simple restriction financière de l'action en justice. On se trouve en présence de deux concepts distincts : le droit d'action en justice et la responsabilité civile pour abus de celui-ci. La même problématique sera, en revanche, appréhendée uniquement sous l'angle des restrictions au droit d'accès à un tribunal par la Cour de Strasbourg¹⁰³⁵. L'approche suivie par la juridiction européenne s'inscrit donc dans une vision globale du procès, alors que le concept d'action en justice ne prend en compte que certains aspects du litige¹⁰³⁶.

§ 2 : Les restrictions au droit d'accès à un tribunal

334. A la différence des articles 8 à 11 de la Convention¹⁰³⁷, le texte de cette dernière n'apporte aucune restriction au droit à un procès équitable, et donc, par extension, au droit d'accès à un tribunal¹⁰³⁸. Cela ne veut pas pour autant dire que celui-ci soit absolu. La jurisprudence de la Cour admet, en effet, depuis l'affaire *Golder*,

¹⁰³² MILANO, p. 191-192.

¹⁰³³ Voy. Art. 36 Cst. 1999. Pour une présentation synthétique du droit suisse : Aline SCHMIDT NOËL, La limitation des droits fondamentaux en droit comparé, thèse Neuchâtel, dactyl., 2011, pp. 31 ss ; KIENER/KÄLIN, pp. 75 ss ; VAN DROOGHENBROECK, p. 39-42 ; Beatrice WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, in Berner Tage für die juristische Praxis 1999, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2000, pp. 131 ss.

¹⁰³⁴ La nature exacte de cette responsabilité est litigieuse en droit français: CAYROL, Action en justice, n° 173.

¹⁰³⁵ Sur les obstacles financiers au droit d'accès en justice: MILANO, pp. 274 ss. Pour un cas d'application concernant les juridictions administratives françaises: CourEDH, *Collectif national d'information et d'opposition à l'usine Melox – Collectif stop Melox et Mox c. France*, n° 75218/01, arrêt du 12 juin 2007, §§ 10-16 (non violation).

¹⁰³⁶ En ce sens : Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 170 (ad art. 59 CPC 2008) : « Più convincente è invece ritenere che il diritto all'azione è una componente di un più ampio diritto alla tutela giurisdizionale, a disposizione della sola parte petente, laddove la tutela giurisdizionale è volta ad ottenere un giudizio condannatorio, costitutivo o di accertamento, a lei favorevole ». Bien qu'allant dans la bonne direction, cette opinion n'est pas entièrement correcte. Le droit d'action va au-delà du simple droit à un jugement favorable.

¹⁰³⁷ Le second paragraphe de chacun de ces articles énumère les conditions auxquelles il peut être porté atteinte au droit qu'ils garantissent. Les conditions ne sont pas toujours les mêmes et elles ont fait l'objet d'un véritable débat lors de l'adoption de la Convention. Voy. SCHMIDT NOËL, pp. 249 ss.

¹⁰³⁸ MILANO, p. 192.

l'existence de « *limitations implicites* »¹⁰³⁹ apportées aux droits garantis par la Convention. Cette notion compte parmi les plus controversées, car sa signification a évolué au fil du temps. Elle servit initialement à justifier des ingérences dans les droits garantis aux articles 8 à 11 de la Convention sans vérifier si elles remplissaient les critères figurant au second paragraphe de ces dispositions¹⁰⁴⁰. Il s'agissait alors de légitimer des atteintes découlant d'un « *rapport spécial de sujétion* »¹⁰⁴¹, telles que les restrictions des droits des détenus¹⁰⁴². La Cour a toutefois abandonné cette approche, considérant que toute atteinte devait être justifiée au regard de la Convention¹⁰⁴³.

335. Ce changement de jurisprudence ne mit « *pas pour autant fin à l'utilisation de la doctrine des limitations implicites* »¹⁰⁴⁴. Celle-ci refit surface dans l'arrêt *Golder*, mais elle avait pris un autre sens. Il n'était plus question d'autoriser *par blanc-seing* des atteintes au droit d'accès à un tribunal, en excluant « *certaines situations caractérisées par un rapport de sujétion* »¹⁰⁴⁵. La Cour voulait en fait exercer un contrôle détaillé, tout en tenant compte du fait que le droit d'accès à un tribunal n'était pas formellement inscrit dans la Convention¹⁰⁴⁶, si bien que les modalités de sa restriction n'y figuraient pas non plus¹⁰⁴⁷. Les Etats membres ne sauraient, dès lors, se voir reprocher l'absence de base légale précise dans leur propre ordre juridique interne¹⁰⁴⁸. Le droit d'accès à un tribunal peut ainsi faire l'objet de restrictions découlant indirectement de l'application des règles

¹⁰³⁹ Affaire *Golder*, arrêt précité, § 38. Sur l'origine plus ancienne de celle-ci: MILANO, pp. 192 ss. Pour une présentation des principaux arrêts en la matière : GUINCHARD, Procès équitable, n° 152.

¹⁰⁴⁰ MILANO, p. 193.

¹⁰⁴¹ MILANO, *ibid.*

¹⁰⁴² Emine Eylem AKSOY RÉTORNAZ, La sauvegarde des droits de l'Homme dans l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie, thèse Neuchâtel et Galatasaray (Istanbul), Coll. Etudes, Schulthess éditions romandes, Genève, 2011, p. 20-21. En revanche, les juridictions de Strasbourg excluaient que le comportement d'une personne la prive automatiquement du bénéfice de tous les droits garantis par la Convention : CommEDH, *Ilse Koch c. Allemagne*, décision du 8 mars 1962, Recueil 8, p. 91-97 (la requérante, appelée également la « *chienne de Buchenwald* », avait été condamnée pour les atrocités qu'elle avait commises alors que son mari dirigeait le camp de concentration précité). Des affaires similaires ont été également analysées sous l'angle de l'art. 17 CEDH, voy. SCHMIDT NOËL, p. 246-248.

¹⁰⁴³ MILANO (p. 193). Le revirement a été opéré dans l'affaire des « *vagabonds belges* » (CourEDH, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, arrêt du 18 juin 1971, Série A n° 12, § 93) où le grief tiré de la violation du droit au respect du secret de la correspondance des détenus a été examiné au regard de l'article 8 § 2 de la Convention. On observe toutefois que l'examen de la Cour fut extrêmement sommaire. L'arrêt en question annonce davantage le revirement de jurisprudence, effectif avec l'arrêt *Golder*, plutôt qu'il ne constitue un tournant véritable. Pour plus d'informations, voy. AKSOY RÉTORNAZ, pp. 20 ss et KASTANAS, p. 140-141.

¹⁰⁴⁴ MILANO, p. 193.

¹⁰⁴⁵ VAN DROOGHENBROECK, p. 95.

¹⁰⁴⁶ VAN DROOGHENBROECK, p. 96-97.

¹⁰⁴⁷ SCHMIDT NOËL, p. 290. Voy. dans le même sens Marc-André EISSEN, Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour, in PETTITI/DECAUX/IMBERT, pp. 70 ss qui oppose les *limitations explicites*, soit celles qui sont prévues par la Convention et les Protocoles « *sans utiliser le critère de la nécessité dans une société démocratique* », et les *limitations implicites* à l'égard desquelles l'auteur ne donne aucune précision, mais qui apparemment englobent celles apportées au droit d'accès à un tribunal.

¹⁰⁴⁸ Celles-ci sont, en effet, nécessaires pour les droits garantis aux articles 8 à 11 de la Convention et pour certains protocoles annexes.

de procédure prévues en droit interne, sans qu'il ne ressorte de celles-ci qu'elles ont pour but de justifier une atteinte à un droit individuel¹⁰⁴⁹. La Cour n'en demeure pas moins compétente pour vérifier le caractère adéquat de telles restrictions, notamment leur proportionnalité¹⁰⁵⁰.

336. Cela explique pourquoi elle formula des critères d'appréciation de chaque cas d'espèce¹⁰⁵¹, tout en continuant d'employer l'expression « *limitations inhérentes* ». L'expression pouvait sembler paradoxale au vu de la jurisprudence antérieure l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp*. Afin de mieux faire ressortir la différence entre les deux approches, la doctrine a proposé d'employer d'autres concepts¹⁰⁵². Dans une affaire ultérieure, la Cour a parlé de « *restrictions tacitement autorisées* »¹⁰⁵³ aux droits garantis par l'article 6 § 1 de la Convention.

337. Ces quelques précisions effectuées, nous allons nous pencher sur les conditions auxquelles le droit d'accès à un tribunal peut être restreint. Nous ne traiterons pas toutes les situations possibles. Nous examinerons tout d'abord la place du formalisme procédural parmi les restrictions au droit d'accès à un tribunal (A), avant de traiter l'admissibilité des restrictions de nature procédurale (B).

A) Formalisme procédural et droit d'accès à un tribunal

338. La Cour de Strasbourg admet *a priori* l'existence de règles de procédure (1). Cela étant, leur statut au regard de l'article 6 § 1 de la Convention n'est pas toujours des plus clairs. Tantôt, elles sont considérées comme des modalités d'exercice du droit d'accès à un tribunal, tantôt comme des conditions susceptibles d'influencer sur l'équité de la procédure (2).

¹⁰⁴⁹ En ce sens : VAN DIJK/VAN HOF/VAN RIJN/ZWAAK, p. 569 qui citent l'exemple d'une procédure pénale achevée par classement sans suite. Voy. également VELU/ERGEK, p. 405 n° 459 pour qui le droit d'accès à un tribunal « obéit à des limitations inhérentes à sa nature. »

¹⁰⁵⁰ VAN DROOGHENBROECK, p. 98.

¹⁰⁵¹ Affaire *Ashingdane*, arrêt précité, § 57: « Néanmoins, les limitations appliquées ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même (...) en outre, elles ne se concilient avec l'article 6 par. 1 (...) que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ». La formulation standardisée des critères de compatibilité serait le fait de l'affaire *Lithgow c. Royaume-Uni* (MILANO, p. 210, parle d'ailleurs de « *clause type* ») que nous étudierons ci-après.

¹⁰⁵² Par exemple, en opposant les « *limitations implicites* » aux « *limitations inhérentes* » : MILANO, p. 194-195 ; VAN DROOGHENBROECK, p. 53 et pp. 95 ss.

¹⁰⁵³ CourEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, Série A n° 80, § 90. MILANO, p. 194.

1) L'acceptation de règles de procédure

339. Bien avant même de se pencher sur l'excès de formalisme, la Cour de Strasbourg a longuement proclamé l'admissibilité des règles de forme¹⁰⁵⁴. Elle part de l'idée que leur nécessité s'impose (a). Cette attitude s'inscrit dans le prolongement de la marge d'appréciation reconnue aux Etats membres dans le choix des règles de procédure (b).

a) L'immanente nécessité des règles de procédure

340. La Cour de Strasbourg n'a jamais contesté l'admissibilité des règles de procédure en tant que telles. Jamais elle ne s'est faite le thuriféraire d'une procédure complètement dépourvue de formalités. Selon l'élégante formule rencontrée dans la jurisprudence, le droit d'accès à un tribunal « *appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat* »¹⁰⁵⁵. Cette phrase pose à elle seule toute la justification de la procédure civile¹⁰⁵⁶.

341. Le fait de présenter le formalisme comme une conséquence naturelle de la reconnaissance du droit d'accès à un tribunal permet d'éviter tout débat au sujet de son admissibilité *a priori*. La Cour évite ainsi d'avoir à justifier l'existence de toutes les règles de procédure. Cela lui permet de mieux se concentrer sur les dispositions qui sont véritablement problématiques. En ce sens, le fait de conférer un caractère naturel, presque spontané, aux règles de procédure participe d'un certain pragmatisme¹⁰⁵⁷.

b) La marge d'appréciation des Etats membres dans le choix des règles de procédure

342. Après avoir posé la nécessité des règles de forme, la Cour poursuit son exposé général en reconnaissant aux Etats membres une marge d'appréciation¹⁰⁵⁸ dans le choix des règles de procédure¹⁰⁵⁹. Cela ne ressort pas directement de l'arrêt *Golder*, mais de l'affaire *Ashingdane*, où la juridiction européenne énonça qu'« *en élaborant pareille réglementation*¹⁰⁶⁰, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge

¹⁰⁵⁴ GUINCHARD, Procès équitable, n° 157 ss (« *limites résultant de la technique procédurale* »).

¹⁰⁵⁵ Affaire *Ashingdane*, arrêt précité, § 57 ; Affaire *Golder*, arrêt précité, § 38.

¹⁰⁵⁶ Jean-Claude SOYER/Michele DE SALVIA, Article 6, in PETTITI/DECAUX/IMBERT, p. 259 semblent moins enthousiastes et se contentent d'affirmer qu'« *on est contraint d'admettre certaines entraves à ce droit* ».

¹⁰⁵⁷ L'idée se retrouve dans la doctrine, mais à propos d'autres problèmes en rapport avec le droit d'accès à un tribunal : voy. MILANO, pp. 248 ss en ce qui concerne le test de proportionnalité.

¹⁰⁵⁸ Sur cette notion en général : KASTANAS, pp. 97 ss ; VAN DROOGHENBROECK, pp. 483 ss.

¹⁰⁵⁹ MILANO, p. 206.

¹⁰⁶⁰ C'est-à-dire les règles de procédure.

d'appréciation »¹⁰⁶¹. La formule n'est pas employée qu'en matière d'accès à un tribunal. On la retrouve à propos d'autres droits garantis par la Convention¹⁰⁶². Il s'agit en fait d'une émanation d'un principe fondamental, le principe de subsidiarité, qui constitue un « *pilier essentiel du système conventionnel* »¹⁰⁶³. Celui-ci commande en effet de veiller à ce que « *les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention* », car la juridiction européenne « *ne saurait se substituer [à celles-ci], faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention* »¹⁰⁶⁴. Il en découle que les Etats parties à la Convention « *jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de répondre aux exigences de l'article 6 par. 1* »¹⁰⁶⁵. Les termes employés évoluèrent au cours du temps, sans toutefois que l'existence de la marge d'appréciation ne soit remise en cause, celle-ci étant tantôt reconnue implicitement, tantôt mentionnée explicitement¹⁰⁶⁶.

343. La reconnaissance d'une marge d'appréciation a pour conséquence que la Cour ne va pas rechercher si le droit de procédure nationale constitue la législation la plus appropriée. Elle « *n'intervient que si les ressources offertes par le droit interne ne sont pas effectives.* »¹⁰⁶⁷. Elle ne va donc pas contribuer directement au rapprochement des législations des Etats membres¹⁰⁶⁸. En revanche, elle y contribue indirectement en créant un socle de standards minimaux que ceux-ci sont obligés de respecter. Tel est, entre autre, le cas de la jurisprudence relative à l'interdiction du formalisme excessif. Nous concluons en observant que la marge de manœuvre reconnue, par la Cour, aux autorités nationales est plus ample en matière civile qu'en matière pénale¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶¹ Affaire *Ashingdane*, arrêt précité, § 57.

¹⁰⁶² MILANO, p. 206. Elle traverse, en fait toute la jurisprudence de la Cour : VAN DROOGHENBROECK, p. 486.

¹⁰⁶³ MILANO, *ibid.* Voy. également KASTANAS, pp. 104 ss concernant l'équivalence, reconnue par la Cour de Strasbourg, entre les garanties constitutionnelles nationales et les droits et libertés consacrés par la Convention.

¹⁰⁶⁴ Voy. l'arrêt de principe : CourEDH, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique*, n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63 et 2126/64, arrêt (au principal) du 23 juillet 1968, Série A n° 6, § 10.

¹⁰⁶⁵ CourEDH, *Colozza c. Italie*, arrêt du 12 février 1985, Série A n° 89, § 30. MILANO, p. 208.

¹⁰⁶⁶ Sur les différentes formulations utilisées, voy. le catalogue exclusif dressé par MILANO, p. 210-214.

¹⁰⁶⁷ MILANO, p. 208.

¹⁰⁶⁸ Olivier JACOT-GUILLARMOD, Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in PETTITI/DECAUX/IMBERT, p. 50 : « *La Convention ne vise pas à consacrer un droit uniforme et égalisateur...* »

¹⁰⁶⁹ CourEDH, *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, n° 14448/88, arrêt du 27 octobre 1993, Série A n° 274, § 32 ; CourEDH, *Levages Prestations Services c. France*, n° 21920/93, arrêt du 23 octobre 1996, Recueil des arrêts et des décisions, 1996-V, § 46. MILANO, p. 233-234.

2) Le statut du formalisme procédural au regard de l'article 6 § 1 de la Convention

344. Maintenant que nous avons établi l'admissibilité de principe du formalisme procédural sous l'angle de l'article 6 de la Convention, reste à définir son statut. Aucune garantie mentionnée dans l'article en question ne se réfère directement à l'excès de formalisme. Il nous faut cependant identifier une composante du droit à un procès équitable, au sens large, qui soit susceptible d'être violée par des exigences de forme trop élevée. Nous avons déjà évoqué le fait que le formalisme procédural pouvait constituer une restriction au droit d'accès à un tribunal¹⁰⁷⁰, c'est d'ailleurs l'option choisie par la doctrine qui s'aligne sans discuter sur la position de la Cour¹⁰⁷¹. Cependant, une autre composante est également susceptible d'entrer en jeu. Il s'agit de l'« *équité de la procédure* » mentionnée à l'article 6 § 1 de la Convention¹⁰⁷². S'agissant d'une « *garantie imprécise* »¹⁰⁷³, il n'est pas déraisonnable de considérer qu'un excès de formalisme peut également porter atteinte à l'équité de la procédure. Nous commencerons par examiner le choix de la Cour d'examiner les questions de formalisme uniquement sous l'angle du droit d'accès à un tribunal (a). Ensuite, nous tenterons d'en établir les conséquences et les tempéraments apportés par la jurisprudence (b).

a) Le choix de l'*accès à un tribunal* au détriment de l'*équité de la procédure*

345. La différenciation entre l'accès à un tribunal et l'équité de la procédure procède de l'arrêt *Golder* lui-même¹⁰⁷⁴. Bien que constituant une grille de lecture importante de l'article 6 § 1 de la Convention¹⁰⁷⁵, elle ne se retrouve pas clairement dans la jurisprudence européenne en matière d'excès de formalisme. Une décision de la Commission, adoptée en 1989, rejeta ainsi un grief tiré de l'excès de formalisme au motif que « *la formalité incriminée était clairement établie par la loi et que son*

¹⁰⁷⁰ Cf. supra, n° 339 ss.

¹⁰⁷¹ MEYER-LADEWIG, n° 21a et 22 ad art. 6 CEDH ; VAN DIJK/VAN HOF/VAN RIJN/ZWAAK, p. 575.

¹⁰⁷² Cf. le texte de l'article 6 § 1 de la Convention : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable...* »

¹⁰⁷³ RENUCCI, p. 437 ; Antonietta CONFALONIERI, *Europa e giusto processo – Istruzioni per l'uso*, G. Giappichelli Editore, Turin, 2010, p. 222 : « *La fairness, insomma, rappresenta un insieme di caratteri, la cui individuazione è lasciata all'interprete fungendo nel contempo da idea base e categoria residuale cui è possibile attingere per valutare la correttezza di un preciso procedimento.* »

¹⁰⁷⁴ Cf. supra, n° 310.

¹⁰⁷⁵ Elle constitue ainsi l'ossature de la thèse de MILANO (voy. la présentation du plan à la p. 31) et de celle de SCHMUCKLI (voy. l'opposition p. 63 et 82 entre « *die Institutionenlehre* » et « *die Verfahrenslehre* »). La Cour se réfère également à une pareille distinction lorsqu'un grief est soulevé sous ces deux aspects : CourEDH, *Weissman et autres c. Roumanie*, n° 63945/00, arrêt du 24 mai 2006, § 32 concernant un grief tiré de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention du fait du rejet d'une demande en justice pour non paiement de l'avance de frais (*droit de timbre*).

accomplissement était d'une extrême simplicité »¹⁰⁷⁶. D'autres décisions, écartèrent plusieurs requêtes, au motif que les législateurs nationaux étaient habilités à « *édicter des réglementations régissant l'accès des plaideurs à une juridiction de recours* » et que les formalités ainsi institués visaient « *une bonne administration de la justice* »¹⁰⁷⁷. Bien que le mot « *accès* » figure dans les motifs, il est délicat d'en déduire qu'il s'agit d'un renvoi implicite à l'affaire *Golder*. Rien n'est moins sûr, car dans une des affaires, le grief portait sur l'admission d'un mémoire ampliatif devant la Cour de cassation de Belgique, alors que le pourvoi avait été déclaré recevable et examiné sur le fond¹⁰⁷⁸. L'accès à la juridiction suprême n'était donc plus en cause. Cela n'empêcha pas la Commission de parler « *d'accès aux juridictions de recours* ». L'expression n'avait donc pas le sens qu'on lui prête dans la foulée de l'affaire *Golder*.

346. En réalité, le choix en faveur de l'accès à un tribunal transparaît dans le traitement des requêtes portant sur une décision interne¹⁰⁷⁹ qui ne fait pas obstacle à un réexamen de l'affaire par une autre juridiction nationale¹⁰⁸⁰. Peut-on y voir une atteinte au droit d'accès à un tribunal, dans la mesure où il suffit que la partie concernée introduise une nouvelle instance pour que ses prétentions soient examinées au fond ? La situation se rencontre souvent à propos de l'action civile devant les juridictions pénales. La Cour fut fréquemment saisie de requête dirigées contre le rejet d'une constitution de partie civile, les requérants faisant valoir que la décision litigieuse violait leur droit d'accès à un tribunal. La Cour écarta de telles requêtes lorsque les requérants conservaient le droit de faire valoir leurs prétentions par le biais d'un procès civil¹⁰⁸¹. Autrement dit, le droit

¹⁰⁷⁶ CommEDH, *Martinez c. Espagne*, n° 13012/87, décision du 4 septembre 1989, partie non publiée aux D.R. 62, p. 257. Le requérant se plaignait « *d'un excès de formalisme dont aurait témoigné le Tribunal central du travail* » en exigeant des employeurs la consignation des frais de justice en cas d'appel dans une procédure de droit du travail.

¹⁰⁷⁷ Voy. CommEDH, *X. c. Suisse*, n° 6916/75, décision du 8 octobre 1976, D.R. 8, p. 109 ; CommEDH, *X. Suisse*, n° 8407/78, décision du 6 mai 1980, D.R. 20, p. 183 ; CommEDH, *Welter c. Suède*, n° 11122/84, décision du 2 décembre 1985, D.R. 45, p. 252 ; CommEDH, *Michel c. France*, n° 11593/85, décision du 7 décembre 1987 ; CommEDH, *Treckles c. Belgique*, n° 13070/87, décision du 13 mars 1989 ; CommEDH, *A. c. Autriche*, n° 13202/87, décision du 15 mars 1990 ; CommEDH, *H. c. Autriche*, n° 14452/88, décision du 3 septembre 1990 ; CommEDH, *S.A. c. Allemagne*, n° 21977/93, décision du 31 août 1994 ; CommEDH, *Van Giessen c. Pays-Bas*, n° 27084/95, décision du 15 mai 1996.

¹⁰⁷⁸ Affaire *Treckles*, décision précitée.

¹⁰⁷⁹ Soit une décision des juridictions nationales.

¹⁰⁸⁰ On songe, par exemple, à une décision de rejet pour cause de vice de forme. C'est donc toute la catégorie des exceptions de procédure qui peut être envisagée ici.

¹⁰⁸¹ CourEDH, *Ilievi c. Bulgarie*, n° 7254/02, arrêt du 28 mai 2009, §§ 53-55 ; CourEDH, *Forum Maritime S.A. c. Roumanie*, n° 63610/00 et 38692/05, arrêt du 4 octobre 2007, §§ 87-94 ; CourEDH, *Tzvyatkov c. Bulgarie*, n° 20594/02, décision du 16 octobre 2006 (le requérant se plaignait du rejet de sa plainte pénale en raison de son absence injustifiée à l'audience ; outre l'absence de formalisme excessif, la Cour relève également qu'il peut toujours intenter une action civile) ; CourEDH, *Moldovan (n° 2) c. Roumanie*, n° 41138/98 et 64320/01, arrêt du 12 juillet 2005, §§ 116-122 ; CourEDH, *Ernst c. Belgique*, n° 33400/96, arrêt du 15 juillet 2003, §§ 47-57 ; CourEDH, *Berger c. France*, n° 48221/99, arrêt du 3 décembre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2000-X, §§ 30-39 ; CourEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, n° 24760/94, arrêt du 28 octobre 1998, Recueil des arrêts et décisions, 1998-VIII, §§ 107-113. Dans

d'accès à un tribunal ne peut être atteint qu'en présence d'un rejet définitif des prétentions déduites en justice¹⁰⁸². Transposé au domaine de la procédure civile, cela signifie que le rejet d'une demande en justice n'est susceptible de porter atteinte au droit d'accès à un tribunal que s'il est revêtu de l'autorité de la chose jugée au principal. La Cour ne fait d'exception que lorsque la procédure pénale a duré si longtemps qu'un procès civil paraît illusoire et ne peut être raisonnablement exigé du requérant¹⁰⁸³. Une idée similaire semble se retrouver aussi dans la jurisprudence civile¹⁰⁸⁴.

347. Malheureusement, la Cour ne fait pas toujours preuve de la même clarté conceptuelle. Elle admet ainsi que le rejet d'une demande en justice pour défaut de paiement d'une avance de frais viole le droit d'accès à un tribunal, si le requérant n'a pas les moyens de payer le montant réclamé et s'il n'existe pas de possibilité raisonnable d'obtenir une dispense¹⁰⁸⁵. Le requérant n'est cependant jamais totalement sûr qu'il ne réunira pas les fonds nécessaires d'ici à ce que sa créance se prescrive. Il serait donc défendable de prendre qu'aucune violation du droit d'accès à un tribunal n'est établie. La Cour n'a pas cependant pas voulu entrer dans cet argumentation cynique et contraire au

une espèce, la Cour va même plus loin en considérant que l'article 6 n'est pas applicable à la constitution de partie civile, car le requérant conservait son droit d'agir devant les juridictions civile : CourEDH, *Stokas c. Grèce*, n° 51308/99, décision du 29 novembre 2001, Cette pratique était déjà suivie par la défunte Commission : CommEDH, *Agneessens c. Belgique*, n° 7653/76, décision du 9 mai 1980, D.R. 19, pp. 172 ss. Elle souffre toutefois certaines exceptions. Tout d'abord, la Cour a admis une atteinte au droit d'accès à un tribunal lorsque le rejet de la constitution de partie civile intervient pour cause de prescription en raison d'un changement législatif transformant un crime en délit, même si une procédure civile demeure envisageable (CourEDH, *Anagnostopoulos c. Grèce*, n° 54589/00, arrêt du 3 avril 2004, §§ 21-34). Ensuite, la Cour admet également l'applicabilité de l'article 6 § 1 de la Convention lorsque la partie civile ne parvient pas à obtenir la qualification pénale la plus lourde des faits reprochés à l'accusé. Ainsi, dans une affaire française, a-t-elle déclaré recevable une requête portant, non pas sur la procédure au fond, mais sur un appel frappant une ordonnance du juge d'instruction renvoyant l'inculpé devant le tribunal correctionnel, au lieu de le mettre en accusation devant la Cour d'assise (CourEDH, *Poirot c. France*, n° 29338/07, arrêt du 15 décembre 2011, §§ 28-30). Dans toutes ces affaires, la Cour semble admettre que la restriction du droit d'accès à un tribunal puisse résider dans la perte d'une chance d'obtenir le jugement le plus favorable possible à la partie civile. Un changement de jurisprudence semble se dessiner petit à petit.

¹⁰⁸² Quelques rares affaires civiles abordent également la question : CommEDH, *X. c. Autriche*, n° 9025/80, décision du 8 décembre 1981, D.R. 27, p. 198-199 (impossibilité de contester une décision du juge des faillites, l'action civile contre le syndic de la faillite pour négligence restant toutefois possible).

¹⁰⁸³ CourEDH, *Dinchev c. Bulgarie*, n° 23047/03, arrêt du 22 janvier 2009, §§ 45-52.

¹⁰⁸⁴ CourEDH, *Dubinskaya c. Russie*, n° 4856/03, arrêt du 13 juillet 2006. L'affaire portait sur une demande en dommages et intérêts qui avait été apparemment radiée en raison de l'inaction de l'avocat du requérant (§ 10) sans toutefois qu'une décision formelle n'ait été communiquée à la requérante, ou à son avocat (§ 11). Il était même hautement improbable qu'une telle décision ait été adoptée. Le tribunal avait simplement abandonné l'examen de l'affaire et détruit illégalement le dossier (§ 32). Le Gouvernement russe soutenait que la requérante pouvait toujours introduire une nouvelle demande en justice (§ 25). La Cour estima en réponse (§ 43) que « *ce serait faire supporter à la requérante un fardeau déraisonnable que d'exiger d'elle qu'elle réintroduise instance dix ans après y avoir procédé de manière correcte et plus de treize ans après que se soient produites les circonstances ayant donné lieu à l'action.* » (...the Court considers that it would place an excessive and unreasonable burden on the applicant to require her to re-submit her action ten years after she had validly introduced it for the first time and more than thirteen years after the circumstances that had given rise to that claim had occurred.)

¹⁰⁸⁵ Voy. le *leading case* en la matière : CourEDH, *Kreuz c. Pologne*, n° 28249/95, arrêt du 19 juin 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-VI. En revanche si le requérant dispose des moyens nécessaires et ne justifie pas son inaction, il ne saurait y avoir violation de l'article 6 § 1 de la Convention : CourEDH, *Kidzinidze c. Géorgie*, n° 69852/01, décision du 31 mai 2007.

caractère effectif du droit d'accès à un tribunal¹⁰⁸⁶. Elle a préféré présumer que le requérant ne reviendrait jamais à meilleure fortune et que le refus d'examiner ses prétentions pour des raisons financières est *de facto* définitif. Une approche similaire se retrouve en matière de conflit négatif de compétence¹⁰⁸⁷. La Cour conclut à la violation du droit d'accès à un tribunal, même si la requérante n'a pas contesté la première décision d'incompétence, ce qui aurait peut-être permis d'éviter l'issue fâcheuse. Malgré cela, « *la Cour souscrit à la présomption générale que les juridictions nationales sont mieux formées et plus capables d'interpréter les règles complexes et plutôt techniques définissant les limites juridictionnelles de leur pouvoir judiciaire* », si bien qu'« *il n'est pas surprenant que la requérante n'ait pas interjeté appel [...], ne voyant aucune raison de douter du bien-fondé du raisonnement suivi par le tribunal de district.* »¹⁰⁸⁸ La Cour adopte une approche favorable au requérant lorsque la restriction apportée au droit d'accès à un tribunal repose sur des éléments particulièrement douteux, tels que des frais de justice élevés ou des décisions contradictoires en matière de compétence des tribunaux. Il serait cependant préférable qu'elle l'indique expressément, car sa souplesse contraste avec d'autres décisions obéissant à une logique plus stricte.

348. S'agissant du rejet d'une demande en justice pour vice de procédure, la Cour distingue également, sans toutefois le dire clairement, entre le rejet définitif et celui auquel il est possible de remédier par une nouvelle action. Alors qu'une requérante se plaignait de formalisme excessif, au motif que sa demande en justice a été déclarée irrecevable faute d'être convenablement formulée, la Cour lui rétorqua lapidairement qu'elle « *n'a[vait] subi aucune entrave à son droit d'accès à un tribunal* »¹⁰⁸⁹. La Cour semble ici se fonder sur le fait que la requérante pouvait toujours saisir à nouveau la juridiction tant et aussi longtemps qu'elle n'était pas déchue de ce droit par l'effet de l'écoulement du temps. Cette approche fut précisée dans une autre affaire où la requérante soutenait avoir saisi le tribunal d'Helsinki au moyen d'une lettre écrite en russe, dont il ressortait qu'elle entendait demander à l'Etat finlandais des dommages et intérêts. Elle se plaignait que la juridiction saisie avait porté atteinte au droit d'accès de la requérante en transmettant sa lettre à l'administration concernée, au lieu d'y voir une demande en justice maladroitement formulée et susceptible d'être régularisée. La Cour releva que la

¹⁰⁸⁶ Sur cette notion, voy. MILANO, pp. 237 ss.

¹⁰⁸⁷ CourEDH, *Bezymyannaya c. Russie*, n° 21851/03, arrêt du 22 décembre 2009.

¹⁰⁸⁸ Affaire *Bezymyannaya*, arrêt précité, § 25.

¹⁰⁸⁹ CourEDH, *Gioka c. Grèce*, n° 44806/07, arrêt du 16 avril 2009, § 27.

requérante conservait « *la possibilité d'obtenir la convocation en justice de son adversaire tant et aussi longtemps que ses requêtes sont rédigés dans une des langues officielles de la Finlande.* »¹⁰⁹⁰ et elle en déduisit derechef que le droit d'accès à un tribunal n'était pas violé en l'espèce.

349. En revanche, lorsque le rejet est *de facto* définitif, par exemple, parce que la prescription est intervenue dans l'intervalle, la Cour n'hésite pas à constater une violation de l'article 6 § 1. Le requérant ne peut alors plus soumettre sa demande à un tribunal. Tel fut le cas de l'affaire *Běleš*¹⁰⁹¹, où le délai pour introduire instance était amplement dépassé lorsque la demande en justice avait été déclarée irrecevable, sans que le Gouvernement ne vienne soutenir qu'une seconde procédure restait possible en vertu d'une improbable interruption du délai¹⁰⁹². Dans l'écrasante majorité des cas, la question ne se pose pas étant donné que les griefs d'excès de formalisme visent des procédures de recours où les délais sont prévus à peine de déchéance. Le rejet du recours est alors définitif, car il prive définitivement le requérant du droit de contester la décision de justice querellée¹⁰⁹³.

b) Conséquence de ce choix et tempéraments jurisprudentiels

350. Le fait que la question de l'excès de formalisme ne soit examinée que sous l'angle du droit d'accès à un tribunal déploie certaines conséquences. Celles-ci ne sont pas directement mentionnées par la jurisprudence, mais elles peuvent se déduire de celle-ci. Sitôt qu'une partie a été en mesure d'exposer ses prétentions et d'obtenir un jugement sur le fond, elle a eu accès à un tribunal¹⁰⁹⁴. Aucune question d'excès de formalisme ne

¹⁰⁹⁰ CourEDH, *Ivanova c. Finlande*, n° 53054/99, décision du 28 mai 2002 : « *the applicant remains free to apply for a summons against her intended adversary as long as her submissions are filed in one of the official languages of Finland.* » Il arrive cependant que la Cour admette la proportionnalité d'une atteinte au droit d'accès à un tribunal tout en constatant que le requérant peut toujours renouveler son instance : CourEDH, *Tsenov c. Bulgarie*, n° 28591/03, décision du 30 mars 2010 ; CourEDH, *Kolovangina c. Russie*, n° 76593/01, arrêt du 11 décembre 2008, §§ 17-27 (cas de l'absence de procuration). Nous ne pensons toutefois pas qu'il s'agisse des prémisses d'un revirement de jurisprudence. La Cour s'efforce en pareil cas d'asseoir son raisonnement, au lieu de se borner à constater qu'aucune atteinte au droit d'accès à un tribunal n'est établie.

¹⁰⁹¹ Voy. le résumé du jugement de première instance : Affaire *Běleš*, arrêt précité, § 12.

¹⁰⁹² Le délai pour introduire instance était de six mois (affaire *Běleš*, arrêt précité, § 21) et la procédure de première instance dura un peu moins de dix mois. Le Gouvernement tchèque n'a, en tout état de cause, pas fait valoir devant la Cour que les requérants pouvaient toujours introduire une nouvelle action.

¹⁰⁹³ Si l'on fait abstraction de l'hypothèse, véritable cas d'école, d'un recours déclaré irrecevable avant le terme du délai.

¹⁰⁹⁴ La question est parfois soulevée sous l'angle de l'épuisement des voies de recours internes, lorsque la procédure est encore pendante sur le fond et que l'excès de formalisme allégué concerne le traitement d'un incident de procédure : CourEDH, *Aden Robleh c. France*, n° 50018/99, décision du 18 octobre 2005 (rejet pour cause de tardiveté d'un pourvoi en cassation contre un arrêt de la chambre d'accusation ordonnant le renvoi devant la cour d'assise). La question pourrait toutefois être amenée à évoluer au vu de l'arrêt rendu en Grande Chambre dans l'affaire *Micallef c.*

pourra se poser, même si la procédure a été rendue plus ardue, par exemple à cause d'un calendrier de procédure serré¹⁰⁹⁵. Le requérant ne saurait de même se plaindre des démarches qu'il a dû entreprendre pour prendre connaissance d'une décision de justice¹⁰⁹⁶, ou pour comparaître à une audience¹⁰⁹⁷. Il en va de même lorsqu'une juridiction d'appel rejette pour cause de tardiveté un mémoire ampliatif, tout en revoyant les éléments pertinents du litige¹⁰⁹⁸, ou lorsque la demande de fixation d'une audience est rejetée pour la même raison¹⁰⁹⁹.

351. La Cour fait toutefois preuve d'un sens raffiné de la nuance. Il arrive que dans certaines situations particulières, elle assimile un incident de procédure à une atteinte potentielle au droit d'accès à un tribunal, même si le requérant a pu s'adresser à la juridiction et obtenir une décision au fond. Tel fut le cas en l'affaire *Saoud* où l'avocat d'office de la requérante avait été commis tardivement d'office et n'avait pu, de ce fait, déposer un mémoire ampliatif devant la chambre criminelle de la Cour de cassation de France. L'affaire ayant été jugée sur la seule base du pourvoi introduite par la requérante, qui n'était alors pas assistée par un avocat, la juridiction européenne conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention¹¹⁰⁰, en rappelant « *que le droit d'accès à un tribunal [...] est un droit "concret et effectif" » et non pas "théorique ou illusoire" »*¹¹⁰¹. Aux yeux de la Cour de Strasbourg, il était donc illusoire d'imaginer que la requérante avait pu se défendre utilement seule. S'agissant d'une procédure devant la juridiction suprême, et donc d'un contentieux éminemment technique, cette issue était prévisible. La

Malte (n° 17506/06, arrêt du 15 octobre 2009, publication prévue) où la Cour semble vouloir traiter désormais les mesures provisoires comme des procédures indépendantes. Il n'est pas exclu que ce changement d'approche soit étendu aux contestations incidentes. Voy. déjà : CourEDH, *Mercieca et autres c. Malte*, n° 21974/07, arrêt du 14 juin 2011, §§ 45-51 concernant l'autorisation d'interjeter appel immédiatement d'une contestation incidente. En pareil cas, on ne pourrait plus écarter une requête se plaignant d'excès de formalisme pour la seule raison que le requérant peut toujours faire valoir ses droits subséquemment.

¹⁰⁹⁵ CourEDH, *Hilden c. Finlande*, n° 32523/96, décision du 14 septembre 1999. Voy. également dans la même veine, mais en ce qui concerne la requalification *in extremis* d'un assassinat en complicité d'assassinat : CourEDH, *Tsaggarakis c. Grèce*, n° 45136/07, décision du 10 septembre 2009.

¹⁰⁹⁶ CourEDH, *Blokhin c. Russie*, n° 11175/02, décision du 4 janvier 2007 ; CourEDH, *Bogonos c. Russie*, n° 68798/01, décision du 5 février 2004 où le requérant était pourtant domicilié loin du tribunal.

¹⁰⁹⁷ CourEDH, *Godlevskiy c. Russie*, n° 14888/03, décision du 9 décembre 2004. Voy. également CourEDH, *Harder-Herken c. Allemagne*, n° 45584799, décision du 14 octobre 2004 concernant un bouquet de procédures en matière familiale. Malgré le comportement ambigu des juridictions, vraisemblablement dû à la confusion qui régnait dans le dossier, la Cour a relevé que la requérante avait été en mesure de comparaître devant certaines juridictions et était responsable de son défaut devant d'autres, si bien que le grief tiré de l'absence d'accès à un tribunal fut rejeté pour défaut manifeste de fondement.

¹⁰⁹⁸ CourEDH, *Bačev c. Ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 13299/02, décision du 14 février 2006, le raisonnement suivi par la Cour est particulièrement louvoyant et ne semble pas totalement exclure une violation du droit d'accès à un tribunal.

¹⁰⁹⁹ CourEDH, *Emen c. Turquie*, n° 25585/02, décision du 28 novembre 2006. Le requérant ne semblait pas se plaindre en l'espèce de l'absence d'audience en tant que telle, mais plutôt du fait que sa demande ait été rejetée pour cause de tardiveté.

¹¹⁰⁰ CourEDH, *Saoud c. France*, n° 9375/02, arrêt du 9 octobre 2007, §§ 128-136.

¹¹⁰¹ Affaire *Saoud*, arrêt précité, § 135.

jurisprudence n'est toutefois pas totalement cohérente. Un mois avant l'arrêt *Saoud*, la Cour adoptait une décision d'irrecevabilité concernant une procédure devant la Cour de cassation de Grèce, au cours de laquelle un mémoire ampliatif avait été déclaré irrecevable¹¹⁰². La juridiction suprême hellénique se fondait sur le fait que la preuve de la notification du mémoire n'avait pas été rapportée dans les six mois et elle refusait de tenir compte du fait que l'adversaire du requérant avait malgré tout répondu aux moyens qui y étaient articulés. La Cour européenne rejeta le grief tiré du défaut d'accès à un tribunal sans faire preuve du même sens de la nuance que dans l'affaire *Saoud*.

352. La Cour veille aussi scrupuleusement à ce que ces exceptions ne deviennent pas trop fréquentes. Toujours dans l'affaire *Saoud*¹¹⁰³, elle écarta un grief tiré du fait que la chambre de l'instruction avait refusé d'examiner un mémoire ampliatif en raison d'un vice de forme. Elle releva à ce propos la négligence de l'avocat¹¹⁰⁴, et le fait que celui-ci ait pu plaider oralement devant la juridiction¹¹⁰⁵. La Cour considère donc implicitement que la sévérité dont avait fait preuve la juridiction d'appel n'avait pas péjoré la situation de la requérante au point de rendre illusoire son droit d'accès à un tribunal¹¹⁰⁶.

353. Dans une autre espèce isolée¹¹⁰⁷, la Cour a examiné des griefs portant sur l'excès de formalisme, sous le seul angle de l'équité de la procédure. L'affaire *Tamminen* portait sur le rejet d'une demande de convocation d'un témoin, au motif qu'elle n'avait pas été effectuée à temps. Le requérant avait demandé l'audition de la personne au cours de la procédure destinée à préparer l'audience consacrée à la discussion de l'affaire, mais n'avait pas récapitulé cette demande dans une liste finale de témoins qu'il avait remis au tribunal de première instance, seul son adversaire demandant la convocation du témoin concerné¹¹⁰⁸. Au cours de l'audience principale, l'adversaire du requérant renonça à l'audition du témoin et le tribunal de première instance considéra que celle-ci n'était pas utile à la manifestation de la vérité¹¹⁰⁹. Le requérant interjeta appel et réitéra sa demande de convocation du témoin. La juridiction d'appel le débouta en lui opposant la tardiveté

¹¹⁰² CourEDH, *Siderakis c. Grèce*, n° 21606/05, décision du 6 septembre 2007.

¹¹⁰³ Affaire *Saoud*, arrêt précité, §§ 115-123.

¹¹⁰⁴ Affaire *Saoud*, arrêt précité, § 121.

¹¹⁰⁵ Affaire *Saoud*, arrêt précité, § 122.

¹¹⁰⁶ Un raisonnement similaire se retrouve sporadiquement en droit suisse. Voy. Trib. cant. VD, 1^{er} janvier 1998, JdT 1998 III 114, p. 119 : « *Enfin, lorsqu'elle est déchue du droit de soulever le déclinatoire, la partie n'est pas définitivement privée d'une voie de droit, mais doit simplement procéder devant un tribunal "réputé compétent" plutôt que devant le tribunal réellement compétent.* »

¹¹⁰⁷ CourEDH, *Tamminen c. Finlande*, n° 40847/98, arrêt du 15 juin 2004.

¹¹⁰⁸ Affaire *Tamminen*, arrêt précité § 16.

¹¹⁰⁹ Affaire *Tamminen*, arrêt précité, § 18.

de sa demande, faute, à ses yeux, d'avoir été formulée avant l'audience principale devant le tribunal de première instance¹¹¹⁰. La Cour de Strasbourg vit dans ce raisonnement une rupture de l'équité de la procédure, même si elle n'était en principe pas compétente pour se prononcer sur l'opportunité d'administrer des preuves au cours d'un procès devant les juridictions nationales¹¹¹¹. Les motifs sont particulièrement succincts, mais il ressort des précédents auxquels elle se réfère, qu'elle n'envisageait pas la question sous l'angle du droit d'accès à un tribunal¹¹¹². De plus, seule l'équité de la procédure pouvait dès lors être concernée. En effet, le requérant avait eu accès à la juridiction de première instance pour contester les prétentions de son adversaire et il avait obtenu un jugement sur le fond. La question soumise à la Cour ne se limitait toutefois pas à un simple problème d'arbitraire¹¹¹³, car il avait formulé sa demande en des termes ambigus qui auraient pu justifier un refus. La Cour devait donc se prononcer sur la sévérité dont avait fait preuve la juridiction d'appel en relevant que celui-ci n'avait pas sollicité l'audition du témoin en bonne et due forme avant la tenue de l'audience principale devant le tribunal de première instance¹¹¹⁴. Il s'agissait donc bien d'un problème d'excès de formalisme, distinct de l'accès à un tribunal dont le requérant avait bénéficié en l'espèce. On ne rencontre pas d'arrêt ultérieur s'étant à nouveau penché sur le refus d'administrer une preuve pour des raisons excessivement formalistes. Il faut en déduire qu'il s'agit d'une espèce isolée, dans la même veine que celle où la Cour a exceptionnellement considéré que la durée excessive d'une procédure violait le droit d'accès à un tribunal¹¹¹⁵. En revanche, il ressort de l'arrêt *Anastasakis* que l'obligation d'engager une instance séparée, au lieu de faire valoir la demande par voie reconventionnelle, constitue un excès de formalisme si les deux prétentions se rapportent à l'indemnisation pour l'expropriation d'un même bien¹¹¹⁶. Il est probable que les particularités inhérentes au contentieux de l'expropriation, notamment les obligations positives incombant à l'Etat au titre de l'article premier du

¹¹¹⁰ Affaire *Tamminen*, arrêt précité, § 20 : la juridiction d'appel semblait ignorer que le requérant avait demandé l'audition du témoin avant l'audience principale devant la juridiction de première instance.

¹¹¹¹ Affaire *Tamminen*, arrêt précité, §§ 38-42.

¹¹¹² Affaire *Tamminen*, arrêt précité, § 38.

¹¹¹³ A l'instar de ce qui s'était passé dans l'affaire *Vidal c. Belgique* (CourEDH, n° 12351/86, arrêt du 22 avril 1992, Série A n° 235-B).

¹¹¹⁴ Affaire *Tamminen*, arrêt précité, § 40.

¹¹¹⁵ Voy. par exemple CourEDH, *Anagnostopoulos c. Grèce*, n° 54589/00, arrêt du 3 avril 2004, §§ 21-34 où la Cour s'appuie sur le fait que la prescription est intervenue suite à une modification législative. A propos des critiques dirigées contre cette approche : MILANO, pp. 311 ss.

¹¹¹⁶ CourEDH, *Anastasakis c. Grèce*, n° 41959/08, arrêt du 6 décembre 2011, §§ 26-31. Rien n'indique que le requérant ne pouvait plus faire valoir sa prétention dans le cadre d'une nouvelle procédure.

Protocole n° 1¹¹¹⁷, aient influencé le débat concernant l'article 6 § 1 de la Convention. La Cour aurait toutefois été bien inspirée de préciser sa pensée à ce sujet. En l'état, son arrêt donne l'impression que tout refus d'admettre une demande reconventionnelle constitue une potentielle violation du droit d'accès à un tribunal, indépendamment du fait que cette demande pourrait faire l'objet d'une instance distincte.

354. En résumé, nous retiendrons donc que les excès de formalisme ne violent l'article 6 § 1 de la Convention qu'en cas d'atteinte au droit d'accès à un tribunal, notamment lorsqu'une demande en justice, ou un recours, sont définitivement écartés sans qu'un jugement sur le fond ne soit rendu. Le caractère définitif de la décision découle soit de dispositions légales, telles que les règles sur l'autorité de la chose jugée, soit de circonstances de fait, tel que l'écoulement du temps qui rend un second procès illusoire. A titre très exceptionnel, la Cour admet que l'excès de formalisme puisse être examiné sous l'angle de l'équité de la procédure, mais uniquement lorsqu'on se trouve en présence de circonstances particulières justifiant cette entorse au principe général. Tel est le sens que nous donnons aux arrêts *Saoud*, *Tamminen* et *Anastasakis* précités.

B) L'admissibilité des restrictions de nature procédurale au droit d'accès à un tribunal

355. L'admissibilité des règles de forme au regard du droit d'accès à un tribunal s'analyse de deux manières différentes. Elle peut être abordée de manière statique en examinant les conditions posées par la jurisprudence dans son état le plus récent (1). Une approche plus dynamique est également envisageable. En pareil cas, il s'agira de présenter l'évolution du contrôle des formalités jurisprudentielles au fil du temps (2).

1) Les outils de contrôle instaurés par la jurisprudence

356. Les outils de contrôle instaurés par la jurisprudence en matière de formalisme excessif reposent sur les solutions dégagées de l'arrêt *Ashingdane* qui a définitivement fixé les conditions auxquelles le droit d'accès à un tribunal peut être restreint (a). Toutefois la jurisprudence a développé certains accommodements pratiques lorsque la restriction en cause est la conséquence du formalisme procédural (b).

¹¹¹⁷ Voy. la référence au § 28 à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Azas* (CourEDH, *Azas c. Grèce*, n° 50824/99, arrêt du 19 septembre 2002), et qui concernait l'impossibilité d'obtenir l'indemnisation de l'ensemble du préjudice subi en raison d'une expropriation.

a) Les principes généraux issus de l'arrêt

Ashingdane

357. L'affaire *Ashingdane*¹¹¹⁸ a donné à la Cour l'occasion de déterminer les conditions auxquelles le droit d'accès à un tribunal en matière civile peut être restreint¹¹¹⁹. Une restriction doit tout d'abord ne pas porter atteinte à la « *substance même* » du droit d'accès à un tribunal. Elle doit, en outre, poursuivre un « *intérêt légitime* » et il doit « *existe[r] un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* ». Toutefois, « *le contrôle de proportionnalité* » constitue « *le temps fort du contrôle européen* » et inclut « *le contrôle de l'absence d'atteinte à la substance du droit d'accès* »¹¹²⁰, auquel la Cour accorde une moindre importance¹¹²¹. Le raisonnement suivi par la jurisprudence est donc très proche de celui employé pour s'assurer de la conventionalité des atteintes aux droits garantis par les articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention, ainsi que par l'article 1 du Protocole n° 1.

358. La Cour a précisé les contours du contrôle de conventionalité introduit par l'arrêt *Ashingdane*. S'agissant de l'intérêt légitime, elle entend par là la « *bonne administration de la justice* ». Le concept est ancien et même antérieur à l'arrêt *Ashingdane*. Dans une décision d'irrecevabilité de 1976, qui concernait d'ailleurs la Suisse, la Commission avait déjà indiqué que les Etats étaient autorisés à fixer des règles de procédure concernant l'accès à leurs juridictions « *pourvu que cette réglementation ait pour but d'assurer une bonne administration de la justice* »¹¹²². Il s'agit d'une « *notion-ambition* »¹¹²³ constituant « *un principe organisationnel de l'image de la justice véhiculée par la Convention.* »¹¹²⁴ Elle est appréciée de manière générale par la Cour qui se réfère à l'ensemble des données factuelles du problème. Dans l'affaire *Lithgow*¹¹²⁵, elle considéra ainsi que la privation du droit d'accès à un tribunal était justifiée par la nécessité « *d'éviter, dans le contexte d'une mesure de nationalisation de grande envergure, une*

¹¹¹⁸ CourEDH, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, n° 8225/78, arrêt du 28 mai 1985, Série A n° 93, § 57.

¹¹¹⁹ REID, p. 86 parle d'ailleurs à ce propos des « *Ashingdane principles* ». Voy. également VAN DIJK/VAN HOF/VAN RIJN/ZWAAK, p. 570 ; BÎRSAN, n° 175 ad art. 6 CEDH.

¹¹²⁰ MILANO, p. 215.

¹¹²¹ MILANO, pp. 223 ss. Comme le fait remarquer, à juste titre, cet auteur, il s'agit précisément du raisonnement suivi dans l'affaire *Ashingdane*.

¹¹²² CommEDH, *X. c. Suisse*, n° 6916/75, décision du 8 octobre 1976, D.R. 8, p. 109. Ce raisonnement se retrouve même après l'arrêt *Ashingdane* : CommEDH, *Grepne c. Royaume-Uni*, n° 17070/90, décision du 1^{er} octobre 1990, D.R. 66, p. 272.

¹¹²³ MILANO, p. 219 et les auteurs cités.

¹¹²⁴ MILANO, p. 218.

¹¹²⁵ CourEDH, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, n° 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 et 9405/81, arrêt du 8 juillet 1986, Série A n° 102, § 197.

profusion de demandes et d'instances introduites par tel ou tel actionnaire. »¹¹²⁶ La Cour admet, dans la foulée, que la volonté d'éviter des recours dilatoires¹¹²⁷, ou de lutter contre l'encombrement de la juridiction suprême par des affaires de moindre importance¹¹²⁸, servent à garantir une bonne administration de la justice¹¹²⁹.

359. Le fait qu'une restriction vise plus particulièrement une catégorie de justiciable n'est pas de nature à remettre en cause sa légitimité, malgré la différence de traitement ainsi créée. L'obligation de solliciter l'autorisation d'un tribunal avant d'agir en responsabilité civile contre le personnel soignant d'un hôpital psychiatrique poursuit un but légitime, car la restriction sert « *à épargner aux individus chargés du traitement des malades mentaux le risque d'actions en justice abusives et répétées.* »¹¹³⁰ La jurisprudence¹¹³¹ accueille avec autant de bienveillance les mesures restrictives prises à l'encontre des mineurs¹¹³², des querulants¹¹³³ ou des faillis¹¹³⁴. La privation, pure et simple, du droit d'agir en justice contre certaines personnes peut également s'avérer légitime aux yeux de la Cour. Tel est le cas des immunités de juridiction reconnues aux Etats étrangers, car celles-ci permettent « *d'observer le droit international afin de favoriser la courtoisie et les bonnes relations entre États grâce au respect de la souveraineté d'un autre État.* »¹¹³⁵

360. Ce bref panorama de la jurisprudence permet de comprendre que la Cour admet largement les restrictions au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Convention. La jurisprudence est d'ailleurs capable de subtiles nuances. Ainsi

¹¹²⁶ Voy. pour plus de développements : MILANO, p. 220.

¹¹²⁷ CourEDH, *Annoni Di Gussola et autres c. France*, n° 31819/96 et 33293/96, arrêt du 14 novembre 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI, § 51. L'affaire portait sur l'admissibilité d'un retrait du rôle de la Cour de cassation pour absence d'exécution de l'arrêt d'appel.

¹¹²⁸ CourEDH, *Brualla Gomez de la Torre c. Espagne*, n° 26735/97, arrêt du 19 décembre 1997, Recueil des arrêts et décisions, 1997-VIII, § 36.

¹¹²⁹ MILANO, p. 221.

¹¹³⁰ Affaire *Ashingdane*, arrêt précité, § 58.

¹¹³¹ Voy. en outre les exemples cités par VAN DIJK/VAN HOF/VAN RIJN/ZWAAK, p. 573-574.

¹¹³² CommEDH, *Wallen c. Suède*, n° 10877/84, décision du 16 mai 1985, D.R. 43, p. 184.

¹¹³³ CommEDH, *H. c. Royaume-Uni*, n° 11559/85, décision du 2 décembre 1985, D.R. 45, p. 281.

¹¹³⁴ CommEDH, *M. c. Royaume-Uni*, n° 12040/86, décision du 4 mai 1987, D.R. 52, p. 269. La jurisprudence postérieure est toutefois venue relativiser cette déclaration générale de conformité. Si la procédure de faillite dure trop longtemps, elle ne constitue plus une cause légitime de privation du failli de son droit d'ester en justice (CourEDH, *Luordo c. Italie*, arrêt du 17 juillet 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-IX, §§ 80 ss). Il en va de même lorsque la déclaration de faillite prive le failli du droit de contester le bien-fondé de cette décision (CourEDH, *Arma c. France*, arrêt du 8 mars 2007, §§ 15 ss). L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre d'une société anonyme ne doit pas non plus faire obstacle à une action des actionnaires en paiement des dommages-intérêts en raison d'actes illicites commis par les tribunaux, quand le liquidateur n'est pas tenu de prendre toutes les mesures pour sauvegarder les intérêts des actionnaires (CourEDH, *Ferenc Rózsa et István Rózsa c. Hongrie*, n° 30789/05, arrêt du 28 avril 2009, §§ 16 ss).

¹¹³⁵ CourEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, n° 35763/97, arrêt du 21 novembre 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-XI, § 54. Pour plus de précisions : VAN DIJK/VAN HOF/VAN RIJN/ZWAAK, p. 571.

l'obligation d'être représenté par un avocat ne porte pas atteinte de manière disproportionnée au droit d'accès à un tribunal¹¹³⁶. En revanche, le fait d'obliger quelqu'un exerçant une profession libérale à ester en justice par le truchement de son ordre professionnel ne saurait passer pour légitime, même si la réglementation a pour but d'offrir une représentation en justice à bon marché¹¹³⁷.

b) Les accommodements pratiques en matière
d'excès de formalisme

361. En matière de formalisme procédural, la Cour suit, en principe, le même schéma pour juger de la conventionalité d'une restriction apportée au droit d'accès à un tribunal. Elle recherche si la règle de forme poursuit un intérêt légitime et si elle est proportionnée¹¹³⁸. On rencontre toutefois aussi certaines particularités qui méritent d'être relevées.

362. La Cour prend soin de préciser soigneusement l'étendue de son office. Elle déclare les juridictions nationales seules compétentes pour « *interpréter la législation interne* »¹¹³⁹. Cette précision est importante en matière procédurale. En effet, les formalités judiciaires sont étroitement insérées dans le droit national¹¹⁴⁰. Il n'existe pas de procédure civile sans code de procédure civile. La tentation est donc forte d'ériger toute

¹¹³⁶ Voy. CommEDH, *Casnovas c. France*, n° 19203/91, décision du 2 septembre 1992 ; CourEDH, *Gillow c. Royaume-Uni*, n° 9063/80, arrêt du 24 novembre 1986, § 69.

¹¹³⁷ CourEDH, *Philis c. Grèce*, n° 12750/87, 13780/88 et 14003/88, arrêt du 27 août 1991, Série A n° 209-A, §§ 58-65.

¹¹³⁸ Voy. quelques exemples classiques : CourEDH, *Levages Prestations Services c. France*, n° 21920/93, arrêt du 23 octobre 1996, Recueil des arrêts et des décisions, 1996-V, § 40 ; CourEDH, *Brualla Gomez de la Torre c. Espagne*, n° 26735/97, arrêt du 19 décembre 1997, Recueil des arrêts et décisions, 1997-VIII, § 33 ; CourEDH, *Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne*, n° 28028/95, arrêt du 19 février 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I, § 33 ; CourEDH, *Běleš c. République tchèque*, n° 42273/99, arrêt du 12 novembre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, §§ 60-61 ; CourEDH, *Boulougouras c. Grèce*, n° 66294/01, arrêt du 27 mai 2004, § 19 ; CourEDH, *Kemp et autres c. Luxembourg*, n° 17140/05, arrêt du 24 avril 2008, § 47.

¹¹³⁹ Voy. parmi tant d'autres : CourEDH, *Tejedor García c. Espagne*, n° 25420/94, arrêt du 16 décembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII, § 31 ; CourEDH, *Brualla Gomez de la Torre*, arrêt précité, § 31 ; affaire *Edificaciones March Gallego S.A.*, arrêt précité, § 33 ; CourEDH, *García Manibardo c. Espagne*, n° 38695/97, arrêt du 15 février 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-II, § 36. Cette restriction se retrouve également dans des arrêts ayant dû traiter d'autres griefs tirés de la violation de la Convention : CourEDH, *Kruslin c. France*, n° 11801/85, arrêt du 24 avril 1990, Série A n° 176-A, § 29 (légalité d'une écoute téléphonique) ; CourEDH, *Casado Coca c. Espagne*, n° 15450/89, arrêt du 24 février 1994, Série A n° 285-A, § 43 (existence d'une base légale justifiant une atteinte à la liberté d'expression d'un avocat) ; CourEDH, *Ravnsborg c. Suède*, n° 14220/88, arrêt du 23 mars 1994, Série A n° 283-B, § 33 (qualification pénale d'une amende au regard du droit interne) ; CourEDH, *Bulut c. Autriche*, n° 17358/90, arrêt du 22 février 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II, § 29 (portée du droit interne interdisant au juge d'instruction de siéger dans la formation de jugement).

¹¹⁴⁰ Tel n'est pas le cas d'autres situations susceptibles de soulever des questions sous l'angle des droits de l'Homme. On songe ainsi à la torture, dont les prémices, soit des actes de violence, relèvent davantage du fait que du droit. Il en va de même de la portée d'un discours litigieux sous l'angle de la liberté d'expression. Dans ces deux cas, la qualification juridique en droit national importe moins qu'en matière procédurale.

violation du droit national en violation du droit d'accès à un tribunal¹¹⁴¹. La Cour n'exclut toutefois pas entièrement tout contrôle de l'interprétation du droit national. Elle réserve expressément le cas de l'arbitraire¹¹⁴², mais n'a pas donné de définition claire de ce concept. On rencontre, en effet, dans la jurisprudence peu de cas où elle a constaté une violation de l'article 6 § 1 de la Convention pour cette raison. Dans l'affaire *De Moor*¹¹⁴³, elle indiqua ainsi « *que le conseil de l'Ordre n'a[vait] pas entendu équitablement la cause du requérant en avançant un motif légalement non valable.* »¹¹⁴⁴ Une formulation aussi généreuse faisait espérer un ample contrôle de la manière dont le droit interne était appliqué. Il n'en fut rien. La Commission européenne, tout en mentionnant l'arrêt *De Moor*, rendit une série de décisions où elle rappelait le rôle limité que les juridictions européennes étaient amenées à jouer¹¹⁴⁵. La Cour entérina cette jurisprudence lorsqu'elle succéda à la Commission¹¹⁴⁶, refusant de censurer l'interprétation du droit interne pertinent lorsque celle-ci « *ne saurait passer pour arbitraire ou déraisonnable* »¹¹⁴⁷.

363. Cette approche restrictive a été reprise par la doctrine qui définit le pouvoir d'examen de la Cour comme « *un contrôle restreint, limité, en quelque sorte, à l'erreur manifeste d'appréciation.* »¹¹⁴⁸ L'erreur manifeste d'appréciation est d'ailleurs au centre de l'affaire *Dulaurans*, où la Cour a critiqué l'interprétation retenue par la Cour de cassation française du concept de « *moyens nouveau* » au sens de l'article 620 du Code de procédure civile¹¹⁴⁹. En revanche, dans deux espèces concernant la Grèce, elle a examiné la question sous l'angle du défaut de motivation¹¹⁵⁰.

¹¹⁴¹ C'est ce qui se passa dans l'affaire *Tejedor García* précitée, où le requérant se plaignait d'avoir été condamné suite à l'admission d'un appel de la part du parquet contre une ordonnance de classement, alors qu'à son avis l'appel aurait dû être déclaré irrecevable pour cause de tardiveté.

¹¹⁴² Affaire *Tejedor García*, arrêt précité, § 31 : « *la Cour rappelle que c'est d'abord aux autorités nationales et, spécialement, aux cours et tribunaux qu'il incombe d'interpréter le droit interne et qu'elle ne substituera pas sa propre interprétation du droit à la leur en l'absence d'arbitraire.* »

¹¹⁴³ CourEDH, *De Moor c. Belgique*, n° 16997/90, arrêt du 23 juin 1994, Série A n° 292-A, §§ 8-14.

¹¹⁴⁴ Affaire *De Moor*, arrêt précité, § 55.

¹¹⁴⁵ CommEDH, *Ketonen c. Finlande*, n° 19760/92, décision du 12 octobre 1994 ; CommEDH, *Sjöström c. Suède*, n° 19853/92, décision du 12 octobre 1994 ; CommEDH, *Tani c. Finlande*, n° 20593/92, décision du 12 octobre 1994 ; CommEDH, *Curie c. Royaume-Uni*, n° 23418/94 ; CommEDH, *Waygart c. Pologne*, n° 22842/93, décision du 30 novembre 1994 ; CommEDH, *K.L. c. Finlande*, n° 21581/93, décision du 6 septembre 1995 ; CommEDH, *T.M. c. Finlande*, n° 22377/93, décision du 21 octobre 1996, D.R. 87-B, p. 13 ; CommEDH, *Sogn Koutsofotinos c. Norvège et Grèce*, n° 27095/95, décision du 10 septembre 1997.

¹¹⁴⁶ CourEDH, *Yasar c. Turquie*, n° 30500/96, décision du 1^{er} juin 1999.

¹¹⁴⁷ CourEDH, *Tropkins c. Lettonie*, n° 54711/00, décision du 3 mai 2001.

¹¹⁴⁸ MILANO, p. 212.

¹¹⁴⁹ CourEDH, *Dulaurans c. France*, n° 34553/97, arrêt du 21 mars 2000, §§ 33-39. Il semble que la Cour soit revenue en arrière dans des affaires ultérieures en invoquant de multiples différences avec l'affaire *Dulaurans* : CourEDH, *Jahnke et Lenoble c. France*, n° 40490/98, décision du 29 septembre 2000, Recueil des arrêts et décisions 2001-IX ; CourEDH, *Société anonyme d'Habitations à Loyers Modérés Terre et Famille c. France*, n° 62033/00, décision du 17 février 2004 ; CourEDH, *Ferrange c. France*, n° 77571/01, décision du 14 septembre 2004 ; CourEDH, *SCEA Ferme de Fresnoy c. France*, n° 61093/00, décision du 1^{er} décembre 2005, Recueil des arrêts et décisions 2005-XIII ;

364. A côté de ce contrôle restreint de l'interprétation du droit interne pertinent, la Cour s'estime compétente pour « *vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation* »¹¹⁵¹. Il n'est donc pas impossible que la même configuration de faits puisse soulever deux problèmes distincts sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention : l'un en tant qu'application arbitraire du droit national, l'autre au titre de l'excès de formalisme causé par une telle interprétation. D'ailleurs la Cour ne fait pas toujours bien la différence entre le contrôle de légalité, limité à l'arbitraire, et le contrôle de conventionalité, où son pouvoir d'examen est illimité¹¹⁵². Dans l'affaire *Cucu*¹¹⁵³, elle se borna à rappeler « *qu'il ne lui appartient pas généralement de connaître des erreurs de fait et de droit prétendument commises par une juridiction nationale, sauf erreur manifeste d'appréciation, ayant porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention* ». Sur ce point, la jurisprudence de la Cour présente la même imprécision que celle du Tribunal fédéral, qui ne fait pas toujours une distinction claire entre l'interdiction du formalisme excessif et la prohibition de l'arbitraire¹¹⁵⁴.

365. S'agissant du *but légitime* poursuivi par le formalisme procédural, la Cour ne se réfère pas toujours à la « *bonne administration de la justice* », que nous avons présentée précédemment¹¹⁵⁵. Dans plusieurs affaires, elle considère que les règles de forme servent également « *le principe de la sécurité juridique* » et que « *les intéressés*

CourEDH, *Thomas c. France*, n° 12821/02, décision du 13 février 2007. Cela ne l'empêche pas de critiquer les constatations de fait et l'application du droit interne par d'autres juridictions nationales : CourEDH, *Leoni c. Italie*, n° 43269/98, arrêt du 26 octobre 2000, §§ 21-28 ; CourEDH, *Virgil Ionescu c. Roumanie*, n° 53037/99, arrêt du 28 juin 2005, §§ 43-47 ; CourEDH, *Donadzé c. Géorgie*, n° 74644/01, arrêt du 7 mars 2006, §§ 30-36 ; CourEDH, *Angel Angelov c. Bulgarie*, n° 51343/99, arrêt du 15 février 2007, §§ 37-40 ; CourEDH, *Gheorghe c. Roumanie*, n° 19215/04, arrêt du 15 mars 2007, §§ 42-51 ; CourEDH, *Benderskiy c. Ukraine*, n° 22750/02, arrêt du 15 novembre 2007, §§ 42-47 ; CourEDH, *Fetaovski c. Macédoine*, n° 10649/03, arrêt du 19 juin 2008, §§ 37-42 ; CourEDH, *Kalkanov c. Bulgarie*, n° 19612/02, arrêt du 9 octobre 2008, §§ 23-26 ; CourEDH, *Folea c. Roumanie*, n° 34434/02, arrêt du 14 octobre 2008, §§ 29-32 ; CourEDH, *Antica et la Société « R » c. Roumanie*, n° 26732/03, arrêt du 2 mars 2010, §§ 32-39 ; CourEDH, *Udorovic c. Italie*, n° 38532/02, arrêt du 18 mai 2010, §§ 52-61 ; CourEDH, *Demerdžieva et autres c. Macédoine*, n° 19315/06, arrêt du 10 juin 2010, §§ 23-27.

¹¹⁵⁰ CourEDH, *Tristsis c. Grèce*, n° 3127/08, arrêt du 10 juin 2010, § 17 où la Cour observe que « *la haute juridiction administrative a employé en l'espèce des motifs manifestement illégaux pour justifier sa décision* » et CourEDH, *N.T. Giannousis et Kliafas Brothers S.A. c. Grèce*, n° 898/03, arrêt du 14 décembre 2006, § 28 : « *la Cour considère que, sous couvert d'un artifice juridique, le Conseil d'État a entériné l'interdiction de poursuivre l'exploitation de l'usine sans se prononcer sur la légalité des actes administratifs en cause [...] la haute juridiction administrative s'est soustraite à son obligation d'apporter une réponse sur la question qui lui a été soumise, ce qui constitue le cœur même de la fonction juridictionnelle.* »

¹¹⁵¹ CourEDH, *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, n° 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 et 41509/98, arrêt du 25 janvier 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-I, § 33.

¹¹⁵² On retrouve, au niveau européen, toute la difficulté du Tribunal fédéral à faire la différence entre l'arbitraire et l'excès de formalisme, cf. supra, n° 291 ss.

¹¹⁵³ CourEDH, *Cucu c. Roumanie*, n° 47966/99, décision du 6 juillet 2004.

¹¹⁵⁴ Cf. supra, n° 296 ss.

¹¹⁵⁵ Cf. supra, n° 345.

doivent pouvoir s'attendre à ce que ces règles soient appliquées »¹¹⁵⁶. Le sens exact de ces propos n'est pas des plus évidents. En effet, le concept de « *sécurité juridique* » a été développé par la Cour, pour la première fois dans l'affaire *Brumărescu*¹¹⁵⁷. Celle-ci portait sur le pouvoir reconnu au procureur général de la République roumaine d'obtenir l'annulation de tout jugement civil par la Cour suprême, sans que ce recours extraordinaire ne soit soumis à un quelconque délai¹¹⁵⁸. A ce propos, la Cour avait précisé que « *le droit à un procès équitable [...] doit s'interpréter à la lumière du préambule de la Convention, qui énonce la prééminence du droit comme élément du patrimoine commun des États contractants* » et qu'« *un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui veut, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause* »¹¹⁵⁹. Le concept de sécurité juridique avait donc, dans cette affaire, un sens bien précis. Il s'agissait de protéger l'irrévocabilité des décisions judiciaires, qu'on appelle également autorité formelle de la chose jugée¹¹⁶⁰. On était donc bien loin d'une question d'excès de formalisme.

366. Il est ainsi surprenant que, parallèlement à l'affaire *Brumărescu*, la Cour ait également mentionné la sécurité juridique dans les affaires *Miragall Escolano*¹¹⁶¹ et *Pérez de Rada Cavanilles*¹¹⁶². En effet, la première portait sur le délai de prescription d'une action en responsabilité civile de l'Etat suite à l'annulation d'un règlement administratif¹¹⁶³ et la seconde concernait l'impossibilité matérielle de respecter un bref délai de recours, à cause de la distance géographique entre le greffe de la juridiction et le domicile de la requérante. A notre avis, en employant l'expression « *sécurité juridique* », la Cour autorise les Etats à limiter l'exercice du droit d'accès à un tribunal dans le temps, afin d'éviter que les litiges ne s'achèvent jamais. Elle soumet cependant cet agrément à la

¹¹⁵⁶ CourEDH, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, n° 28090/95, arrêt du 28 octobre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII, § 45 ; Affaire *Miragall Escolano*, arrêt précité, § 33 ; CourEDH, *Cañete de Goñi c. Espagne*, n° 55782/00, arrêt du 15 octobre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-VIII, § 36 ; pour plus de précisions : MILANO, p. 221.

¹¹⁵⁷ CourEDH [GC], *Brumărescu c. Roumanie*, n° 28342/95, arrêt du 28 octobre 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-VII, § 61.

¹¹⁵⁸ Affaire *Brumărescu*, arrêt précité, § 32 (exposé du droit interne pertinent).

¹¹⁵⁹ Affaire *Brumărescu*, arrêt précité, § 61.

¹¹⁶⁰ Sur cette notion : Cédric BOUTY, L'irrévocabilité de la chose jugée en droit privé, thèse Aix-Marseille III, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 298 qui définit l'irrévocabilité comme « *le stade relatif d'intangibilité formelle auquel parvient une décision de justice à la suite du processus de clôture des voies de recours suspensives.* »

¹¹⁶¹ Affaire *Miragall Escolano et autres*, arrêt précité, § 37 : « *la question relevant du principe de la sécurité juridique.* »

¹¹⁶² Affaire *Pérez de Rada Cavanilles*, arrêt précité, § 45 : « *La réglementation relative aux délais à respecter pour former un recours vise certes à assurer une bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de sécurité juridique.* »

¹¹⁶³ Voy. l'exposé des faits à la base de l'affaire *Miragall Escolano et autres*, arrêt précité, §§ 11-20.

condition que les dispositions du droit national, adoptées dans ce but, soient suffisamment précises¹¹⁶⁴ et qu'elles tiennent adéquatement compte de la situation concrète du cas d'espèce¹¹⁶⁵. La Cour admet ainsi implicitement qu'un trop grand allègement du formalisme procédural pourrait avoir pour conséquence que les droits de certaines parties seraient lésés par de nombreuses incertitudes quant au caractère définitif d'une décision de justice.

367. Cette préoccupation ressort également de l'affaire *Cañete de Goñi*. La requérante avait été reçue à l'issue d'un concours portant sur le recrutement de fonctionnaires¹¹⁶⁶. Plusieurs candidats malchanceux contestèrent la régularité de la procédure devant les juridictions compétentes¹¹⁶⁷, ce dont la presse locale se fit l'écho¹¹⁶⁸. La requérante n'entreprit aucune démarche en vue de prendre part à la procédure. Au cours de celle-ci, les juridictions internes invitèrent l'administration à mettre en cause l'ensemble des participants au concours, ce qui fut omis¹¹⁶⁹. Le résultat du concours fut toutefois annulé. La requérante ne figura plus sur la liste des admis après nouvelle évaluation de son dossier et sa nomination fut annulée¹¹⁷⁰. Devant la Cour, elle soutenait qu'elle aurait dû être formellement citée à comparaître devant les juridictions administratives saisies du litige concernant la validité du concours, car celui-ci était déterminant pour sa nomination. La juridiction européenne rejeta le grief tiré de l'article 6 § 1 de la Convention en reprochant à la requérante son manque de diligence, car d'autres personnes concernées, comme elle, avaient obtenu le droit d'intervenir dans la procédure de recours pour défendre leur nomination¹¹⁷¹. Au passage, la Cour approuva « *l'approche pragmatique suivie par le Tribunal constitutionnel quant à la notification d'actes de procédure lorsque, comme en l'espèce, une juridiction se voit confrontée à de multiples recours portant sur une même procédure administrative et touchant un nombre très élevé de personnes.* »¹¹⁷² Cette phrase montre, à notre avis, l'importance accordée à la nécessité d'éviter qu'une décision de justice puisse être perpétuellement remise en cause,

¹¹⁶⁴ Tel ne fut pas le cas en l'espèce, ce qui déboucha sur un constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention : affaire *Miragall Escolano et autres*, arrêt précité, §§ 37-38.

¹¹⁶⁵ Ce fut le problème à la base de l'affaire *Pérez de Rada Cavanilles*, arrêt précité, §§ 11-22 et 40. La requérante devait interjeter un recours dans les trois jours par dépôt de son acte au greffe d'une juridiction qui se trouvait à quatre cents kilomètres de son domicile.

¹¹⁶⁶ CourEDH, *Cañete de Goñi c. Espagne*, n° 55782/00, arrêt du 15 octobre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-VIII, §§ 8-11.

¹¹⁶⁷ Affaire *Cañete de Goñi*, arrêt précité, §§ 12 et 15.

¹¹⁶⁸ Affaire *Cañete de Goñi*, arrêt précité, § 12.

¹¹⁶⁹ Affaire *Cañete de Goñi*, arrêt précité, § 14.

¹¹⁷⁰ Affaire *Cañete de Goñi*, arrêt précité, § 16.

¹¹⁷¹ Affaire *Cañete de Goñi*, arrêt précité, § 40.

¹¹⁷² Affaire *Cañete de Goñi*, arrêt précité, § 41.

lorsqu'elle concerne un grand nombre de personnes et que toutes n'ont pas été parties à la procédure. Elle autorise ainsi les juridictions à faire preuve d'une plus grande rigueur formelle vis-à-vis des justiciables lorsque leur recours s'inscrit dans le cadre d'un contentieux de masse.

368. Le principe de la sécurité juridique constitue donc un « *élément constitutif de la bonne administration de la justice* »¹¹⁷³ en matière de formalisme procédural. Il peut justifier une plus grande sévérité à l'égard des parties, lorsque les circonstances du cas d'espèce l'exigent. Nous ne pensons donc pas qu'on puisse le ramener à la « *stabilité et [à] la prévisibilité de la règle* »¹¹⁷⁴. Il sert, en réalité, à éviter que la lutte contre l'excès de formalisme ne porte atteinte aux intérêts des parties au procès. Cela explique également pour quelle raison le principe de la sécurité juridique est mentionné en matière de droit à connaître ses propres origines garanti par l'article 8 de la Convention¹¹⁷⁵. Dans ce cas, ce n'est pas la prévisibilité, ou la stabilité, des dispositions relatives aux actions en paternité qui est remise en cause, mais le fait qu'un régime trop souple pourrait léser les intérêts légitimes d'autrui en contestant une succession liquidée depuis longtemps¹¹⁷⁶.

2) Le développement du contrôle sur le formalisme procédural

369. L'ampleur du contrôle opéré par les juridictions européennes sur le formalisme procédural a évolué au fil du temps¹¹⁷⁷. Initialement, il était sommaire et

¹¹⁷³ MILANO, p. 222.

¹¹⁷⁴ Apparemment d'un tel avis : MILANO, p. 222 et, surtout, p. 288-292.

¹¹⁷⁵ CourEDH, *Jaggi c. Suisse*, n° 58757/00, arrêt du 13 juillet 2006, Recueil des arrêts et décisions 2006-X, § 39.

¹¹⁷⁶ CourEDH, *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, Série A n° 31, § 58 ; CourEDH, *Vermeire c. Belgique*, arrêt du 29 novembre 1991, n° 12849/87, Série A n° 214-C, §§ 19-22 ; CommEDH, *Verryt c. Belgique*, décision du 18 mai 1994, n° 21199/93 ; CourEDH, *Alboize-Barthes et Alboize-Montezume c. France*, décision du 21 octobre 2008 ; CourEDH, *E.S. c. France*, décision du 10 février 2009, n° 49714/06. Voy. également concernant la délicate question de l'accouchement anonyme : CourEDH, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, arrêt du 13 février 2003, Recueil des arrêts et décisions 2003-III où la Cour est arrivée à la conclusion que l'article 8 n'avait pas été violé en l'espèce. Un arrêt récent assouplit quelque peu ce principe dans la mesure où il conclut à la violation de l'article 14 de la Convention lu conjointement avec l'article 1 du Protocole n° 1 dans une affaire où la succession litigieuse avait été réglée par le *de cuius* de son vivant au moyen d'une donation-partage, au motif, entre autre, que les autres héritiers pouvaient prévoir que l'enfant adultérin ne manquerait pas de contester l'acte en question après le décès de sa mère naturelle (CourEDH [GC], *Fabris c. France*, arrêt du 7 février 2013, n° 16574/08, §§ 64-72). La Cour est, cependant, toujours un peu réticente à l'idée de transformer le droit à connaître ses propres origines en droit à un héritage. Voy. sur cette question : CourEDH, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, arrêt du 30 octobre 2000, n° 28369/95, Recueil des arrêts et décisions 2000-X, §§ 30-39. En revanche les obstacles sont levés sitôt que la procédure porte sur une succession qui n'a pas encore été définitivement réglée et où les liens de paternité naturelle ne sont pas litigieux : CourEDH, *Merger et Cros c. France*, arrêt du 22 décembre 2004, §§ 40-50 admettant sans difficulté que la vocation successorale tombe sous le coup des articles 8 et 14 de la Convention. En effet, aucun problème particulier de sécurité juridique ne se pose si l'action en pétition d'hérédité est introduite immédiatement après le décès du père biologique. Pour plus de précisions, voy. Anne DEBET, L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, thèse Paris II, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 15, Dalloz, Paris, 2002, pp. 654 ss.

¹¹⁷⁷ Implicitement en ce sens : Christoph GRABENWARTER/Katharina PABEL, Der Grundsatz des fairen Verfahren, in Rainer GROTE/Thilo MAURAUHN (édit.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp.

aboutissait systématiquement au constat que l'article 6 § 1 de la Convention n'avait pas été violé (a). Avec l'affaire *Levage Prestations Services*, la Cour entama un contrôle approfondi du formalisme procédural qu'elle étendit encore au fil du temps (b)

a) Le contrôle sommaire initial

370. L'idée qu'une application trop stricte de la procédure puisse porter atteinte au droit d'accès à un tribunal apparut tout d'abord sous la plume des requérants, sans toutefois rencontrer le succès escompté. Ainsi, dans une affaire jugée en 1977 par la Commission européenne en matière de légalité de la détention dans un hôpital psychiatrique, le requérant soutenait qu'« *un tribunal, selon la définition donnée dans l'arrêt Neumeister [...] doit éviter l'excès de formalisme* »¹¹⁷⁸. Dans une affaire suisse de 1988, le requérant exposait « *qu'en refusant de réviser l'arrêt déclarant irrecevable son recours, le Tribunal fédéral a fait preuve d'un formalisme excessif* »¹¹⁷⁹. Dans les deux cas, les griefs furent écartés.

371. Un nombre encore plus élevé de requêtes jugées par la Commission européenne des droits de l'Homme portaient implicitement sur des questions d'excès de formalisme en matière de voies de recours. Elles furent toutes écartées au motif que les législateurs nationaux étaient habilités à « *édicter des réglementations régissant l'accès des plaideurs à une juridiction de recours* » et que de telles formalités visaient « *une bonne administration de la justice* »¹¹⁸⁰. La Commission n'examinait pas de manière détaillée la situation des requérants. Elle se fondait plutôt sur un postulat de principe, au terme duquel les formalités pour introduire un recours étaient forcément compatibles avec le droit d'accès à un tribunal.

372. A trois reprises toutefois, la Commission se montra plus incisive. Dans une affaire allemande, elle s'étonna de la rigueur dont faisaient preuve les juridictions internes, sans pour autant renoncer à déclarer le grief irrecevable pour défaut manifeste de

642 ss, spécialement p. 674, n° 72. Les auteurs toutefois ne font allusion à une éventuelle évolution qu'à propos des restrictions apportées de manière générale au droit d'accès à un tribunal. La doctrine ne semble pas toujours prendre la mesure des changements opérés au sein de la jurisprudence. Ainsi un autre auteur (PFANNKUCHEN-HEEB, p. 224) continue de soutenir que le contrôle de la Cour de Strasbourg se limite aux cas d'abus. Il est vrai qu'elle se réfère à une décision de la Commission de 1965...

¹¹⁷⁸ CommEDH, *Y. c. Royaume-Uni*, n° 6870/75, décision du 14 mai 1977, D.R. 10, p. 95.

¹¹⁷⁹ CommEDH, *E. c. Suisse*, n° 12117/86, décision du 3 mai 1988.

¹¹⁸⁰ Voy. par exemple : CommEDH, *Van Giessen c. Pays-Bas*, n° 27084/95, décision du 15 mai 1996 ; CommEDH, *S.A. c. Allemagne*, n° 21977/93, décision du 31 août 1994 ; CommEDH, *H. c. Autriche*, n° 14452/88, décision du 3 septembre 1990 ; CommEDH, *A. c. Autriche*, n° 13202/87, décision du 15 mars 1990 ; CommEDH, *Treckles c. Belgique*, n° 13070/87, décision du 13 mars 1989 ; CommEDH, *Michel c. France*, n° 11593/85, décision du 7 décembre 1987 ; CommEDH, *Welter c. Suède*, n° 112284/, décision du 2 décembre 1985, D.R. 45, p. 251 ; CommEDH, *X. c. Suisse*, n° 8407/78, décision du 6 mai 1980, D.R. 20, p. 182.

fondement¹¹⁸¹. S'agissait-il d'un simple étonnement rhétorique ? Nous ne le pensons pas. La Commission entendait annoncer une extension progressive de son examen, sans que cela ne débouche nécessairement sur une décision de recevabilité. Cette évolution est confirmée par des décisions ultérieures. Ainsi, en 1989, toujours à propos des règles de forme concernant les recours, elle rejeta un grief au motif que « *la formalité incriminée était clairement établie par la loi et que son accomplissement était d'une extrême simplicité* »¹¹⁸². La Commission ne semblait plus partir de l'idée que toute formalité était nécessairement justifiée sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention. Ce changement de mentalité transparut encore plus clairement en 1992. Au moment de se prononcer sur l'épuisement des voies de recours internes préalablement à sa saisine, la Commission européenne des droits de l'Homme reprocha au Conseil d'Etat grec d'avoir déclaré irrecevable le recours interjeté par les requérants et fit remarquer que « *l'approche de la question [...] a été en l'espèce d'un formalisme excessif* »¹¹⁸³. Ce fut la première fois que les organes de Strasbourg critiquaient directement la procédure devant les juridictions nationales. Ces quelques décisions isolées annonçaient donc un changement de mentalité qui allait bientôt trouver sa confirmation dans un arrêt de la Cour.

b) L'affaire *Levage Prestations Services* et les développements ultérieurs

373. Le véritable *coup d'envoi* de la nouvelle jurisprudence fut donné par un arrêt de la Cour rendu en 1996 dans un litige concernant la France. Dans l'affaire *Levages Prestations Services*¹¹⁸⁴, la société requérante mettait en cause le déroulement de la procédure devant la Cour de cassation française. Elle n'avait pas déposé au greffe de la juridiction une copie de chaque arrêt d'appel rendu dans l'affaire faisant l'objet de la procédure de cassation et son pourvoi avait été déclaré irrecevable pour cette seule raison. La requérante soutenait que l'irrecevabilité constituait « *une application contestable et imprévisible* » des dispositions pertinentes, car l'arrêt omis était « *inutile pour la compréhension du litige et aurait dû [...] figurer au dossier de la Cour de cassation* », et

¹¹⁸¹ CommEDH, *K. c. République fédérale d'Allemagne*, n° 12305/86, décision du 21 janvier 1988 : « *Nevertheless, however regrettable the appellate court's rigid application of Section 345 para. 2 of the German Code of Criminal Procedure may be, it cannot be found that the applicant was thereby denied access to this court.* »

¹¹⁸² CommEDH, *Martinez c. Espagne*, n° 13012/87, décision du 4 septembre 1989, partie non publiée aux D.R. 62, p. 257. Le requérant se plaignait « *d'un excès de formalisme dont aurait témoigné le Tribunal central du travail* » en exigeant des employeurs la consignation des frais de justice en cas d'appel dans une procédure de droit du travail.

¹¹⁸³ CommEDH, *Sygounis, Kotsis et l'« Union des Officiers de Police » c. Grèce*, n° 18598/91, décision du 18 mai 1994, D.R. 78, p. 71.

¹¹⁸⁴ CourEDH, *Levages Prestations Services c. France*, n° 21920/93, arrêt du 23 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V.

« en tout état de cause, celle-ci devait le lui réclamer avant de prononcer l'irrecevabilité du pourvoi ». ¹¹⁸⁵. Le grief tiré de la violation du droit d'accès à un tribunal se décomposait donc en trois branches distinctes : la première, au terme de laquelle l'arrêt litigieux de la Cour d'appel de Paris n'était pas nécessaire à l'examen du pourvoi en cassation ; la deuxième selon laquelle il figurait de toute façon au dossier ; la troisième où il était allégué qu'une invitation à régulariser l'omission permettait de résoudre le problème sans difficulté.

374. Dans son analyse juridique, la Cour commença par exposer que le droit d'accès à un tribunal souffrait certaines limitations, mais que celles-ci « ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même » et qu'« elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. » ¹¹⁸⁶. La formule s'inscrivait donc en droite ligne dans la foulée des affaires *Golder* et *Ashingdane* que nous avons précédemment examinées et elle n'apportait rien de fondamentalement nouveau ¹¹⁸⁷. La Cour constata ensuite que l'interprétation du droit interne pertinent n'était pas surprenante au vu des précédents jurisprudentiels. Abordant ensuite les circonstances de l'espèce, elle considéra que « vu la spécificité du rôle joué par la Cour de cassation, dont le contrôle est limité au respect du droit », elle pouvait « admettre qu'un formalisme plus grand assortisse la procédure suivie devant celle-ci » ¹¹⁸⁸. Elle releva ensuite que certains pourvois en cassation étaient soumis à des règles de forme moins strictes ¹¹⁸⁹. Elle conclut cependant à l'absence de violation de l'article 6 de la Convention ¹¹⁹⁰.

375. Même si elle est plus étayée que dans les précédentes décisions d'irrecevabilité, la motivation de l'arrêt n'abandonne pas entièrement l'approche abstraite mise en oeuvre par la Commission jusqu'alors. En effet, la Cour ne répond pas directement aux trois branches du moyen articulé par la société requérante. Elle se borne à relever que le formalisme peut être plus strict devant une juridiction suprême et que tous

¹¹⁸⁵ Affaire *Levages Prestations Services*, arrêt précité, § 37.

¹¹⁸⁶ Affaire *Levages Prestations Services*, arrêt précité, § 40.

¹¹⁸⁷ Cf. supra, n° 342.

¹¹⁸⁸ Affaire *Levages Prestations Services*, arrêt précité, § 48. Sur la portée générale de ce principe : VAN BRUSTEM, n° 5.

¹¹⁸⁹ Affaire *Levages Prestations Services*, arrêt précité, § 47. Il s'agit de la procédure sans représentation obligatoire, qui à l'époque s'appliquait à l'essentiel des affaires portées devant la chambre sociale et à certains domaines du contentieux familial.

¹¹⁹⁰ Affaire *Levages Prestations Services*, arrêt précité, § 50.

les pourvois en cassation ne sont pas soumis aux règles exigeantes de la procédure appliquée en l'espèce. Dans l'enchaînement logique des arguments, plusieurs étapes du raisonnement font défaut. Pourquoi l'existence d'une procédure au formalisme allégé justifierait-elle *per se* l'existence d'exigences de forme accrues pour le traitement de certains pourvois en cassation ? Après tout, cela démontre que les exigences en question ne s'imposent pas en vertu de la nature même du pourvoi en cassation. On peut s'interroger sur la portée actuelle de cet argument, dans la mesure où une réforme de 2004¹¹⁹¹ a considérablement réduit le nombre d'hypothèses où le pourvoi en cassation est soumis à une procédure simplifiée. La Cour de Strasbourg n'a par ailleurs absolument pas répondu à la dernière branche du grief présenté par la requérante concernant la possibilité de régulariser le pourvoi en produisant subséquemment une copie de l'arrêt d'appel manquant.

376. La Commission, bien qu'elle ait soutenu la société requérante dans l'affaire *Levages Prestations Services*¹¹⁹², n'adopta toutefois pas dans l'immédiat le raisonnement suivi par la Cour. Ainsi, deux décisions rendues l'année suivante écartèrent sommairement les griefs de violation du droit d'accès à un tribunal en invoquant la prévisibilité des règles de forme et de l'absence d'arbitraire décelable¹¹⁹³. En revanche, dans une troisième décision, toujours adoptée en 1997, elle examina de manière plus détaillée les griefs, qui portaient également sur la procédure devant la Cour de cassation française¹¹⁹⁴.

377. On voit, depuis lors, se développer au sein de la jurisprudence deux manières d'aborder le problème de l'excès de formalisme : l'une tendant à écarter sommairement les griefs, en invoquant le caractère nécessaire et raisonnable des règles de procédure critiquées ; l'autre procédant d'un examen plus attentif des circonstances du cas d'espèce et aboutissant, si nécessaire, au constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Malheureusement, les raisons pour lesquelles l'une ou l'autre approche sont privilégiées ne ressortent pas des arrêts et décisions. On trouve ainsi de nombreuses décisions

¹¹⁹¹ Voy. sur cette question : Patrick TILLIE, La représentation obligatoire devant la Cour de cassation, in : Marianne KELLER (édit.), Procès du travail – travail du procès, Coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Vol. 16, L.G.D.J. Lextenso-éditions, Paris, 2008, pp. 387 ss.

¹¹⁹² Affaire *Levages Prestations Services*, arrêt précité, § 38. La position de la Commission se concentre toutefois sur le manque de prévisibilité de l'obligation de produire l'arrêt d'appel litigieux.

¹¹⁹³ CommEDH, *Madani c. France*, n° 31799/96, décision du 2 juillet 1997 ; CommEDH, *Schreiner c. Luxembourg*, n° 29819/96, décision du 17 janvier 1997.

¹¹⁹⁴ CommEDH, *Gonzales, Mary, Delaquerriere, Schreiber, Kern, Gontier, Schreiber, Memeteau et Cossuta c. France*, n° 34166/96 ; 34167/96 ; 34168/96 ; 34169/96 ; 34170/96 ; 34171/96 ; 34172/96 et 34173/96, décision du 22 octobre 1997.

d'irrecevabilité qui procèdent d'une analyse minimaliste des griefs¹¹⁹⁵. Des incohérences peuvent même apparaître entre la *petite jurisprudence des décisions d'irrecevabilité* et la *grande jurisprudence des arrêts*. Ainsi, dans une affaire italienne, un pourvoi en cassation fut déclaré irrecevable au motif que le pouvoir de représentation figurait sur un document séparé et non sur le mémoire lui-même. La Cour déclara le grief irrecevable pour défaut manifeste de fondement¹¹⁹⁶. En revanche, dans une affaire grecque, elle considéra comme excessivement formaliste que d'obliger un avocat à relater expressément dans le pourvoi en cassation qu'il avait représenté son client devant la cour d'appel et qu'il n'avait dès lors pas besoin de pouvoir spécial¹¹⁹⁷. Les faits et le droit interne pertinent, à la base des deux affaires sont certes différents, mais on ne voit pas pour quelle raison il serait loisible à la Cour de cassation italienne de déclarer irrecevable un pourvoi pour la seule raison que le pouvoir de représentation est annexé à la requête, et non rédigé sur celle-ci, alors qu'il serait interdit à son homologue grecque d'écarter un pourvoi où l'avocat n'établirait pas clairement les raisons pour lesquelles il est relevé de l'obligation de produire un pouvoir de représentation spécialement rédigé pour la procédure de cassation. Dans les deux cas, les règles strictes du droit interne ont pour but d'éviter que des recours ne soient interjetés par les avocats à l'insu de leurs clients¹¹⁹⁸, tout en permettant à la juridiction suprême de vérifier sur le champ la recevabilité du pourvoi en cassation. L'informalité commise dans les deux affaires mettait en danger cet objectif en laissant planer un certain doute. Si la Cour européenne des droits de l'Homme estimait que cette incertitude ne pouvait entraîner l'irrecevabilité du pourvoi en cassation, elle devait donner la même réponse dans les deux affaires. On ne se trouve pas non plus en présence d'un revirement de jurisprudence, car l'affaire grecque ne mentionne pas la décision d'irrecevabilité concernant l'Italie. Ce silence est d'autant plus dérangeant que la Cour s'efforce parfois de motiver en long et en large des décisions frappées du sceau de l'évidence. Tel est le cas d'une espèce concernant la Bulgarie, où le requérant se plaignait d'avoir été jugé en son absence, alors qu'il ne fournissait pas la moindre justification de celle-ci¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁵ CourEDH, *Mac-Stro S.R.L. c. Moldavie*, n° 35779/03, décision du 28 février 2006 ; CourEDH, *Falcon Rivera c. Italie*, n° 46080/99, décision du 2 décembre 2004 ; CourEDH, *Hilpert c. Suisse*, n° 61316/00, décision du 29 novembre 2001 ; CourEDH, *Ramalho dos Santos c. Portugal*, n° 48813/99, décision du 22 novembre 2001 ; CourEDH, *Pastificio Attilio Mastromauro S.r.l. c. Italie*, n° 47479/99, décision du 30 novembre 2000 ; CourEDH, *Martinez Lopez c. Espagne*, n° 51734/99, décision du 17 octobre 2000 ; CourEDH, *Sociedad general de aguas de Barcelona S.A. c. Espagne*, n° 46834/99, décision du 25 mai 2000.

¹¹⁹⁶ CourEDH, *F.D.M. c. Italie*, n° 38659/97, décision du 11 juillet 2000.

¹¹⁹⁷ CourEDH, *Evangelou c. Grèce*, n° 44978/07, arrêt du 13 janvier 2011, §§ 20-24.

¹¹⁹⁸ Le droit italien se montrait même le plus strict en obligeant l'avocat à faire contresigner sa requête par son client.

¹¹⁹⁹ CourEDH, *Tzvyatkov c. Bulgarie*, n° 20594/02, décision du 16 octobre 2006.

Néanmoins il faut relever que le nombre de décisions d'irrecevabilité criticables en matière d'excès de formalisme semble diminuer au fil du temps, signe que la Cour entend examiner de manière plus détaillée ce genre de grief.

378. La mention explicite de l'interdiction du formalisme excessif comme composante du droit d'accès à un tribunal, n'est apparue que récemment dans la jurisprudence européenne. On la retrouve également en doctrine, même si les auteurs ne s'étendent guère sur la question¹²⁰⁰. Il s'agit toutefois d'une simple précision rédactionnelle, qui ne change rien à l'étendue de la protection. Dans une des premières affaires où figure une telle expression¹²⁰¹, on retrouve également des renvois à de la jurisprudence où celle-ci ne se retrouve pas¹²⁰². Parfois, la Cour va même jusqu'à hausser le ton vis-à-vis des juridictions nationales. Ainsi dans une autre affaire grecque, elle affirme qu'elle « *ne saurait admettre qu'un formalisme aussi rigide assortisse la procédure devant la Cour de cassation* »¹²⁰³. L'expression trahit certes un certain agacement qui ne transparaissait pas auparavant, mais nous ne pensons pas qu'elle ait annoncé un quelconque bouleversement de la jurisprudence qui évolue toujours progressivement.

¹²⁰⁰ BÎRSAN, n° 180 ad art. 6 CEDH : « *Totuși, în concepția instanței europene de contencios al drepturilor omului, aces formalisme pus în discuție are limitele sale, tocmai spre a nu se ajunge, în fat, la încălcarea dreptului la un tribunal prin imposibilitatea formulării, în anumite condiții, a unui recurs în casație* » ; FROWEIN/PEUKERT, n° 64 ad art. 6 CEDH : « *...wenn Zulässigkeitsvoraussetzungen mit übertriebenem Formalismus angewandt werden.* » ; MEYER-LADEWIG, n° 21a ad art. 6 CEDH : « *Bei Anwendung von Formvorschriften müssen die Gerichte einen übertriebenen Formalismus, der die Fariness des Verfahrens beeinträchtigen könnte, vermeiden.* ». Voy. également : VAN DIJK/VAN HOF/VAN RIJN/ZWAAK, p. 575 : « *If the domestic court applies a certain admissibility requirement in too formalistic a way, this may amount to a disproportional restriction...* » MILANO (p. 318) et VAN BRUSTEM, n° 6 et 8 tendent à ramener la problématique de l'excès de formalisme à un contrôle de prévisibilité.

¹²⁰¹ Voy. par exemple : CourEDH, *Zouboulidis c. Grèce*, n° 77574/01, arrêt du 14 décembre 2006, § 24 : « *Il en est ainsi, quand l'interprétation par trop formaliste de la légalité ordinaire faite par une juridiction empêche, de fait, l'examen au fond du recours exercé par l'intéressé.* »

¹²⁰² Affaire *Zouboulidis*, arrêt précité, § 24 où son cités, entre autre, les affaires *Běleš et autres c. République tchèque* et *Zvolský et Zvolská c. République tchèque*.

¹²⁰³ CourEDH, *Boulougouras c. Grèce*, n° 66294/01, arrêt du 27 mai 2004, § 27.

Chapitre 2 : Les relations entre l'interdiction du formalisme excessif et la procédure civile en droit suisse

379. Institution d'origine constitutionnelle, l'interdiction du formalisme excessif constitue, d'une certaine manière, un corps étranger au sein de la procédure civile. Reposant sur des techniques empruntées au droit public, elle vient se greffer sur le droit judiciaire privé. Dans les paragraphes qui suivent, nous allons examiner comment s'opère cette insertion en droit suisse. Il serait naturellement tout aussi intéressant d'aborder la question sur le plan européen, car la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a déjà suscité des réactions dans certains pays. Nous n'avons malheureusement ni les connaissances juridiques, ni même les compétences linguistiques pour y procéder. Aussi nous limiterons-nous à un seul pays.

380. L'unification de la procédure civile au 1^{er} janvier 2011 constitue certainement un tournant majeur. Nous avons organisé notre exposé autour de ce pivot. Aussi nous commencerons par le passé (section 1), soit par la période antérieure à l'adoption du Code fédéral de procédure civile. Ensuite, nous nous pencherons sur les conséquences de la fédéralisation de la procédure civile (section 2).

Section 1 : Droit cantonal et droit fédéral (*passé*)

381. Avant l'unification de la procédure civile, les rapports entre la législation cantonale et le droit constitutionnel fédéral étaient marqués par deux tendances complémentaires. Alors que le droit cantonal conservait ses propres solutions en matière de gestion du formalisme procédural (§ 1), les juridictions cantonales étaient en constant dialogue avec le Tribunal fédéral au sujet de la portée de l'interdiction du formalisme excessif (§ 2).

§ 1 : Le maintien de solutions propres à chaque canton

382. Même si chaque canton disposait de sa propre législation, on peut identifier deux tendances majeures en matière de gestion du formalisme procédural et de prévention des excès de celui-ci. La première faisait totalement l'impasse sur une théorie des actes de

procédure viciés. Elle était suivie dans les cantons alémaniques ainsi que dans quelques cantons francophones (A)¹²⁰⁴. La seconde, en revanche, partait d'une théorie des vices de procédure dont elle essayait d'en limiter les conséquences (B). Rencontrée exclusivement dans les cantons latins, elle présentait une certaine analogie avec le droit français, même si l'influence directe de celui-ci en matière de procédure civile fut faible¹²⁰⁵, à l'exception de Genève. Comme nous aurons l'occasion de le voir, il s'agissait surtout de la conséquence d'une certaine proximité culturelle, se traduisant par une conception similaire du rôle du juge et des parties.

A) Oralité et participation active du juge : le modèle alémanique

383. Le modèle alémanique de procédure se distinguait par une quasi absence de théorie générale des actes de procédure (1). Le formalisme procédural était cantonné par une participation active du juge et par l'oralité de la procédure (2)

1) La discrétion de la théorie générale des actes de procédure

384. Nous commencerons par examiner la question sur le plan législatif (a), avant d'aborder les différentes opinions doctrinales (b) qui ont tenté de pallier les insuffisances des textes légaux.

a) Etat de la législation

385. Le droit des cantons alémaniques ne contenait généralement pas de dispositions relatives à la validité des actes de procédure. Certaines codifications y faisaient indirectement référence. Ainsi la législation argovienne, l'une des plus détaillée sur ce point, prévoyait que le juge instructeur invite le demandeur à régulariser les vices de procédure frappant l'acte introductif d'instance avant d'en autoriser la signification au

¹²⁰⁴ Il s'agissait principalement du Jura, dont le droit de procédure est repris de celui du canton de Berne, ainsi que de Fribourg et du Valais, cantons bilingues dont la législation était essentiellement calquée sur le modèle alémanique.

¹²⁰⁵ Voy. à ce propos : SUTTER-SOMM, *Auf dem Weg zur Rechtseinheit*, p. 81 ; CONOD, *Les limites du modèle français*, pp. 161 ss ; GULDENER, *Über die Herkunft*, pp. 25 ss. L'opinion contraire se rencontre toutefois chez certains auteurs contemporains qui semble ignorer la réalité au sujet des rapports entre le droit des cantons francophones et le droit français. Voy. par exemple : SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 9 pour qui « *die welschen Kantone und der Kanton Tessin haben sich in ihren ersten Prozessgesetzen systematisch stark an den französischen Code de procédure civile angelehnt, ohne aber die dort herrschende Parteiherrschaft voll zu übernehmen.* » Cette remarque est certainement correcte en ce qui concerne la Loi de procédure civile genevoise de 1819, mais elle ne vaut plus pour son lointain successeur de 1987 ; elle est totalement erronée s'agissant des droits neuchâtelois et vaudois où l'influence française est encore moindre et remonte certainement à la période pré-révolutionnaire (voy. GULDENER, *Über die Herkunft*, p. 27).

défendeur¹²⁰⁶. Ce dernier devait, quant à lui, relever immédiatement tout vice de procédure susceptible d'être régularisé et qui aurait échappé au juge instructeur¹²⁰⁷. S'il s'en abstenait, le vice était considéré comme couvert¹²⁰⁸. La possibilité de soulever une exception tirée du vice de forme affectant les actes de procédure, avant de conclure sur le fond, était également connue en droit appenzellois¹²⁰⁹, bernois¹²¹⁰, fribourgeois¹²¹¹, grison¹²¹², jurassien¹²¹³, lucernois¹²¹⁴, soleurois¹²¹⁵ et zougais¹²¹⁶. Elle ne faisait cependant pas l'objet d'une réglementation détaillée. Elle existait également dans une très étroite mesure, limitée à la validité de la procuration, à Bâle-Campagne¹²¹⁷. Les droits uranais¹²¹⁸ et nidwaldien¹²¹⁹ autorisaient le défendeur à invoquer des vices de forme frappant la demande, mais uniquement conjointement à la réponse sur le fond. Le caractère lacunaire des dispositions cantonales en la matière constitue la preuve du manque d'intérêt du législateur pour la question¹²²⁰.

b) Position de la doctrine

386. La doctrine a partiellement tenté de remédier à cette désaffection. La plupart des ouvrages généraux publiés avant l'unification de la procédure civile consacraient quelques pages au problème des actes viciés¹²²¹. Cette question est toutefois loin d'être

¹²⁰⁶ §§ 173-174 ZPO AG.

¹²⁰⁷ § 177 al. 2 ZPO AG.

¹²⁰⁸ § 175 ZPO AG.

¹²⁰⁹ Art. 152 al. 1 ch. 2 ZPO AR.

¹²¹⁰ Art. 166 ch. 1 et 168 ZPO BE.

¹²¹¹ Art. 161 al. 1 litt. a et 162 CPC FR.

¹²¹² Art. 152 al. 1 ZPO GR se limite à prévoir la déchéance.

¹²¹³ Art. 160 et 167 CPC JU : le régime retenu est identique au droit bernois.

¹²¹⁴ § 202 al. 2 ZPO LU à condition toutefois que le juge y consente.

¹²¹⁵ §§ 133, 134 et 138 ZPO SO.

¹²¹⁶ § 92 ZPO ZG qui parle « *formelle Einwände* ».

¹²¹⁷ § 52 al. 3 ZPO BL. Le droit de Bâle-Ville connaissait une véritable exception de procédure concernant les « *Vorbedingungen des Prozesses* » (§§ 58 et 59 ZPO BS), mais elle ne concernait pas la validité formelle de la demande en justice. Il en va de même du droit valaisan : art. 134 et 135 CPC VS. Le droit saint-gallois parle de « *prozesshindernde Einreden* », (art. 162 al. 1 litt. a ZPO SG) terme qu'on peut traduire en français par « *exception de procédure* », mais sans préciser le sens donné à cette disposition. Quoi qu'il en soit, elles devaient être jointes au fond.

¹²¹⁸ Art. 95 al. 1 ZPO UR. En procédure ordinaire, le défendeur pouvait produire une réponse contenant uniquement une exception préjudicielle (*nichteinlässige Antwort*), le juge pouvant à sa guise ordonner la production d'une réponse complète (voy. art. 203 ZPO UR). L'exception préjudicielle pouvait porter aussi bien sur les conditions de recevabilité (*Prozessvoraussetzungen*) que sur les exceptions de procédure (*prozesshindernde Einrede*).

¹²¹⁹ Art. 122 al. 3 ZPO NW. Le droit obwaldien admettait également la « *nichteinlässige Antwort* », mais sans préciser si elle pouvait porter sur des vices de procédure. Le droit saint-gallois parlait de « *prozesshindernde Einreden* », (art. 162 al. 1 litt. a ZPO SG) terme qu'on peut traduire en français par « *exceptions de procédure* », mais sans préciser le sens donné à cette disposition. Quoi qu'il en soit, celles-ci devaient être jointes au fond, si bien que l'intérêt d'une distinction avec les moyens de fond est forcément limité.

¹²²⁰ Voy. les remarques dans les notes de bas de page précédentes.

¹²²¹ Pour la période antérieure à l'unification de la procédure civile en Suisse : GULDENER, *Zivilprozessrecht*, pp. 279 ss ; HABSCHEID, p. 170 ; HOHL, Vol. 2, 1^{ère} édition, pp. 94 ; KUMMER, *Grundriss*, pp. 88 ss (traite uniquement de la tardiveté) ; SPÜHLER/VOGEL, p. 245-246. Qu'on nous permette cette petite hérésie consistant à classer le Professeur HABSCHEID parmi les auteurs alémaniques, malgré le fait qu'il ait enseigné pendant plusieurs années la procédure civile à l'Université de Genève. Quant à la juge fédérale HOHL, elle écrit certes en français, mais partant du Code de

traitée de manière approfondie¹²²². La plupart des auteurs se bornent à indiquer que les vices de procédure peuvent généralement être régularisés¹²²³. La nullité n'est pas un concept inconnu¹²²⁴, cependant elle possède une signification proche de l'inexistence et concerne essentiellement les jugements affectés de vices gravissimes¹²²⁵. Elle n'est donc encourue qu'à des conditions très strictes¹²²⁶. Seuls GULDENER et HOHL tentèrent de développer une approche plus élaborée. Le premier consacre un chapitre de son ouvrage à la question des « *actes de procédure viciés et à leur régularisation* »¹²²⁷ qu'il aborde en commençant par les actes du juge. Lorsqu'un jugement est fondé sur des actes de procédure viciés, il n'est pas nul, mais doit être contesté en empruntant les voies de recours¹²²⁸. Toutefois, les erreurs sans conséquences sur le bon déroulement de la procédure, ou acceptées par les parties¹²²⁹, ne peuvent être invoquées à l'appui d'un recours¹²³⁰. Constatant que certains codes cantonaux obligent les parties à soulever le problème avant que le jugement ne soit rendu, il précise que cela ne saurait valoir pour les conditions de recevabilité de l'action en justice¹²³¹, telles que la capacité d'être partie, la

procédure civile fribourgeoise, ses sources d'inspirations sont essentiellement alémaniques. La question des actes de procédure viciés a fait également l'objet d'une étude approfondie en 1966 : Thomas STRÄULI, *Fehlerhafte Prozesshandlungen der Parteien und ihre Heilung im zürcherischen Zivilprozess*, thèse Zurich, Buchdruckerei Schönenberger AG, Winterthour, 1966. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'un canton peut changer de source d'inspiration au fil du temps et que celles-ci peuvent également coexister dans une même législation. Tel fut le cas en Valais, dont l'évolution est particulièrement riche d'enseignement. Le Code de procédure civile de 1824, première codification moderne, contenait une théorie des nullités presque entièrement inspirée du droit français (art. 496-503 CPC VS 1824). Le Code de procédure civile de 1856 poursuit dans la même voie, l'influence genevoise se faisant par ailleurs sentir (art. 677-682 CPC VS 1856). Toutefois, il prévoyait également la possibilité de refaire les actes de procédure annulés dans un certain délai (art. 681 CPC VS 1856), signe d'un début de changement de mentalité en faveur de la régularisation sous l'autorité du juge. Cette transition sera parfaite dans les Codes de 1919 et 1998 qui renoncent complètement à toute théorie des nullités de procédure au profit d'un système d'inspiration germanique. Les travaux préparatoires du Code de 1919 sont particulièrement éloquentes à ce sujet. On y affirme que désormais, et en contraste avec l'ancienne législation, « *le juge a la direction de la procédure* » ou qu'il « *veille à ce que les actes des parties sont complets, clairs et précis*. » (voy. Alfred CLAUSEN, Exposé des motifs concernant la révision du code de procédure civile du canton du Valais – Brigue, le 31 mai 1919, RVJ 1971, pp. 153 ss, spécialement p. 173)

¹²²² En effet, la doctrine alémanique se focalise essentiellement sur la distinction entre les *Bewirkungshandlungen*, déployant leurs effets indépendamment de toute intervention du juge et les *Erwirkungshandlungen* qui s'adressent à ce dernier : HABSCHEID, p. 167-168. Ces concepts étaient suffisamment bien implantés pour que SCHMID (pp. 96-97) s'y réfère également. Ils se sont maintenus dans la doctrine alémanique avec l'unification de la procédure civile : SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 207-208.

¹²²³ VOGEL/SPÜHLER, p. 236 (jugements) et p. 245 (actes de procédure des parties).

¹²²⁴ WALTHER, *Die Nichtigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht*, pp. 207 ss.

¹²²⁵ Voy. WALTHER, *Die Nichtigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht*, p. 215-219. Le concept est similaire à celui de d'acte administratif nul employé en procédure administrative. Sur cette dernière notion, voy. Piermarco ZEN-RUFFINEN, *Le réexamen et la révision des décisions administratives*, in François BOHNET (édit.), *Quelques actions en annulation*, CEMAJ, Neuchâtel, 2007, pp. 195 ss, spécialement p. 207-211.

¹²²⁶ VOGEL/SPÜHLER, p. 237 ; WALTHER, *Die Nichtigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht*, p. 216-217

¹²²⁷ § 32 dont le titre est « *Fehlerhafte Prozesshandlungen und ihre Verbesserung* ».

¹²²⁸ GULDENER, *Zivilprozessrecht*, p. 279-281.

¹²²⁹ A moins que le consentement ne soit immoral, ou constitue un engagement excessif au sens de l'art. 27 al. CC (GULDENER, *Zivilprozessrecht*, p. 282, note de bas de page n° 9).

¹²³⁰ GULDENER, *Zivilprozessrecht*, p. 281 qui cite l'exemple, classique, de la citation dont le vice de forme n'empêche pas la comparution des parties.

¹²³¹ Les « *Prozessvoraussetzungen* ».

capacité d'ester ou la compétence *ratione materiae*¹²³². Quant aux actes des parties, GULDENER¹²³³ est d'avis que « *le tribunal ne peut pas les ignorer, faire comme s'ils n'avaient pas été accomplis* »¹²³⁴. Bien au contraire, « *il est bien plutôt du devoir de la juridiction, de constater le caractère vicié de l'acte de procédure et de l'écarter pour cause d'irrecevabilité* »¹²³⁵. Faute de procéder ainsi, elle s'expose à ce que les actes subséquents du tribunal « *soient considérés à leur tour comme viciés et aient à en subir les conséquences* »¹²³⁶. L'acte de procédure vicié peut être régularisé¹²³⁷, la régularisation étant toutefois soumise à certaines conditions lorsque le vice de procédure en question est la tardiveté¹²³⁸. La régularisation intervient grâce à l'accomplissement d'un acte de procédure répondant aux exigences légale dans le délai fixé à cette fin, que ce soit par dépôt de celui-ci au greffe de la juridiction ou par remise au juge lors d'une audience¹²³⁹. Elle ne déploie qu'un effet *ex nunc*, à moins que les dispositions pertinentes ne prévoient qu'elle a lieu avec effet rétroactif¹²⁴⁰. Finalement, GULDENER achève son exposé par un aperçu de certains cas de figure particuliers¹²⁴¹ et par une présentation de la problématique des vices de la volonté¹²⁴². Sans se montrer aussi détaillée, HOHL va dans la même direction, Pour elle, les vices de procédures commis par les parties ont pour conséquence la nullité des actes de procédure et, partant, leur irrecevabilité¹²⁴³. A côté de cela, elle mentionne divers autres solutions envisageables telles que la régularisation d'office par le juge¹²⁴⁴, l'interprétation¹²⁴⁵, la conversion¹²⁴⁶, le complètement après

¹²³² GULDENER, Zivilprozessrecht, p. 282.

¹²³³ GULDENER, Zivilprozessrecht, *ibid.*

¹²³⁴ « *Das Gericht darf über sie nicht hinweggehen, sie nicht als nicht erfolgt betrachten.* »

¹²³⁵ « *Pflicht des Gerichtes ist es vielmehr, die Fehlerhaftigkeit der Prozesshandlung festzustellen und sie als unzulässig zurückzuweisen.* »

¹²³⁶ « *...und mit Rechtsfolgen einer fehlerhaften Prozesshandlung des Gerichtes verbunden.* »

¹²³⁷ GULDENER, Zivilprozessrecht, p. 283.

¹²³⁸ En pareil cas la régularisation n'est possible que dans trois cas de figure : premièrement le retard n'emporte pas péremption et il ne s'agit pas d'un itératif défaut (*zweite Säumnis*) ; deuxièmement, la restitution du délai ou une seconde à convocation à l'audience ont été accordées ; troisièmement, il s'agit d'un délai auquel l'article 139 du Code des obligations est applicable (GULDENER, Zivilprozessrecht, *ibid.*).

¹²³⁹ GULDENER, Zivilprozessrecht, p. 283.

¹²⁴⁰ GULDENER, Zivilprozessrecht, *ibid.*

¹²⁴¹ GULDENER, Zivilprozessrecht, p. 283-286. Il s'agit des erreurs de plume, des actes illisibles, inconvenants ou prolixes, du nombre d'exemplaires insuffisant, des vices frappant le mémoire de demande ou de réponse, des déclarations obscures des parties, de l'incompétence *ratione loci*, de la perpétuation de la litispendance et de la ratification des actes accomplis par un *falsus procurator*.

¹²⁴² GULDENER, Zivilprozessrecht, p. 286-288.

¹²⁴³ HOHL, Vol. 2, 1^{ère} édition, p. 97-98, n° 1931.

¹²⁴⁴ HOHL, Vol. 2, 1^{ère} édition, p. 95 n° 1917-1920 où l'auteur établit un parallèle intéressant avec le droit des poursuites.

¹²⁴⁵ HOHL, Vol. 2, 1^{ère} édition, p. 96, n° 1921.

¹²⁴⁶ HOHL, Vol. 2, 1^{ère} édition, p. 96, n° 1922.

interpellation de la partie¹²⁴⁷, la transmission à la juridiction compétente¹²⁴⁸ et le renvoi aux fins de correction¹²⁴⁹.

387. A côté des ouvrages généraux de procédure civile, deux autres études ont abordé la question du formalisme procédural dans le droit des cantons alémaniques. La plus détaillée des deux, une thèse de doctorat rédigée par STRÄULI, fut consacrée à la régularisation des vices de procédure. Elle fut articulée en deux parties distinctes, la première traitant des principes généraux¹²⁵⁰, la seconde des solutions particulières propres à divers vices de procédure¹²⁵¹. STRÄULI donne une définition assez précise de l'acte de procédure¹²⁵², qu'il distingue des autres actes juridiques du droit civil¹²⁵³. Abordant ensuite le concept de « *défectuosité des actes de procédure* »¹²⁵⁴, il dresse un catalogue très vaste des vices de procédure, catalogue comportant, entre autre, les conditions de recevabilité du procès¹²⁵⁵. Les défauts affectant les actes de procédure ne doivent pas nécessairement conduire à leur nullité, soit à l'interdiction faite à la juridiction des les prendre en compte¹²⁵⁶. Seuls des vices particulièrement graves peuvent conduire à ce résultat¹²⁵⁷. Tel serait le cas d'un tribunal usurpant les pouvoirs de l'administration¹²⁵⁸ ou d'une demande en justice formée « *par esclandre public* »¹²⁵⁹. La régularisation des actes de procédure est privilégiée, car « *le droit de procédure doit, en tant que droit formel, service à la réalisation sans incidents du droit matériel* »¹²⁶⁰. Elle comprend la

¹²⁴⁷ HOHL, Vol. 2, 1^{ère} édition, p. 96, n° 1923-1924

¹²⁴⁸ HOHL, Vol. 2, 1^{ère} édition, p. 97 n° 1925-1926

¹²⁴⁹ HOHL, Vol. 2, 1^{ère} édition, p. 97, n° 1927-1930.

¹²⁵⁰ STRÄULI, pp. 3 ss.

¹²⁵¹ STRÄULI, pp. 50 ss.

¹²⁵² STRÄULI, p. 3-6.

¹²⁵³ STRÄULI, p. 6. L'auteur importe également (p. 7-8) de la dogmatique allemande la distinction entre les « *Erwirkungshandlungen* » et les « *Bewirkungshandlungen* », distinction aussi obscure que dépourvue d'importance pratique.

¹²⁵⁴ « *Fehlerhaftigkeit* », littéralement « *qui présente une erreur* ». STRÄULI, p. 9-16.

¹²⁵⁵ STRÄULI, p. 17-31. La question fait d'ailleurs l'objet de longs développements.

¹²⁵⁶ STRÄULI, p. 18-19.

¹²⁵⁷ STRÄULI, p. 19-20.

¹²⁵⁸ STRÄULI, p. 19.

¹²⁵⁹ « *durch lautes Rufen auf der Strasse* » ; STRÄULI, p. 20. L'exemple, tiré d'ailleurs de la doctrine allemande, est également intéressant sur un plan historique, car l'introduction d'instance par *sommation orale extrajudiciaire* a parfois existé. L'ancien droit normand connaissait ainsi une procédure particulière, la *clameur de haro*, où le demandeur interpellait directement le défendeur publiquement en criant « *Haro ! Haro ! Haro ! A mon aide mon Prince, on me fait tort* » et le sommait de cesser ses agissements, notamment en matière possessoire (voy. Isidore ALAUZET, Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français, Imprimerie Nationale, Paris, 1849, pp. 61 ss). Tout ceci se faisait indépendamment, et même à l'insu, de la juridiction qui n'était saisie qu'après coup par le demandeur pour valider l'interdiction née de l'interpellation. Supprimée lors de l'unification de la procédure en France en 1667 et 1806, la clameur de haro subsista néanmoins dans les Îles Anglo-Normandes, où la coutume de Normandie constitue le fondement du droit applicable. Elle semble toujours y être utilisée de nos jours. Voy. les informations figurant sur le site internet www.clameur.gg (consulté le 31 juillet 2011). Ce qui paraît être le comble de l'ignorance à un certain endroit peut donc constituer le droit positif ailleurs. Plaisante justice que borne la Manche...

¹²⁶⁰ « *Das Prozessrecht soll das Verfahrensrecht dazu dienen, in möglichst reibungloser Art und Weise die Findung des materiellen Rechts zu gewährleisten* » ; STRÄULI, p. 37.

régularisation proprement dit, soit celle intervenant par le biais d'un autre acte de procédure procédant aux rectifications nécessaires¹²⁶¹, mais aussi la régularisation par renonciation des parties à se prévaloir du vice de procédure¹²⁶², la régularisation en raison du caractère irrévocable de la décision de justice¹²⁶³ et la régularisation par « *par réalisation du but assigné la disposition violée* »¹²⁶⁴. Ce dernier cas de figure correspond au mécanisme du grief que nous avons déjà eu l'occasion d'étudier à propos du droit français¹²⁶⁵. STRÄULI mentionne d'ailleurs l'hypothèse classique de la signification viciée qui parvient tout de même à son destinataire¹²⁶⁶. La partie spéciale de son étude est consacrée à divers cas de figure. L'auteur y aborde le sort des actes de procédure viciés¹²⁶⁷. Il distingue entre les vices affectant la forme des actes de procédure, tels que le nombre d'exemplaires devant être déposés au greffe, la présentation de ceux-ci ou leur signature, et les vices affectant le contenu de l'acte, à l'instar de la motivation défailante, de la rédaction indigente des conclusions ou de la désignation erronée de parties¹²⁶⁸. Il admet de manière généreuse la possibilité de régulariser les vices affectant la forme des actes de procédure¹²⁶⁹. S'agissant des vices affectant le contenu des actes de procédure, la régularisation lui paraît envisageable pour la désignation des parties ou l'indication de la valeur litigieuse¹²⁷⁰, mais il semble l'exclure lorsque les allégués de faits d'une demande en justice, ou la motivation d'un mémoire de recours, sont défallants¹²⁷¹.

388. Ce bref résumé des idées les plus importantes de STRÄULI montre que l'excès de formalisme n'était pas au centre de ses préoccupations, bien que le Tribunal fédéral se soit déjà prononcé sur la question à plusieurs reprises au moment où il écrivait¹²⁷². Il faut, en effet, remonter à plus de soixante ans pour trouver dans la doctrine alémanique une théorie des vices de procédure tenant compte des risques d'excès de formalisme¹²⁷³. Bien que restée ignorée du reste de la doctrine¹²⁷⁴, l'approche développée

¹²⁶¹ STRÄULI, p. 41-44.

¹²⁶² STRÄULI, p. 44-46.

¹²⁶³ STRÄULI, p. 48-49.

¹²⁶⁴ « *Heilung durch die Erreichung des Zweckes der verletzten Vorschrift* » ; STRÄULI, p. 47-48.

¹²⁶⁵ Cf. supra, n° 99 ss.

¹²⁶⁶ STRÄULI, p. 47.

¹²⁶⁷ STRÄULI, p. 77-88.

¹²⁶⁸ STRÄULI, p. 76.

¹²⁶⁹ Voy. la multitude d'exemples concrets cités par STRÄULI, p. 77-88 qui se réfère uniquement à la législation et la jurisprudence zurichoises.

¹²⁷⁰ STRÄULI, p. 91-92.

¹²⁷¹ STRÄULI, p. 93-95.

¹²⁷² Cf. supra, n° 272 ss.

¹²⁷³ Oskar LUTZ, *Gültigkeit und Ordnungsvorschriften im Zivilprozess*, RSJ 44 (1948), pp. 149 ss.

¹²⁷⁴ STRÄULI (p. 22-23) se réfère certes à cet article, mais il ne reprend pas la distinction lorsqu'il examine les différents vices de procédure.

par LUTZ mérite d'être examinée. Elle repose sur la distinction entre les « *dispositions de procédure conditionnant la validité de l'acte* »¹²⁷⁵ et les « *dispositions d'ordre* »¹²⁷⁶. Si les premières ne sont pas respectées, l'acte de procédure est dépourvu de toute validité, comme s'il était « *guillotiné* »¹²⁷⁷. Cette conséquence doit être écartée en cas de violation des dispositions d'ordre, car celles-ci ne privent pas l'acte de procédure de toute validité. LUTZ n'est cependant pas des plus clair à propos de la conséquence d'une violation des dispositions d'ordre. Il semble pencher en faveur d'une régularisation de l'acte vicié¹²⁷⁸. Concernant la distinction entre les deux catégories de formalités, problème capital, l'auteur propose de suivre le texte de la loi et d'éviter tout formalisme excessif ou inutile¹²⁷⁹. Si celle-ci se montre particulièrement impérative ou indique expressément que la formalité conditionne la validité de l'acte, alors il y a lieu d'admettre que la violation de la disposition prive l'acte de procédure de tout effet¹²⁸⁰. Dans les autres cas, il faut s'en remettre « *au but de la disposition et à son importance dans le bon déroulement de la procédure tant à l'égard du tribunal que des parties* »¹²⁸¹, tout en partant du principe « *qu'une règle de procédure est une disposition d'ordre* »¹²⁸². En effet, « *les dispositions conditionnant la validité d'un acte doivent être rendues suffisamment identifiables dans la loi et ne doivent pas être simplement créées par la pratique ou découler d'une interprétation extensive, dans le cas contraire elles pourraient se révéler être de véritables chausse-trappes pour les parties qui ne disposent pas d'une formation juridique ou pour les avocats provenant d'un autre canton* »¹²⁸³. LUTZ reconnaît, par ailleurs, la nécessité d'éviter tout formalisme excessif ou inutile¹²⁸⁴. Il conclut son article par une analyse critique de la pratique concernant plusieurs vices de procédure¹²⁸⁵, tels que l'absence de signature¹²⁸⁶. L'auteur fait à plusieurs endroits figure de visionnaire¹²⁸⁷.

¹²⁷⁵ « *Gültigkeitsvorschriften* ». Nous avons dû interpréter ce concept de manière à en rendre le sens exact en français, langue ne possédant pas cet esprit de synthèse qui caractérise l'allemand.

¹²⁷⁶ « *Ordnungsvorschriften* ».

¹²⁷⁷ LUTZ, p. 150 : « *Die Guillotine der Gültigkeitsvorschrift ist nicht unbedingt notwendig und daher auch nicht genügend motiviert.* » (A propos de la jurisprudence du Tribunal fédéral à propos de la nécessité d'indiquer la valeur litigieuse dans les actes de recours en réforme).

¹²⁷⁸ Voy. les exemples cités p. 150 à 152.

¹²⁷⁹ LUTZ, p. 150.

¹²⁸⁰ LUTZ, p. 149.

¹²⁸¹ LUTZ, p. 149 : « *Vielmehr wird je nach dem Zweck und der Bedeutung der Vorschrift für die Sicherheit des Verfahrens beim Gericht und den Parteien bald eine Gültigkeits- und bald eine Ordnungsvorschrift angenommen werden müssen* ». Nous avons, pour les besoins de la traduction, dû quelque peu modifier le texte.

¹²⁸² LUTZ, *ibid.*

¹²⁸³ LUTZ, *ibid.*

¹²⁸⁴ LUTZ, p. 150.

¹²⁸⁵ LUTZ, p. 150-152.

¹²⁸⁶ Aussi bien lorsqu'elle concerne les actes des parties que ceux du juge.

¹²⁸⁷ Ce n'était d'ailleurs pas la première fois. Précédemment, il avait plaidé en faveur d'un allègement de l'obligation de chiffrer les prétentions pécuniaires, qui ne sera admis par le Tribunal fédéral que bien des années plus tard. Voy. à ce

On s'étonne dès lors de ne pas retrouver sa théorie dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Seul un arrêt¹²⁸⁸ y fait référence, et encore sans le mentionner expressément.

389. Cette brève présentation des principaux auteurs suisses alémaniques nous montre que ceux-ci n'ont jamais étudié la question du formalisme procédural de manière détaillée. Leur principal souci est de donner une réponse précise à certaines questions, sans nécessairement chercher à élaborer une théorie générale. En revanche, les solutions proposées ne vont pas sans rappeler de nombreux problèmes rencontrés dans notre étude historique du droit français. Les « *formalités conditionnant la validité d'un acte de procédure* » identifiées par LUTZ ressemblent finalement assez aux « *formalités substantielles ou d'ordre publique* »¹²⁸⁹ du droit français. De même, lorsque cet auteur souligne¹²⁹⁰ la nécessité de suivre le texte légal, notamment lorsqu'il déclare expressément un acte nul, on ne peut s'empêcher de tracer le parallèle avec l'article 1030 alinéa 1 du Code de procédure civile de 1806. La distinction entre les vices de procédure « *ordinaires* » et les erreurs si graves qu'elles privent l'acte concerné de toute existence, mise en avant par STRÄULI, fait écho au concept d'inexistence reçu progressivement en droit français. Finalement, la régularisation « *par réalisation du but assigné* » est le pendant du mécanisme du grief. Pourtant, il est peu probable que ces auteurs alémaniques aient eu vent des débats à ce propos en droit français. Le rapprochement n'est cependant pas le fruit du hasard. A l'instar de ce qui est toujours pratiqué aujourd'hui en France, ils souhaitaient limiter le formalisme de la procédure par le biais de l'interprétation. La doctrine alémanique de la période précédant l'unification de la procédure civile suisse était donc également marquée par l'approche privatiste, sans toutefois atteindre le degré de précision que nous avons rencontré en France.

2) L'oralité et la participation active du juge comme remède à l'excès de formalisme

390. Le fait que les droits des cantons alémaniques se soient contentés d'une théorie sommaire des actes de procédure n'empêcha pas la mise en œuvre d'autres stratégies. La première d'entre elle fut le maintien d'une procédure largement orale (a). La seconde reposa sur un office étendu et obligatoire du juge (b).

propos : Oskar LUTZ, Die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens bei Klagen auf Geldleistungen, RSJ 26 (1929-1930), pp. 244 ss.

¹²⁸⁸ ATF 108 Ia 97, cons. 3b.

¹²⁸⁹ Sur cette notion : supra, n° 111.

¹²⁹⁰ LUTZ, p. 150.

a) Le caractère oral de la procédure

391. Lorsque le procès est oral, les formalités sont réduites au strict minimum. L'idée d'une procédure entièrement orale, et donc parfaite, est solidement ancrée dans la tradition alémanique. On a parfois laissé entendre qu'avant la Seconde Guerre mondiale, la procédure civile était essentiellement orale dans la plupart des cantons alémaniques¹²⁹¹. Cette assertion ne tient toutefois pas compte du fait que le recours à l'écrit est attesté bien avant la Révolution française¹²⁹² et qu'il venait souvent se greffer sur une procédure dont l'oralité n'était parfois que de pure façade¹²⁹³.

392. Une étude réalisée en 1971 indiquait que la procédure civile zurichoise de l'époque était dominée par le principe de l'oralité¹²⁹⁴ tout en admettant l'existence d'éléments écrits introduits par la pratique¹²⁹⁵. L'auteur souhaitait qu'on leur accordât plus d'importance. Quelques années plus tard, par le Code de procédure civile de 1976 introduisit davantage d'éléments écrits¹²⁹⁶. Il en alla de même de la plupart des cantons alémaniques qui connurent, tôt ou tard, une évolution vers une procédure davantage écrite qu'orale¹²⁹⁷. Au moment de l'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile, l'oralité était encore la règle générale à Glaris¹²⁹⁸ qui n'admettait d'exception que pour les

¹²⁹¹ Implicitement (CONOD, Les limites du modèle français, p. 162) pour qui la procédure civile des cantons de la Suisse romande était « écrite et formaliste » et procédait d'« une logique sans faille ». Voy. également Philippe CONOD, L'évolution de la procédure civile glaronnaise (à propos d'une thèse récente : Walther Hauser, Die Entwicklung der Zivilrechtspflege des Kantons Glarus, thèse Zurich, 1989), JdT 1991 III 98.

¹²⁹² Voy. HEUSLER, pp. 33 ss, spécialement p. 35 ; TROLLER, pp. 96 ss. Sur l'historique de l'introduction de l'écriture en procédure civile alémanique : Hans WEYMUTH, Mündlichkeit und Schriftlichkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht – Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Studie, thèse Zurich, Buchdruckerei A. Kuhn, Schöflisdorf, 1931, pp. 17 ss.

¹²⁹³ HEUSLER, p. 39-40.

¹²⁹⁴ Le mémoire de demande était ainsi obligatoire en procédure accélérée, mais il n'était en principe pas notifié préalablement au défendeur. Ce dernier en prenait donc connaissance lors de la première audience : WYSS, Das Verhältnis von Mündlichkeit und Schriftlichkeit, p. 105.

¹²⁹⁵ WYSS, Das Verhältnis von Mündlichkeit und Schriftlichkeit, pp. 197 ss.

¹²⁹⁶ Voy. les §§ 102 ss ZPO ZH. Les nouvelles dispositions introduisirent en fait une procédure mi-écrite, mi-orale, la proportion des deux éléments variant fortement d'un domaine à l'autre, ce qui était source de complexité. La procédure demeura orale dans les affaires attribuées au juge unique, au tribunal du travail, au tribunal des baux à loyer, dans certaines affaires familiales et toutes les fois qu'une procédure « simple et rapide » était prescrite par le droit matériel (§ 119 ZPO ZH), avec parfois la possibilité de former une demande oralement par comparution au greffe de la juridiction (§§ 102-105 ZPO ZH). Dans ces derniers cas, la procédure pouvait donc être entièrement orale. En revanche, la procédure écrite ne l'était pas dans son intégralité. Après avoir recueilli la demande et la réponse, le tribunal ne pouvait qu'exceptionnellement ordonner aux parties de déposer une réplique et une duplique (§ 128 ZPO ZH). Une audience devait, en principe, avoir lieu, au cours de laquelle les parties complèteraient l'exposé de leurs prétentions. L'élément oral était donc présent, même si une procédure entièrement écrite pouvait être désormais envisagée (HABSCHEID, p. 325).

¹²⁹⁷ Pour aboutir à une procédure mixte comportant à la fois des éléments écrits et oraux : HEUSLER, p. 54 ; Peter MEIER, Mündlichkeit und Schriftlichkeit im aargauischen Zivilprozessrecht, thèse Zurich, Verlag Hans Schellenberger, Winterthour, 1961, p. 7-8.

¹²⁹⁸ Art. 27 ZPO GL.

affaires complexes¹²⁹⁹. Elle constituait un principe assorti de multiples exceptions, voir vidé de tout son sens, en Thurgovie¹³⁰⁰, à Schaffhouse¹³⁰¹ et à Uri¹³⁰². Dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, le défendeur pouvait opter pour une procédure écrite au moment de l'introduction d'instance¹³⁰³ et le tribunal pouvait également l'ordonner d'office¹³⁰⁴. Au Jura¹³⁰⁵ et à Berne¹³⁰⁶, le tribunal avait également la possibilité de choisir entre une procédure orale ou écrite selon les particularités du cas d'espèce¹³⁰⁷. Ailleurs, coexistaient une procédure orale et une procédure écrite, chacune ayant son propre champ d'application, sous réserve, de quelques particularités¹³⁰⁸. L'oralité ne pouvait donc plus, à elle seule, éviter tout excès de formalisme¹³⁰⁹. Il n'en demeure pas moins que la doctrine alémanique y restait attachée. HABSCHEID considérait qu'elle constituait la caractéristique d'une procédure moderne¹³¹⁰.

b) L'office du juge

393. A côté de l'oralité, les législations de tradition alémanique étendaient, depuis longtemps¹³¹¹, l'office du juge de manière à lui donner les pouvoirs nécessaires pour

¹²⁹⁹ En vertu de l'art. 46 ZPO GL le juge pouvait ordonner une instruction écrite lorsqu'il devait trancher une « *weitläufige Zivilsache* ».

¹³⁰⁰ § 91 ZPO TG. Sitôt que la valeur litigieuse dépassait CHF 8 000.- la procédure était toutefois écrite (§§ 137 ss ZPO TG).

¹³⁰¹ Art. 29 ZPO SH. Les art. 163 ss ZPO SH prévoyaient toutefois une procédure écrite préalablement à la première audience en procédure ordinaire.

¹³⁰² Art. 57 ZPO UR.

¹³⁰³ Art. 140 ZPO AI.

¹³⁰⁴ Art. 141 ZPO AI.

¹³⁰⁵ Art. 162 CPC JU.

¹³⁰⁶ Art. 164 ZPO BE.

¹³⁰⁷ Cette possibilité existait également à Schwyz, mais uniquement pour les procédures devant un juge unique : § 110 ZPO SZ.

¹³⁰⁸ § 99 al. 1 ZPO BL ; §§ 128 et 218 ZPO SO ; §§ 81 et 114 ZPO ZG ; §§ 119 et 125 ZPO ZH. A Bâle-Ville, la procédure ordinaire est écrite (§§ 36 ss ZPO BS), en revanche diverses procédures propres à certains contentieux sont orales (voy. par exemple en matière d'obligations alimentaires : § 184 ZPO BS). La procédure ordinaire était écrite à Fribourg, Lucerne, Saint-Gall, Valais et dans les Grisons, mais les lois spéciales prévoyaient des dispositions particulières dans certains domaines. Le droit nidwaldien connaissait une procédure devant le président du tribunal cantonal de première instance où l'écrit, sans être totalement absent, se résumait à bien peu de choses (voy. art. 117 et 118 ZPO NW), si bien qu'on peut parler d'une procédure *quasi orale*. Il en allait de même de la procédure obwaldienne en matière de litiges du travail (voy. art. 210-210a ZPO OW).

¹³⁰⁹ D'ailleurs, le Tribunal fédéral lui-même considéra qu'une procédure orale au sens de l'art. 63 ch. 2 aOJF était une procédure où les parties présentaient au juge leurs arguments *essentiellement* par oral : ATF 60 II 350 : « *...ein Verfahren in welchem der für das Urteil massgebende Prozessstoff [...] dem Richter von den Parteien im wesentlichen vorgetragen wird.* » La procédure orale cessait donc d'être entièrement orale (voy. à ce propos : MEIER, *Mündlichkeit und Schriftlichkeit*, p. 5-6).

¹³¹⁰ HABSCHEID, p. 322 : « *Die modernen Gesetze bevorzugen für einfache Prozesse den Mündlichkeitsgrundsatz* ».

¹³¹¹ Voy. déjà : Rudolf Eduard ULLMER, *Der Zürcherische Zivilprozess nach den Gesetzen und der Praxis dargestellt*, Druck und Verlag von David Bürkli, Zurich, 1861, p. 47 : « *Der Richter hat vom Amteswegen dafür zu sorgen, dass alles was das Verfahren wichtig machen könnte, vermieden bliebe, z. B. darüber zu wachen, [...] dass ferner nicht Handlungen oder Förmlichkeiten übergangen werden, die das Gesetz als notwendig vorschreibt, wie z. B. der vorgängige Vermittlungsversuch durch die Sühnebehörden...* » Pour un panorama historique complet : TROLLER, pp. 31 ss.

éviter un problème d'excès de formalisme¹³¹². Cette extension était d'autant plus facile que tous les actes de procédure transitent par le greffe de la juridiction et pouvaient ainsi être contrôlés avant d'être notifiés à leur destinataire. Le juge était donc investi du pouvoir, voir de l'obligation, de prendre les mesures nécessaires pour régulariser les vices de forme qu'il identifierait¹³¹³. Le concept d'acte de procédure vicié perdait une partie de son importance pratique, car un grand nombre d'informalités étaient ainsi régularisées sur le champ et de manière informelle. Cela explique, à notre avis, pourquoi les codes cantonaux ne reconnaissaient en principe pas au destinataire d'un acte de procédure la possibilité de se plaindre d'un vice affectant celui-ci. Le législateur partait de l'idée que l'office du juge permettait de remédier au problème à la racine. La confiance placée dans les magistrats était d'ailleurs considérable. La législation cantonale¹³¹⁴ leur faisait également l'obligation d'inviter les parties à étayer leurs allégués de faits et à préciser leurs prétentions. L'étendue de cette obligation variait considérablement d'un canton à l'autre. Les droits bernois et jurassiens allaient le plus loin, à tout le moins dans leur formulation¹³¹⁵. Ils prévoyaient, en effet, que « *pour établir dans leur intégralité et leur vérité les faits sur lesquels reposent les droits et prétentions des parties* » le juge « *peut d'office et à tout stade de la procédure entendre celles-ci et faire administrer les preuves qui lui paraissent nécessaires.* »¹³¹⁶. Certains cantons prévoyaient que le juge avait l'obligation d'inviter les parties à préciser leurs allégués et leurs prétentions¹³¹⁷. Le droit nidwaldien¹³¹⁸, zougais¹³¹⁹, fribourgeois¹³²⁰, saint-gallois¹³²¹, argovien¹³²², thurgovien¹³²³,

¹³¹² Ce fait est connu depuis longtemps. Voy. déjà : GROSSEN, p. 753 : « *C'est ainsi que de nombreux codes, surtout en Suisse alémanique, confèrent au juge de larges pouvoirs de directions du procès. Ces pouvoirs lui permettent de veiller au bon ordre des opérations, d'attirer l'attention des parties sur les défauts d'un exploit et de les inviter à y porter remède dans un délai déterminé.* » Voy. également : WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, pp. 245 ss ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 99 concernant le « *Grundsatz der richterlichen Prozessleitung* ».

¹³¹³ Art. 113 al. 2 ZPO AI ; art. 101, 116 al. 1 ch. 1, 134 al. 3 et 135 ZPO AR ; art. 162 ZPO BE ; § 104 al. 3 ZPO BL ; § 46 al. 1 ZPO BS ; art. 16 al. 3, 159 et 163 CPC FR ; art. 82 ZPO GL ; § 71 ZPO LU ; art. 50 al. 2 et 51 ZPO NW ; art. 55 al. 1, 124 et 125 ZPO OW ; art. 165 ZPO SG ; art. 143, 160b al. 2 et 169 ZPO SH ; §§ 9 et 58 al. 2 ZPO SO ; § 95 al. 2 ZPO SZ ; §§ 135 et 138 al. 4 ZPO TG ; art. 50 et 85 ZPO UR ; art. 63 al. 3, 128 et 130 al. 3 CPC VS ; §§ 52 al. 1 et 90 al. 2 ZPO ZG ; §§ 52, 108 et 130 ZPO ZH.

¹³¹⁴ A l'exception notoire du canton d'Obwald. Pour une liste des dispositions cantonales : SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, pp. 244 ss.

¹³¹⁵ La pratique ne se démarque, en effet, pas de ce qui a cours dans les autres cantons suisses. En particulier, les devoirs du juge n'étaient pas de nature à remettre en cause le devoir des parties d'alléguer de manière étayée les faits fondant leurs actions : LEUCH/KELLERHALS/MARBACH/STERCHI, n° 2d ad art. 192 CPC BE.

¹³¹⁶ Art. 89 CPC BE et art. 88 CPC JU.

¹³¹⁷ § 59 ZPO LU ; Art. 51 ZPO UR ; § 51 ZPO SZ ; art. 79 ZPO GL ; § 58 al. 4 ZPO SO ; § 97 al. 2 ZPO BL ; Art. 174 al. 1 ZPO SH ; Art. 112 ZPO GR ; Art. 66 CPC VS.

¹³¹⁸ Art. 53 al. 2 ZPO NW.

¹³¹⁹ § 53 al. 2 ZPO ZG.

¹³²⁰ Art. 167 al. 3 CPC FR concernant les conclusions des parties. En revanche, il semble qu'en matière d'allégués des faits, l'office du juge soit obligatoire (art. 167 al. 4 CPC FR).

¹³²¹ Art. 57 ZPO SG. Lors de l'élaboration de la législation saint-galloise, il avait été question d'introduire une obligation à charge du juge, sur le modèle zurichois, mais le législateur l'a refusé : LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, n° 1a ad art. 56 ZPO SG.

ainsi que la législation de Bâle-Ville¹³²⁴, d'Appenzell Rhodes-extérieures¹³²⁵, d'Appenzell Rhodes-intérieures¹³²⁶ ne faisaient qu'accorder une faculté au juge d'inviter les parties à procéder aux régularisations nécessaires.

394. La doctrine partait, en revanche, de l'idée que l'office du juge était obligatoire, cette obligation découlant au surplus de l'interdiction du formalisme excessif¹³²⁷. La jurisprudence admettait également que le droit d'être entendu des parties pouvait fonder, dans une certaine mesure, l'obligation du juge d'attirer leur attention sur les insuffisances de leur exposé¹³²⁸. L'office du juge constituait donc un moyen efficace d'appuyer les parties dans leurs démarches procédurales et permettait ainsi d'éviter de nombreuses situations d'excès de formalisme.

B) Le sort des vices de procédure dans le droit des cantons de la Suisse romande

395. Le droit des cantons de la Suisse romande comportait une théorie élaborée de l'acte de procédure vicié limitant la rigueur formelle (1). A cela venaient s'ajouter d'autres instruments de gestion du formalisme procédural plus secondaires (2).

1) Le régime des actes de procédure viciés

396. La nullité constituait le plus souvent la sanction appliquée à un acte de procédure vicié, mais d'autres solutions étaient également envisageables (a). Afin d'éviter tout excès de formalisme, le mécanisme du grief était largement appliqué (b).

¹³²² § 75 al. 3 ZPO AG. La doctrine souligne que le droit argovien est en retrait par rapport aux autres cantons sur ce point : BÜHLER/EDELMANN/KILLER, n° 36 ad § 75 ZPO AG.

¹³²³ § 95 ZPO TG. Toutefois la faculté se mue en obligation lorsque la procédure est de la compétence du juge unique : § 159 ZPO TG. Il semble toutefois que la différence tende à s'estomper. Ainsi la doctrine s'exprime en faveur du caractère obligatoire de l'office du juge en la matière : BÜRGI/SCHLAEPFER/HOTZ/PAROLARI, n° 5 ad § 95 ZPO TG (« *Pflicht des Gerichtes ist es, darauf hinzuwirken, dass die Parteien das Tatsachen material richtig und vollständig unterbreiten* ») ; MERZ, n° 10 ad § 95 ZPO TG (rapporte un arrêt non publié ayant employé l'expression *Fragepflicht*).

¹³²⁴ § 88 ZPO BS.

¹³²⁵ Art. 105 ZPO AR.

¹³²⁶ Art. 115 al. 3 et 4 ZPO AI.

¹³²⁷ Voy. parmi tant d'autres : SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht, p. 82 : « *Damit bleiben hinsichtlich formell mangelhafter eingaben kaum sehr zahlreiche Fälle in denen die richterliche Aufklärungspflicht direkt aus dem Verbot des überspitzten Formalismus herzuleiten wäre. Das Verbot des überspitzten Formalismus ist allerdings bei der konkreten Auslegung und Anwendung des bestehenden prozessgesetzlichen Hinweispflichten zu beachten. Insbesondere kann dadurch ein blosses Fragerecht des Richters zu einer Fragepflicht werde.* »

¹³²⁸ Voy. TF du 2 février 2011, 5A_712/2010, cons. 3.1.4 ; TF du 30 août 2001, 5P.147/2001, cons. 2a)cc). La jurisprudence plus ancienne semblait, en revanche, rejeter l'idée de fonder un quelconque devoir sur le droit fédéral : ATF 108 II 337, cons. 2c. De nombreuses hésitations demeuraient toutefois : TF du 24 mars 2011, 5A_792/2010, cons. 3) ; TF du 9 septembre 2010, 5A_458/2010, cons. 4.2.

a) La nullité des actes de procédure viciés

397. La nullité¹³²⁹ était mentionnée expressément à Genève¹³³⁰, Neuchâtel¹³³¹ et au Tessin¹³³². Dans le canton de Vaud¹³³³, les actes de procédure viciés pouvaient être à l'origine d'une « *exception de procédure* »¹³³⁴ ou d'un « *incident* »¹³³⁵. La première était soulevée par « *la partie qui, refusant d'entrer en matière sur le fond, invoque une inobservation des règles de la procédure dans l'instance engagée* »¹³³⁶ ; elle conduisait à « *l'invalidation* »¹³³⁷ de celle-ci. Elle correspondait donc à l'exception de nullité du droit français¹³³⁸. L'incident du droit vaudois était un « *conflit relatif à une mesure de l'instruction.* »¹³³⁹, dont la solution ne pouvait entraîner l'invalidation de l'instance¹³⁴⁰. Il n'existe pas d'équivalent direct en droit français, car le régime de l'exception de nullité y est étendu aux autres actes du procès, et aux mesures d'administration judiciaire de la preuve¹³⁴¹. Pareille distinction n'était toutefois pas propre au droit vaudois. Elle se retrouvait également dans le droit neuchâtelois. Celui-ci distinguait également selon que la nullité d'un acte de procédure était de nature à remettre en cause le lien d'instance, au quel cas elle faisait l'objet d'une « *exception de procédure* »¹³⁴², ou qu'elle n'empêchait pas la poursuite du procès, constituant de ce fait un « *moyen incident* »¹³⁴³, ou « *demande*

¹³²⁹ A titre de résumé, GROSSEN (p. 754) propose les « *principes suivants* » qui lui « *semblent bien typiques* » : a) la nullité n'est encourue que pour la violation d'une formalité substantielle ou lorsqu'elle est prévue par la loi ; b) « *pas de nullité sans grief* » ; c) « *le moyen de nullité doit être utilisé avant de suivre à la procédure, par voie d'exception, et s'il y en a plusieurs, ils doivent être proposés conjointement.* » Ce résumé de l'ensemble de la législation cantonale correspondait d'ailleurs plus ou moins à l'impression qui pouvait se dégager du droit français à l'époque. L'auteur précise d'ailleurs derechef que « *ces principes comportent pourtant des exceptions* », telles que la possibilité d'invoquer une nullité en dehors de tout grief, ou l'obligation pour le juge de prononcer d'office la nullité des actes de procédure viciés.

¹³³⁰ Art. 35 LPC GE.

¹³³¹ Art. 63 CPC NE.

¹³³² Art. 142 CPC TI.

¹³³³ Cette particularité remontait au Code de procédure civile de 1824. Initialement le droit vaudois ne contenait aucune règle encadrant le respect des règles de forme : Philippe CONOD, *Le code de procédure civile vaudois de 1824 ou la fidélité à la pratique judiciaire*, thèse Lausanne, Imprimerie Fleury IPH & Cie, Yverdon-les-Bains, 1987, p. 229. Le système était donc relativement proche du droit alémanique.

¹³³⁴ Art. 138 ss CPC VD.

¹³³⁵ Art. 144 ss CPC VD.

¹³³⁶ Art. 138 al. 1 CPC VD. Sur la distinction entre les exceptions de procédure et les moyens de fond en droit vaudois : POUDRET/HALDY/TAPPY, n° 3 ad art. 138 CPC VD.

¹³³⁷ Art. 138 al. 2 CPC VD qui réserve toutefois les exceptions légales. Selon POUDRET/HALDY/TAPPY, n° 2 ad art. 138 CPC VD il s'agit du déclinaire d'incompétence *ratione materiae*, de la litispendance et de l'incompétence du juge conciliateur.

¹³³⁸ Art. 112 ss CPC 1975.

¹³³⁹ Art. 144 al. 1 CPC VD.

¹³⁴⁰ POUDRET/HALDY/TAPPY, n° 1 ad art. 144 CPC VD.

¹³⁴¹ Cf. supra, n° 212.

¹³⁴² Art. 161 al. 1 litt. c CPC NE.

¹³⁴³ Terme employé par la doctrine neuchâteloise : BOHNET/SCHWEIZER, p. 28. La jurisprudence employait, quant à elle, le terme « *incident* », la « *forme incidente* » étant la procédure suivie pour régler la question : Trib. cant. NE, 24 avril 2003, RJN 2003, pp. 200 ss.

incidente »¹³⁴⁴. Le régime de la nullité des actes de procédure dans les codes de procédure civile de la Suisse romande présentait de nombreuses similitudes avec le droit français.

398. Le principe de la légalité des nullités était expressément consacré à Genève¹³⁴⁵ et au Tessin¹³⁴⁶ qui admettaient également des exceptions. Dans les deux cantons¹³⁴⁷, l'incompétence de l'auteur de l'acte était érigée en cause de nullité¹³⁴⁸. A Genève, la nullité était également encourue lorsque « *la contravention a[vait] causé à la partie qui l'oppose un préjudice qui ne soit réparable qu'en annulant l'acte* »¹³⁴⁹ alors qu'au Tessin il fallait que « *la partie contre laquelle l'acte est dirigé n'ait pas été en mesure [d'y] répondre.* »¹³⁵⁰ Ces deux exceptions font écho à la notion de « *formalité substantielle* » développée en droit français. Celle-ci possédait toutefois un sens plus vaste que celui retenu dans la législation du Tessin et de Genève, car elle ne dépendait pas uniquement du préjudice subi par les parties. S'agissant du droit genevois, cette différence avait été voulue, car BELLOT, auteur du projet de Loi de procédure civile de 1819, entendait « *substituer un principe simple, fécond en conséquence* » à « *ces obscures doctrines de contraventions à des lois prohibitives ou impératives, de formalités substantielles ou accidentelles* »¹³⁵¹. Il voulait donc expressément se démarquer du droit français.

399. Ni le droit vaudois, ni le droit neuchâtelois, ne connaissaient, en revanche, le principe de la légalité des nullités. Alors que la nécessité de son introduction ne fut jamais invoquée lors des multiples codifications de la procédure vaudoise, la question avait été envisagée en droit neuchâtelois. L'article 91 du Code de procédure civile neuchâtelois de 1878, érigeait toute contravention à des « *formalités essentielles* » en cause de nullité et obligeait la partie concernée à invoquer celle-ci immédiatement¹³⁵². Là, encore,

¹³⁴⁴ Voy. la note marginale de l'art. 213 CPC NE.

¹³⁴⁵ Art. 35 litt. c LPC GE.

¹³⁴⁶ Art. 142 litt. c CPC TI.

¹³⁴⁷ La rédaction des dispositions correspondantes est presque identique, ce qui traduit une influence d'une législation sur l'autre.

¹³⁴⁸ Art. 35 litt. a LPC GE ; Art. 142 al. 1 litt. a CPC TI.

¹³⁴⁹ Art. 35 litt. b LPC GE.

¹³⁵⁰ Art. 142 al. 1 litt. b CPC TI : « *...se la parte contro la quale l'atto è diretto non è stata messa in condizione di rispondere* ».

¹³⁵¹ Voy. le rapport explicatif imprimé in Pierre-François BELLOT/Charles SCHAUB/Charles BROCHER, Loi sur la procédure civile du canton de Genève suivie de l'exposé des motifs, 3^{ème} édition, Librairie A. Cherbuliez et Librairie de la Suisse romande, Genève-Paris, 1870, p. 394-395. En fait, BELLOT ne souhaitait conserver comme causes de nullité que l'incompétence et le préjudice irréparable. Au cours de la procédure législative, la légalité des nullités fut réintroduite.

¹³⁵² Art. 91 CPC NE 1878 :

« *Sont nuls tous actes de procédures qui manquent des formalités essentielles.*

La nullité est couverte à l'égard de la partie qui a suivi au procès avant de l'invoquer. »

l'influence française était manifeste. Lors de la révision législative, qui allait déboucher sur l'adoption du Code de procédure civile de 1906, la question de la nullité des actes de procédure fut à nouveau discutée. C'est alors que le projet du gouvernement proposa que la nullité ne soit prononcée qu'en présence d'une base légale expresse¹³⁵³. Selon le message explicatif, il s'agissait de discipliner les tribunaux qui s'étaient accordés un trop grand pouvoir en la matière et faisaient preuve d'une rigueur exagérée¹³⁵⁴. Cette méfiance à l'égard de la magistrature est l'exact pendant de celle prévalant lors de l'élaboration du Code de procédure civile de 1806¹³⁵⁵. La solution proposée fut rejetée lors des travaux parlementaires. La Commission législative du parlement¹³⁵⁶ préféra conserver l'ancienne disposition, tout en définissant les formalités essentielles comme celles « *prescrites par une disposition d'ordre public et celles qui sont indispensables pour que l'acte de procédure puisse remplir sa fonction* »¹³⁵⁷. A nouveau, le parallèle avec le droit français est saisissant, qu'on songe à la définition des formalités substantielles donnée par la Cour de cassation française¹³⁵⁸. La nouvelle disposition fut adoptée sans modification par le parlement¹³⁵⁹. Par la suite, la réglementation ne fut modifiée que sur des points de détail¹³⁶⁰. Elle resta substantiellement la même dans les Codes de procédure civile de 1925¹³⁶¹ et de 1991¹³⁶².

¹³⁵³ Art. 78 Projet du Conseil d'Etat de Code de procédure civile :

« *L'acte de procédure entaché d'un vice de forme n'est nul que si la loi le prévoit expressément.*

Le vice de forme n'entraînant pas nullité est réparé par un acte postérieur, si la partie qui y a intérêt le requiert.

Dans les deux cas, le vice est couvert à l'égard de la partie qui a suivi au procès sans l'invoquer ».

¹³⁵⁴ Rapport du Conseil d'Etat à l'appui d'un projet de révision des trois premiers Titres du Code de procédure civile in Bulletin concernant la révision du code de procédure civile, BOGC 70, p. 18 : « *Quant une formalité est-elle essentielle et quand ne l'est-elle pas ? Les tribunaux, à l'appréciation desquels cette question était laissée, ont passablement étendu la notion de formalité essentielle. Nous croyons qu'il est inutile d'être trop rigoureux. [...] C'est pourquoi nous avons admis (art. 78) qu'en règle générale le vice de forme n'entraîne pas nullité ; il doit seulement être réparé par un acte additionnel postérieur, si la partie qui y a intérêt le requiert. [...] Le vice de forme n'entraînera nullité que dans les cas où la loi le prévoit expressément ; ces cas sont relativement peu nombreux ; ce sont essentiellement les formes prévues pour la signification des exploits (art. 127) ; cela se justifie par l'importance des formalités prescrites* ». Les passages supprimés se rapportent à des exemples qu'il nous semble inutile de reproduire. A ce propos voy. également : BOHNET/SCHWEIZER, p. 47-48.

¹³⁵⁵ Cf. supra, n° 56 ss.

¹³⁵⁶ Rapport de la Commission législative à l'appui du projet de révision du Code de procédure civile, in Bulletin concernant la révision du code de procédure civile, BOGC 70, p. 214 ss.

¹³⁵⁷ Art. 78 Projet de la Commission législative de Code de procédure civile :

« *Les actes de procédure manquant des formalités essentielles sont déclarés nuls, si la partie qui y a intérêt le requiert avant de suivre au procès.*

Sont seules qualifiées essentielles les formalités prescrites par une disposition d'ordre public et celles qui sont indispensables pour que l'acte de procédure puisse remplir sa fonction. »

¹³⁵⁸ Cf. supra, n° 173.

¹³⁵⁹ Art. 78 CPC NE 1906.

¹³⁶⁰ BOHNET/SCHWEIZER, p. 48.

¹³⁶¹ Art. 77 CPC NE 1925.

¹³⁶² Art. 63 CPC NE 1991. Sur la portée des formalités essentielles en droit neuchâtelois : BOHNET, CPCN commenté, n° 4 ad art. 63 et les arrêts cités ; BOHNET/SCHWEIZER, pp. 49 ss.

400. A côté de la nullité, dont nous venons de présenter les principales caractéristiques, le droit des cantons francophones connaissait d'autres sanctions frappant les actes de procédure viciés. La plus fréquente était l'irrecevabilité, qui concernait essentiellement les actes de recours¹³⁶³. Le droit tessinois constituait toutefois un cas légèrement à part. Le Code de procédure civile faisait de « *l'absence de toute autre condition de recevabilité* »¹³⁶⁴ une cause de nullité¹³⁶⁵. Logiquement, cela signifie que l'irrecevabilité aurait dû être entièrement absorbée par la nullité. Tel n'était pas le cas en pratique. La jurisprudence tessinoise employait l'expression « *irrecevabilité* »¹³⁶⁶ pour rejeter des recours en raison des vices de forme les affectant¹³⁶⁷, quand bien même le texte légal prévoyait même expressément la nullité¹³⁶⁸. Il semble que dans l'esprit des magistrats les deux concepts aient été synonymes. Dans une espèce particulière, le Tribunal d'appel du Tessin, après avoir rappelé que l'absence de motivation de la déclaration d'appel constituait une cause de nullité, conclut derechef à l'irrecevabilité¹³⁶⁹. On retrouve une approche similaire en ce qui concerne l'irrecevabilité pour défaut de motivation¹³⁷⁰ d'un pourvoi en cassation¹³⁷¹. Quoi qu'il en soit, la distinction entre la nullité et l'irrecevabilité ne présente d'intérêt pour notre étude que si elle se traduisait par une modification du formalisme procédural. Tel était précisément le cas en droit

¹³⁶³ Voy. pour quelques exemples récents de recours déclarés irrecevables : Trib. app. TI, 11 mars 2011, dossier n° 12.2011.46 ; Trib. cant. VD, 26 mai 2010, n° HC/2010/262 ; Cour just. GE, 21 mai 2010, n° ACJC/641/2010 ; Trib. cant. NE, 9 août 2006, RJN 2006, pp. 274 ss. Une approche similaire se retrouve en droit français : Cf. supra, n° 109 (sous l'empire du Code de procédure civile de 1806).

¹³⁶⁴ Art. 142 al. 1 litt. a CPC TI : « *...o se difettano di un altro presupposto processuale* ».

¹³⁶⁵ Pour un cas d'application en l'absence de pouvoir de représentation : Trib. app. TI, 13 octobre 2008, dossier n° 14.2008.67, cons. 6 et 7.

¹³⁶⁶ « *improponibilità ; irricevibilità* ». En revanche, la doctrine se référerait à la nullité : Lorenzo ANASTASI, Il sistema dei mezzi d'impugnazione del codice di procedura civile ticinese, thèse Zurich, ADAG Administration & Druck AG, Zurich, 1981, p. 134 ; COCCHI/TREZZINI, n° 14 ss ad art. 309 CPC TI (mentionnent toutefois l'irrecevabilité au côté de la nullité). Une certaine confusion terminologique semblait donc régner.

¹³⁶⁷ Voy. à titre d'exemple : Trib. app. TI, 11 mars 2011, n° 12.2011.46 (défaut de motivation) ; Trib. app. TI, 18 décembre 2010, n° 11.2010.34 (tardiveté) ; Trib. app. TI, 13 août 2010, n° 12.2009.24, cons. 8 et 9 (absence d'intérêt et défaut de motivation).

¹³⁶⁸ Cf. art. 309 al. 5 CPC TI au terme duquel « *la dichiarazione di appello è nulla* » si elle est affectée de certains vices, dont l'absence de motivation suffisante (art. 309 al. 2 litt. f CPC TI).

¹³⁶⁹ Trib. app. TI, 18 juin 2008, n° 11.2008.62 : « *...che dal profilo formale un appello deve contenere fra l'altro – sotto pena di nullità (art. 309 cpv. 5 CPC) – le richieste di giudizio, così come i motivi di fatto e di diritto su cui l'esposto si fonda (art. 309 cpv. 2 lett. e ed f CPC) ...che, inoltre, l'interessato non si confronta con le motivazioni addotte dal Pretore circa le contestazioni da lui sollevate al dibattimento finale, sicché l'appello si rivela finanche carente di motivazione (art. 309 cpv. 2 lett. f CPC) e pertanto, una volta di più, irricevibile* ». Les juridictions genevoises semblaient entretenir la même confusion : Cour just. GE, 6 décembre 1991, SJ 1992, p. 402-403.

¹³⁷⁰ Trib. app. TI, 4 décembre 2008, n° 16.2008.122. L'art. 329 al. 3 CPC TI avait la même portée que l'art. 309 al. 5 CPC TI. Il semble toutefois que le Tribunal d'appel ait fait preuve d'une plus grande rigueur procédurale par le passé, en déclarant expressément un pourvoi en cassation nul et non irrecevable : Trib. app. TI, 9 juin 2005, n° 16.2005.63 ; Trib. app. TI, 7 avril 2005, n° 16.2005.24 ; Trib. app. TI, 27 décembre 2004, n° 16.2004.123.

¹³⁷¹ Le droit tessinois connaissait, en effet, deux voies de recours contre les jugements de première instance (art. 306 CPC TI) : l'appel (art. 307 ss CPC TI) et le pourvoi en cassation (art. 327 ss CPC TI). Aussi paradoxal que cela puisse paraître, le Tribunal d'appel (*Tribunale d'appello*) était également compétent dans le second cas, mais les affaires sont attribuées à une chambre particulière nommée Chambre de cassation civile du Tribunal d'appel (*Camera di cassazione civile del Tribunale d'appello*).

neuchâtelois. L'article 63 alinéa 2 du Code de procédure civile neuchâtelois prévoyait, en effet, que le juge fixait un délai pour refaire l'acte annulé. Le dépôt à temps d'un nouvel acte de procédure avait pour conséquence que celui-ci était réputé avoir été accompli à la date de l'acte annulé¹³⁷². Or il n'existait pas de règle semblable pour l'irrecevabilité, faute surtout pour celle-ci d'avoir un statut légal. Un acte de recours en cassation insuffisamment motivé ne pouvait ainsi être régularisé¹³⁷³. La jurisprudence ne s'expliquait pas sur la sévérité dont elle faisait preuve l'égard de la partie recourante. On peut également rapprocher de ce courant jurisprudentiel un jugement du Tribunal cantonal neuchâtelois concernant une lettre par laquelle il est demandé au président du Tribunal civil d'enquêter sur le discernement d'une personne décédée et sur la validité du testament qu'elle a adopté. La juridiction dénia à cette démarche le caractère d'un acte introductif d'instance, même nul pour contravention aux formalités essentielles. Elle en déduisit, logiquement, qu'il n'avait pu interrompre le délai pour agir en nullité du testament en question¹³⁷⁴. Bien que la doctrine ait distingué entre la nullité et l'inexistence¹³⁷⁵, ce jugement est critiqué, à juste titre selon nous, pour sa sévérité¹³⁷⁶. Nous constatons donc que la pratique des juridictions suisses romandes présente de nombreux liens avec celle des tribunaux français. On se rappellera, en effet, que ceux-ci ont fréquemment eu recours à la fin de non-recevoir, ou à l'inexistence, pour éviter d'avoir à tirer toutes les conséquences d'une nullité¹³⁷⁷.

b) La consécration du mécanisme du grief

401. En droit genevois et neuchâtelois, le mécanisme du grief n'était pas consacré dans le texte légal. La doctrine l'admettait dans les deux cantons¹³⁷⁸. La jurisprudence

¹³⁷² BOHNET/SCHWEIZER, p. 52.

¹³⁷³ Trib. cant. NE, 22 novembre 1999, n° CCC.1999.7619, cons. 2 ; Trib. cant. NE, 6 janvier 1999, n° CCC.1998.7507, cons. 3 ; Trib. cant. NE, 3 novembre 1998, cons. 2, RJN 1998, p. 125. Voy. également concernant les conclusions en cassation, prévues également à peine d'irrecevabilité : Trib. cant. NE, 19 juin 1986, cons. 4, RJN 1986, p. 84. Sur le contenu de la requête en cassation : SCHÜPBACH, Le recours en cassation, 1961, p. 264-265.

¹³⁷⁴ Trib. cant. NE, 29 juin 2003, RJN 2003, p. 108.

¹³⁷⁵ BOHNET/SCHWEIZER, p. 47 : « l'acte inexistant, c'est celui qui est tellement informe qu'il n'est pas reconnaissable en tant qu'acte de procédure : un paranoïaque écrit au juge que le monde entier lui en veut, lui cause un tort considérable, et qu'il entend être dûment indemnisé par qui de droit. » On observera, au passage, que le Greffe de la Cour européenne des droits de l'Homme est submergé par ce genre de requêtes, qui sont, malgré tout, enregistrées et dûment écartées en formation de juge unique pour défaut manifeste de fondement. GROSSEN (p. 755) fait au surplus remarquer « que la jurisprudence [...] n'offre guère d'exemples de jugements inexistantes. »

¹³⁷⁶ Voy. BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 271 pour qui l'objet de la demande était tout de même compréhensible.

¹³⁷⁷ Cf. infra, n° 849 ss.

¹³⁷⁸ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, n° 2 ad art. 35 LPC ; BOHNET CPCN commenté, n° 2 ad art. 87 CPC NE. Voy. également concernant la désignation incorrecte des parties : HOTTELIER, La substitution de parties, p. 205 : « La loyauté exige en effet que chaque partie connaisse exactement son adversaire [...] dès lors, une

était imprécise. A Neuchâtel, le Tribunal cantonal s'était référé implicitement au mécanisme du grief dans deux affaires, mais les termes employés n'étaient pas des plus clairs. Dans la première, il avait rejeté une exception de nullité, tirée du fait que le double d'un acte de procédure était une photocopie, au lieu d'un second original, au motif que « *le moyen [...] doit être considéré comme irrecevable faute d'intérêt.* »¹³⁷⁹ Dans la seconde, il avait admis, au terme d'un raisonnement tortueux¹³⁸⁰, que l'instance introduite par requête, au lieu de l'être par exploit, ne saurait être annulée, car « *l'acte introductif [...] a[vait] effectivement rempli sa fonction* » et n'avait pas été contesté à temps par la défenderesse¹³⁸¹. Malgré le manque de précision des termes employés¹³⁸², le Tribunal cantonal entendait souligner que les parties n'avaient subi aucun préjudice consécutif au vice de procédure dénoncé. En revanche, la jurisprudence plus récente¹³⁸³ partait du principe, sans nuance, qu'une citation en justice viciée était nulle et que cette nullité constituait un motif de recours conduisant à l'annulation du jugement ainsi rendu¹³⁸⁴. Les limites à l'application du mécanisme du grief n'étaient donc pas tracées de manière claire par la jurisprudence. Il en allait de même à Genève, où la question était réglée différemment d'une juridiction à l'autre. La Cour d'appel des Prud'hommes du canton de Genève se montrait la plus souple. Elle se référait régulièrement aux « *exigences de simplicité et de rapidité propres à la procédure applicable devant la juridiction des prud'hommes* »¹³⁸⁵ et, rappelant la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à

omission ou une erreur de plume qui n'empêche pas ce but d'être atteint ne saurait en principe entraîner la nullité de l'acte. »

¹³⁷⁹ Trib. cant. NE, 10 janvier 1975, RJN 6 I 176.

¹³⁸⁰ Dans le même sens, voy. BOHNET/SCHWEIZER, p. 49 qui estiment que cette décision suffit à « *illustrer le flou qui entoure* » le concept de nullité pour violation d'une formalité essentielle.

¹³⁸¹ Trib. cant. NE, 1^{er} octobre 1979, RJN 7 I 326.

¹³⁸² On voit les parallèles avec la « *régularisation par réalisation du but* » reconnue par la doctrine alémanique (Cf. supra, n° 388). Voy. art. 114 CPC TI au terme duquel « *gli atti del processo per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al conseguimento del loro scopo.* » On observera à ce propos qu'en droit italien le but de l'acte de procédure est tenu pour fondamental au moment de juger de sa forme : art. 121 CPC italien, dont le texte est presque identique à l'art. 114 CPC TI. La réglementation tessinoise a donc subi l'influence du droit italien sur ce point (cf. Michele PICARD, Studi sulla riforma del processo civile ticinese, Centrale cantonale degli stampati, Bellinzona, 1954, p. 265).

¹³⁸³ La jurisprudence ancienne admettait que la comparaison guérissait les vices affectant la citation en justice: Trib. cant. NE, 29 octobre 1969, RJN 5 I 25.

¹³⁸⁴ Trib. cant. NE, 7 juillet 2004, n° CCC.2004.98 (violation du délai de 10 jours entre la convocation et l'audience) ; Trib. cant. NE, 16 septembre 2003, n° CCC.2003.78 (citation notifiée par recommandé dont le délai de garde est arrivé à échéance moins de dix jours avant l'audience) ; Trib. cant. NE, 27 mars 1987, RJN 1987, pp. 85 ss (citation effectuée à tort par voie édictale). Par contre, les juridictions neuchâteloises semblaient admettre l'application du mécanisme du grief lorsqu'un acte de poursuite est en jeu : Trib. cant. NE, 23 septembre 1996, cons. 4b, RJN 1996, pp. 278 ss (vice affectant la notification d'une commination de faillite effectivement parvenue à la connaissance de son destinataire). Certaines incertitudes demeuraient en matière d'audience de faillite : Trib. cant. NE, 22 avril 2002, n° HR.2002.9 concernant la citation à une audience de faillite retirée huit jours après une première tentative de notification infructueuse.

¹³⁸⁵ Voy. Cour. app. prud. GE, 23 novembre 2007, n° CAPH/186/2007, cons. 2.2 ; Cour app. prud. GE, 18 avril 2007, n° CAPH/66/2007, cons. 2a.

l'interdiction du formalisme excessif, elle faisait expressément application du mécanisme du grief¹³⁸⁶. Elle en déduisait le droit pour les parties de procéder au cours de l'audience de conciliation à la régularisation des qualités sous lesquelles elles plaident, lorsque cela n'entraînait aucun préjudice¹³⁸⁷. S'agissant d'une procédure menée par les héritiers d'un demandeur décédé malgré la répudiation de la succession de celui-ci, la juridiction estimait que les actes n'étaient pas nuls, faute de préjudice, si la liquidation par voie de faillite de la succession avait été clôturée dans l'intervalle pour insuffisance d'actif¹³⁸⁸. De même, admettait-elle que des conclusions d'appel tendant à la condamnation de l'employeur à verser « *le salaire pendant toute la durée de sa grossesse y compris pendant le délai post-natal* » dans la mesure où les montants réclamés figuraient dans les moyens articulés dans le corps de l'acte d'appel¹³⁸⁹. La Cour de justice, juridiction d'appel ordinaire en matière civile, se montrait plus réservée. On rencontre plusieurs arrêts rejetant une exception de nullité au motif que la partie s'en prévalant n'a subi aucun préjudice, sans toutefois que le mécanisme du grief ne soit mentionné de manière claire¹³⁹⁰. Parfois, la juridiction savait se montrer extrêmement souple. Ainsi dans une affaire concernant une société étrangère, elle jugea que la notification par voie diplomatique constituerait une « *exigence excessive* » et que la signification faite par remise de l'acte à la réception de l'hôtel, où résidaient temporairement les administrateurs de ladite société, n'était pas nulle, vu la réception effective de l'acte par ceux-ci¹³⁹¹. L'adage « *pas de nullité sans grief* » est même mentionné dans un arrêt isolé qui se réfère expressément aux dispositions du Code de procédure civile français de 1975¹³⁹². D'autres décisions de justice firent preuve d'une grande rigueur, sans que celle-ci ne semble commandée par les circonstances. L'assignation signifiée en violation d'une clause

¹³⁸⁶ Cour. app. prud. GE, 22 mai 2008, n° CAPH/181/2008, cons. 3.2.1.

¹³⁸⁷ Pour deux cas d'application qui tiennent davantage de la substitution de parties : arrêt précité du 23 novembre 2007, cons. 3.3.1 ; arrêt précité du 18 avril 2007, cons. 2b.

¹³⁸⁸ Arrêt précité du 22 mai 2008, cons. 3.2.2.

¹³⁸⁹ Cour app. prud. GE, 23 février 2009, n° CAPH/29/2009, cons. 2.3. Il ne s'agit rien de moins que de l'application de la théorie des équipollents, cf. supra, n° 93 ss.

¹³⁹⁰ Voy. parmi les arrêts récents : Cour just. GE, 14 janvier 2010, n° ACJC/5/2010, cons. 1.3 (absence de liste des pièces produites à l'appui d'une demande de mesures provisoires) ; Cour just. GE, 25 septembre 2008, n° ACJC/1138/2008, cons. 2 (contenu d'un acte d'appel en procédure sommaire) ; Cour just. GE, 18 avril 2008, n° ACJC/2008/525, cons. 2.2 (demande additionnelle imprécise) ; Cour just. GE, 13 décembre 2007, n° ACJC/1521/2007, cons. D (absence de mention du domicile élu dans la requête en opposition au séquestre). Les exemples anciens sont plus rares : Cour just. GE, 21 mars 1975, cons. 6b, SJ 1976, p. 175-176 : le défaut d'indication de l'adresse du demandeur n'ayant pas laissé planer de doute sur son identité, « *ce serait commettre un abus de droit manifeste que de tirer prétexte d'une telle situation pour annuler l'exploit intenté au nom de nombreuses autres parties* » (procès avec plus de 104 demandeurs en exécution d'un contrat de société simple à but cartellaire).

¹³⁹¹ Cour just. GE, 27 janvier 1995, cons. 3, SJ 1995, p. 578-579.

¹³⁹² Cour just. GE, 16 septembre 1988, cons. 4b, SJ 1988, p. 525. Le véritable objet du litige était la possibilité pour le juge de relever d'office certaines nullités. La référence à l'adage « *pas de nullité sans grief* » intervenait uniquement pour expliquer l'importance de ne pas multiplier les causes de nullité.

d'élection de domicile était nulle¹³⁹³. Il en allait de même de celle opérée à tort par voie édictale, quand bien même «*fortuitement cette citation a été portée à [l]a connaissance*»¹³⁹⁴ du destinataire. L'absence de signature d'une requête était une cause de nullité, même si le mandataire était présent à l'audience subséquente et en confirmait oralement le contenu¹³⁹⁵. A deux reprises au moins, le Tribunal fédéral censura le refus d'appliquer le mécanisme du grief. La première affaire concernait la «*rectification des qualités*», si généreusement octroyée par la Cour d'appel des Prud'hommes. La Cour de Justice avait refusé d'y procéder dans une affaire où le Tribunal fédéral considéra finalement que la juridiction cantonale avait fait preuve d'arbitraire, car aucun risque de confusion n'était établi en l'espèce¹³⁹⁶. La seconde affaire porte sur une signification opérée à un domicile prétendument élu, alors qu'il s'agissait probablement d'un subterfuge pour éviter une signification à l'étranger. La juridiction suprême suisse a annulé, pour excès de formalisme, l'arrêt de la Cour de justice qui prononçait la nullité de l'acte lors même que celui-ci avait été reçu à temps par son destinataire¹³⁹⁷. Le mécanisme du grief était donc loin de recevoir une application généralisée en droit genevois. En fait, la procédure civile genevoise et neuchâteloise se trouvait dans la même situation que le droit français avant la réforme de 1933¹³⁹⁸. Faute d'être ancré dans le texte légal, le mécanisme du grief était traité de manière nébuleuse par les juridictions.

402. Au contraire des droits genevois et neuchâtelois, le mécanisme du grief était expressément ancré dans le droit tessinois¹³⁹⁹ et vaudois¹⁴⁰⁰. La jurisprudence tessinoise était relativement peu abondante¹⁴⁰¹. Elle s'inscrivait parfaitement dans le prolongement des dispositions légales. Celles-ci prévoyaient que les actes de procédure affectés d'un vice de procédure étaient annulables «*si la violation de la règle de forme crée un préjudice à la partie adverse qui ne peut pas être réparé autrement que par l'annulation.*»¹⁴⁰² Dans la systématique légale, les actes annulables étaient opposés aux

¹³⁹³ Cour just. GE, 30 novembre 1984, cons. 2, SJ 1986, p. 10.

¹³⁹⁴ Cour just. GE, 6 février 1970, SJ 1972, p. 207.

¹³⁹⁵ Cour just. GE, 9 mai 1967, SJ 1968, p. 481.

¹³⁹⁶ TF du 6 novembre 1986, SJ 1987, pp. 22 ss.

¹³⁹⁷ ATF 132 I 249, cons. 5, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 32 ss (note Rétornaz)

¹³⁹⁸ Cf. supra, n° 158 ss.

¹³⁹⁹ Art. 143 CPC TI.

¹⁴⁰⁰ Art. 139 al. 1 et 144 al. 2 CPC VD.

¹⁴⁰¹ Voy. le seul arrêt mentionné par COCCHI/TREZZINI, n° 1 ad art. 143 CPC TI et qui, de surcroît, ne concerne pas le mécanisme du grief. Le supplément au commentaire ne compte que trois références de jurisprudences, dont deux proviennent du Tribunal fédéral et concernent la bonne foi en procédure (COCCHI/TREZZINI-appendice, n°2 et 3 ad art. 143 CPC TI).

¹⁴⁰² Art. 143 CPC TI : «*Gli atti di procedura, in urto alle norme del presente codice, sono annullabili se la violazione della forma arreca alla parte avversa un pregiudizio che non si può riparare altrimenti che con l'annullamento.*»

actes nuls¹⁴⁰³, le mécanisme du grief ne s'appliquait donc pas aux actes nuls, notamment lorsque la nullité était expressément prévue par la loi¹⁴⁰⁴. Il ne concernait que la catégorie résiduelle des actes annulables. Il semble que la pratique jurisprudentielle étendait l'application du mécanisme du grief aux hypothèses de nullité. Ainsi la citation parvenue à son destinataire, malgré un vice de forme l'affectant, n'était « *ni nulle ni annullabile* »¹⁴⁰⁵. Elle déployait donc tous ses effets¹⁴⁰⁶, à moins qu'elle ne concerne une signification internationale, auquel cas le mécanisme du grief n'était pas appliqué¹⁴⁰⁷. Le défaut de clarté des conclusions présentées en degré d'appel n'entraînait la nullité que s'il n'était pas possible d'y suppléer par diverses indications figurant dans le corps de la déclaration d'appel¹⁴⁰⁸.

403. En droit vaudois, l'application des dispositions pertinentes n'a pas non plus donné lieu à une jurisprudence très abondante rendue en application de la législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010¹⁴⁰⁹. La situation est cependant différente si on se place dans une perspective historique. Le mécanisme du grief a suscité un intense débat au fil des nombreuses codifications et recodifications de la procédure civile vaudoise. Le premier code moderne, celui de 1824, n'en parlait pas. Son successeur de 1847 entendit limiter le nombre d'incidents sans importance concrète en restreignant les conditions auxquelles ceux-ci pouvaient être soulevés. Parmi celles-ci figurait la condition qu'ils s'avèrent dépourvus de tout « *intérêt réel* »¹⁴¹⁰. Il s'agit de la réception du principe « *pas*

¹⁴⁰³ Voy. l'art. 144 CPC TI instaurant des dispositions communes à la « *nullità* » et à « *l'annullabilità* ».

¹⁴⁰⁴ Art. 142 al. 1 litt. c CPC TI.

¹⁴⁰⁵ Alors que l'art. 124 al. 7 CPC TI prévoit expressément la nullité pour les vices de forme affectant une notification.

¹⁴⁰⁶ COCCHI/TREZZINI-supplément, n° 3 ad art. 143 CPC TI ; Trib. app. TI, 5 octobre 2006, n° 12.2006.117 : « *che la notifica di un'istanza e di una citazione direttamente ad una parte e non al suo patrocinatore, anche se noto alla controparte non è nulla, spettando al convenuto, regolarmente citato alla discussione, farsi parte diligente e interessarsi presso il suo patrocinatore circa la sua partecipazione all'udienza, rispettivamente accertarsi se egli fosse a conoscenza della convocazione* ». Dans le même sens, avec référence à l'interdiction du formalisme excessif : Trib. app. TI, 30 janvier 1991, cons. 1, REP 1991, p. 447-448. La nullité « *renaît* » toutefois, en l'absence de notification valablement opérée, et elle peut s'étendre à la décision de première instance si elle porte sur la signification de l'acte introductif d'instance : Trib. app. TI, 26 novembre 2007, n° 12.2007.83.

¹⁴⁰⁷ Implicitement : Trib. app. TI, 9 avril 2009, n° 12.2008.227.

¹⁴⁰⁸ Voy. COCCHI/TREZZINI, n° 17 ad art. 309 CPC TI : « *L'applicazione dell'art. 309 cpv. 2 lett. f CPC [...], non può essere troppo rigorosa, bastando ai fini della ricevibilità dell'appellazione la concisa enunciazione dei motivi.* » ; COCCHI/TREZZINI, n° 18 ad art. 309 CPC TI : « *la sanzione della nullità va applicata con cautela : non è nullo l'appello dal cui contenuto, ancorché impreciso, appaia comunque chiara l'intenzione di impugnare la sentenza di primo grado nella misura in cui sia sfavorevole all'appellato, e dalla cui irregolarità formale non derivi alcun pregiudizio alla controparte.* » Voy. également : Trib. app. TI, 21 septembre 2005, n° 11.2005.87, cons. 7. En revanche, le renvoi aux actes de la procédure de première instance n'était pas possible : Trib. app. TI, 17 septembre 2008, n° 12.2008.149, cons. 7 ; COCCHI/TREZZINI-appendice, n° 36 ad art. 309 CPC TI.

¹⁴⁰⁹ Voy. les quelques arrêts cités par POUDRET/HALDY/TAPPY, n° 4 ad art. 265 CPC VD.

¹⁴¹⁰ Art. 110 CPC VD 1847 :

« *L'irrégularité qui est sans intérêt réel, ou qui a été acceptée expressément ou tacitement, ne peut pas faire l'objet d'un incident. La partie qui a procédé sur l'acte réputé vicieux, connaissant l'irrégularité et qui ne l'a pas relevée à la plus prochaine audience, ne peut plus se prévaloir de l'irrégularité.* »

de nullité sans grief»¹⁴¹¹ du droit français. Toutefois, sa portée était limitée aux incidents, soit aux questions de procédure dont le sort de l'instance ne dépend pas¹⁴¹². Cette approche se maintint intacte dans les codes de 1869¹⁴¹³ et 1911¹⁴¹⁴. Une autre solution se profila, passée la première décennie du vingtième siècle, soit à un moment où le Tribunal fédéral commença également à s'intéresser davantage aux questions de formalisme procédural¹⁴¹⁵. Des erreurs dans la rédaction de la demande en justice, et qui auraient normalement dû conduire à l'invalidation de l'instance, furent laissées sans conséquence parce qu'elles n'avaient pas eu de conséquence sur le bon déroulement de l'instance¹⁴¹⁶. La jurisprudence se précisa en 1935, lorsqu'un arrêt, concernant une citation signifiée d'une manière erronée, releva que « *que l'on ne saurait déduire de la rigueur des formes de procédure fixées par notre loi que la moindre omission entraîne la nullité de l'acte vicieux* ». La décision mentionnait également « *que le législateur n'a nulle part prescrit que toute violation d'une règle de forme dans la rédaction de l'exploit doit être sanctionnée par la nullité de l'acte irrégulier* » et « *que la nullité ne saurait, au contraire, être prononcée que lorsque l'irrégularité a causé un préjudice à la partie qui attaque l'acte ; qu'il ne peut ainsi y avoir de nullité sans grief* »¹⁴¹⁷. Le Tribunal cantonal vaudois se référait alors clairement aux principes fondamentaux du droit français, tels que les règles « *pas de nullité sans texte* » et « *pas de nullité sans grief* ». Le changement de jurisprudence fut confirmé en 1936¹⁴¹⁸. En 1943, la juridiction cantonale précisa « *qu'il convient d'ailleurs de se départir d'une trop grande rigueur quant à l'application des règles de forme et de refuser d'annuler un acte entaché d'un vice de forme qui, comme c'est le cas ici, n'a en fait causé aucun préjudice à la partie adverse* »¹⁴¹⁹, faisant ainsi formellement un lien entre le mécanisme du grief et l'interdiction du formalisme consacrée par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

¹⁴¹¹ KRIEGER, p. 170.

¹⁴¹² KRIEGER, p. 166-167. L'incident avait donc la même définition qu'en droit contemporain.

¹⁴¹³ Art. 115 CPC VD 1869.

¹⁴¹⁴ Art. 121 CPC 1911.

¹⁴¹⁵ Cf. supra, n° 273 ss. On se rappellera que le premier arrêt de la juridiction suprême remonte à 1920.

¹⁴¹⁶ BONNARD, p. 151-152 et les arrêts cités. Voy. par exemple : Trib. cant. VD, 4 juin 1917, JdT 1918 III 130 : « *que le recourant Grognez n'a pu avoir aucun doute, à la lecture de l'exploit-demande, sur le moment précis où il était assigné devant le président du tribunal du district de Vevey ; qu'il devait se rendre compte, en effet, que la mention de l'année 1916 était due à une simple erreur de plume et qu'il ne pouvait s'agir que de 1917 ; qu'il lui suffisait pour cela de constater que l'exploit avait été scellé par le président le 26 mars 1917 et qu'ainsi ce magistrat ne pouvait assigner pour une date antérieure.* »

¹⁴¹⁷ Trib. cant. VD, 20 novembre 1935, JdT 1936 III 81.

¹⁴¹⁸ Trib. cant. VD, 11 mars 1936, JdT 1936 III 90.

¹⁴¹⁹ Trib. cant. VD, 21 avril 1943, JdT 1943 III 49.

404. Cette évolution fit l'objet de vives critiques au sein de la doctrine. Pour BONNARD, le mécanisme du grief incitait le destinataire d'une citation affectée d'un vice de forme à ne pas comparaître, quitte à recourir ensuite contre le jugement rendu par défaut¹⁴²⁰. A son avis, certains vices de procédure, de part leur gravité, devaient échapper à l'application du mécanisme du grief¹⁴²¹. Sans condamner entièrement son application, il estimaient que son application devait être réservée aux cas où « *l'irrégularité est incontestablement sans aucun intérêt réel et n'a pu nuire à la partie* »¹⁴²², de peur qu'une admission trop large de « *cette théorie d'équité* »¹⁴²³ ne crée « *une incertitude regrettable* »¹⁴²⁴. La jurisprudence tint compte de ces critiques. En 1949¹⁴²⁵, le Tribunal cantonal décida que le mécanisme du grief ne valait pas pour les « *exceptions dilatoires de fond* »¹⁴²⁶. S'agissant de ces dernières, la juridiction indiqua « *que, lorsqu'il s'agit d'irrégularités de procédure si graves qu'elles peuvent avoir pour effet d'invalidier l'instance, il ne se justifie pas de subordonner le droit de s'en prévaloir à l'existence d'un préjudice, qu'il convient de se montrer strict là où le respect des règles fondamentales de la procédure est en jeu.* »¹⁴²⁷ Malgré la différence de formulation, comment ne pas y voir les « *formalités substantielles ou d'ordre public* » du droit français ? Même si la doctrine considéra, un temps¹⁴²⁸, que le mécanisme du grief avait été probablement abandonné, ce dernier se maintint¹⁴²⁹ et se retrouva codifié dans le Code de procédure civile de 1966¹⁴³⁰. Nous ne saurons jamais quel rôle la doctrine et la jurisprudence françaises ont joué dans la réception progressive du mécanisme du grief en droit vaudois, car les arrêts ne contiennent aucune référence explicite. La référence à la théorie des nullités de procédure en droit français dans l'arrêt fondateur de 1935 constitue cependant un bon indice de l'influence exercée par la doctrine française¹⁴³¹.

¹⁴²⁰ BONNARD, p. 157.

¹⁴²¹ Voy. la liste donnée par BONNARD, p. 156, qui reprend la plupart des *formalités essentielles* que la doctrine et la jurisprudence françaises admettaient alors.

¹⁴²² BONNARD, p. 158.

¹⁴²³ BONNARD, *ibid.*

¹⁴²⁴ BONNARD, *ibid.*

¹⁴²⁵ Voy. déjà Trib. cant. VD, 15 avril 1947, JdT 1947 III 114 (note Bonnard) qui amorce la rupture et considère que l'absence de capacité d'ester en justice du mineur constitue une « *exception dilatoire de fond* », mais estime, au contraire, qu'elle reste soumise au mécanisme du grief.

¹⁴²⁶ Trib. cant. VD, 27 septembre 1949, JdT 1950 III 54 (note Rathgeb).

¹⁴²⁷ Arrêt précité, p. 61.

¹⁴²⁸ Charles RATHGEB, Note sous Trib. cant. VD, 27 septembre 1949, JdT 1950 III 63 pour qui « *le critère du préjudice étant remplacé par celui, plus judicieux, de la règle essentielle* » le mécanisme du grief était condamné à disparaître.

¹⁴²⁹ Voy. Trib. cant. VD, 27 mai 1952, JdT 1953 III 47 (note Rathgeb).

¹⁴³⁰ Accompagné, toutefois, d'autres correctifs comme nous aurons l'occasion de le voir tantôt.

¹⁴³¹ Voy. déjà à propos de l'influence de la doctrine française sur la procédure civile des cantons de Suisse romande : Hans FRITZSCHE/Emil SCHURTER, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Band II. 1. Hälfte : Die geschichtlichen

2) Les autres instruments de gestion du formalisme procédural

405. A côté de la théorie des nullités de procédure, dont nous avons vu qu'elle subit l'influence du droit français, la procédure civile des cantons de la Suisse romande connaissait également d'autres instruments de gestion du formalisme procédural destinés à éviter l'excès de rigueur. Il s'agit de la régularisation (a) et de l'interprétation raisonnable des dispositions de procédure (b).

a) La régularisation

406. Nous avons vu que la régularisation était un des moyens employés par la procédure civile alémanique pour empêcher l'excès de formalisme, notamment lorsque l'initiative de celle-ci était prise par le juge¹⁴³². Une approche similaire s'était peu à peu imposée dans les cantons francophones¹⁴³³.

407. Il faut dire qu'on y rencontrait pas nécessairement la même méfiance à l'égard de la magistrature que ce fut le cas en France par le passé. Le contrôle du juge sur le bon déroulement de la procédure, a toujours semblé plus naturel, même au dix-neuvième siècle¹⁴³⁴. Le droit genevois constitue une bonne illustration de cette différence de mentalité. Aussitôt Genève rattachée à la Suisse, une nouvelle loi de procédure civile, toutefois amplement inspirée du Code français de 1806, fut élaborée. Une des innovations notoires fut de placer l'instruction du litige sous la direction du tribunal. L'échange systématique des mémoires entre les parties, avant même l'inscription de l'affaire au rôle du tribunal¹⁴³⁵, fut remplacé par un échange de mémoires dont la juridiction appréciait l'opportunité et arrêtait les modalités¹⁴³⁶, car « *c'est ici un de ces cas où le juge est mieux placé que le législateur* »¹⁴³⁷.

Grundlagen der kantonalen Rechte, Rascher & Cie A.-G. Verlag, Zurich, 1931, p. 7 : « *Und wo das positive Recht dieser Kantone lückenhaft oder unklar ist, da suchen Anwälte und Richter ganz natürlich in der Litteratur und Judikatur des grossen Nachbarlandes Aufschluss.* »

¹⁴³² Cf. supra, n° 386 ss.

¹⁴³³ Cela est également la conséquence d'un rapprochement des traditions procédurales alémaniques et romandes. Voy. sur ce point : François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, 2011, n° 2 à 4 ad art. 49 CPC 2008 ; BOHNET, Les exceptions en procédure civile, p. 150 ; Marco FRIGERIO, Le facoltà di intervento del giudice ticinese nel processo civile, REP 1998, pp. 3 ss (déclin de la maxime des débats en droit tessinois et renforcement parallèle de l'office du juge).

¹⁴³⁴ Voy. GULDENER, Über die Herkunft, p. 25-26.

¹⁴³⁵ Tel que prévu par le Code de procédure civile de 1806, mais bientôt abandonné par la pratique (cf. supra, n° 116 ss)

¹⁴³⁶ L'exploit d'ajournement, notifié directement au défendeur par ministère d'huissier de justice, emportait citation à une audience, au cours de laquelle l'affaire était discutée (art. 50 LPC GE 1819). L'acte introductif d'instance n'était donc plus une simple invitation à désigner un mandataire comme sous l'empire du Code français de 1806. Lors de la première audience, le tribunal décidait que l'affaire devait être plaidée soit immédiatement, soit à une date ultérieure (art. 62 LPC GE 1819), moyennant éventuelle communication des pièces et des conclusions (art. 63 LPC GE 1819). A

408. Le droit contemporain des cantons romands obligeait généralement les parties à faire transiter leurs actes de procédure par le greffe de la juridiction. Le juge pouvait donc exercer un certain contrôle sur leur validité formelle. Le droit genevois faisait figure d'exception, en raison de l'influence française¹⁴³⁸, et obligeait les avocats à se notifier directement les actes de procédure, autres que l'assignation¹⁴³⁹, avant de les déposer *immédiatement* au greffe¹⁴⁴⁰. Sachant que les délais pour les productions étaient fixés par la juridiction, celle-ci conservait de toute façon un certain contrôle sur la procédure¹⁴⁴¹. Si le droit neuchâtelois autorisait les parties à échanger leurs actes directement, sans passer par le greffe du tribunal¹⁴⁴², celles-ci ne faisaient que peu usage de cette faculté¹⁴⁴³. Le droit tessinois admettait également le procédé en matière d'exécution forcée fondée sur le droit cantonal¹⁴⁴⁴, soit dans un domaine demeuré marginal. Il était totalement inconnu du droit vaudois¹⁴⁴⁵. Quelque soit le canton concerné, le tribunal était toujours en mesure de veiller au bon déroulement du procès.

la différence du droit français, l'instruction n'était plus systématiquement faite par écrit et la différence entre les *causes ordinaires* et les *causes sommaires* avait été supprimée. En cas de difficulté particulière de l'affaire, dûment constatée (art. 72 al. 3 LPC GE 1819), le tribunal pouvait ordonner l'instruction écrite préalable à la plaidoirie (art. 71 ss. LPC GE 1819). Les parties disposaient alors de délais fixés par le tribunal, soit au fur et à mesure (art. 76 LPC GE 1819), soit sous la forme d'un calendrier de procédure (art. 77 LPC GE 1819), leurs mémoires en demande, en réponse, en réplique et en duplique (art. 76 LPC GE 1819). L'instruction préalable prévue par la Loi genevoise de 1819 ne va pas sans rappeler la mise en état du Code français de procédure civile de 1975, l'audience d'introduction jouant le même rôle que l'audience présidentielle prévue aux art. 759 à 762 CPC 1975.

¹⁴³⁷ Pierre-François BELLOT, Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le canton de Genève – Première partie, Luc Sestié, Genève, 1821, p. 48. Comme le dit CONOD, Les limites du modèle français, p. 163 : « *En comparant le modèle et le code genevois, on peut dire de Bellot que cet homme avait du génie.* »

¹⁴³⁸ Et non en raison d'une quelconque coquetterie chauvine, comme d'aucuns ont pu le penser : voy. par exemple GAILLARD, p. 29. Cela étant, l'application de ce système n'allait pas sans causer de difficultés lorsque l'un des avocats avait son cabinet dans une autre ville et qu'il ne souhaitait pas se déplacer pour remettre ses mémoires et ses pièces à son contradicteur : TF du 15 juin 2011, 5A_585/2010, cons. 6. Sur l'histoire de la procédure civile genevoise : Jacques GUYET, Sources et évolutions de la procédure civile genevoise, RSJ 87 (1991), pp. 309 ss.

¹⁴³⁹ Qui est notifiée par le greffe après distribution de l'affaire par le président du tribunal de première instance : art. 73 LPC GE. Dans sa dernière version, le droit genevois diffère donc du droit français où la distribution a lieu une fois que l'assignation a été notifiée par exploit d'huissier : art. 757-759 CPC 1975. Il a abandonné le principe de la signification directe de l'acte introductif d'instance au profit d'un mode d'introduction d'instance semblable à celui employé partout ailleurs en Suisse.

¹⁴⁴⁰ Art. 128 al. 1 LPC GE. Lorsqu'une partie comparaissait seule, la communication avait lieu par la voie du greffe, ce qui éliminait alors toute différence avec les autres droits cantonaux : art. 128 al. 2 LPC GE.

¹⁴⁴¹ Art. 121 ss LPC GE. Les modalités n'ont que peu évolué depuis 1819.

¹⁴⁴² Art. 90 CPC NE.

¹⁴⁴³ La longueur du commentaire de BOHNET (CPCN commenté, ad art. 90) est l'indice de la rareté de l'application de celui-ci. A ce que nous avons pu en savoir, on rencontrait ce procédé dans les procédures de divorce avant que le consentement mutuel ne soit admis. Les époux s'entendaient par écrit sur les conditions de la rupture. Ensuite, ils se répartissaient les rôles, l'une prenant prétendument l'initiative de la procédure, l'autre acquiesçant aux termes de la demande. Afin de faire au plus simple possible, la demande et l'acquiescement étaient rédigés par le même avocat, les parties déclarant en avoir pris connaissance et accepter qu'ils soient considérés comme *juridiquement signifiés*. Les actes de cette petite comédie judiciaire étaient alors déposés au greffe du tribunal pour qu'il poursuive l'instruction de l'affaire et délivre le jugement. L'introduction, en 2000, d'une procédure de divorce par consentement mutuel a mis fin à ces procédés.

¹⁴⁴⁴ Art. 492 CPC TI. En matière d'offres de paiement, les parties communiquent par l'intermédiaire d'un notaire : art. 456 et 457 CPC TI.

¹⁴⁴⁵ Art. 18 *a contrario* CPC VD.

409. La régularisation apparut également comme un moyen d'éviter l'impasse du *tout ou rien* sur laquelle débouche l'application du mécanisme du grief. Cela ressort tout particulièrement du droit vaudois. L'application du mécanisme du grief y était contestée par la doctrine¹⁴⁴⁶. L'idée d'y substituer la régularisation des actes de procédure viciés fit peu à peu son chemin. Un article de 1953¹⁴⁴⁷ relève ainsi que le mécanisme du grief entraîne des difficultés d'application, car il oblige le juge à se placer « *au point de vue spécial d'une partie dans un cas concret pour juger de la nécessité d'observer une règle de procédure, alors qu'il va de soi que la loi de procédure trouve sa justification en elle-même et en dehors de tout intérêt particulier* »¹⁴⁴⁸. Après avoir relevé que « *toute violation de la règle de procédure emporte sanction, mais une sanction proportionnée aux besoins internes de la loi* »¹⁴⁴⁹, l'auteur proposa que les vices portant sur la citation en justice soient systématiquement sanctionnés par une exception de procédure¹⁴⁵⁰, mais que ceux portant sur la désignation de l'objet du litige et des parties fassent l'objet d'une « *rectification ou [d']une mise au point.* »¹⁴⁵¹ L'idée ne tarda pas à être reprise par la jurisprudence¹⁴⁵². La même année, un arrêt du Tribunal cantonal vaudois¹⁴⁵³, jugea que les erreurs relatives à la désignation des parties devaient faire désormais l'objet d'une régularisation et qu'elles ne pouvaient plus être simplement ignorées en application du mécanisme du grief. Les motifs sont particulièrement étayés et pertinents pour l'objet de notre étude. Nous nous y arrêterons brièvement. La juridiction releva, tout d'abord, que « *l'application du principe "pas de nullité sans préjudice" complique [...] inutilement la procédure en faisant dévier le débat sur des éléments subjectifs compliqués et étrangers au fond même de la cause* ». A son avis, « *l'application du système limitant le choix du juge entre l'admission ou le rejet des conclusions en éconduction d'instance donne des résultats peu satisfaisants* », car « *nombreuses sont les irrégularités de procédure relativement graves qui restent ainsi dépourvues de sanction, le juge s'étant refusé à annuler l'instance sans nécessité absolue et nombreux sont également les cas où le juge se trouve contraint d'invalidier l'instance quand bien même il eût été fort simple de*

¹⁴⁴⁶ Cf. supra, n° 404.

¹⁴⁴⁷ Frédéric FRITTING, L'exception dilatoire et le principe « pas de nullité sans préjudice », JdT 1953 III 98.

¹⁴⁴⁸ FRITTING, p. 102.

¹⁴⁴⁹ FRITTING, p. 103.

¹⁴⁵⁰ FRITTING, p. 103 : « *Il n'y a, en effet, pas de procédure possible sans que la partie ne soit régulièrement appelée au procès* ».

¹⁴⁵¹ FRITTING, p. 105.

¹⁴⁵² Cela d'autant plus que FRITTING était juge au tribunal cantonal vaudois.

¹⁴⁵³ Trib. cant. VD, 13 octobre 1953, JdT 1953 III 105. L'arrêt publié juste après l'article précité, il ne s'agit certainement pas d'un hasard.

redresser l'irrégularité ». Il était donc nécessaire d'adopter « *une solution intermédiaire consistant dans le redressement de l'irrégularité* ».

410. Même si cela n'apparaît nulle part, la réflexion du tribunal cantonal vaudois s'inscrit parfaitement à la suite de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'interdiction du formalisme excessif. On se rappellera, en effet, que celui-ci a imposé, dès les débuts, aux juridictions cantonales de donner une occasion aux parties de régulariser certains vices de procédure¹⁴⁵⁴. Lors de l'élaboration du Code de procédure civile vaudois de 1966¹⁴⁵⁵, la régularisation à l'initiative du juge fut expressément prévue pour les actes « *entachés d'une irrégularité manifeste* »¹⁴⁵⁶.

411. Dans d'autres cantons, l'introduction de la régularisation comme moyen d'éviter l'excès de formalisme ne fit pas l'objet d'un débat aussi approfondi que dans le canton de Vaud. A Neuchâtel, le Code de procédure civile de 1906 disposa que les actes de procédures affectés d'un vice de forme n'atteignant pas le degré de gravité des formalités essentielles seraient sujets à régularisation¹⁴⁵⁷, alors que la législation précédente ne prévoyait rien à leur égard. Par ailleurs, le législateur instaura une prolongation de la litispendance en cas d'annulation de l'exploit de demande afin de permettre au demandeur de déposer un second acte. Ce procédé permettait d'éviter la forclusion lorsque la demande en justice était soumise à un délai¹⁴⁵⁸. Le résultat était matériellement le même qu'une régularisation. Tel semblait être d'ailleurs le but poursuivi, la Commission législative du parlement cantonal indiquant à ce propos que la « *question des formalités essentielles perde[rait] beaucoup de son importance.* »¹⁴⁵⁹ Le régime des actes de procédure resta le même dans le Code de procédure civile de 1925¹⁴⁶⁰. Le droit genevois connaissait une réglementation similaire à celle du Code neuchâtelois de 1925. L'article 28 alinéa 1 de la Loi de procédure civile disposait que « *si*

¹⁴⁵⁴ Cf infra, n° 581.

¹⁴⁵⁵ Art. 168 CPC NE 1906 :

« *En cas d'admission du moyen préjudiciel tiré de la nullité de l'exploit introductif d'instance, le demandeur est tenu de signifier une nouvelle demande.*

En cas d'admission d'un déclinatoire soulevé par le défendeur, le demandeur est renvoyé à réassigner le défendeur, en la forme ordinaire, devant le tribunal reconnu compétent.

Dans les deux cas, le demandeur dépose au greffe son nouvel exploit dans les sept jours dès celui où le jugement a pris date. A défaut, l'instance est annulée et réputée non introduite. »

¹⁴⁵⁶ Art. 17 CPC VD, qui prévoit également la régularisation des actes illisibles, ou inconvenants, rédigés dans une langue étrangère et de ceux qui ne sont pas accompagnés des annexes prescrites par la loi.

¹⁴⁵⁷ Art. 77 CPC NE 1906.

¹⁴⁵⁸ Même si, dans l'écrasante majorité des cas, l'application de l'art. 139 CO, étendue à la péremption, aurait été suffisante.

¹⁴⁵⁹ Rapport de la Commission législative, BOGC 70, p. 216.

¹⁴⁶⁰ Voy. les art. 77 et 168 CPC NE 1925. A ceci près que sous l'empire du Code de 1925, le délai pour déposer le nouvel exploit de demande passa de sept à dix jours.

la signification [était] annulée [...], le jugement ordonn[ait] qu'il soit procédé à une nouvelle signification »¹⁴⁶¹, le second alinéa précisant que « l'instance rest[ait] liée. »¹⁴⁶² Parallèlement, l'article 39 conférait aux parties le droit de demander la « réparation » des actes de procédure viciés, sans que cela entraîne leur nullité¹⁴⁶³. Ultérieurement, la réglementation neuchâteloise fut modifiée et se distingua ainsi du droit genevois. Le Code neuchâtelois de procédure civile de 1991 étendit encore le champ d'application de la régularisation en prévoyant que le juge devait fixer un délai pour refaire les actes qu'il avait annulés pour contravention à une formalité essentielle¹⁴⁶⁴. La différence entre les formalités essentielles et les autres était désormais purement théorique, la régularisation s'imposant dans toutes les hypothèses. En présence d'une formalité essentielle l'acte vicié était préalablement annulé, avant que le juge ne fixe un délai pour le régulariser. Si la formalité était dépourvue de caractère essentiel, la régularisation était immédiatement ordonnée, sans procéder à l'annulation préalable¹⁴⁶⁵.

412. La régularisation existait également en droit tessinois, mais d'une manière plus confuse qu'à Neuchâtel ou Genève. L'article 142 alinéa 3 du Code de procédure civile tessinois prévoyait que le juge devait inviter les parties à régulariser les actes « *qui ne sont pas rédigés en langue italienne ou qui ne respectent pas les exigences de forme indispensables à l'accomplissement de leur but.* »¹⁴⁶⁶. Ni la jurisprudence, ni la doctrine, ne donnaient d'indication sur la relation entre cette régularisation, ordonnée par le juge, et l'annulation prévue à l'article 143 du Code de procédure civile tessinois.

b) L'interprétation raisonnable

413. Nous avons vu, au cours de notre présentation de l'évolution historique du droit français, que les juridictions françaises avaient appliqué d'une manière très souple

¹⁴⁶¹ La litispendance étant réalisée par le dépôt au greffe de la demande, la réassignation des parties n'avait aucune conséquence sur celle-ci : BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, n° 4 ad art. 28 LPC GE.

¹⁴⁶² Jusqu'en 1978, cela n'était possible que pour les vices de procédure qui n'étaient pas imputables aux parties. Voy. par exemple : Cour just. GE, 27 décembre 1968, SJ 1971, pp. 23 ss ; Raymond PERROT, Loi de procédure civile genevoise annotée, Imprimerie Atar S.A., Genève, 1939, p. 30. En effet, il appartenait aux parties de mandater un huissier de justice pour signifier l'assignation, à moins qu'elles ne s'en remettent à la signification par voie postale à l'initiative du greffe. Si elle avait lieu par voie d'huissier, l'introduction d'instance se faisait donc de la même manière qu'en droit français (pour plus de précisions : BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, n° 1 ad art. 28 LPC GE ; Jean CREUX, Die Stellung des Richters im genferischen Zivilprozess, thèse Zurich, Verlag P.G. Keller, Winterthour, 1960, p. 38-39).

¹⁴⁶³ Art. 39 LPC GE : « *Lorsqu'un acte de procédure contient une contravention qui n'entraîne pas nullité, il est réparé par un acte postérieur, si la partie le requiert et y a intérêt.* »

¹⁴⁶⁴ Art. 63 al. 1 CPC NE.

¹⁴⁶⁵ En ce sens : BOHNET/SCHWEIZER, p. 52-53.

¹⁴⁶⁶ Art. 142 al. 3 CPC TI : « *Il giudice rinvia alla parte un atto non redatto in lingua italiana o che manchi dei requisiti formali indispensabili al raggiungimento dello scopo, assegnandole un termine per rimediare al difetto. In questo caso la data dell'insinuazione si fa risalire alla consegna del primo atto.* »

bon nombre de dispositions figurant dans le Code de procédure civile de 1806¹⁴⁶⁷. Nous nous proposons de procéder à la même analyse en ce qui concerne le droit des cantons de Suisse romande. Pour des raisons évidentes, nous n'allons pas aborder toutes les dispositions de tous les codes de procédure civile. Les procédures sommaires constituaient un cas récurrent d'assouplissement du formalisme de la procédure. L'instance devait être achevée le plus rapidement possible. Souvent les parties ne disposaient que d'une audience, sans échange préalable de mémoires, pour exposer tous leurs arguments¹⁴⁶⁸. La jurisprudence sut apporter à plusieurs reprises les accommodements nécessaires afin d'éviter que l'impératif de rapidité n'entraîne un excès de rigueur. En droit neuchâtelois, la pratique admettait le dépôt, avec l'assentiment de la juridiction, de pièces ou d'observations supplémentaires, lorsque la cause présentait certaines difficultés, ou si des arguments nouveaux ont été invoqués pour la première fois lors de l'audience¹⁴⁶⁹. A Genève, la jurisprudence autorisait, pour les mêmes raisons, le dépôt de pièces nouvelles en appel, quand bien même ce recours était limité aux questions de droit sur le fondement de l'article 292 de la Loi genevoise de procédure civile¹⁴⁷⁰.

414. Il arriva que le Tribunal fédéral doive rappeler les juridictions cantonales à plus de rigueur. C'est, à notre avis, la preuve la plus éclatante de la grande souplesse dont celles-ci étaient capables. Deux exemples sont particulièrement instructifs à cet égard. Le premier concerne l'organisation judiciaire tessinoise. Jusqu'aux réformes introduites par l'unification de la procédure civile, celle-ci prévoyait que les juges civils ordinaires, les *Pretori*¹⁴⁷¹, étaient secondés par des *Segretari assessori*, soit des greffiers susceptibles d'assumer des fonctions judiciaires en cas d'empêchement des *Pretori*¹⁴⁷². L'article 34 alinéa 2 de la Loi tessinoise d'organisation judiciaire prévoyait que le *Segretario*

¹⁴⁶⁷ Cf. supra, n° 75 ss.

¹⁴⁶⁸ Voy. par exemple : art. 378 et 381 CPC NE; art. 351 et 352 CPC VD; art. 352 LPC GE.

¹⁴⁶⁹ Trib. cant. NE, 18 mai 1999, n° CCC.1998.7538 et la référence citée. Voy. également BOHNET, CPCN commenté, n° 3 ad art. 372 CPC NE. Il est vrai que la question de l'effet de surprise relevait davantage de l'égalité des armes que de l'excès de formalisme. A notre avis, toutefois, le problème de l'égalité des armes était surtout la conséquence d'une application trop stricte, et donc excessivement formaliste, des dispositions pertinentes du code.

¹⁴⁷⁰ Voy. Cour just. GE, 8 novembre 2007, ACJC/1337/2007, cons. 1.2; Cour just. GE, 29 novembre 2007, ACJC/1451/2007, cons. 2.2.1. Pour plus de précisions : BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, n° 6 ad art. 292 LPC GE.

¹⁴⁷¹ Art. 32 Legge sull'organizzazione giudiziaria du 10 mai 2006 (publiée in RL 3.1.1.1). L'intitulé de la fonction est le résultat de l'influence italienne sur l'organisation judiciaire. En Italie, les *Preture* constituaient des juridictions civiles et pénales, siégeant à juge unique, intermédiaires entre les *Giudicature di Pace* (créés par la Loi n° 374 du 21 novembre 1991, publiée in *Gazzetta Ufficiale* du 27 novembre 1991, *supplemente ordinario* n° 278), soit les justices de paix, et les *Tribunali*, ce derniers constituant les juridictions ordinaires de première instance. Les *Preture* furent supprimées par le Décret-loi n° 51 du 19 février 1998 (publié in *Gazzetta Ufficiale* du 20 mars 1998, *supplemente ordinario* n° 48) et les affaires de leur compétence furent dévolues aux *Tribunali* siégeant à juge unique, parfois au sein d'office décentralisés distincts du siège du *Tribunale* auquel les anciennes *Preture* furent rattachées. C'est ainsi que la *Pretura* de Luino, petite ville à la frontière suisse, devint le *Sede distaccata* du *Tribunale* de Varèse...

¹⁴⁷² Art. 34 Legge sull'organizzazione giudiziaria du 10 mai 2006.

assessore remplaçait le *Pretore* sous sa responsabilité « *quand le [bon] fonctionnement de la "Pretura" l'exige.* »¹⁴⁷³ Les juridictions tessinoises eurent tôt fait d'interpréter si largement cette exigence qu'elles admettaient des délégations de compétence en bloc. C'est ainsi que les *Segretari assessori* assumèrent bientôt tout un pan du contentieux civil ordinaire, notamment les procédures d'exécution forcée. Un arrêt du Tribunal fédéral mit fin à cette évolution¹⁴⁷⁴, rappelant qu'il avait déjà dû intervenir par le passé dans ces questions d'organisation judiciaire tessinoises¹⁴⁷⁵. Le Tribunal d'appel du Tessin s'inclina, non sans protester d'ailleurs¹⁴⁷⁶.

415. Le second exemple que nous mentionnerons concerne le canton de Genève¹⁴⁷⁷. L'affaire portait sur un procès au cours duquel les juridictions cantonales avaient admis une « *rectification des qualités des parties* » dont le but était de substituer une filiale à la société mère, cette dernière excipant de son défaut de légitimation passive¹⁴⁷⁸. La Cour de justice avait approuvé le procédé au motif que seul subsistait « *un léger risque de confusion* »¹⁴⁷⁹. A son avis, seul était déterminant en l'espèce le fait que la demande en justice portât sur « *la responsabilité de la société concernée pour les agissements de membres de ses organes, au demeurant tous correctement identifiés, dans la supervision de sa filiale suisse dans le cadre de l'octroi d'un crédit de 300'000'000 USD.* », la société assignée devant se rendre compte « *que ce n'était pas elle, mais sa filiale, qui était attraitée en justice.* »¹⁴⁸⁰ Le Tribunal fédéral jugea le procédé arbitraire, estimant, en substance, que la défenderesse ne pouvait exclure d'emblée qu'elle ait été également concernée par la demande en justice.¹⁴⁸¹

¹⁴⁷³ Art. 34 al. 2 Legge sull'organizzazione giudiziaria du 10 mai 2006 : « *Il segretario assessore sostituisce inoltre il pretore, su richiesta e sotto la responsabilità di quest'ultimo, quando lo esiga il funzionamento della Pretura.* »

¹⁴⁷⁴ ATF 134 I 184, RtiD 2009 I 20, RDAF 2009 I 427.

¹⁴⁷⁵ Arrêt précité, cons. 5.4.1, renvoyant à l'ATF 117 Ia 175.

¹⁴⁷⁶ Trib. app. TI, 4 août 2008, n° 14.2008.25, cons. 5 : « *Questa Camera non avendo mai interpretato l'art. 34 cpv. 2 LOG con il rigore del Tribunale federale (e non essendo mai stata adita nemmeno con censure relative a vizi di giurisdizione), quei sindacati hanno assunto carattere definitivo. Dopo la citata sentenza del Tribunale federale, tuttavia, tale stato di grazia non può durare oltre. La sentenza appellata va dunque annullata e gli atti rinviati in prima sede perché il Pretore assuma la responsabilità del giudizio e statuisca di nuovo.* »

¹⁴⁷⁷ ATF 131 I 57, SJ 2005 I 312.

¹⁴⁷⁸ Arrêt précité, résumé des faits, p. 58-59.

¹⁴⁷⁹ Arrêt précité, cons. 2.3.

¹⁴⁸⁰ Arrêt précité, *ibid.*

¹⁴⁸¹ Arrêt précité, cons. 2.4. Voy. également : Trib. cant. VS, 11 avril 1997, RVJ 1997, pp. 240 ss.

§ 2 : Le dialogue entre les juridictions cantonales et le Tribunal fédéral

416. Suite aux arrêts du Tribunal fédéral rendus en matière d'interdiction du formalisme excessif, les juridictions cantonales et le Tribunal fédéral se trouvèrent dans une position particulière. Celui-ci disposait certes du pouvoir d'annuler les arrêts rendus par les Tribunaux cantonaux en matière procédurale¹⁴⁸², mais il n'est pas en mesure d'exercer un contrôle complet sur la manière dont la procédure civile cantonale était appliquée. A cela venait s'ajouter le fait que la diversité des législations cantonales rendait plus délicate la réception de la jurisprudence fédérale. Compte tenu également du fait que le pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral était illimité dans certains domaines du droit judiciaire privé, on comprend bien la nature complexe des liens entre la juridiction fédérale et les tribunaux cantonaux en matière de procédure. Bien loin d'être uniquement au sommet de la pyramide judiciaire, la juridiction suprême suisse se trouvait engagée dans un délicat « *dialogue* »¹⁴⁸³ avec les juridictions cantonales qu'elle devait également persuader de suivre, non seulement la lettre de ses arrêts, mais également leur esprit. Sur certains points en tout cas, cela ne va pas sans rappeler la position de la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁴⁸⁴, même si les pouvoirs de cette dernière sont infiniment moins étendus¹⁴⁸⁵.

¹⁴⁸² D'abord le biais du recours de droit public, art. 84 ss aOJF 1943, ensuite par celui du recours en matière civile, art. 72 ss LTF.

¹⁴⁸³ Sinon, il aurait fallu rendre un arrêt sur chaque disposition problématique du droit cantonal, ce qui aurait certainement été impossible.

¹⁴⁸⁴ Sur le dialogue entre la Cour européenne des droits de l'Homme et les juridictions nationales : Ireneu CABRAL BARRETO, Le dialogue entre la Cour et les Tribunaux portugais : une réussite, *in* La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Dalloz, Paris, 2011, pp. 83 ss ; Lech GARLICKI, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité – Sur le dialogue des juges, *in* La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Dalloz, Paris, 2011, pp. 271 ss ; Bruno GENEVOIS, Cour européenne des droits de l'homme et juge national : dialogue et dernier mot, *in* La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Dalloz, Paris, 2011, pp. 281 ss. Le fait que le même recueil de Mélanges puisse comporter trois articles à ce sujet démontre suffisamment l'importance de la question. Pour une vision plus large du dialogue des juges : Mark E. VILLIGER, The Dialogue of Judges, *in* Christine HOHMANN-DENNHARDT/Peter MASUCH/Mark VILLIGER (édit.), Grundrechte und Solidarität – Durchsetzung und Verfahren, Festschrift für Renate Jaeger, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein, 2011, pp. 195 ss.

¹⁴⁸⁵ La Cour européenne des droits de l'Homme ne dispose pas du pouvoir de casser les arrêts des juridictions nationales, mais uniquement de constater une violation de la Convention. Ce constat laisse subsister les décisions de justice rendues par les tribunaux nationaux : Xavier-Baptiste RUEDIN, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Procédure, obligation des Etats, pratique et réforme, thèse Berne, Collection de droit international public, Helbing Lichtenhahn/L.G.D.J./Bruylant, Bâle/Paris/Bruxelles, 2009, pp. 85 ss. En revanche, les Etats partie à la Convention sont libres de prévoir d'eux-mêmes qu'un arrêt de la Cour de Strasbourg déploiera un « *effet cassatoire atténué* », pour reprendre l'expression employée par Elisabeth LAMBERT, Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, thèse Strasbourg, Coll. Organisation internationale et relations internationales, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 239 ss.

417. En matière d'excès de formalisme, la relation entre le Tribunal fédéral et les juridictions cantonales s'organisait autour de deux pôles¹⁴⁸⁶. Premièrement, le dialogue présentait un aspect clairement hiérarchique. Il s'agissait pour la juridiction suprême de veiller à la réception de ses principes jurisprudentiels par les juridictions cantonales, même si ceux-ci allaient à l'encontre des règles claires du droit cantonal (A). Le dialogue dépassait cependant la simple application des directives formulées par la juridiction suprême. Il prenait alors une dimension horizontale, étant donné que les rapports entre le Tribunal fédéral et les juridictions cantonales sortaient du strict cadre hiérarchique pour aborder d'autres dimensions (B).

A) Le dialogue hiérarchique

418. Etant donné que le Tribunal fédéral n'était pas compétent pour revoir l'application de la procédure civile cantonale, sa jurisprudence ne s'imposait pas d'elle-même, car elle ne dictait pas clairement aux juridictions cantonales quel sens celles-ci devaient donner aux dispositions de la législation cantonale. La réception de la jurisprudence fédérale¹⁴⁸⁷ était toujours délicate, car elle présupposait d'en saisir l'exacte portée.

419. Cela laissait ainsi une certaine place pour l'interprétation et créait *de facto* une certaine marge d'appréciation. Les juridictions cantonales pouvaient, de surcroît, être d'avis que leur solution, fondée sur une approche essentiellement privatiste, devait l'emporter sur celle du Tribunal fédéral. Il ne fait pas de doute qu'il leur arrivait même de penser que ce dernier outrepassait ses compétences¹⁴⁸⁸. Si elles rejetaient la solution se dégageant de la jurisprudence fédérale, elles s'exposaient à la censure de la juridiction suprême. Mais le sort d'un recours au Tribunal fédéral pour excès de formalisme était rarement joué d'avance. La réticence n'était donc pas vouée d'emblée à l'échec.

¹⁴⁸⁶ Cette idée se retrouve d'ailleurs à d'autres égards dans la doctrine suisse. S'agissant de l'état de la procédure civile avant l'unification de celle-ci, SUTTER-SOMM oppose ainsi le « *morcellement vertical entre Confédération et cantons* » (Auf dem Weg zur Rechtseinheit, p. 151-154) au « *morcellement horizontal entre cantons eux-mêmes* » (Auf dem Weg zur Rechtseinheit, p. 154-155).

¹⁴⁸⁷ Qui peut également être l'œuvre de la doctrine synthétisant pour les besoins des juridictions cantonales les principes se dégageant de la jurisprudence fédérale. Voy. par exemple : Ferruccio BOLLA, Note sous Trib. app. TI, 15 février 1966, REP 1967, p. 139 parle, s'agissant de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendu jusqu'alors, d'un « *insegnamento sui limiti del formalismo ammissibile* », avant d'arriver à la conclusion que l'application, *in casu*, du mécanisme du grief était justifiée, alors que la question ne semble pas avoir été traitée dans l'arrêt cantonal brièvement résumé.

¹⁴⁸⁸ Voy. à titre d'exemple doctrinal : Jean-François POUDRET, Note sous Trib. cant. VD, 18 décembre 1979, JdT 1980 III 22 prétendant « *condamner une jurisprudence qui empiète sans nécessité dans le domaine de la procédure réservé aux cantons* ».

420. Au vu de ces éléments, les juridictions cantonales pouvaient donc adopter deux approches différentes. Soit elles acceptaient la jurisprudence du Tribunal fédéral, et l'intégraient spontanément au droit cantonal (1), soit elles tentaient de s'y soustraire en développant des stratégies d'évitement (2).

1) La réception de la jurisprudence fédérale

421. La réception de la jurisprudence fédérale¹⁴⁸⁹ pouvait intervenir de manière stricte et se limiter à suivre de manière étroite les préceptes édictés par la juridiction suprême dans un cas particulier (a). Elle pouvait cependant aussi porter sur l'esprit général qui s'en dégage. En pareil cas, elle permettait d'anticiper des problèmes futurs qui n'auraient pas encore été réglés par le Tribunal fédéral (b).

a) La reprise de précédents concernant le canton lui-même

422. Rares sont les exemples publiés où la juridiction cantonale annonce ouvertement un changement de pratique suite à un arrêt du Tribunal fédéral. On mentionnera dans ce registre un arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois déclarant recevable, par référence à la doctrine¹⁴⁹⁰, un recours adressé à une section incompétente de la juridiction, alors que vingt ans auparavant il y voyait encore une cause d'irrecevabilité¹⁴⁹¹. L'arrêt du Tribunal fédéral pouvait également affecter d'autres domaines connexes de la procédure cantonale sans être expressément mentionné¹⁴⁹².

423. Il arrivait que la réception de la jurisprudence fédérale donne lieu à de subtiles précisions qui font penser à du marchandage. Sans contester la portée de l'arrêt du Tribunal fédéral, la juridiction cantonale essayait d'en limiter la portée en se fondant sur de minimes différences de fait¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁹ Pour une présentation de la jurisprudence cantonale adoptée jusqu'en décembre 1978 : BROSSET, p. 6-7.

¹⁴⁹⁰ Trib. cant. NE, 16 août 2005, cons. 1, RJN 2005, p. 273. Le recours contre un jugement de faillite, avait été adressé à la Cour de cassation civile au lieu de la Cour civile.

¹⁴⁹¹ ATF 101 Ia 323, l'affaire concernait un recours adressé au Tribunal cantonal au lieu de l'être à l'Autorité tutélaire de surveillance.

¹⁴⁹² Voy. par exemple : Cour supr. TG, 19 février 1970, RBOG 1970, n° 14, p. 61-62 concernant la procédure écrite d'appel du droit thurgovien d'alors. La procédure ordinaire, soit avec tenue d'une audience, avait fait l'objet d'un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 87 I 3) et s'apprêtait à attirer à nouveau l'attention du Tribunal fédéral (ATF 96 I 314). La référence discrète à l'interdiction du formalisme excessif doit, à notre avis, être interprétée comme la preuve que les juridictions cantonales étaient conscientes des problèmes causés par leur interprétation du Code de procédure civile thurgovien.

¹⁴⁹³ Cour supr. TG, 1^{er} juillet 1986, RBOG 1986, n° 13, pp. 75 ss. L'affaire portait sur la procédure d'appel en droit thurgovien qui donna lieu à deux arrêts du Tribunal fédéral en matière de formalisme excessif (ATF 87 I 3 et ATF 96 I 314). Celle-ci était particulièrement peu commode vu que l'appelant devait accomplir trois actes de procédure successifs pour interjeter son recours. Premièrement, il devait déclarer son intention de faire appel auprès de la

b) L'anticipation des problèmes futurs

424. L'utilisation des langues en justice constitue un bon exemple de transposition, d'un canton à l'autre, de la jurisprudence du Tribunal fédéral. En 1976, le Tribunal fédéral jugea dans une affaire tessinoise qu'il était excessivement formaliste de déclarer un recours irrecevable pour la seule raison qu'il n'était pas rédigé dans la langue officielle du canton, la juridiction cantonale devant inviter le recourant à en produire une traduction¹⁴⁹⁴. Par la suite les juridictions neuchâteloises reprirent cette solution¹⁴⁹⁵. Il en alla de même de la possibilité de régulariser divers vices de procédure, tels que la désignation des parties¹⁴⁹⁶, l'absence de signature¹⁴⁹⁷, de procuration¹⁴⁹⁸, d'annexes à un acte introductif d'instance¹⁴⁹⁹ ou d'autorisation de plaider¹⁵⁰⁰. La jurisprudence fédérale concernant l'interprétation des actes de procédure fut également reprise par les

juridiction de première instance, ensuite payer l'avance de frais et devait demander au greffe de la Cour suprême la mise au rôle de son appel, le tout dans des délais bien précis. En l'espèce le recourant avait uniquement déclaré interjeter appel, alors que dans l'ATF 96 I 314, le recourant avait déclaré son appel, payé les frais de justice, mais au greffe de la juridiction de première instance, et omis de demander l'inscription au rôle de l'appel. Cette différence avait suffi à la juridiction cantonale pour déclarer l'appel irrecevable, sans toutefois qu'elle ne s'en explique véritablement. Voy. également Trib. cant. GR, 9 juillet 2007, n° ZB 07 29, cons. 4 où la transmission d'office des actes adressés à une autorité incompétente, instaurée par l'ATF 118 Ia 241, rendu dans une affaire grisonne, fut limitée aux autorités partageant le même siège et Trib. app. TI, 17 septembre 2004, n° 14.2003.111 cons. 2 où la juridiction exhume un prétendu « *principe de célérité* » applicable en matière de poursuite pour effets de change pour refuser des documents rédigés dans une langue étrangère que produisait le créancier, sans l'inviter à produire une traduction à brève échéance. La juridiction semble oublier deux choses. Premièrement, le principe de célérité qu'elle invoque est au moins aussi important que celui de la sécurité juridique, applicable en matière de délais de recours, et qui n'a pas empêché le Tribunal fédéral de considérer que l'irrecevabilité *de plano* était excessivement formaliste. Deuxièmement, le principe de célérité est avant tout au service du créancier qui veut recouvrer rapidement sa créance. L'allongement de la procédure, le temps qu'il fasse traduire les documents, constitue une sanction suffisante. En tout état de cause, le principe ne devrait pas être appliqué en matière de mainlevée provisoire de l'opposition (Trib. app. TI, 23 janvier 2002, n° 14.2001.00096). Le raisonnement adopté en l'espèce est d'autant plus troublant que les juridictions tessinoises admettaient parfois des documents produits en langue étrangère sans exiger de traduction en italien : Trib. app. TI, 5 juillet 2004, n° 12.2003.136, cons. 4 ; Trib. app. TI, 5 juillet 2004, n° 12.2003.140, cons. 4. Toutes ces circonlocutions ne servent, manifestement, qu'à dissimuler le fait que les juridictions tessinoises entendaient limiter la portée de l'ATF 102 Ia 35 qui les concernait au tout premier chef.

¹⁴⁹⁴ ATF 102 Ia 35.

¹⁴⁹⁵ Trib. admin. NE, 24 octobre 1991, RJN 1991, pp. 230 ss.

¹⁴⁹⁶ Trib. cant. JU, 14 février 1995, cons. 4b, RJJ 1995, p. 143-144 ; Trib. cant. GR, 23 novembre 1977, PKG 1977, n° 32, p. 109-110.

¹⁴⁹⁷ Trib. app. TI, 11 mai 2007, n° 12.2007.99 ; Trib. cant. VD, 25 février 1992, cons. 1, JdT 1992 III 115, p. 115-117 ; Trib. cant. JU, 13 février 1991, cons. 2b, RJJ 1991, p. 288 ; Trib. admin. BE, 24 juin 1990, cons. 2b, BVR 1991, p. 94 ; Trib. cant. VD, 4 août 1980, JdT 1981 III 38 (très restrictif).

¹⁴⁹⁸ Trib. cant. GR, 25 juin 2008, n° ZF 08 13, cons. 3b (référence à l'ATF 130 V 177) ; Trib. cant. VD, 19 décembre 2002, cons. 4b, JdT 2004 III 10, p. 14 ; Trib. cant. VD, 19 mai 1999, cons. 3, JdT 2000 III 109, p. 113 ; Trib. cant. VD, 5 décembre 1989, cons. 2da, JdT 1990 III 69, p. 71 ; Trib. cant. VD, 8 décembre 1970, JdT 1971 III 37 (référence à l'ATF 92 I 13) ; Trib. cant. VS, 30 septembre 1966, cons. 3, RVJ 1967, p. 173 (référence à l'ATF 92 I 13). En revanche la nécessité même de justifier des pouvoirs de représentation par un acte écrit ne saurait être contestée : arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 19 décembre 2002 précité, cons. 4b ; Trib. cant. GR, 18 novembre 1995, cons. 2, PKG 1995, p. 78. Sur l'absence de capacité d'ester en justice du mineur : Trib. cant. VD, 19 avril 1986, JdT 1987 III 42.

¹⁴⁹⁹ Cour supr. TG, 13 février 2006, RBOG 2006, n° 37, pp. 210 ss ; Cour supr. UR, 24 juillet 1998, cons. 3, RB 1998-1999, n° 8, p. 33 ; Cour supr. ZH, 1^{er} novembre 1976, cons. 5d, ZR 76 (1977), p. 38 ; Trib. app. TI, 28 septembre 1972, cons. 10 et 11, REP 1972, p. 339-340.

¹⁵⁰⁰ Trib. cant. FR, 14 novembre 1985, RFJ 1985, pp. 43 ss. Voy. toutefois concernant l'autorisation de plaider sollicitée après l'échéance du délai de recours : Cour supr. TG, 27 février 1990, RBOG 1990, n° 24, pp. 109 ss.

juridictions cantonales¹⁵⁰¹. La conformité de principe de certaines réglementations cantonales avec l'interdiction du formalisme excessif fit également l'objet d'arrêts cantonaux¹⁵⁰². Des petites différences demeurèrent toutefois entre la jurisprudence fédérale et cantonale, mais elles pouvaient jouer en faveur des justiciables. Ainsi le Tribunal administratif de Neuchâtel admit que la traduction d'un recours déposé dans une langue étrangère ne soit pas « *littérale et rigoureuse* », à condition « *que l'écrit contien[ne] toutefois les principaux arguments du recours de base.* »¹⁵⁰³ De telles précisions, qui constituaient un assouplissement supplémentaire, ne figurent pas dans l'arrêt initial du Tribunal fédéral.

425. D'autres cas furent peut-être plus délicats à trancher, car ils concernaient des questions particulières de droit cantonal qui ne se retrouvaient pas aisément ailleurs. Les juridictions cantonales surent faire preuve de générosité à l'égard des parties, malgré les incertitudes. Tel fut le cas de cette pratique des juridictions tessinoises consistant à obliger les parties à désigner un mandataire à bref délai, et à peine de radiation du rôle, alors que l'affaire était en état d'être jugée. Au terme d'un raisonnement soigneusement étayé, le Tribunal d'appel y vit un cas d'excès de formalisme¹⁵⁰⁴. On rencontre également quelques arrêts ayant fait application de la théorie des équipollents¹⁵⁰⁵.

426. Dans certains cas, la juridiction cantonale fit figure de précurseur. Tel fut le cas, à plusieurs reprises, du Tribunal cantonal valaisan. Ainsi, en 1972 déjà, la juridiction considéra qu'une déclaration d'appel ni datée ni signée n'entraînait pas la déchéance du recours¹⁵⁰⁶. En 1984, elle jugea que les actes adressés à une juridiction incompétente *ratione materiae* devaient être transmis d'office¹⁵⁰⁷, lors même que le Tribunal fédéral n'a

¹⁵⁰¹ Trib. admin. SG, 13 janvier 2009, n° R 08 70, cons. 1c ; Trib. cant. GR, 30 janvier 2008, n° SKG 07 53, cons. 3 ; Trib. cant. VD, 12 décembre 1973, JdT 1974 III 118, p. 120 ; Trib. cant. VD, 27 juillet 1973, JdT 1974 III 81, p. 86 ; Trib. cant. VD, 7 novembre 1972, cons. 1, JdT 1973 III 46, p. 49 ; Trib. cant. VD, 24 novembre 1970, JdT 1971 III 67.

¹⁵⁰² Délais de recours : Trib. cant. SG, 9 juin 2008, cons. II/1.d, GVP SG 2008 n° 83, p. 219 ; Cour. supr. TG, 21 février 1995, RBOG 1995, n° 49, pp. 198 ss (qui applique toutefois les principes à l'appelant comparaissant tardivement à l'audience). Obligation de soulever le déclinatoire d'incompétence avant toute défense sur le fond : Trib. cant. VD, 1^{er} janvier 1998, cons. 5c, JdT 1998 III 114, p. 118-120 ; Possibilité de faire dépendre la recevabilité de recours du paiement d'une avance de frais dans un certain délai : Cour supr. UR, 21 novembre 1997, cons. 2b, RB 1998-1999, n° 17, p. 52 ; Trib. app. TI, 25 juillet 1997, n° 11.1997.121 ; Trib. cant. GR, 28 octobre 1992, cons. b), PKG 1992, n° 43, p. 169 ; Cour supr. ZG, 14 août 1985, cons. 4, GVP ZG 1985-1986, p. 108 ; Cour supr. TG, 6 décembre 1973, RBOG 1973, n° 17, p. 65-66 (laconique). Possibilité de prohiber l'usage de la télécopie : Trib. cant. GR, 2 mars 1993, PKG 1993, n° 43, pp. 151 ss. Respect de la maxime des débats : Trib. cant. VD, 22 juin 1977, JdT 1978 III 43, p. 48 ; Possibilité d'interdire la représentation par avocat : Trib. app. TI, 14 décembre 2005, n° 16.2005.110.

¹⁵⁰³ Arrêt précité du 24 octobre 1991, cons. 2b, RJN 1991, page 232.

¹⁵⁰⁴ Trib. app. TI, 17 août 1977, REP 1979, pp. 62 ss.

¹⁵⁰⁵ Trib. admin. AG, 13 février 2008, cons. 2.3., AGVE 2008, p. 297 ; Trib. cant. GR, 28 mars 2007, BK 07 4, cons. 1 (place de la signature)

¹⁵⁰⁶ Trib. cant. VS, 19 décembre 1972, RVJ 1972, pp. 241 ss.

¹⁵⁰⁷ Trib. cant. VS, 19 octobre 1984, cons. 7a, RVJ 1984, p. 248.

proclamé ce principe qu'en 1992¹⁵⁰⁸. Dans une moindre mesure, on relèvera également que le Tribunal d'appel du Tessin déduisit le mécanisme du grief de l'interdiction du formalisme excessif en 1973¹⁵⁰⁹, alors que la confirmation définitive par le Tribunal fédéral n'intervint qu'en 2006¹⁵¹⁰.

427. Une certaine gêne pouvait parfois transparaître, face à la difficulté d'établir les principes applicables en l'espèce, lorsque la jurisprudence fédérale n'était pas des plus claires. Plusieurs juridictions cantonales admirent, à titre d'*obiter dictum*, que l'interdiction du formalisme excessif puisse commander de considérer que l'effet dévolutif d'un recours remédie à l'incompétence *ratione materiae* de la juridiction de première instance¹⁵¹¹. Il en alla de même de la conversion des recours¹⁵¹², ou de la transmission des recours interjetés auprès d'une autorité incompétente¹⁵¹³.

428. Il arriva même parfois aux juridictions cantonales d'être implicitement désavouée par le Tribunal fédéral, lorsqu'ultérieurement il se montra plus sévère qu'elles. Ainsi le juge-instructeur¹⁵¹⁴ de Sierre retint que la violation des règles relatives au monopole des avocats pouvait faire l'objet d'une régularisation par le *dominus litis*, notamment sous la forme d'une ratification¹⁵¹⁵. Dix ans plus tard, le Tribunal fédéral soutint l'exact contraire, considérant que le fait de déclarer irrecevable un recours pour cette raison n'était, en principe, pas excessivement formaliste¹⁵¹⁶.

429. Cela étant, dans un grand nombre d'affaires, l'interdiction du formalisme excessif est mentionnée en passant, sans qu'il y ait de véritable débat et sans qu'elle

¹⁵⁰⁸ ATF 118 Ia 241, cons. 3, JdT 1995 I 538, SJ 1993 15.

¹⁵⁰⁹ Trib. app. TI, 21 novembre 1973, cons. 1, REP 1974, p. 361.

¹⁵¹⁰ ATF 132 I 249, cons. 5, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 32 ss (note Rétornaz)

¹⁵¹¹ Trib. cant. VS, 6 novembre 2002, cons. 1b)cc), RVJ 2004, p. 129 où toutefois la réticence du Tribunal fédéral est rapportée (ATF 99 Ib 481, cons. 2b s'agissant d'un recours adressé au Tribunal fédéral dans une affaire qui aurait dû faire l'objet d'une action de droit administratif).

¹⁵¹² Voy. plus particulièrement Trib. cass. ZH, 20 avril 2010, ZR 109 (2010), n° 52, pp. 200 ss admettant la conversion lors même que le recours est interjeté par un avocat.

¹⁵¹³ Trib. cant. GR, 9 juillet 2007, n° ZB 07 29, cons. 4 ; Trib. cant. NE, 3 février 1997, cons. 1, RJN 1997, p. 153 (apparemment limité au recours interjeté auprès du *judex ad quem* au lieu de l'être auprès du *judex a quo*) ; Trib. admin. AG, 20 décembre 1991, AGVE 1991, n° 59, pp. 372 ss. Voy. toutefois Trib. cant. VD, 24 août 2005, JdT 2007 III 36, p. 36 qui refuse de convertir un recours au Tribunal cantonal, contre une ordonnance présidentielle de mesure provisoire, en appel porté devant le Tribunal civil alors que précédemment un tel procédé était admis (Trib. cant. VD, 8 mars 1991, cons. 5, JdT 1991 III 79, p. 84 et Trib. cant. VD, 2 février 1981, cons. 2, JdT 1981 III 145, p. 147)

¹⁵¹⁴ Qu'on ne s'y trompe pas, il s'agit toujours d'une affaire civile. En vertu d'une particularité de l'organisation judiciaire valaisanne, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010, le juge-instructeur, rattaché au Tribunal de district, procédait à la mise en état (*instruction*) de certaines affaires civiles, alors que le jugement était directement rendu par le Tribunal cantonal (art. 22 al. 2 CPC VS). La procédure civile valaisanne comportait donc une césure semblable à celle existant dans le procès pénal entre la phase d'instruction et celle de jugement.

¹⁵¹⁵ Juge instr. Sierre, 20 décembre 1985, cons. 3, RVJ 1985, pp. 222 ss. Apparemment dans le même sens : Trib. admin. BE, 6 juillet 1987, cons. 4a, BVR 1987, p. 429-430 ; Trib. admin. AG, 16 août 1982, AGVE 1982, n° 55, pp. 292 ss.

¹⁵¹⁶ ATF 125 I 166, cons. 3d, RDAF 2000 I 718. Voy. pour une reprise implicite de cette jurisprudence en droit cantonal : Trib. app. TI, 14 décembre 2005, n° 16.2005.110.

constitue l'élément déterminant¹⁵¹⁷. Parfois, la solution semble même s'imposer spontanément, sans qu'elle prenne directement appui dans la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁵¹⁸. Il arrive même que certaines questions typiques soient réglées en accord avec la jurisprudence du Tribunal fédéral sans que celle-ci, ni même l'interdiction du formalisme excessif, ne soient mentionnées¹⁵¹⁹. Ces quelques exemples nous montrent que les juridictions cantonales ont préféré, dans une grande majorité de cas, maintenir une interprétation purement privatiste du droit de procédure civile, quitte à diminuer, dans la rédaction des motifs, l'importance accordée à l'interdiction du formalisme excessif.

2) Les stratégies d'évitement

430. Nous n'avons pas trouvé de décision cantonale de justice où l'autorité du Tribunal fédéral serait directement contestée. Il faut noter d'emblée que dans la plupart

¹⁵¹⁷ Trib. cant. VD, 10 mars 2010, JdT 2011 III 62, p. 62-63 (conclusions implicites) ; Cour just. GE, 14 janvier 2010, n° ACJC/5/2010, cons. 1.3 (omission de rédiger le bordereau des pièces accompagnant la requête d'appel en procédure sommaire) ; Cour supr. TG, 25 janvier 2008, RBOG 2008, p. 222-223 (régularisation de la désignation des parties dans une attestation de non conciliation) ; Trib. cant. GR, 20 décembre 2006, cons. 1b, PKG 2006, n° 32, p. 180 (régularisation de la désignation des parties) ; Cour supr. TG, 26 juillet 2004, cons. 2c, RBOG 2004, n° 28, p. 170 (principe de l'interprétation raisonnable des dispositions de procédure) ; Cour supr. TG, 12 mars 2003, cons. 2c)bb), RBOG 2003, n° 28, p. 163-164 (interprétation d'une demande de mesures provisoires) ; Trib. cant. VD, 20 juin 2000, cons. 2, JdT 2003 III 9, p. 11 (admissibilité des conclusions principales en déclinatoire d'incompétence et subsidiaire en irrecevabilité pour chose jugée) ; Cour supr. LU, 3 février 1992, LGVE 1992 I n° 40, pp. 63 ss (production *a posteriori* de la procuration) ; Trib. cant. NE, 27 septembre 1993, cons. 2, RJN 1993, p. 112 (conclusions d'appel figurant dans les motifs articulés à l'appui de la déclaration d'appel) ; Trib. cant. NE, 14 septembre 1993, cons. 2, RJN 1993, p. 107 (demande de restitution du délai d'appel présentée dans l'acte d'appel) ; Trib. cant. NE, 30 juin 1988, RJN 1988, pp. 51 ss (contenu d'un exploit de relief de défaut) ; Trib. app. TI, 20 mai 1985, cons. 7.3, REP 1985, p. 341 (l'action en évacuation du locataire ne doit pas être précédée d'une action en constat de la cause de résiliation du contrat) ; Trib. cant. VS, 19 et 27 octobre 1983, cons. 2, RVJ 1983, pp. 150 ss (adjonction de l'épouse en cours d'instance comme consort demanderesse) ; Trib. cant. VS, 27 novembre 1986, cons. 1c, RVJ 1987, p. 249 (hésitation sur le délai de recours en raison d'un doute sur la procédure appliquée) ; Trib. cant. VS, 2 juillet 1986, RVJ 1987, p. 227 (attraction de compétence en faveur du Tribunal cantonal du fait d'un cumul objectif) ; Trib. admin. SO, 9 juin 1978, SO 1978 n° 33, p. 90 (régularisation de l'absence de signature) ; Trib. cant. NE, 20 février 1975, RJN 6 I 217 (régularisation de l'absence d'indication du siège de la société dans l'exploit de demande) ; Trib. cass. ZH, 1^{er} novembre 1973, ZR 73 (1974), n° 97, p. 272 (régularisation de la désignation des parties) ; Trib. cant. VS, 3 juillet 1968, RVJ, p. 438 (rectification des qualités en ce sens que le défendeur plaide en qualité de représentant légal de son épouse et non en son propre nom) ; Trib. cant. VS, 27 octobre 1967, RVJ 1968, pp. 28 ss (substitution de partie sous couvert de modifier l'objet du litige) ; Trib. app. TI, 23 mai 1967, cons. B, REP 1967, p. 246-247 (interprétation d'une déclaration d'appel).

¹⁵¹⁸ Tel est le cas, pour le Tribunal cantonal neuchâtelois, des petits dépassements du taux de ressort qui ne remettent pas en cause la compétence *ratione materiae* : Trib. cant. NE, 19 octobre 1970, RJN 5 I 82 (BOHNET, CPCN commenté, n° 2 ad art. 3 CPC NE). On rapprochera cette affaire zurichoise où il fut considéré comme excessivement formaliste que de demander à une partie une caution pour les frais de la procédure en raison d'un prétendu retard de paiement de un franc vingt-cinq centimes : Trib. cass. ZH, 13 mars 2009, cons. II/3, n° AA080085. Il en va de même de cette affaire administrative zougnoise où un avocat fut admis, au nom de l'interdiction du formalisme excessif, à représenter son frère, atteint de handicap mental, malgré l'absence de ratification du mandat par le représentant légal : Cons. gouv. ZG, 28 septembre 2004, cons. I/4d, GVP ZG 2004, p. 244. Pareillement, la Cour suprême du canton de Soleure considéra qu'il était excessivement formaliste d'empêcher un avocat commis d'office de recourir en son propre nom contre la décision arrêtant ses honoraires : Cour supr. SO, 29 juin 1992, SOG 1992 n° 30, p. 65-66. Voy. également Trib. cant. VS, 23 août 2004, cons. b)cc), RVJ 2005, p. 202 (désignation des créanciers en procédure de mainlevée provisoire) ; Trib. app. TI, 30 janvier 1991, cons. 1, REP 1991, p. 447-448 (application du mécanisme du grief au nom de l'interdiction du formalisme excessif) ; Trib. app. TI, 22 décembre 1974, REP 1976, p. 66 (formulation des moyens de cassation) ; Trib. cant. VS, 25 mars 1974, cons. 2, RVJ 1974, pp. 23 ss (désignation erronée du recours).

¹⁵¹⁹ Voy. par exemple : Trib. cant. VD, 28 août 1990, cons. 2, JdT 1991 III 85, p. 86-87 (interprétation d'un acte de recours) ; Trib. cant. VS, 8 mai 1990, RVJ 1990, pp. 222 ss (dépôt ultérieur des preuves littérales mentionnées dans le mémoire de demande).

des cas où les griefs tirés de l'interdiction du formalisme excessif sont contournés, il est rare qu'on puisse dire d'emblée que la juridiction cantonale se soit trompée. Ce que nous entendons critiquer est donc davantage le raisonnement que le résultat. Il ne nous paraît pas conforme à l'esprit de l'interdiction du formalisme excessif que le débat à ce sujet puisse être clôt en une ou deux phrases, alors que la problématique ne fait l'objet d'aucun précédent jurisprudentiel dépourvu de toute ambiguïté. Lorsqu'une juridiction cantonale essaie d'échapper à l'application de la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle va soit délivrer hâtivement un brevet de constitutionnalité au droit cantonal (a), soit considérer que l'application de l'interdiction du formalisme excessif ne va pas jusqu'à remettre en cause certains aspects du droit cantonal, procédant ainsi à une réduction du champ d'application de la garantie (b)¹⁵²⁰.

a) Le brevet hâtif de constitutionnalité

431. Le brevet hâtif de constitutionnalité est décerné par les juridictions cantonales lorsqu'elles rejettent après un examen sommaire un grief tiré de l'interdiction du formalisme excessif sans se référer aux précédents jurisprudentiels du Tribunal fédéral ou d'autres juridictions cantonales, alors que la question n'a jamais été discutée de manière approfondie¹⁵²¹. Tel est le cas d'un arrêt justifiant l'irrecevabilité d'emblée, sans

¹⁵²⁰ On l'aura compris, les deux démarches sont proches, seule une nuance les sépare, mais elle est de taille. Dans la première approche la juridiction cantonale confronte son interprétation du droit cantonal avec les principes se dégageant du droit fédéral et conclut à la conformité. En revanche, elle estime dans la seconde que la question de l'interdiction du formalisme excessif ne se pose tout simplement pas. Une telle distinction se retrouve régulièrement en matière constitutionnelle. Il arrive ainsi qu'un état de fait soit considéré comme ne concernant en rien un droit individuel. Le Tribunal fédéral dit à ce propos que les faits dénoncés tombent *en dehors du champ de protection* (*Schutzbereich*) de la disposition invoquée, bien que la terminologie employée n'ait pas toujours été parfaitement claire (voy. Marcel BOLZ, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, thèse Zurich, Coll. Zürcher Studien zum öffentlichen Recht : Vol. 103, Schultess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1991, pp. 13 ss, spécialement pp. 24 ss). Le concept employé en Suisse tire la plupart de ses origines de la doctrine allemande qui l'applique également dans les situations internationales (à propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : Peter QUASDORF, *Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union*, thèse Dresde, Coll. Europäische Hochschulschriften Reihe II : Rechtswissenschaft, Vol. 3162, Peter Lang, Francfort-sur-le-Main/Berlin/Berne-Bruxelles/New-York/Oxford/Vienne, 2001, pp. 179 ss ; Hans-Werner RENGELING/Peter SZCEKALLA, *Grundrechte in der Europäischen Union – Charte der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze*, Heymanns Verlag, Cologne/Berlin/Munich, 2004, pp. 241 ss). La Cour européenne des droits de l'Homme parle en revanche d'*incompatibilité ratione materiae*, mais il s'agit exactement de la même chose. Un concept similaire se retrouve également en droit international public, lorsqu'il s'agit de juger de la compétence de la Cour internationale de justice en déterminant si les faits dénoncés tombent sous le coup du traité invoqué pour justifier la saisine de la juridiction : Eric WYLER, *La coloration procédurale de la distinction entre applicabilité et application d'un traité et l'affaire des Plates-formes pétrolières* (Rép. Islamique d'Iran contre Etats-Unis d'Amérique) devant la Cour internationale de justice, in Pierre-Henri BOLLE (édit.), *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach*, Collection Neuchâteloise, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2000, pp. 357 ss.

¹⁵²¹ La démarche n'est pas propre aux juridictions suisses. Elle se retrouve ainsi en France dans la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de respect de la Convention européenne des droits de l'Homme : Eric GARAUD/Jean-Pierre MARGUÉNAUD/Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD/Béatrice MOUTEL/Jean-Marie PLAZY, *Les manifestations concrètes de l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, in Jean-Pierre MARGUÉNAUD (éd.), *CEDH et droit privé – L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Mission de recherche « Droit et Justice », Coll. Perspectives sur la justice, La documentation française, Paris, 2001, p. 115 parlent ainsi de « *déclaration ex abrupto de*

possibilité de régularisation, d'une instance introduite par une hoirie sans indication de l'identité des héritiers¹⁵²² ou de cette espèce où un tribunal refuse d'interpréter des conclusions manifestement erronées¹⁵²³. Il est souvent difficile de connaître la portée exacte de la déclaration de constitutionnalité¹⁵²⁴.

432. La brièveté de l'examen auquel se livre la juridiction cantonale constitue une véritable porte ouverte à la contradiction. Ainsi en 2001, le Tribunal cantonal neuchâtelois considéra lapidairement qu'il n'était pas excessivement formaliste de déclarer irrecevable une demande en justice en raison de l'absence de préliminaire de conciliation lorsque celui-ci est obligatoire¹⁵²⁵. Pourtant, l'année précédente, le Tribunal cantonal valaisan avait tenu, dans un contexte certes légèrement différent, un tout autre langage¹⁵²⁶. Le Tribunal fédéral avait par ailleurs implicitement adopté en 1993, dans une affaire fribourgeoise, une position apparemment similaire à la juridiction valaisanne¹⁵²⁷. La variété des solutions possibles¹⁵²⁸ commandait certainement une motivation plus détaillée de l'arrêt neuchâtelois qui ne prenait nullement appui sur un principe clair issu de la jurisprudence fédérale.

conformité ». Ce parallèle démontre au besoin la nature particulière des relations entre le Tribunal fédéral et les juridictions cantonales.

¹⁵²² Trib. cant. VS, 14 septembre 2001, cons. 2, RVJ 2002, p. 154. L'arrêt semble prendre appui sur le fait que le certificat d'hérédité n'ayant pas été produit avec la demande, l'erreur n'était pas régularisable. Pourtant, le tribunal aurait pu inviter le mandataire à lui remettre le document en question, ou à déposer un autre mémoire de demande comportant la liste des héritiers. Voy. également, mais un peu plus motivé : Trib. cant. VD, 18 juin 1991, JdT 1992 III 76.

¹⁵²³ Article 265 CPC VD. ROGNON, pp. 123 ss. Sur l'interprétation des conclusions : Trib. cant. VD, 15 octobre 1987, JdT 1988 III 149 ; Trib. cant. VD, 13 avril 1985, JdT 1986 III 46 ; Trib. cant. VD, 3 juin 1980, JdT 1982 III 31 ; Trib. cant. VD, 18 décembre 1979, JdT 1980 III 18.

¹⁵²⁴ Voy. par exemple : Trib. cant. VD, 1^{er} avril 1998, JdT 2000 III 127 : l'arrêt déclare conforme à la Constitution la nécessité de produire un pouvoir spécial pour « *passer expédient* », soit acquiescer aux conclusions de l'adversaire. On ne peut comprendre à la lecture de l'arrêt si cette obligation est susceptible de régularisation à la demande du juge. Si tel n'était pas le cas, des problèmes sérieux se poseraient sous l'angle de l'interdiction du formalisme excessif.

¹⁵²⁵ Trib. cant. 14 août 2001, cons. 3, RJN 2001, p. 83. Voy. déjà : Trib. cant. NE, 7 décembre 1992, cons. 3, RJN 1992, p. 87-88 : « *Dès lors qu'une procédure de conciliation est prévue en matière de baux et pour tous les litiges, celui qui est déféré directement devant une autorité judiciaire doit pouvoir exiger, par moyen préjudiciel, que l'affaire soit d'abord soumise pour conciliation à une autorité qui statue en principe gratuitement et sans dépens.* » Cet arrêt est approuvé en doctrine : BOHNET, CPCN commenté, n° 3 ad art. 161 CPC NE. La jurisprudence neuchâteloise semble toutefois accepter la saisine directe de la juridiction lorsque les faits à l'origine de la procédure ont déjà fait l'objet d'une tentative de conciliation dans le cadre d'une autre procédure : Aut. conc. La Chaux-de-Fonds, 16 octobre 1996, cons. 2c, RJN 1996, p. 53-54.

¹⁵²⁶ Trib. cant. VS, 13 décembre 2000, cons. 4b)dd), RVJ 2001, p. 249, réitéré in Trib. cant. VS, 28 janvier 2003, cons. 3b, RVJ 2003, p. 235-236 ; TF du 2 juin 2004, 4C.17/2004, DB 2005, pp. 47 ss (note D.B.), RVJ 2004, pp. 296 ss, cons. 3.3.2, où la juridiction relève que « *la cour cantonale souligne à juste titre que le juge de district aurait encouru le reproche de formalisme excessif s'il avait éconduit les bailleurs en les obligeant à procéder à la vaine formalité qu'eût représentée une tentative de conciliation limitée à la procédure d'expulsion.* »

¹⁵²⁷ TF du 20 janvier 1993, cons. 3c)aa), RFJ 1993, pp. 72 ss.

¹⁵²⁸ Pour plus de précisions, voy. Michel DUCROT, La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole : quelques législations cantonales au regard du droit fédéral, thèse Genève, Collection Genevoise, Schulthess, Zurich 2005, p. 171-172.

433. Cela étant, il ne nous faut pas perdre de vue qu'il est également possible d'arriver à un résultat douteux au terme d'un raisonnement très détaillé. Nous en voulons pour preuve ces affaires vaudoises¹⁵²⁹ concernant la règle « *un fait par allégué* »¹⁵³⁰. Celles-ci justifient minutieusement ce qui peut souvent constituer une exigence de forme disproportionnée invoquée dans un but corporatiste¹⁵³¹. Le Tribunal cantonal vaudois a ainsi pu reconnaître qu'un acte de procédure rédigé par un avocat était « *clair et cohérent* », tout en ordonnant à celui-ci de le refaire, car « *chaque allégué comporte plusieurs phrases et autant de faits plus ou moins distincts sous le même numéro.* »¹⁵³² Une telle issue¹⁵³³ apparaît difficilement compatible avec l'interdiction du formalisme excessif et on comprend que la juridiction ait tenté de noyer ce qui lui restait de scrupules¹⁵³⁴ dans une motivation à l'apparence solide¹⁵³⁵.

b) La restriction du champ d'application de l'interdiction du formalisme excessif

434. Une manière fréquemment employée pour réduire le champ d'application de l'interdiction du formalisme excessif consiste à reconnaître ce droit fondamental du justiciable, tout en affirmant immédiatement qu'il ne saurait remettre en cause certaines institutions de procédure civile. Tel est le cas de cet ancien arrêt neuchâtelois qui avait annulé un jugement pour *ultra petita*, au motif que l'interdiction du formalisme excessif et le caractère manifestement erroné des conclusions prises par le demandeur, demandant

¹⁵²⁹ Voy. Trib. cant. VD, 29 janvier 1996, JdT 1997 III 27 ; Trib. cant. VD, 2 août 1994, JdT 1995 III 27 (Note Poudret) ; Trib. cant. VD, 4 juin 1992, JdT 1993 III 74 (note Poudret).

¹⁵³⁰ D'origine canonique (Jean-François POUDRET, Note sous Trib. cant. VD, 4 juin 1992, JdT 1993 III 31), elle concerne la rédaction de l'exposé des faits articulés à l'appui de la demande. Dans sa forme la plus simple, elle prescrit que celui-ci doit être structuré sous la forme d'une succession de paragraphes numérotés, chacun présentant un seul fait, de manière à ce que l'adversaire puisse répondre par *oui* ou *non*. Les véritables problèmes apparaissent quand trois adjectifs se rapportant à la même personne sont considérés comme trois faits distincts.

¹⁵³¹ Ô combien révélateur : Jean-François POUDRET, Note sous Trib. cant. VD, 4 juin 1992, JdT 1993 III 31 : « *La meilleure justification de l'exigence originale de nos allégués, empruntés par LL. EE. de Berne à la procédure de droit commun d'origine canonique, est de permettre des déterminations précises à l'adversaire sur chaque fait, voire des aveux allégeant la procédure probatoire. Or, l'expérience arbitrale nous a montré qu'il est pratiquement impossible d'obtenir un tel résultat d'avocats qui n'ont pas été formés à cette école, donc pratiquement à tous ceux qui ne sont pas familiers de notre procédure. Aussi peut-on se demander s'il sera longtemps possible à la jurisprudence de maintenir strictement cette exigence alors que les avocats des cantons voisins envahissent toujours davantage les prétoires vaudois.* »

¹⁵³² Arrêt du 4 juin 1992 précité, cons. 3b, p. 76. En revanche, dans l'arrêt du 29 janvier 1996, il semble que le mémoire retoqué ait été rédigé d'une manière qui n'aurait pas trouvé grâce, non plus, dans un autre canton aux mœurs judiciaires moins rigides.

¹⁵³³ Il semble que le Tribunal cantonal vaudois se soit parfois montré moins sévère. Voy. l'arrêt inédit cité par Jean-François POUDRET, Note sous Trib. cant. VD, 4 juin 1992, JdT 1993 III 78.

¹⁵³⁴ Notamment parce qu'ailleurs, la règle existe (art. 126 al. 1 CPC VS) sans faire l'objet d'un pareil zèle prétorien. Ainsi en Valais, le Tribunal cantonal a confirmé le refus de transmettre un mémoire qui, certes, ne respectait pas cette règle, mais, surtout, comportait d'autres vices : Trib. cant. VS, 11 février 2003, RVJ 2003, pp. 130 ss.

¹⁵³⁵ Encore que, dans l'arrêt du 29 janvier 1996, il reconnaisse (cons. 3, p. 29) que « *la procédure civile vaudoise est formaliste.* », alors que la demande présentée par le recourant était de toute façon particulièrement obscure.

apparemment sa propre condamnation, ne permettait pas au juge de procéder aux régularisations nécessaires¹⁵³⁶. Un procédé similaire se retrouve dans la jurisprudence valaisanne¹⁵³⁷ et tessinoise¹⁵³⁸.

435. Parfois la juridiction cantonale estimait qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le grief tiré de l'excès de formalisme, sans qu'on puisse comprendre les raisons de son abstention. Ce fut l'attitude du Tribunal cantonal neuchâtelois lorsqu'il choisit de défendre le régime complexe du défaut sous l'empire du Code de procédure civile de 1925, en dépit de son manque évident de clarté et de prévisibilité¹⁵³⁹.

B) Le dialogue horizontal

436. Examiné indépendamment de ses relations hiérarchiques, le dialogue entre le Tribunal fédéral et les juridictions cantonales se caractérise par deux tendances. Nous constatons tout d'abord que la jurisprudence fédérale refuse d'examiner certaines questions de procédure sous l'angle de l'interdiction du formalisme excessif. On pourrait y voir une certaine forme de *self-restraint* judiciaire¹⁵⁴⁰, soit la volonté délibérée de ne pas exercer tous ses pouvoirs. Nous préférons considérer cela comme la conséquence de la marge de manœuvre reconnue aux autorités cantonales (1). Le Tribunal fédéral

¹⁵³⁶ Trib. cant. NE, 21 novembre 1979, cons. 4, RJN 7 I 328, p. 331 : « *S'il convient d'écarter tout formalisme excessif en procédure, en revanche les formes essentielles, nécessaires au déroulement régulier de l'instance et à la juste application du droit, doivent être appliquées et leur inobservation sanctionnée comme il convient...* » Cet arrêt a d'ailleurs été critiqué en doctrine (BOHNET, CPCN commenté, n° 3 ad art. 56 CPC NE). Voy. pour un cas similaire, où l'employée concluait au paiement du salaire au syndicat qui le représentait, mais où la juridiction procéda aux modifications que commandaient les circonstances : Trib. app. TI, 13 octobre 2005, n° 16.2005.22, cons. 6.

¹⁵³⁷ Trib. cant. VS, 8 avril 1976, RVJ 1976, p. 294 : « *Certes, l'art. 4 Cst. féd. proscriit tout formalisme excessif; mais ce n'est certainement pas en faire preuve de la part du législateur que de ne pas admettre qu'à une avance en espèces puisse être substituée une cession de créance qui obligerait l'Etat à poursuivre des tiers en recouvrement de sommes destinées à couvrir ses émoluments et débours pour l'administration de la justice.* » Dans l'affaire en question l'épouse invoquait que l'irrégularité des versements de la pension alimentaire, due par son mari à titre de mesure provisoire pour la durée de la procédure de divorce, l'empêchait de s'acquitter du montant réclamé par la juridiction. Invoquant l'interdiction du formalisme excessif, elle entendait remplacer l'avance de frais par une cession en faveur du tribunal de sa créance d'aliments.

¹⁵³⁸ Trib. app. TI, 4 août 1983, cons. 2.1, REP 1984, p. 384 : « *Non rappresenta tuttavia un siffatto formalismo l'esigere che l'opposizione (che deve essere espressa: cfr. art. 180 CPC) alle prove avvenga in modo preciso e chiaro. Ciò è invero necessario per far sì che l'opposizione possa poi essere discussa (art. 180 CPC) alla stessa udienza preliminare e in seguito decisa (cfr. art. 182 e 213 bis CPC). Tale esigenza di chiarezza è del resto comune a tutta la procedura, nell'interesse delle parti e del giudice: si veda, ad es., l'inammissibilità di un generico "contestato" di risposta in relazione ad un complesso di fatti affermato in petizione [...] D'altra parte la contestazione a cui si richiama Mazza ("La parte convenuta si riconferma nelle proprie allegazioni e domande di risposta e di duplice, contestando le affermazioni di controparte") si riferisce palesemente solo - e secondo una formula rituale - alle affermazioni e alle allegazioni di controparte di petizione e di replica e non alle domande di prova.* »

¹⁵³⁹ Trib. cant. NE, 6 septembre 1978, cons. 3, RJN 7 I 204, p. 212. Les règles applicables en matière de défaut furent entièrement réécrites lors de l'élaboration du Code de procédure civile de 1991 : François BOHNET, Faire défaut à Neuchâtel, p. 43. L'arrêt précité est d'ailleurs mentionné comme un des « *fameux* » en la matière (BOHNET, Faire défaut à Neuchâtel, p. 43, note de bas de page n° 3).

¹⁵⁴⁰ Sur cette notion, voy. à propos de la Cour européenne des droits de l'Homme : Yvo HANGARTNER, Richterliche Zurückhaltung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Jacques DUBEY/Adriano PREVITALI (édit.), L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Coll. Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Schulthess, Zurich, 2001, pp. 173 ss.

n'hésite, en revanche, pas à exercer pleinement son office en d'autres circonstances, de manière à aller au-delà de la simple sauvegarde des droits des justiciables. C'est ainsi qu'il a utilisé l'interdiction du formalisme excessif pour instaurer une certaine forme d'harmonisation entre le droit judiciaire privé fédéral et les procédures civiles cantonales, ainsi qu'entre ces dernières (2)

1) La reconnaissance d'une marge d'appréciation

437. L'expression « *marge d'appréciation* » ne figure jamais dans le texte des arrêts du Tribunal fédéral, mais son existence se dégage de la jurisprudence. Le Tribunal fédéral la consacre par deux procédés. Afin de mieux cerner le problème, nous commencerons par exposer les situations où cette marge d'appréciation est reconnue par le Tribunal fédéral (a). Ensuite, nous nous interrogerons sur la manière dont la marge d'appréciation est mise en œuvre par la juridiction suprême (b).

a) Les domaines de la marge d'appréciation

438. Le domaine de prédilection de la jurisprudence en matière de reconnaissance d'une marge d'appréciation fut celui du « *découpage du temps* »¹⁵⁴¹ du procès dans son acceptation la plus large englobant à la fois les délais pour agir en justice, que ceux pour introduire un recours.

439. Les délais pour agir en justice étant prévus par le droit civil fédéral, ils ne peuvent donc être mis en cause au titre de l'interdiction du formalisme excessif¹⁵⁴². Néanmoins, on peut imaginer qu'en présence de dispositions peu claires, la jurisprudence pourrait faire jouer l'interdiction du formalisme excessif afin d'adopter une interprétation souple. Tel n'est pas le cas. Dans un affaire concernant le délai pour agir en contestation de l'état de collocation la juridiction suprême refusa d'examiner le griefs tirés de l'interdiction du formalisme excessif, car « *le délai d'action en contestation de l'état de collocation poursuit un intérêt public et que l'appliquer strictement, de manière conforme à ce but, ne saurait constituer un formalisme excessif.* »¹⁵⁴³ Pourtant, de son propre aveu, la question était restée indécise jusqu'alors¹⁵⁴⁴. Une interprétation plus souple aurait donc

¹⁵⁴¹ Sur cette notion, voy. Philippe SCHWEIZER, Quelques remarques sur le découpage du temps dans le nouveau code de procédure civile neuchâtelois, in Henri-Robert SCHÜPBACH (édit.), *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1992*, pp. 497 ss.

¹⁵⁴² Art. 191 Cst.

¹⁵⁴³ TF du 30 juin 2009, 5A_312/2009, cons. 3 non publié in ATF 135 III 545.

¹⁵⁴⁴ Arrêt du 30 juin 2009 précité, cons. 2.

été possible. On retrouve une approche similaire dans une autre affaire¹⁵⁴⁵, où le grief tiré de l'interdiction du formalisme excessif était soulevé de manière moins évidente. La recourante se plaignait de ce que son action en annulation d'une décision adoptée par une association¹⁵⁴⁶ avait été rejetée pour cause de tardiveté¹⁵⁴⁷. Elle soutenait que les dispositions légales pertinentes devaient être interprétées de « *bonne foi et sans formalisme excessif* » sous peine de violer son droit d'accès à un tribunal¹⁵⁴⁸. Le Tribunal fédéral lui répondit que celui-ci n'était « *garanti que dans les formes et les délais prescrits par la loi* »¹⁵⁴⁹. Sachant que la requérante ne discutait pas l'existence de tels délais, mais uniquement leur application en l'espèce, le rejet abrupt de ses arguments par le Tribunal fédéral équivalait à admettre que l'interprétation opérée par les juridictions cantonale était souveraine et ne pouvait être contestée devant le Tribunal fédéral.

440. Une fois l'instance engagée, la procédure était émaillée d'une série de délais et de forclusions prévus par la législation cantonale. Le Tribunal fédéral refusait d'examiner leur compatibilité avec l'interdiction du formalisme excessif. Il en allait ainsi du délai pour alléguer les faits sur lesquels les parties entendent fonder leurs moyens¹⁵⁵⁰, de celui pour demander l'administration des preuves pertinentes¹⁵⁵¹ ou, encore, de celui pour soulever un incident de procédure¹⁵⁵². De même, les dispositions cantonales prévoyant l'immutabilité du litige en cours d'instance ne créaient, aux yeux du Tribunal fédéral, aucune difficulté sous l'angle de l'interdiction du formalisme excessif¹⁵⁵³. La juridiction allait d'ailleurs très loin dans sa volonté de ne pas examiner la question des délais. Ainsi, lorsque le droit cantonal ne prévoyait la possibilité d'obtenir la restitution

¹⁵⁴⁵ TF du 22 décembre 2003, 5P.370/2003, cons. 2.6.

¹⁵⁴⁶ Art. 75 CC. L'action dirigée contre les décisions d'un organe de l'association doit être introduite dans les trente jours.

¹⁵⁴⁷ La requérante avait été sanctionnée par l'Ordre des avocats genevois. Elle avait d'abord saisi le Tribunal fédéral d'un recours de droit public qui avait été rejeté au motif que l'Ordre des avocats n'était pas investi des pouvoirs de puissance publique, si bien que seule la voie de l'action en contrôle judiciaire prévue par le Code civil était ouverte. La requérante avait alors ouvert une telle action qui avait été rejetée pour cause de tardiveté.

¹⁵⁴⁸ Elle invoquait expressément les art. 29 al. 2 Cst et 6 § 1 CEDH. Il s'agit d'un des rares cas où le grief de formalisme excessif fut soulevé devant les juridictions suisses en suivant un raisonnement fondé sur la Convention européenne des droits de l'Homme.

¹⁵⁴⁹ Arrêt du 22 décembre 2003 précité, cons. 2.6.

¹⁵⁵⁰ TF du 13 octobre 2006, 4P.83/2006, cons. 4.2.

¹⁵⁵¹ ATF 92 I 82, cons. 1 (même si le juge a le pouvoir d'ordonner d'office des preuves, cela ne dispense pas les parties de soumettre à temps leurs offres y respectives) ; TF du 29 janvier 2003, 5P.459/2002, cons. 2.2.1.

¹⁵⁵² TF du 2 juin 2006, 4P.47/2006, cons. 3.3.2 (demande de récusation d'un expert) ; TF du 4 octobre 2007, 4A 278/2007, cons. 5 (dépôt d'un mémoire de demande après réforme).

¹⁵⁵³ TF du 14 mars 2003, 5P.475/2002, cons. 4.3 ; TF du 23 septembre 2004, 5P.241/2004, cons. 4.3.2 et 4.3.3 (cas particulier de l'absence de règles précises en droit cantonal). Il est d'ailleurs symptomatique que la doctrine traitant de la question ne l'aborde jamais sous l'angle de l'interdiction du formalisme excessif : Christoph ROHNER, *Klageänderung*, AJP/PJA 2001, pp. 7 ss. SCHMID consacre cependant un chapitre de sa thèse à la question (pp. 133 ss). Le fait que l'exposé soit intitulé « *excursus* » démontre toutefois que l'auteur n'était pas entièrement persuadé que l'interdiction du formalisme excessif pouvait jouer un rôle dans l'interprétation des dispositions relatives à l'immutabilité de l'objet du litige.

d'un délai qu'en présence d'une force majeure, à l'exclusion de la simple omission non fautive, le Tribunal fédéral refusait d'y voir un problème de formalisme excessif¹⁵⁵⁴.

441. S'agissant des voies de recours, le Tribunal fédéral rejetait l'idée que les délais de recours puissent constituer un excès de formalisme car « *il y a intérêt majeur, notamment pour le créancier, à savoir si un jugement est ou non entré en force.* »¹⁵⁵⁵ La computation des délais faisait l'objet d'un traitement jurisprudentiel identique. La juridiction suprême estimait que la règle, selon laquelle la notification d'un envoi recommandé non retiré est réputée avoir été faite le septième jour du délai de garde ne saurait être critiquée sous l'angle de l'interdiction du formalisme excessif, même si la pratique des bureaux de poste était de conserver les envois au-delà de sept jours¹⁵⁵⁶. De même, une éventuelle interdiction de présenter des moyens nouveaux en degré d'appel ne soulevait aucune question de formalisme excessif¹⁵⁵⁷. Dans deux arrêts, le Tribunal fédéral examina en détail la réglementation cantonale avant de conclure à l'absence de formalisme excessif¹⁵⁵⁸. Nous ne pensons pas qu'il s'agisse d'un revirement déguisé de jurisprudence, car la motivation est développée de manière abstraite, le Tribunal fédéral se bornant à approuver *in abstracto* la réglementation cantonale¹⁵⁵⁹. Parallèlement, il admettait que certaines obligations procédurales puissent entraîner la déchéance du recours. L'obligation de payer une avance de frais ne soulevait ainsi aucun problème d'excès de formalisme, pour autant que « *le montant de l'avance, le délai imparti pour son versement et les conséquences du défaut de paiement soient communiqués au plaideur de façon appropriée* »¹⁵⁶⁰, un simple renvoi aux dispositions législatives ne

¹⁵⁵⁴ TF du 25 août 2010, 4A_299/2010, cons. 5. Il est vrai qu'on peut même douter sur la question de savoir si un empêchement non fautif était donné en l'espèce. En effet, l'avocat du recourant justifiait la tardiveté de son appel, déposé plusieurs jours après l'échéance du délai, par le fait qu'il souffrait d'amnésie passagère suite à la prise d'un traitement contre les troubles du sommeil. L'argument était peu étayé et, comme le faisait remarquer la juridiction cantonale (cons. en fait B), il était surprenant qu'en présence d'un trouble si grave l'avocat n'ait pas subi d'autres séquelles. SCHMID, pp. 115 ss défend, en revanche, l'idée que le refus de la restitution serait, en l'espèce, excessivement formaliste. Notons toutefois qu'il ne s'appuie sur aucun arrêt du Tribunal fédéral.

¹⁵⁵⁵ TF du 23 mars 2000, 4P.29/2000, cons. 4b.

¹⁵⁵⁶ ATF 127 I 31, cons. 2a)bb), JdT 2001 I 727, SJ 2001 I 193, RDAF 2002 I 113 (note Poltier). Sur cette question voy. François BOHNET, Le calcul du délai de garde, RSPC 2010, pp. 262 ss ; BOHNET/BRÜGGER, p. 315-316 et les auteurs cités ainsi que DONZALLAZ, La notification en droit interne, pp. 484 ss. La solution est maintenue sous l'empire du nouveau droit : TF du 16 janvier 2012, 4A_704/2011, cons. 3.1 et 3.2.

¹⁵⁵⁷ TF du 2 mars 2001, 4P.200/2000, cons. 2c. ; TF du 14 mars 2003, 5P.475/2002, cons. 4.1.

¹⁵⁵⁸ TF du 7 octobre 2004, 5P.82/2004, cons. 3.3.

¹⁵⁵⁹ Par exemple : arrêt du 2 mars 2001 précité, cons. 2c : « *Verfahrensvorschriften, die den Parteien in zeitlicher und formeller Hinsicht Beschränkungen auferlegen, sind für die Gewährleistung eines geordneten Verfahrensablaufs sowie für die Gleichbehandlung der Parteien unerlässlich und daher gerechtfertigt.* »

¹⁵⁶⁰ ATF 96 I 521, cons. 4. Confirmé in TF du 11 juin 2002, 5P.125/2002, cons. 4 ; TF du 27 novembre 2006, 5P.425/2006, cons. 3.1 ; TF du 6 février 2007, 5P.317/2006, cons. 5.2 ; TF du 14 mai 2008, 4A_121/2008, cons. 4 ; TF du 7 août 2008, 5A_266/2008, cons. 4.1 ; TF du 12 janvier 2010, 5A_760/2009, cons. 4 ; TF du 15 février 2010, 5A_834/2009, cons. 2.2.2.

suffisant toutefois pas¹⁵⁶¹. Ces exigences ne s'appliquaient toutefois pas au délai pour produire un mémoire ampliatif précisant les moyens articulés à l'appui du recours¹⁵⁶².

b) La mise en œuvre de la marge d'appréciation

442. A la lecture de ces arrêts, nous sommes frappé par la similarité entre leurs motifs et ceux de nombreuses décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme où les griefs tirés de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention sont sommairement écartés. Les deux juridictions procèdent de la même manière et cela se voit jusque dans la rédaction des motifs. Alors que la défunte Commission européenne des droits de l'Homme considérait que certaines formalités visaient « *une bonne administration de la justice* »¹⁵⁶³, et étaient hors de portée de toute critique, le Tribunal fédéral souligna la nécessité « *d'assurer un déroulement loyal et ordonné du procès* »¹⁵⁶⁴ ou le fait que les dispositions litigieuses « *visent précisément à garantir, par la rigueur et l'économie de la procédure, la réalisation efficace du droit matériel, de sorte qu'il ne saurait être question à cet égard de formalisme excessif.* »¹⁵⁶⁵

443. La « *sécurité juridique* », élément récurrent de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁵⁶⁶ se retrouve également dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Celui-ci considère qu'« *une stricte application des règles relatives aux délais [est] justifiée par des motifs d'égalité de traitement et par un intérêt public lié à une bonne administration de la justice et à la sécurité du droit.* »¹⁵⁶⁷ Il lui arrive également de répondre à un recours qu'« *admettre la solution inverse ne ferait que créer une grande insécurité juridique dans un domaine [...] où un certain formalisme est indispensable à la bonne marche du procès.* »¹⁵⁶⁸ A quelques variantes linguistiques près, le raisonnement est donc le même.

444. La marge d'appréciation est mise en œuvre par le Tribunal fédéral de la même manière que par les juridictions strasbourgeoises. De prime abord, ce constat n'a rien de négatif, car il est la preuve que, dans une très large mesure, les juridictions procèdent de la même manière. Néanmoins, nous avons vu que la jurisprudence de la

¹⁵⁶¹ ATF 96 I 521.

¹⁵⁶² TF du 12 février 2002, 4P.230/2001, cons. 2a ; TF du 11 décembre 2006, 5P.429/2006, cons. 4.

¹⁵⁶³ Cf. supra, n° 345.

¹⁵⁶⁴ TF du 13 octobre 2006, 4P.83, précité, cons. 4.2.

¹⁵⁶⁵ TF du 29 janvier 2003, 5P.459/2002, cons. 2.2.1.

¹⁵⁶⁶ Cf. supra, n° 367.

¹⁵⁶⁷ TF du 25 août 2010, 4A_299/2010, cons. 5.

¹⁵⁶⁸ TF du 2 juin 2006, 4P.47/2006, cons. 3.3.2.

Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas toujours parfaitement cohérente. Des requêtes soulevant des problèmes similaires reçurent parfois un traitement différent¹⁵⁶⁹. Un reproche similaire peut être adressé au Tribunal fédéral qui n'a jamais indiqué les raisons pour lesquelles il considérait que la question du découpage du temps du procès ne devait pas être examinée sous l'angle de l'interdiction du formalisme excessif.

445. La conception de la marge de manœuvre du Tribunal fédéral et celle de la Cour européenne des droits de l'Homme ne se recoupaient cependant pas entièrement. On trouve, par exemple, des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme ayant constaté une violation de l'article 6 § 1 de la Convention, quand une question de délais était en jeu¹⁵⁷⁰, alors que le Tribunal fédéral se montrait beaucoup plus restrictif¹⁵⁷¹. Des problèmes pratique pouvaient cependant survenir lorsque les marges d'appréciation fédérales et européennes coïncidaient. Quand Cour européenne considère qu'une question est du ressort des juridictions nationales, elle part, en tout cas implicitement, de l'idée que les tribunaux suprêmes disposent des instruments juridiques nécessaires pour adopter une réglementation précise sans devoir *sous-traiter* la question aux juridictions inférieures. Or c'est bien ce qui se passait en matière procédurale, le Tribunal fédéral refusant fréquemment d'imposer des solutions uniformes. Nous ne pensons pas que la juridiction européenne prenne en compte ce fait lorsqu'elle se prononce en faveur de la reconnaissance d'une marge de manœuvre des Etats membres. Cela est source de lacunes potentielles dans le système de protection des droits de l'Homme.

2) L'interdiction du formalisme excessif au service de l'harmonisation du droit judiciaire privé

446. L'interdiction du formalisme excessif a été employée par le Tribunal fédéral comme moyen d'assurer une certaine harmonisation du droit judiciaire privé suisse. En effet, la situation paradoxale de l'ordre juridique suisse rendait les expédients nécessaires afin d'assurer la praticabilité du système¹⁵⁷². Il fallait donc adopter des standards minimaux en matière de droit judiciaire privé afin d'éviter que la variété des

¹⁵⁶⁹ Ce qui ne veut pas encore dire que la partie concernée l'emporte.

¹⁵⁷⁰ Sur la question du *dies a quo* du délai pour saisir la Cour constitutionnelle : CourEDH, *Běleš c. République tchèque*, n° 42273/99, arrêt du 12 novembre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX. Voy. également : CourEDH, *Saoud c. France*, n° 9375/02, arrêt du 9 octobre 2007, §§ 128-136 concernant l'impossibilité de déposer à temps un mémoire ampliatif devant la Cour de cassation française vu la tardiveté de la commission d'office de l'avocat chargé de représenter le requérant.

¹⁵⁷¹ Cf. supra, n° 714.

¹⁵⁷² Le Tribunal fédéral a estimé que certaines questions de procédure devaient impérativement être réglées de manière uniforme. Afin de justifier cela sur le plan constitutionnel, il a décrété qu'elles faisaient partie du « *droit privé fédéral non écrit* ». Sur cette question : BERTI, *Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts*, p. 128-130.

réglementations en remet en cause l'application uniforme du droit matériel. Le Tribunal fédéral n'a cependant jamais profité de l'opportunité pour harmoniser de vastes domaines de la procédure civile. En effet, la juridiction suprême portait toujours de l'idée que « *tant et aussi longtemps que la procédure civile n'est pas unifiée, il est dans l'ordre des choses, que des réglementations différentes soient appliquées dans les différents cantons* »¹⁵⁷³, si bien que son intervention demeurerait forcément limitée.

447. On rencontre cependant plusieurs arrêts où le Tribunal fédéral se livre à une comparaison entre la procédure civile cantonale et le droit judiciaire privé fédéral. Ces arrêts servirent surtout à imposer aux juridictions cantonales le respect de certains standards issus du droit judiciaire privé fédéral. Deux tendances sont d'ailleurs à relever. Dans certains cas, la juridiction suprême prescrit aux tribunaux cantonaux le respect de certaines règles figurant dans le droit fédéral. Nous parlerons alors d'harmonisation *positive* (a). Dans d'autres affaires, elle va considérer que la similarité entre le droit cantonal et le droit fédéral est la preuve de l'absence de formalisme excessif de ce dernier. Cela constitue l'harmonisation *négative* (b).

a) L'harmonisation *positive*

448. Deux exemples d'harmonisation positive nous semblent particulièrement intéressants. Tous deux concernent l'impact d'une modification de la défunte loi d'organisation judiciaire sur la pratique de la juridiction suprême en matière de formalisme excessif. Ils démontrent avec brio que l'interdiction du formalisme excessif pouvait être utilisée avec pragmatisme par le Tribunal fédéral pour mettre le droit cantonal en harmonie avec la législation fédérale.

449. Le premier cas porte sur l'obligation des juridictions cantonales d'inviter la partie recourante à régulariser l'absence de signature. Jusqu'en 1991, cette obligation ne figurait pas dans la loi d'organisation judiciaire. Le Tribunal fédéral n'hésitait d'ailleurs pas à déclarer irrecevable un recours lorsque le mémoire n'était pas signé¹⁵⁷⁴. C'est alors que l'article 30 de la Loi fédérale d'organisation judiciaire fut modifié. Le Tribunal fédéral était désormais obligé de donner aux parties l'occasion de régulariser l'absence de

¹⁵⁷³ TF du 7 juin 2001, 4P.50/2001, cons. 4b : « *Solange das Zivilprozessrecht nicht vereinheitlicht ist, liegt es in der Natur der Sache, dass in den verschiedenen Kantonen unterschiedliche Regeln herrschen können* ».

¹⁵⁷⁴ Voy. par exemple : ATF 112 Ia 173 ; ATF 83 III 3.

signature¹⁵⁷⁵. La doctrine releva que la modification constituait « *une importante contribution à la prohibition du formalisme excessif.* »¹⁵⁷⁶ et qu'elle avait pour but « *de simplifier et d'atténuer le formalisme devant le Tribunal fédéral comme celui-ci l'avait d'ailleurs lui-même imposé aux juridictions cantonales.* »¹⁵⁷⁷ Trois ans plus tard, le Tribunal fédéral des assurances imposa le respect d'une obligation similaire aux juridictions cantonales. La juridiction suprême considéra que la législation fédérale « *constitu[ait] l'expression d'un principe général procédural du droit découlant de l'interdiction du formalisme excessif et qui va[lai]t également en procédure cantonale* »¹⁵⁷⁸.

450. Le second exemple concernait également les voies de recours. L'article 32 alinéa 4 lettre a de la Loi fédérale d'organisation judiciaire prévoyait qu'un recours ne pouvait être déclaré tardif s'il avait été déposé auprès d'une autre autorité fédérale ou de l'autorité cantonale ayant rendu la décision de justice attaquée¹⁵⁷⁹. Considérant que cette disposition constituait un « *principe général du droit valant pour l'ensemble de l'ordre juridique et qui devait être appliqué dans les cantons en l'absence de dispositions législatives contraires* »¹⁵⁸⁰, le Tribunal fédéral jugea qu'il était excessivement formaliste de déclarer irrecevable un recours adressé le dernier jour du délai à la juridiction cantonale *a quo*, si celle-ci n'avait pu le transmettre à temps à la juridiction compétente. Il ne manqua d'ailleurs pas de souligner que le droit fédéral avait été modifié sur ce point, également en 1991¹⁵⁸¹, comme pour mieux indiquer que l'arrêt avait pour but d'adapter le droit cantonal aux évolutions du droit fédéral.

451. En revanche, dans d'autres domaines, le Tribunal fédéral se refusait catégoriquement à harmoniser les législations cantonales avec le droit fédéral. Ainsi, il reconnut le droit aux législateurs cantonaux de déclarer d'emblée irrecevable un recours

¹⁵⁷⁵ Loi fédérale du 4 octobre 1991, entrée en vigueur le 15 février 1992 (publiée in RO 1991 1393). De nos jours, l'art. 42 al. 5 LTF joue le même rôle.

¹⁵⁷⁶ POUDRET, Les règles générales révisées, p. 34.

¹⁵⁷⁷ POUDRET, Les règles générales révisées, p. 32.

¹⁵⁷⁸ ATF 120 V 413, cons. 6a, AJP/PJA 1995, pp. 793 ss (note Kieser), ZBJV 132 (1996), pp. 532 ss et 706 ss (note Müller) : « ... ist Ausdruck eines aus dem Verbot des überspitzten Formalismus fließenden allgemeinen prozessualen Rechtsgrundsatzes, der auch im kantonalen Verfahren Geltung hat ».

¹⁵⁷⁹ En droit positif, l'art. 48 al. 3 LTF va dans le même sens, mais de manière plus large vu qu'il admet la réception du recours par toute autorité fédérale ou cantonale et non plus seulement par l'autorité ayant rendu la décision critiquée.

¹⁵⁸⁰ ATF 118 Ia 241, cons. 3c : « *Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der sich auf die gesamte Rechtsordnung bezieht und jedenfalls dort, wo keine klare anderslautende Gesetzgebung besteht, auch in den Kantonen zu gelten hat.* »

¹⁵⁸¹ ATF 118 Ia 241, cons. 3b et 3c.

pour défaut de paiement de l'avance de frais¹⁵⁸², même si le droit fédéral prévoit aujourd'hui que la juridiction adresse au préalable un rappel à la partie en demeure¹⁵⁸³. Toujours dans le même domaine, une juridiction cantonale pouvait exiger d'avoir reçu le montant de l'avance de frais le dernier jour du délai. Elle n'était pas tenue de reprendre, au nom de l'interdiction du formalisme excessif, les accommodements admis à ce sujet en droit fédéral¹⁵⁸⁴. Malheureusement, la juridiction suprême n'a jamais indiqué les raisons pour lesquelles elle ne souhaitait pas que ces questions fassent l'objet d'une solution harmonisée au niveau fédéral par le biais de l'interdiction du formalisme excessif, pas plus d'ailleurs qu'elle n'a justifié un choix contraire dans les exemples que nous avons mentionnés en premier.

b) Harmonisation *négative*

452. A la différence de l'harmonisation *positive*, l'harmonisation *négative* n'impose aucune charge supplémentaire aux juridictions cantonales. Bien au contraire, elle approuve leur interprétation du droit cantonal. Les arrêts ayant consacré ce cas de figure sont donc moins catégoriques, car ils ne remettent rien en cause. L'harmonisation négative transparaît souvent entre les lignes.

453. Le Tribunal fédéral veut éviter l'*effet boomerang* qu'impliquerait un arrêt déclarant excessivement formaliste la solution adoptée par un tribunal cantonal, lors même qu'elle serait identique à celle appliquée devant la juridiction suprême. Au passage, cela contribue également à la cohérence de l'ordre juridique suisse. Relevons toutefois que l'harmonisation négative n'interdit pas aux cantons d'aller au-delà des standards minimaux arrêtés par le Tribunal fédéral. Ce dernier réserve ainsi les cas où les tribunaux cantonaux admettraient le dépôt d'un recours par télécopie¹⁵⁸⁵, car « *les cantons ne sont [...] pas liés par la solution adoptée en droit fédéral pour l'interprétation de leurs propres dispositions de procédure.* »¹⁵⁸⁶ Cette nuance permet de saisir la différence entre l'harmonisation *positive* et *négative*. La première impose le respect de certains standards aux juridictions cantonales, alors que la seconde approuve leur raisonnement sans exclure une solution plus favorable pour les parties.

¹⁵⁸² TF du 15 février 2010, 5A_834/2009, cons. 2.2.2 ; TF du 26 octobre 2009, 4A_477/2009, cons. 5.

¹⁵⁸³ Art. 62 al. 3 LTF.

¹⁵⁸⁴ ATF 118 Ia 8, cons. 2.

¹⁵⁸⁵ Voy. pour un cas d'application en matière civile : TF du 13 février 2006, 5P.438/2005, cons. 2.2 où la juridiction cantonale avait déclaré le recours recevable, malgré l'usage de la télécopie.

¹⁵⁸⁶ TF du 29 janvier 2001, 1P.812/2000, cons. 2b rendu en matière pénale.

454. Dans le même registre, le Tribunal fédéral a approuvé l'obligation de chiffrer les conclusions portant sur des sommes d'argent par référence à la situation applicable devant le Tribunal fédéral¹⁵⁸⁷. Il a habilité les juridictions cantonales à déclarer irrecevables des recours interjetés par télécopie¹⁵⁸⁸. C'est sur ce dernier point qu'il se montre d'ailleurs le plus explicite. Un arrêt relève qu'« *une autorité cantonale qui, dans des circonstances similaires [ie à la solution prévalant en droit fédéral], déclarerait un recours irrecevable, ne fait pas preuve d'arbitraire ou de formalisme excessif.* »¹⁵⁸⁹

Section 2 : Les conséquences de la fédéralisation de la procédure civile (présent)

455. L'adoption du Code fédéral de procédure civile du 19 décembre 2008 a profondément modifié le paysage procédural suisse¹⁵⁹⁰. Désormais, sous réserve des questions d'organisation judiciaire et de gestion administrative des tribunaux¹⁵⁹¹, le droit judiciaire privé fait l'objet d'une réglementation unique relevant du droit fédéral. Ce changement met fin au paradoxe issu du compromis constitutionnel de 1874. L'unification aura, en effet, de multiples conséquences en matière d'interdiction du formalisme excessif. Elle va inmanquablement conduire à un étiolement de la garantie constitutionnelle¹⁵⁹², amenée à jouer un rôle moins important que par le passé (§ 1). Malheureusement, cet affaiblissement ne pourra pas être compensé par la nouvelle législation. Bien au contraire, la seule lecture du Code de procédure civile de 2008 met au jour, comme c'était déjà le cas pour la législation française de 1975¹⁵⁹³, un certain nombre de difficultés dues au fait que l'interdiction du formalisme excessif n'a pas été la première préoccupation du législateur (§ 2).

¹⁵⁸⁷ TF du 15 juin 2009, 4A_165/2009, cons. 2.1.

¹⁵⁸⁸ TF du 29 janvier 2001, 1P.812/2000, cons. 2b.

¹⁵⁸⁹ TF du 5 janvier 2000, 1P.692/1999, cons. 2b.

¹⁵⁹⁰ Sur l'élaboration du Code fédéral de procédure civile : SUTTER-SOMM, *Werdegang und Charakteristika*, pp. 759 ss.

¹⁵⁹¹ Art. 3 CPC 2008.

¹⁵⁹² Comme le fait très justement remarquer BIAGGINI, n° 10 ad art. 29 Cst 1999 : « *Nach der Vereinheitlichung des Zivil- und des Strafverfahrensrechts [...] wird es dem Bundesgericht obliegen, für die richtige und einheitliche Auslegung des Bundesprozessrechts [...] zu sorgen. Das Bedürfnis nach höchstrichterlicher Intervention gestützt auf verfassungsrechtliche Verfahrensgarantien dürfte sich merklich verringern.* ».

¹⁵⁹³ Cf. *supra*, n° 191 ss.

§ 1 : Le prévisible étiolement de l'interdiction du formalisme excessif

456. L'entrée en vigueur du Code de procédure civile de 2008 va entraîner un étiolement de l'interdiction du formalisme excessif. Le débat ne va pas entièrement disparaître au profit d'une approche purement privatiste telle que suivie en France. La portée de la garantie constitutionnelle perdra de l'importance et de la vigueur. En effet, la fédéralisation de la procédure civile a pour conséquence que celle-ci échappera presque entièrement au contrôle direct de constitutionnalité par le Tribunal fédéral, sans toutefois que toute contestation à ce propos ne soit exclue (A). Ensuite, l'unification de la matière va permettre le développement d'une approche mi-publiciste, mi privatiste, similaire à celle existant en matière d'exécution forcée (B).

A) L'immunité constitutionnelle du Code de procédure civile de 2008 et ses dérivatifs.

457. L'immunité constitutionnelle du Code de procédure civile de 2008 est la conséquence directe d'un principe applicable à l'ensemble des lois fédérales (1). Les griefs à caractère constitutionnel vont donc chercher un autre point d'ancrage (2).

1) Un principe général limité

458. L'immunité constitutionnelle du Code de procédure civile découle directement de l'article 190 de la Constitution fédérale dont la portée a été limitée en pratique (a). Elle ne s'étend en revanche pas au droit cantonal accessoire qui reste soumis au contrôle de constitutionnalité opéré par le Tribunal fédéral (b).

a) L'article 190 de la Constitution fédérale et ses limites

459. Aux termes de l'article 190 de la Constitution fédérale, « *Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international* ». Cela signifie que les juridictions ne peuvent refuser d'appliquer le droit fédéral au motif qu'il viole la Constitution fédérale, ou une Constitution cantonale¹⁵⁹⁴. La règle vaut pour l'ensemble du droit fédéral dont le Code de procédure civile fait désormais partie.

¹⁵⁹⁴ Voy. parmi tant d'autres : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. 1, pp. 658 ss ; Alain FISCHBACHER, *Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland*, thèse Zurich, Coll. Zürcher Studien zum Öffentlichen Recht : Vol. 168, Schulthess, Zurich Bâle Genève, 2006, p. 123 ; Thomas SÄGESSER, in Thomas SÄGESSER (édit.), *Die Bundesbehörden – Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2000, n° 1141 ss ; SCHERRER, pp. 233 ss.

460. Toutefois, l'article 190 de la Constitution fédérale ne va pas jusqu'à interdire toute critique des lois fédérales. Depuis 1969 le Tribunal fédéral admet que les parties invoquent leurs droits fondamentaux de manière à ce que les lois fédérales soient « *interprétées d'une façon conforme à la constitution* »¹⁵⁹⁵. La juridiction suprême considère d'ailleurs que « *si plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est conforme à la constitution* », car elle « *partira de l'idée que le législateur ne propose pas de solution incompatible.* »¹⁵⁹⁶ Lorsque le texte clair d'une disposition légale est contraire à la Constitution, le Tribunal fédéral se reconnaît le droit de le mentionner¹⁵⁹⁷, même si, en raison de l'article 190 de la Constitution, cela conduira au rejet d'un recours fondé sur ce moyen¹⁵⁹⁸.

461. Transposée à l'objet de notre étude, l'immunité constitutionnelle des lois fédérales aura pour conséquence que les parties pourront invoquer l'interdiction du formalisme excessif devant les juridictions afin d'obtenir qu'elles interprètent de manière les dispositions du Code de procédure civile conformément à la jurisprudence rendue en la matière. Le droit constitutionnel deviendra dès lors une référence interprétative¹⁵⁹⁹.

b) Le sort du droit cantonal complémentaire

462. Même si le droit cantonal a perdu beaucoup de son importance en matière de procédure civile, il n'est pas totalement écarté. Les cantons conservent leurs compétences¹⁶⁰⁰ en matière d'organisation judiciaire et de gestion administrative de la justice¹⁶⁰¹, ainsi que pour la fixation du tarif des frais de justice¹⁶⁰² et la réglementation relative à l'emploi des langues en justice¹⁶⁰³. Parmi les tâches relevant du droit cantonal¹⁶⁰⁴, rares sont celles ayant un lien direct avec l'objet de notre étude. Seules les questions linguistiques peuvent, à notre avis, soulever des problèmes d'excès de formalisme. Le droit cantonal peut-il régler le sort des actes de procédure rédigés dans

¹⁵⁹⁵ ATF 95 I 330, cons. 3. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. 1, p. 660.

¹⁵⁹⁶ Voy. parmi tant d'autres : ATF 122 III 469, cons. 5a, SJ 1997, pp. 129 ss ; AJP/PJA 1997, p. 747 (note Stucki), Sic ! 1997, pp. 80 ss (note Cherpillod). L'affaire portait sur l'interprétation conforme à la Constitution du droit des marques.

¹⁵⁹⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. 1, p. 661 ; Thomas SÄGESSER, in SÄGESSER, n° 1149.

¹⁵⁹⁸ SCHERRER, p. 304-305. Voy. à titre d'exemple : ATF 125 III 209, cons 4 et 5, JdT 1999 I 321, RDAF 2000 I 587.

¹⁵⁹⁹ Fridolin M.R. WALTHER, Die Auslegung des schweizerischen Zivilprozessrechts, pp. 97 ss. Voy. en matière d'exécution forcée : IQBAL, p. 9-11.

¹⁶⁰⁰ Pour plus de détails : Arnold MARTI, Die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts, die Revision des Vormundschaftsrecht und das öffentliche Recht, ZBl 108 (2007), pp. 240 ss.

¹⁶⁰¹ Art. 3 CPC 2008 auquel vient s'ajouter les art. 6 CPC 2008 (création d'une juridiction commerciale) et 356 CPC 2008 (désignation des juridictions compétentes en matière arbitrale).

¹⁶⁰² Art. 96 CPC 2008 (tarif) ainsi qu'art. 116, 218 al. 3 et CPC 2008 (instauration de la gratuité de la procédure).

¹⁶⁰³ Art. 129 CPC 2008.

¹⁶⁰⁴ Voy. pour une liste non limitative : Message FF 2006 6875.

une langue étrangère ? Tel semble être l'avis du législateur fribourgeois qui a prévu à l'article 119 de la Loi sur la justice que la juridiction invite la partie en faute à produire une traduction des actes de procédure et des pièces rédigées en langue étrangère¹⁶⁰⁵. Nous ne nous prononcerons pas sur la question de savoir si une réglementation cantonale du sort des actes de procédure rédigés en langue étrangère est envisageable, ou si la question doit être résolue sur la base du Code de procédure civile¹⁶⁰⁶. Toutefois, à supposer qu'elles soient compatibles avec la force dérogatoire du droit fédéral, de telles dispositions pourraient être contraires à l'interdiction du formalisme excessif si elles s'avèrent disproportionnées.

2) Les autres points d'ancrage du droit constitutionnel

463. Outre l'interprétation conforme à la Constitution et le droit cantonal complémentaire, le droit à un procès équitable est également ancré dans la procédure civile par le biais des principes généraux de procédure (a). A côté de cela, le contrôle de conformité avec la Convention européenne des droits de l'Homme n'est pas influencé par l'adoption du Code de procédure civile de 2008. L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme peut être invoqué par les parties contre le Code fédéral de procédure civile (b).

a) Les principes généraux de procédure

464. Sans susciter autant d'intérêt qu'en France, la question des principes directeurs du procès civil a déjà étudiée par la doctrine suisse¹⁶⁰⁷. Compte tenu du fait que la plupart des lois cantonales les consacraient¹⁶⁰⁸, il était parfaitement normal de les retrouver dans le Code de procédure civile de 2008. De manière surprenante, aucun des articles 52 à 58 ne proclame l'interdiction du formalisme excessif. Nous avons déjà eu l'occasion de relever une lacune similaire concernant la procédure civile française¹⁶⁰⁹.

465. Il nous faut maintenant voir si, parmi les principes de procédure expressément consacrés par le texte du Code de procédure civile de 2008, certains

¹⁶⁰⁵ Semble-t-il pour éviter tout formalisme excessif : Alexandre PAPAUX, La langue de la procédure civile et pénale devant le Tribunal cantonal fribourgeois – Commentaire des art. 115 al. 3 et 4, 116 al. 1 et 118 de la loi du 31 mai 2010 sur la justice et de l'ATF 136 I 149, RFJ 2010, p. 200-201.

¹⁶⁰⁶ Art. 132 CPC 2008.

¹⁶⁰⁷ Voy. parmi tant d'autres : Jacques-Michel GROSSEN, A propos des « principes généraux de procédure civile », in Pierre-Henri BOLLE (édit.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Genève-Munich, 1999, pp. 179 ss.

¹⁶⁰⁸ Voy. par exemple les art. 53 ss CPC NE ou les art. 1 ss CPC VD.

¹⁶⁰⁹ Cf. supra, n° 197.

pourraient servir de point d'ancrage pour l'interdiction du formalisme excessif. La doctrine, et la jurisprudence, ont régulièrement considéré que l'excès de formalisme était contraire au principe de la bonne foi en procédure, que l'article 52 consacre expressément¹⁶¹⁰. Nous avons toutefois déjà vu que cette assimilation n'était pas correcte sur le plan des concepts¹⁶¹¹. L'article 53 consacre expressément le droit des parties d'être entendues. Comme le fait remarquer le Message accompagnant le projet, le premier alinéa est la reprise littérale de l'article 29 alinéa 2 de la Constitution¹⁶¹². Sachant que cette disposition a été parfois invoquée pour fonder l'interdiction du formalisme excessif, il n'est pas hors de propos d'y voir un bon candidat pour abriter cet aspect du droit à un procès équitable¹⁶¹³.

466. Même si nous ne voulons pas surestimer l'importance d'une disposition légale, car elle ne permettrait pas de faire échec à d'autres dispositions légales d'un même rang qui s'avèreraient trop formaliste¹⁶¹⁴, il aurait été préférable que le législateur saisisse l'occasion de codifier les composantes du procès équitable valant en matière civile avec autant de sérieux qu'il l'a fait, par exemple, pour la procédure pénale¹⁶¹⁵. Cela aurait clarifié la situation¹⁶¹⁶ et permis à toute la doctrine de reposer sur des bases plus solides¹⁶¹⁷.

b) L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

467. La Convention européenne des droits de l'Homme est directement invocable devant les juridictions suisses. Le Tribunal fédéral admet, non sans restriction, qu'elle a un rang supérieur aux lois, voire à la Constitution elle-même¹⁶¹⁸. Etant donné que l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme consacre également

¹⁶¹⁰ Cf. supra, n° 297 ss.

¹⁶¹¹ Cf. supra, n° 302.

¹⁶¹² Message FF 2006 6888.

¹⁶¹³ Voy. toutefois LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 128-131, qui ne mentionnent pas l'interdiction du formalisme excessif dans le catalogue des garanties découlant du droit d'être entendu.

¹⁶¹⁴ Les parties continueront d'invoquer l'art. 29 Cst ou l'art. 6 § 1 CEDH.

¹⁶¹⁵ Le Code est très détaillé et fort bien rédigé sur ce point : voy. les art. 3 à 11 CPP.

¹⁶¹⁶ Le statut de l'interdiction du formalisme excessif n'est actuellement pas des plus clairs.

¹⁶¹⁷ Le problème de la soi-disante concision du Code fédéral de procédure civile, qui s'avère en définitive n'être qu'un moyen de justifier d'éventuelles lacunes, a déjà été relevé. Voy. la remarque quelque peu désabusée de Stephen V. BERTI, *Analytische Überlegungen zur funktionalen Stellung der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, RDS 128 (2009) I, p. 418 : « *Damit haben wir den Bogen von der Klageeinleitung bis zur Rechtskraft gespannt, und dabei mehr als einmal feststellen müssen, dass die ZPO zu wesentlichen Punkten schweigt.* »

¹⁶¹⁸ Voy. récemment : TF du 21 janvier 2010, 2C_221/2009, cons. 3. La Cour de Strasbourg a d'ailleurs elle-même relevé cet arrêt dans les deux décisions rendues concernant « l'affaire des minarets » : CourEDH, *Ouardiri c. Suisse*, n° 65840/09, décision du 28 juin 2011 ; CourEDH, *Ligue des musulmans de Suisse et autres c. Suisse*, n° 66274/09, décision du 28 juin 2011.

l'interdiction du formalisme excessif, quoique sous une forme toutefois différente de la garantie homonyme en droit suisse, cette disposition pourra être invoquée par les parties lorsque l'interprétation conforme à la Constitution ne suffira plus à résoudre le problème¹⁶¹⁹.

B) Le développement d'une approche mixte

468. Deux raisons nous autorisent à penser que le problème de l'excès de formalisme ne sera plus résolu de manière uniquement publiciste. Premièrement, il s'agit de la situation en matière d'exécution forcée, domaine régi depuis plus d'un siècle par une loi fédérale. La question du formalisme excessif y est fréquemment réglée sans passer par le droit constitutionnel (1). Deuxièmement, tant la doctrine que la jurisprudence peuvent être tentées par la *table rase* (2) qui consiste à élaborer une interprétation du Code de procédure civile indépendamment de l'acquis développé sous l'empire de la législation cantonale.

1) La place de l'interdiction du formalisme excessif en matière d'exécution forcée

469. La matière de l'exécution forcée étant régie par une loi fédérale depuis le 1^{er} janvier 1892¹⁶²⁰, les questions de formalisme excessif se sont présentées bien avant que le Tribunal fédéral n'ait abordé la question à propos de la procédure civile cantonale¹⁶²¹. La jurisprudence a donc développé des solutions sans employer ce concept (a). L'interdiction du formalisme excessif joue un rôle secondaire en matière d'exécution forcée (b).

a) La gestion du formalisme procédural

470. Les premières décisions rendues en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite témoignent de la volonté d'éviter l'excès de formalisme. En 1895 déjà, le Conseil fédéral¹⁶²², fut saisi du cas d'une procédure de faillite menée contre deux époux et comportant de nombreuses erreurs. L'identité du créancier n'était pas strictement la même sur le commandement de payer et sur la commination de

¹⁶¹⁹ Cf. supra, n° 369 ss.

¹⁶²⁰ Art. 351 al. 1 LP.

¹⁶²¹ La reconnaissance du droit à un procès sans formalisme excessif remonte, en effet, à 1920 pour les décisions les plus anciennes (cf. supra, n° 272).

¹⁶²² CF du 29 novembre 1895, Archives de la poursuite pour dettes et de la faillite, Vol. 4, 1895, n° 128, pp. 350 ss (traduction française). Le Tribunal fédéral ne reçut qu'ultérieurement la compétence pour se prononcer sur les recours en la matière.

faillite¹⁶²³. Le Gouvernement fédéral considéra que ces erreurs «*sont de simples altérations d'un seul et même nom*» et que «*les intéressés n'avaient aucun doute sur le point de savoir que Zeutler et Zehnter désignaient une seule et même personne ou société*»¹⁶²⁴. Cette approche fut confirmée en 1910¹⁶²⁵ dans une affaire concernant une procédure menée contre un père et son fils, homonymes habitant sous le même toit, et exploitant le même négoce de charbon¹⁶²⁶. Le Tribunal fédéral releva qu'«*il va de soi que la créancière avait l'intention de poursuivre la personne nommée Jakob Laubi qui s'était engagée, que le commandement de payer lui est effectivement parvenu et qu'il s'y est opposé de telle manière que cette phase de la procédure ne souffre d'aucun manquement*»¹⁶²⁷.

471. La souplesse ne concerna pas que les erreurs dans la désignation des parties. Elle porta également sur des questions en rapport avec le fond des litiges. Le Tribunal fédéral¹⁶²⁸ dut ainsi se prononcer sur la validité d'une prétendue renonciation à une production dans une faillite. Il s'efforça d'identifier le but réel de la déclaration de création et de la renonciation afin d'éviter que la partie concernée n'ait à pâtir de ses approximations. Une autre espèce¹⁶²⁹, jugea qu'il était possible de rectifier en tout temps les erreurs affectant un état de collocation sans remettre en cause son contenu matériel, afin d'éviter que les parties ne doivent ouvrir inutilement une procédure judiciaire en contestation de celui-ci. La souplesse sembla s'imposer avec tant de facilité que la doctrine invita les autorités de surveillance à user de leurs pouvoirs disciplinaires à l'égard des offices des poursuites qui commettaient de trop nombreux vices de forme¹⁶³⁰.

472. Nous avons été frappé à la lecture de ces arrêts par la grande parenté entre les motifs indiqués et ceux qu'on retrouve dans les décisions de justice françaises à la

¹⁶²³ Ce n'était pas le seul problème d'ailleurs. Le mari était également considéré comme le débiteur sur le commandement de payer, alors que la commination de faillite avait été adressée à l'épouse. Ce vice de forme conduisit le Conseil fédéral à annuler *in fine* l'acte de poursuite, malgré la bienveillance dont il fit preuve à l'égard des erreurs dans l'orthographe des noms de famille.

¹⁶²⁴ Décision du 29 novembre 1895 précitée, p. 352. Cela n'empêcha toutefois pas l'annulation de la poursuite au motif qu'un commandement de payer notifié à l'époux ne pouvait fonder une commination de faillite dirigée contre son épouse.

¹⁶²⁵ ATF 36 I 428.

¹⁶²⁶ Tous les ingrédients d'une confusion étaient donc réunis.

¹⁶²⁷ ATF 36 I 428, cons. 1: «*...da der Gläubiger selbstverständlich den Willen hatte, denjenigen Jakob Laubi zu betreiben, welcher die Schuld kontrahiert hatte, der Zahlungsbefehl diesem auch effektiv zugekommen ist, und er sich dagegen zur Wehr gesetzt hat, sol eider dieses Stadium des Verfahrens durchaus an keinem Mangel...*» (arrêt précité, p. 431).

¹⁶²⁸ ATF 32 I 418.

¹⁶²⁹ ATF 36 I 83.

¹⁶³⁰ Carl JAEGER/Marta DAENIKER, *Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis der Jahre 1911-1945*, Vol. 1, Orell Füssli Verlag, Zurich, 1947, n° 4 ad art. 72 LP.

même époque¹⁶³¹, malgré le fait que le droit français n'était manifestement connu que de certains juristes francophones. Le raisonnement suivi est presque le même et cela constitue la preuve que les juridictions suisses ont développé, en matière d'exécution forcée, une approche semblable à l'approche privatiste pratiquée en droit français. A côté de cela, d'autres arrêts se réfèrent plus directement aux particularismes helvétiques. Dans une affaire¹⁶³² concernant l'introduction d'une action en libération de dette, la juridiction suprême considéra qu'en prescrivant la notification d'une *somation*¹⁶³³, préalablement à l'ouverture de toute action en justice, la législation appenzelloise violait la force dérogatoire du droit fédéral¹⁶³⁴. La juridiction suprême se fondait sur le fait que le défendeur disposait alors d'un délai de quatorze jours avant que le demandeur ne puisse formellement porter le litige devant la juridiction compétente. Il s'agit d'un raccourci intellectuel. En réalité, le nœud du problème résidait dans le fait que le demandeur à l'action en libération de dette devait agir dans un certain délai prévu par l'article 83 alinéa 2 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et qu'en l'obligeant à notifier une sommation, qui n'était pas introductive d'instance, puis à attendre quatorze jours, il devenait impossible de respecter le délai prévu par le droit fédéral. Il s'agit typiquement d'un problème d'excès de formalisme, bien plus que d'une éventuelle supériorité de la législation fédérale sur le droit cantonal¹⁶³⁵.

b) La place de l'interdiction du formalisme excessif

473. La reconnaissance explicite de l'interdiction du formalisme excessif n'est pas restée sans conséquence en matière d'exécution forcée. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral exclut toute invocation de celui-ci, même au titre de l'interprétation conforme à la Constitution, parce qu'« *on ne se trouve donc pas dans le cadre d'une règle de procédure cantonale, simple prescription formelle, dont l'interprétation trop restrictive complique de manière insoutenable l'application du droit matériel* »¹⁶³⁶. Cette motivation n'est pas des plus claires. Il semble que le Tribunal fédéral ait exclu le grief tiré de l'interdiction du formalisme excessif parce qu'il portait sur du droit fédéral. Nous

¹⁶³¹ Cf. supra, n° 99 ss (« pas de nullité sans grief »).

¹⁶³² ATF 36 I 301.

¹⁶³³ Appelée « *Rechtsbot* ».

¹⁶³⁴ Prévue à l'art. 2 des dispositions transitoires Cst. 1874.

¹⁶³⁵ Implicitement en ce sens : HUBER, p. 27-28 et les autres exemples cités. Voy. également SCHMID, pp. 66 ss, plus particulièrement pp. 69 ss concernant une éventuelle présence de la force dérogatoire du droit fédéral sur l'interdiction du formalisme excessif.

¹⁶³⁶ ATF 104 III 95, cons. 2b.

ne pensons, en effet, pas qu'il ait voulu dire que l'exécution forcée faisait partie du droit de fond.

474. Cette approche est toutefois abandonnée aujourd'hui. Il n'est plus contesté que l'interdiction du formalisme excessif puisse être invoquée en matière d'exécution forcée. Toutefois, celle-ci n'a pas autant d'importance qu'en matière de procédure civile. Elle constitue surtout un argument destiné à asseoir un raisonnement juridique fondé sur l'interprétation du texte légal. Elle n'est mentionnée, la plupart du temps, qu'en passant¹⁶³⁷. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, cela pouvait s'expliquer par l'organisation particulière des voies de recours. Sauf exceptions¹⁶³⁸, les parties devaient adresser au Tribunal fédéral un recours de droit public, séparé du recours ordinaire en matière de poursuite pour dettes et faillite, pour se plaindre d'un excès de formalisme¹⁶³⁹. Or le recours ordinaire était entièrement gratuit¹⁶⁴⁰, alors que le recours de droit public était soumis au paiement des frais de justice¹⁶⁴¹ et des dépens¹⁶⁴². Il était donc bien plus commode de n'invoquer l'interdiction du formalisme excessif que comme un argument à l'appui d'un recours ordinaire, au lieu de déposer un recours de droit public séparé sur la question¹⁶⁴³.

475. Le cadre juridique a cependant évolué en 2007, année d'entrée en vigueur de la nouvelle législation qui a supprimé la dualité des recours et la gratuité¹⁶⁴⁴. Il n'y a désormais plus aucune raison de renoncer à soulever un moyen tiré de la violation de l'interdiction du formalisme excessif. On ne rencontre toutefois pas beaucoup d'arrêts abordant la question¹⁶⁴⁵. Par ailleurs, dans son ouvrage consacré à la protection des droits fondamentaux en matière d'exécution forcée, IQBAL ne mentionne pas l'excès de

¹⁶³⁷ Voy. par exemple : TF du 18 février 2003, 7B.262/2002 ; TF du 19 novembre 2004, 7B.190/2004, cons. 6.

¹⁶³⁸ Soit lorsque seul le recours de droit public était recevable, c'est-à-dire quand la décision avait été prise par une juridiction cantonale qui ne fonctionnait pas comme autorité de surveillance, mais il était également possible de plaider certains griefs constitutionnels par le biais du recours en matière de poursuite pour dettes et faillite : IQBAL, pp. 236 ss.

¹⁶³⁹ Voy. IQBAL, p. 244.

¹⁶⁴⁰ Art. 20a al. 1 LP (dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010).

¹⁶⁴¹ Par le jeu du principe énuméré à l'art. 150 al. 1 aOJF.

¹⁶⁴² Art. 159 aOJF.

¹⁶⁴³ Le Tribunal fédéral n'a pas toujours accepté ce procédé : TF du 10 septembre 2004, 7B.171/2004, cons. 3.1 ; TF du 5 octobre 2006, 7B.92/2006, cons. 3. Au vu des arrêts précédents, l'irrecevabilité apparaît ici comme un moyen de ne pas examiner à bon compte certains griefs.

¹⁶⁴⁴ Désormais les décisions des autorités cantonales de surveillance peuvent être déférées au Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile : art. 72 al. 2 litt. a LTF. La gratuité est limitée aux procédures devant les autorités cantonales (art. 20a al. 2 litt. 5 LP).

¹⁶⁴⁵ Certains arrêts semblent être un peu plus étayés qu'auparavant : TF du 9 février 2009, 5A_611/2008, cons. 3 ; TF du 13 octobre 2009, 5A_411/2009, cons. 2.2 ; TF du 11 mars 2011, 5A_896/2010, cons. 6.3 (*a contrario* : TF du 13 février 2008, 5A_517/2007, cons. 4). Mais il s'agit peut-être aussi de la conséquence de la fin de la gratuité des procédures, les parties ne recourant plus au Tribunal fédéral *ab irato* comme cela se voyait parfois précédemment.

formalisme comme problème essentiel¹⁶⁴⁶. Il semble donc que le détour par le droit constitutionnel ne présente aucun intérêt pratique. A notre avis, rien ne permet de penser que l'application du Code de procédure civile de 2008 va conduire à un résultat différent de celui constaté en matière d'exécution forcée. La jurisprudence va donc mettre en œuvre une approche essentiellement privatiste, mais mâtinée de quelques touches publicistes.

2) La tentation de la *table rase*

476. L'entrée en vigueur du Code de procédure civile fédéral permettra au Tribunal fédéral de jouir d'un pouvoir d'examen complet sur les questions de procédure (a). Cette nouveauté aura pour conséquence que doctrine et jurisprudence préféreront certainement s'efforcer de donner une bonne interprétation du texte légal plutôt que de recourir à l'interdiction du formalisme excessif (b).

a) L'accroissement du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

477. Le Code de procédure civile de 2008 étant une loi fédérale, sa violation fait partie des griefs invocables devant le Tribunal fédéral sur le fondement de l'article 95 lettre a de la Loi sur le Tribunal fédéral¹⁶⁴⁷. Lorsqu'une partie souhaite soulever un grief de nature procédurale, il lui suffira d'invoquer le texte du Code de procédure civile. Elle n'aura plus besoin de faire un détour par le droit constitutionnel¹⁶⁴⁸, à moins que sa contestation ne porte sur une mesure provisoire¹⁶⁴⁹. Désormais, « *les parties disposent d'une plus vaste palette de griefs invocables devant le Tribunal fédéral.* »¹⁶⁵⁰ et il est fort probable que les moyens reposant sur le droit constitutionnel se feront à long terme plus rares¹⁶⁵¹.

¹⁶⁴⁶ IQBAL, pp. 48 ss.

¹⁶⁴⁷ BRÖNIMANN, Die Schweizerische Zivilprozessordnung, p. 80 ; HURNI, p. 89-90 ; Hans-Peter KARLEN, Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts und Reform der Bundesrechtspflege : die neue Zivilprozessordnung im Kontext der Justizreform, in Karl SPÜHLER (édit.), Die neue Zivilprozessordnung : eine Orientierung, Bâle, 2003, p. 15 ; Sabine KOFMEHL EHRENZELLER, Die künftige Zwangsvollstreckung in Zivilsachen : ein Zusammenspiel des SchKG mit der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, recht 2004, pp. 57 ss, spécialement p. 66 ; MERZ, Entwicklungen in Zivilprozessrecht, p. 32.

¹⁶⁴⁸ HURNI, p. 90 mentionne l'exemple de la violation de la maxime de disposition.

¹⁶⁴⁹ En vertu de l'art. 98 LTF, le pouvoir d'examen sur les questions de mesures provisoires est limité à la violation des droits constitutionnels.

¹⁶⁵⁰ HURNI, p. 90 : « ...gibt dem Rechtssuchenden also mehr Rügemöglichkeiten vor Bundesgericht. »

¹⁶⁵¹ En ce sens : BIAGGINI, n° 10 ad art. 29 Cst 1999.

b) La recherche d'une bonne interprétation

478. Il serait hâtif de déduire de l'extension du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral que le droit constitutionnel a perdu toute importance en matière de procédure civile. Il n'en demeure pas moins qu'un grand nombre de questions faisant l'objet autrefois d'un débat purement publiciste vont être désormais réglées de manière privatiste, soit en recherchant la meilleure interprétation du Code de procédure civile.

479. Les premiers commentaires du Code de procédure civile vont dans ce sens. La doctrine ne se réfère à l'interdiction du formalisme excessif qu'à propos de l'article 132 du Code de procédure civile¹⁶⁵², proclamant même parfois que le texte légal est suffisant en la matière¹⁶⁵³. Certains auteurs ignorent purement et simplement la question¹⁶⁵⁴. Les premières décisions de justice publiées jusqu'à ce jour vont dans la même direction. Ainsi le Tribunal cantonal vaudois a appliqué l'article 132 du Code de procédure civile à un recours insuffisamment motivé¹⁶⁵⁵. Certes, le résultat est louable, car il va dans le sens de l'allègement du formalisme procédural. Il est cependant surprenant de ne rencontrer, ni référence à la jurisprudence cantonale rendue sous l'empire du Code de procédure civile vaudois, ni mention de la jurisprudence sévère du Tribunal fédéral¹⁶⁵⁶. Une motivation plus étayée n'aurait pas fait figure de luxe inutile. La solution est, en effet, loin de faire l'unanimité, la Cour suprême zurichoise¹⁶⁵⁷ et le Tribunal fédéral¹⁶⁵⁸ allant exactement dans le sens contraire.

480. Ces premiers exemples nous montrent que la problématique de l'excès de formalisme est désormais évacuée au profit de la recherche d'une interprétation défendable des dispositions pertinentes. Les tribunaux ne se soucient plus des conséquences de leurs décisions sur le plan de l'équité de la procédure. Celle-ci est ainsi présumée avoir été garantie *in abstracto* par le législateur.

¹⁶⁵² François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 6 et 7 ad art. 132 CPC 2008 ; Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 3 ad art. 132 CPC 2008 ; Dominik GASSER/Brigitte RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurzkommentar, n° 1 ad art. 132 CPC 2008 ; Michael KRAMER/Nadja KUBAT ERK, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 1 ad art. 132 CPC 2008. Voy. également TREZZINI, Celerità e lentezza, p. 26-27 qui mentionne toutefois, très succinctement, l'obligation d'inviter les parties à compléter leurs allégués de fait en cas d'obscurité.

¹⁶⁵³ Peter KARLER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 21 ad art. 29 Cst.

¹⁶⁵⁴ Isaak MEIER, Zivilprozessrecht, p. 34-41 examine la question des « principes de procédure découlant de l'Etat de droit (*rechtstaatliche Verfahrensgrundsätze*) » sans mentionner l'interdiction du formalisme excessif.

¹⁶⁵⁵ Trib. cant. VD, 24 juin 2011, n° ML/2011/80 ; Trib. cant. VD, 17 juin 2011, n° Pron/2011/71 ; Trib. cant. VD, 14 juin 2011, n° Pron/2011/68.

¹⁶⁵⁶ Cf. infra, n° 588 ss.

¹⁶⁵⁷ Cour supr. ZH, 9 août 2011, n° NQ110031 (publication uniquement de l'extrait pertinent sur internet).

¹⁶⁵⁸ TF du 7 décembre 2011, 4A_659/2011, cons. 5.

§ 2 : Quelques points problématiques ressortant à la lecture du texte légal

481. A ce stade, nous n'allons pas examiner l'ensemble des dispositions du Code de procédure civile de 2008. Ainsi que nous l'avons fait pour la législation française, nous limiterons à mettre en lumière deux points problématiques, auxquels le législateur aurait dû accorder davantage d'attention. Il s'agit de l'absence de précision au sujet des actes de procédure viciés (A) et du manque de coordination avec le reste du droit judiciaire privé fédéral (B).

A) La réglementation lacunaire du sort des actes de procédure viciés

482. Le Code de procédure civile se rattache nettement au modèle alémanique que nous avons déjà eu l'occasion d'examiner, mais tout en se montrant lacunaire à plus d'un titre. C'est ainsi qu'il ne prononce pas sur le sort des actes de procédure viciés (1) et qu'il ne précise pas suffisamment le rôle du juge et des parties en la matière (2).

1) L'absence de théorie des actes de procédure viciés

483. A première vue, seule la régularisation des actes de procédure viciés est prévue (a), même si d'autres conséquences d'un vice de forme peuvent être identifiées au fil du texte légal (b).

a) La régularisation des actes de procédure viciés

484. La régularisation des actes de procédure viciés est réglementée à l'article 132 du Code de procédure civile. Elle est prévue pour les « *vices de forme* »¹⁶⁵⁹ et lorsque les actes de procédure sont « *illisibles, inconvenants, incompréhensibles ou prolixes* »¹⁶⁶⁰. Si la partie en faute n'obtempère pas, l'acte de procédure « *n'est pas pris en considération* »¹⁶⁶¹.

485. Les différentes catégories précitées ne sont pas définies de manière claire. Seule le défaut de signature ou l'absence de procuration sont mentionnés comme exemple d'un vice de forme, mais il y a en a certainement d'autres. Lorsque un acte de procédure est introduit de manière « *abusive ou procédurière* », celui-ci est simplement retourné à son expéditeur. Or les plaideurs quérulants vont généralement produire des actes de

¹⁶⁵⁹ Art. 132 al. 1 CPC 2008.

¹⁶⁶⁰ Art. 132 al. 2 CPC 2008.

¹⁶⁶¹ Art. 132 al. 1 CPC 2008.

procédure prolixes, ou parfaitement incompréhensibles. Logiquement, ces actes devraient donc être renvoyés à leur expéditeur.

b) Les autres sanctions de procédure

486. On rencontre l'irrecevabilité mentionnée à de nombreuses reprises¹⁶⁶², plus particulièrement en ce qui concerne les voies de recours¹⁶⁶³. On trouve une liste des causes d'irrecevabilité à l'article 59 alinéa 2 du Code de procédure ; elle n'est cependant pas limitative¹⁶⁶⁴. Que signifie alors l'« *absence de prise en considération* » mentionnée à l'article 132 alinéa 1 ? La question se pose lorsqu'on applique cette disposition à un acte de recours frappé d'un vice de forme. Un acte d'appel dépourvu de signature ne serait ainsi « *pas pris en considération* » si le vice n'est pas régularisé dans le délai fixé. La juridiction d'appel pourra-t-elle alors écarter le recours sans communication à l'adversaire parce qu'il est « *manifestement irrecevable* » au sens de l'article 312 alinéa 1 du Code de procédure civile ? De surcroît un acte de recours non motivé est-il irrecevable, ou affecté uniquement d'un vice de forme réparable ? Il est impossible de répondre à ces questions en consultant le texte légal, alors qu'il s'agit d'un problème extrêmement simple.

487. A l'irrecevabilité vient s'ajouter l'annulation, prévue pour les actes accomplis par un magistrat qui aurait dû se récuser¹⁶⁶⁵. On notera toutefois qu'elle est confinée à ce cas d'espèce et qu'elle ne risque ainsi pas de rentrer en conflit avec d'autres sanctions. Néanmoins, les conditions entourant son prononcé ne sont pas des plus claires. Les actes nouvellement accomplis sont-ils réputés l'avoir été avec effet rétroactif, tel que cela est prévu pour la régularisation des vices de forme¹⁶⁶⁶ ? La question n'est pas que théorique. En effet, si une ordonnance d'inscription d'une hypothèque provisoire d'un entrepreneur est annulée pour cause de récusation, il y a de fortes chances pour que le

¹⁶⁶² Art. 63 al. 1 et 253 CPC 2008.

¹⁶⁶³ Art. 308 *a contrario*, 309, 312, 313 al. 2 litt. a, 314 al. 2, 323, 326 al. 1, 330 CPC 2008.

¹⁶⁶⁴ Cf. art. 59 al. 2 *in initio* CPC 2008 : « *Ces conditions sont notamment les suivantes...* » La doctrine est unanime sur ce point : François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 9 ad art. 59 CPC 2008 ; BOHNET, Les exceptions en procédure civile suisse, p. 151 ; Mathias COURVOISIER, in Baker&McKenzie, n° 12 art. 59 CPC 2008 ; Tanja DOMEJ, in OBERHAMMER, n° 16 ad art. 59 CPC 2008 ; GASSER/RICKLI, n° 2 ad art. 59 CPC 2008 ; Myriam A. GEHRI, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 2 ad art. 59 CPC 2008 ; GEHRI/KRAMER, n° 32 ad art. 59 CPC 2008 ; Luca MARAZZI, Erranze alla scoperta del nuovo Codice di procedura civile svizzero, RDS 128 (2009) II, pp. 323 ss, spécialement p. 340 ; Boris MÜLLER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 42 ad art. 59 CPC 2008 ; REYMOND, p. 30-31 ; Alexander ZÜRCHER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 9 ad art. 59 CPC 2008. Tel était déjà l'avis de la doctrine avant l'unification. Voy. parmi tant d'autres : GULDENER, Zivilprozessrecht, p. 223.

¹⁶⁶⁵ Art. 51 al. 1 CPC 2008.

¹⁶⁶⁶ Art. 132 al. 1 CPC 2008.

délai de trois mois prévu à l'article 839 alinéa 2 du Code civil soit dépassé et qu'une nouvelle inscription ne puisse plus être requise¹⁶⁶⁷.

488. Il nous paraît que le texte du Code de procédure civile de 2008 souffre en fait de la même imprécision terminologique que le Code français de 1806. Or nous avons vu les problèmes que cela a pu générer au fil du temps¹⁶⁶⁸. Il aurait donc été préférable qu'un plus grand soin soit accordé à la préparation du projet, vu le manque d'intérêt parlementaire pour la question. Faute d'y avoir procédé, le texte adopté sera susceptible de multiples interprétations divergentes. Doctrine et jurisprudence devront faire preuve d'une grande discipline pour éviter de sombrer dans l'excès de formalisme. Sachant les nombreuses difficultés rencontrées en France avec le Code de procédure civile de 1806, nous ne nous faisons pas de grandes illusions concernant la législation suisse.

2) Les imprécisions au sujet du rôle des parties

489. Si le Code de procédure civile de 2008 fait obligation au juge d'ordonner la régularisation des vices de forme¹⁶⁶⁹, il est totalement muet sur le rôle des parties en la matière. La codification fédérale se démarque sur ce point des solutions connues jusqu'alors. Un grand nombre d'ordres juridiques cantonaux reconnaissent, en effet, aux parties la faculté de provoquer un débat sur d'éventuels vices de procédure séparément du fond, notamment en ce qui concerne la validité formelle de la demande en justice. De manière générale, le Code de procédure civile s'aligne sur le modèle alémanique classique, pour lequel les pouvoirs étendus du juge constituent une garantie suffisante de la bonne marche du procès¹⁶⁷⁰. La disparition de ces dispositions n'est pas sans conséquence. Désormais, le traitement réservé aux incidents découlant de vices de procédure varie d'une affaire à l'autre (a), ce qui est susceptible d'accroître le formalisme de la procédure (b).

¹⁶⁶⁷ La révision récente du Code civil n'a fait qu'allonger le délai, sans toutefois remédier au problème. Voy. parmi tant d'autres : François BOHNET, Note sous TF du 4 octobre 2011 (ATF 137 III 417), RSPC 2012, p. 22 ; François BOHNET, in BOHNET/JEANDIN/HALDY/SCHWEIZER/TAPPY, n° 16 ad art. 265 CPC 2008 ; Rainer SCHUMACHER, Gerichtliche Anordnung des vorläufigen Grundbucheintrags eines Baupfandrechts, RSPC 2012, pp. 183 ss., spécialement p. 184.

¹⁶⁶⁸ Cf. supra, n° 66 ss.

¹⁶⁶⁹ Art. 132 al. 1 CPC 2008.

¹⁶⁷⁰ Voy. parmi tant d'autres : Adrian STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 1 ad art. 124 CPC 2008 : « *Der Grundsatz der richterlichen Prozessleitung beherrscht auch die kantonalen Prozessgesetze, die namentlich in der Westschweiz noch Spuren einer vermehrten Parteiherrschaft über den Prozess aufwiesen.* »

a) Les incertitudes entourant les incidents de
nature procédurale

490. L'absence de toute réglementation générale des incidents de procédure¹⁶⁷¹ ne veut pas encore dire que les parties soient privées de la faculté de soulever des incidents nés de la violation des règles de forme. A en croire les travaux préparatoires, le silence du législateur s'explique par la volonté d'éviter de surcharger le texte légal avec ce qu'il considérerait comme un détail secondaire¹⁶⁷². Dans certains cas, le texte légal prévoit d'ailleurs qu'elles sont tenues de se manifester. Tel est le cas en matière d'incompétence *ratione loci*¹⁶⁷³ ou de récusation¹⁶⁷⁴. Il en découle *a fortiori* que les parties peuvent démontrer que les autres conditions de recevabilité du procès ne sont pas réunies¹⁶⁷⁵.

491. Ce silence du texte légal a pour conséquence que les moyens d'attaque et de défense purement formels sont, en principe, soumis aux mêmes règles que ceux portant sur l'objet du litige au fond¹⁶⁷⁶. La doctrine admet ainsi, que sauf indication contraire, les parties peuvent, en principe, soulever l'incident jusqu'aux débats principaux¹⁶⁷⁷, voire jusqu'au plaidoiries finales¹⁶⁷⁸, à moins que leur retard soit contraire aux règles de la bonne foi en matière de procédure¹⁶⁷⁹. Cela signifie également que les parties peuvent procéder oralement et qu'elles ne sont pas tenues d'adresser à la juridiction une requête écrite. Vu l'obligation de dresser un procès-verbal des déclarations en cours d'audience¹⁶⁸⁰, cela ne devrait toutefois pas causer de problème particulier. La juridiction n'est pas tenue de répondre immédiatement à l'incident, ni de suspendre l'examen du fond du litige. Elle peut toutefois le faire, conformément aux principes généraux régissant la simplification du procès¹⁶⁸¹. Les parties ne peuvent ainsi que « *suggérer au juge de limiter le débat* »¹⁶⁸², sans que leur proposition ne lie le tribunal¹⁶⁸³. Un éventuel refus ne peut être attaqué par la voie du recours limité au droit qu'en présence d'un préjudice

¹⁶⁷¹ Constat partagé par GAILLARD, p. 32.

¹⁶⁷² Message FF 2006 6891. BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 214.

¹⁶⁷³ Art. 18 CPC 2008. Voy. pour plus de précisions : BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 245.

¹⁶⁷⁴ Art. 49 al. 1 CPC 2008.

¹⁶⁷⁵ BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 215.

¹⁶⁷⁶ BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 206-207 ; NOVIER, p. 221.

¹⁶⁷⁷ BOHNET, Les exceptions en procédure civile suisse, p. 153.

¹⁶⁷⁸ François BOHNET, in BOHNET/JEANDIN/HALDY/SCHWEIZER/TAPPY, n° 12 ad art. 60 CPC 2008.

¹⁶⁷⁹ BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 215 qui renvoie, en ce qui concerne les exceptions, à l'*Einlassung* prévue en matière d'incompétence *ratione loci*.

¹⁶⁸⁰ Art. 235 CPC 2008.

¹⁶⁸¹ Art. 125 CPC 2008.

¹⁶⁸² BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 207 ; BOHNET, Les exceptions en procédure civile, p. 153-154.

¹⁶⁸³ NOVIER, p. 221 : « *En d'autres termes, c'est le tribunal qui décidera souverainement.* »

difficilement réparable¹⁶⁸⁴. La marge d'appréciation du juge est donc considérable, ce qui traduit le rôle central que lui confère la législation fédérale¹⁶⁸⁵.

b) Les conséquences de cette incertitude sur le formalisme de la procédure

492. A première vue, l'abandon du système, souvent tortueux, des exceptions de procédure peut paraître une bonne chose. La disparition de cette institution ne constitue-t-elle pas, après tout, un moyen fort efficace d'inviter les parties à plaider le fond au lieu de s'en prendre à la seule forme ? Cela n'est que théoriquement vrai. En pratique, les parties, ou plutôt leurs avocats, vont faire les deux à la fois. Le mémoire de réponse comportera ainsi toutes les objections formelles dirigées contre la demande en justice, objections auxquelles viendra s'ajouter une défense sur le fond présentée à titre subsidiaire et conjointement à une requête en limitation de la procédure aux questions de forme. La partie défenderesse ne voudra certainement pas prendre le risque de se voir refuser une telle requête avant d'avoir répondu sur le fond, la prolongation de délai n'étant pas un droit absolu¹⁶⁸⁶. Si le juge n'a pas estimé utile d'ordonner d'office que la réponse porte sur la seule validité formelle de la demande, elle partira certainement de l'idée qu'il considère la cause comme valablement introduite.

493. S'agissant des vices de procédure autres que ceux frappant la demande en justice, il est même peu probable que le juge examine la question séparément du fond. A moins que le vice de procédure dénoncé ne soit manifeste, et susceptible de contaminer l'ensemble de l'instance, le juge préférera, par gain de temps, ne rendre qu'un seul jugement portant aussi bien sur le fond que sur la forme. Il rejettera donc la requête tendant, par exemple, au prononcé d'une décision séparée sur un vice de forme affectant une expertise. N'étant pas susceptible de mettre fin à l'instance, sa décision ne pourra pas être contestée par les voies de recours ouvertes contre les décisions incidentes¹⁶⁸⁷. On se trouve, en effet, en présence d'une « *décision et ordonnance d'instruction de première*

¹⁶⁸⁴ Art. 319 let. b ch. 2 CPC 2008. BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 206. Parmi les situations susceptibles de conduire à un préjudice difficilement réparable, BOHNET (Les défenses en procédure civile, p. 210) ne mentionne pas les vices de forme affectant les actes du procès.

¹⁶⁸⁵ BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 207.

¹⁶⁸⁶ Art. 144 al. 2 CPC 2008, conditionnant la prolongation à la présence de « *justes motifs* ».

¹⁶⁸⁷ Art. 237 al. 1 *a contrario* CPC 2008.

instance »¹⁶⁸⁸. Seule la voie du recours limité au droit pour préjudice difficilement réparable pourra être envisagée. Cette condition ne sera qu'exceptionnellement remplie.

494. Le système ainsi créé repose entièrement sur les juges. Ceux-ci se voient reconnaître un vaste pouvoir de décision, mais à charge d'en faire un usage raisonné en toute circonstance. Une mauvaise décision prise à un stade préliminaire du procès pourra avoir de lourdes conséquences pour les parties, par exemple en les obligeant à plaider longuement le fond du litige pour qu'en fin de cause la juridiction se déclare incompétente *ratione loci*. Or l'expérience montre qu'une inattention est vite arrivée, surtout lorsqu'elle porte sur des questions de procédure. Le juge n'a pas toujours toutes les informations pertinentes à sa disposition. Qu'on songe à la question de la réalité d'un domicile indiqué dans la demande pour justifier de la compétence du tribunal. La partie demanderesse limite généralement son exposé sur ce point à quelques affirmations péremptoires¹⁶⁸⁹. Quant au déclinatoire de compétence opposé par le défendeur, il reposera certainement sur des preuves dont l'administration est demandée au tribunal. A la lecture des premières observations écrites, le tribunal ne sera certainement pas en mesure d'évaluer correctement l'opportunité d'une décision séparée sur la compétence. Même en présence de magistrats suffisamment diligents, on ne saurait exclure que le silence du législateur, qui pensait alléger le formalisme procédural, ne conduise, au final, à accroître celui-ci, à cause des nombreuses incertitudes ainsi créées.

495. Mises à part les difficultés relatives au traitement procédural des exceptions de procédure, la bonne foi en matière procédurale est également source de problèmes. Nous avons déjà vu précédemment qu'une application trop stricte de ce principe est susceptible d'accroître le formalisme procédural¹⁶⁹⁰. Or les premiers commentateurs du Code de procédure civile de 2008 se montrent particulièrement stricts sur ce point. Certains affirment que les parties ont l'obligation de signaler au plus vite¹⁶⁹¹ tout vice de

¹⁶⁸⁸ Art. 319 let. b CPC 2008.

¹⁶⁸⁹ Certes BOHNET (Les défenses en procédure civile, p. 215) relève qu'il appartient généralement au demandeur d'alléguer les faits susceptibles de conclure à la recevabilité de la demande. Néanmoins, sur la question du domicile du défendeur, l'indication de l'adresse de celui-ci dans le mémoire de demande, et le fait que le mémoire de demande ait pu lui être remis à cette adresse, constitue généralement la seule indication disponible. Si le défendeur entend plaider qu'il a été assigné au for de son lieu de résidence en violation de l'art. 11 al. 1 CPC, il lui appartiendra de soulever la contestation (BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 241).

¹⁶⁹⁰ Cf. *supra*, n° 299.

¹⁶⁹¹ ABBET, p. 234-236 ; François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 28 ad art. 52 CPC 2008 ; Tarkan GÖKSU, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 20 ad art. 52 CPC 2008 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 98-99.

procédure. Seules quelques voix s'élèvent en faveur d'une plus grande souplesse¹⁶⁹² ou proposent un régime différencié selon les conditions de recevabilité¹⁶⁹³. Alors que la législation ignore le concept d'exception de procédure, la doctrine essaie donc de le réintroduire en prenant appui sur le principe de la bonne foi. Cela revient à créer une sorte d'*exception innommée de procédure*. Celle-ci ne faisant l'objet d'aucune réglementation précise, les parties seront certainement tentées de pécher par excès de prudence, de peur de se voir opposer la forclusion. Ce luxe de précaution ne fera qu'accroître le formalisme de la procédure, à tout le moins la manière dont il est ressenti par les plaideurs. Les tribunaux apprécieront certainement que les parties abattent toutes leurs cartes dès la première passe d'armes.

B) Manque de coordination avec le reste du droit judiciaire privé fédéral

496. Le manque de coordination entre le Code de procédure civile et le reste du droit judiciaire privé fédéral constitue également une source potentielle d'excès de formalisme. Le problème se pose tout particulièrement en ce qui concerne la Loi sur le Tribunal fédéral (1). A un niveau certes moindre, la coordination entre le Code de procédure civile et la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite n'est pas non plus des plus harmonieuses (2).

1) Le Code de procédure civile et la Loi sur le Tribunal fédéral

497. Les relations délicates entre la Loi sur le Tribunal fédéral et le Code de procédure civile est la conséquence du fait que celui-ci ne joue pas le rôle de *partie générale* subsidiaire (a), dont les dispositions seraient également applicables devant le

¹⁶⁹² Paul OBERHAMMER, in OBERHAMMER, n° 5 ad art. 52 CPC 2008 ; Thomas SUTTER-SOMM/Marco CHEVALIER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 22 ad art. 52 CPC 2008. Pour tous ces auteurs, l'art. 229 CPC 2008 ne laisse, en principe, plus de place pour une réglementation plus précise de l'ordre dans lequel les moyens doivent être invoqués. Ils ne précisent toutefois pas si cela vaut pour les moyens de fond ou si la règle s'appliquerait également aux règles de procédure. SUTTER-SOMM/CHEVALIER laissent toutefois entendre (n° 23 ad art. 52 CPC 2008) que certains vices de procédure doivent être invoqués immédiatement. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 132 se bornent à indiquer que le fait d'attendre l'issue de la procédure pour invoquer un vice de forme est contraire aux règles de la bonne foi.

¹⁶⁹³ Voy. pour une synthèse des différentes opinions : DIETSCHY, Les conflits du travail, p. 130-131 et les auteurs cités. Une telle approche revient à ressusciter la distinction entre les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir telle qu'elle était connue en droit cantonal romand (voy. en ce sens : BOHNET, Les exceptions en procédure civile, p. 152-153 pour qui « *même si le CPC ne distingue pas les diverses conditions de recevabilité selon leur nature, il vaut la peine de séparer celles qui sont relatives à l'instance de celles qui se rattachent à l'action : cette distinction explicite les motifs pour lesquels certains faits ne sont considérés comme des conditions de recevabilité que si le défendeur s'en prévaut.* »).

Tribunal fédéral. Dès lors, la cohabitation harmonieuse des deux législations dépend uniquement de la coordination de leur texte (b).

a) L'absence de rôle subsidiaire du Code de
procédure civile

498. L'unification de la procédure civile par le Code fédéral de 2008 n'est pas totale. Elle laisse, en effet, subsister la Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947¹⁶⁹⁴. Cette dernière s'applique aux procès civils portés directement devant le Tribunal fédéral¹⁶⁹⁵, soit dans un très petit nombre d'affaire. Il s'agit des litiges entre cantons¹⁶⁹⁶ et des actions en responsabilité civile de la Confédération du fait des agissements des Conseillers fédéraux¹⁶⁹⁷, du Chancelier de la Confédération¹⁶⁹⁸, des juges du Tribunal fédéral¹⁶⁹⁹ et des membres de l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération¹⁷⁰⁰. Autant dire que la jurisprudence concernant la Loi fédérale de procédure civile est rare, vu le petit nombre d'hypothèses où elle est amenée à s'appliquer¹⁷⁰¹.

499. Malgré sa discrétion, la Loi fédérale de procédure civile est toujours appelée à continuer à jouer le rôle de *partie générale* de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral. L'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile n'a, en effet, pas entraîné de modification des articles 73 et 120 alinéa 3 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral¹⁷⁰². L'article 120 alinéa 3 concernant le contentieux administratif, nous ne nous y arrêtons pas. L'article 73 possède, en revanche une portée plus générale. Cette disposition invite le Tribunal fédéral à se référer à la Loi fédérale de procédure civile fédérale pour toute question qui ne serait pas réglée par la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral. Cela crée donc une césure entre la procédure devant le Tribunal fédéral et celle applicable devant les

¹⁶⁹⁴ PCF ; publiée in RS 273.

¹⁶⁹⁵ Art. 120 al. 3 LTF.

¹⁶⁹⁶ Art. 120 al. 1 litt. b LTF.

¹⁶⁹⁷ Art. 1 al. 1 litt. b de la Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et des fonctionnaires (LResp) du 14 mars 1958, publiée in : RS 170.32.

¹⁶⁹⁸ Art. 1 al. 1 litt. b LResp.

¹⁶⁹⁹ Art. 1 al. 1 litt. c LResp.

¹⁷⁰⁰ Art. 1 al. litt. c^{bis} LResp.

¹⁷⁰¹ Auparavant, les procès civils directement portés devant le Tribunal fédéral étaient plus nombreux. Les parties avaient, en effet, la possibilité, en général, de proroger la compétence de la juridiction suprême, à certaines conditions (art. 42 aOJF). Malgré tout, le nombre d'affaire était resté limité, voy. Initiatives parlementaires – Révision partielle de l'organisation judiciaire en vue de décharger le Tribunal fédéral – Rapport des Commissions de gestion du Conseil des Etats et du Conseil national des 4 et 8 septembre 1999, publiés in FF 1999 8857 ss, spéc. 8863. Cette possibilité fut d'ailleurs supprimée par la Loi fédérale du 23 juin 2000 (Révision partielle de l'organisation judiciaire en vue de décharger le Tribunal fédéral), publiée in RO 2000 2719. S'agissant d'une loi modifiant uniquement des textes existants, cette dernière n'a jamais figuré au Recueil systématique du droit fédéral.

¹⁷⁰² Dont le texte énonce simplement que « lorsque la présente loi ne contient pas de dispositions de procédure, les dispositions de la PCF sont applicables par analogie ».

juridictions cantonales de première et deuxième instance. Un tel résultat surprend, car la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral proclame également, en son article 111, le principe de l'« *unité de la procédure* », certes limité à la question de la qualité pour recourir et du pouvoir d'examen des juridictions cantonales. De surcroît, la procédure devant le Tribunal fédéral des brevets, juridiction fédérale de première instance, est régie par le Code fédéral de procédure civile¹⁷⁰³, sans que les travaux préparatoires ne contiennent d'explication à ce propos¹⁷⁰⁴.

500. A l'exception d'un auteur¹⁷⁰⁵, la doctrine n'a que rarement abordé la question. Il est généralement pris acte, sans état d'âme¹⁷⁰⁶, de l'article 71 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral¹⁷⁰⁷ et de la procédure applicable devant le Tribunal fédéral des brevets¹⁷⁰⁸. Un auteur plaide toutefois discrètement en faveur d'un « *rapprochement des règles générales du Code fédéral de procédure civile et de celles de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral* »¹⁷⁰⁹.

501. Le Tribunal fédéral semble toutefois vouloir régler de manière pragmatique les problèmes causés par l'application par analogie¹⁷¹⁰ de la Loi fédérale sur la procédure civile fédérale. Dans un arrêt récent¹⁷¹¹, la juridiction suprême s'est longement penchée sur la question de l'existence d'une possibilité de recourir contre les décisions octroyant, ou refusant, des mesures provisoires sans audition de la partie adverse. A cette occasion, elle a examiné la solution préconisée par la doctrine à propos du Code fédéral de procédure civile¹⁷¹², non sans souligner sa volonté d'adopter une solution uniforme¹⁷¹³. Cela étant, cette approche ne permet pas de remédier à tous les problèmes. Nous allons voir à l'instant que plusieurs d'entre eux soulèvent des questions intéressantes sous l'angle de l'interdiction du formalisme excessif.

¹⁷⁰³ Art. 27 de la Loi fédérale du 20 mars 2009 sur le Tribunal fédéral des brevets (LTBF) publiée in RS 173.41.

¹⁷⁰⁴ Voy. Message FF 2008 373, spéc. 401-402.

¹⁷⁰⁵ BROQUET, p. 290 et 300-301.

¹⁷⁰⁶ Voy. toutefois pour un catalogue complet des questions réglées par la PCF : DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 1993-2002 ad art. 71 LTF ; Philipp GELZER, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 4 ss ad art. 71 LTF.

¹⁷⁰⁷ Florence AUBRY GIRARDIN, in CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 10 ad art. 71 LTF ; Dominik GASSER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 4 ad art. 1 CPC 2008 ; Markus SCHOTT, in OBERHAMMER, n° 1 ad art. 1 CPC 2008 ; GEHRI/KRAMER, n° 3 ad art. 1 CPC 2008 ; Franz SCHENKER, in Backer & McKenzie, n° 2 ad art. 1 CPC 2008 ; Dominick VOCK, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 1 ad art. 1 CPC 2008.

¹⁷⁰⁸ Jacques HALDY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 2 ad art. 1 CPC 2008.

¹⁷⁰⁹ KARLEN, Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts, p. 15.

¹⁷¹⁰ A la différence du renvoi opéré à l'art. 120 al. 3 LTF, celui de l'art. 71 LTF ne procède que de l'analogie, ce qui implique une application différenciée, et adaptée aux circonstances de la PCF : BROQUET, p. 300 et Philipp GELZER, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 3 ad art. 71 LTF.

¹⁷¹¹ ATF 137 III 417.

¹⁷¹² ATF 137 III 417, cons. 1.3.

¹⁷¹³ Cf. l'introduction du considérant précité commençant par « *Damit harmoniert...* »

502. La situation en droit suisse n'est toutefois pas exceptionnelle. Dans une certaine mesure, elle peut être rapprochée de celle qui prévalait en France avant 1980¹⁷¹⁴. Jusqu'alors, la procédure devant la Cour de cassation était réglée par une série de dispositions particulières éparses adoptées au fil du temps¹⁷¹⁵. Parmi elles, se trouvait le décret général des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, dont l'article 28 renvoyait, à titre subsidiaire, et provisoire¹⁷¹⁶, au Règlement du 28 juin 1738 relatif à la procédure devant le Conseil des parties¹⁷¹⁷. Le Code de procédure civile de 1806 ne constituait donc pas une source d'inspiration subsidiaire en matière de cassation. La recodification du droit judiciaire privé français a toutefois été l'occasion d'intégrer le pourvoi en cassation dans le Code de procédure civile. Désormais, les dispositions générales figurant au premier livre du Code de procédure civile valent pour la procédure de cassation¹⁷¹⁸. Il ne fait pas l'ombre d'un doute que la législation suisse connaîtra, à terme, une évolution similaire. En attendant, le manque de coordination entre les différents textes légaux est susceptible de générer un excès de formalisme, ce que nous allons examiner ci-après.

b) Conséquences au niveau de la charge procédurale pesant sur les parties

503. Les défauts de coordination entre le Code de procédure civile et la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral causant le plus de difficultés sont ceux provenant des divergences dans la rédaction du texte légal¹⁷¹⁹. Il n'est pas possible de résoudre ces problèmes par voie d'interprétation, à moins de procéder *contra legem*.

504. La première difficulté de ce genre découle de la qualification des différentes catégories de jugements au regard des voies de recours. Les articles 236, 237 et 319 lettre

¹⁷¹⁴ Voy. Art. 1 du Décret n° 79-941 du 7 novembre 1979, publié in *J.O.* du 9 novembre 1979, pp. 2775 ss, abrogeant la plupart du droit antérieur.

¹⁷¹⁵ Le Code de procédure civile de 1806 ne contenait aucune règle relative au pourvoi en cassation.

¹⁷¹⁶ Et comme souvent, le provisoire a duré.

¹⁷¹⁷ Il s'agissait du « *Règlement du 28 juin 1738 concernant la procédure que Sa Majesté veut être observée en son Conseil* », appelé également « *Règlement du Chancelier D'AGUESSEAU* », du nom du Garde des sceaux l'ayant rédigé. Pour plus de précisions : Jacques BORÉ, *La cassation en matière civile*, Sirey, Paris, 1988, p. 109 et 129 ; Adolphe Pierre TARBÉ DES SABLONS, *Cour de cassation – Lois et Règlements à l'usage de la Cour de cassation*, Librairie Encyclopédique de Roret, Paris, 1840, pp. 194 ss (réimpression des dispositions demeurées pertinentes après la Révolution et l'adoption des cinq Codes).

¹⁷¹⁸ Cela découle de l'art. 749 CPC 1975. La doctrine ne s'arrête guère sur cette question qui semble aller de soi : BORÉ/BORÉ, *Le pourvoi en cassation*, n° 326 à propos de l'application de l'art. 114 CPC 1975 aux actes de la procédure de cassation.

¹⁷¹⁹ La doctrine ne semble pas toujours consciente de ces divergences, voy., par exemple, Jacques HALDY, *Le projet de Code de procédure civile suisse : cadre, objectifs et choix fondamentaux*, in Suzana LUKIC (édit.), *Le projet de Code de procédure civile fédérale : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007*, CEDIDAC, Lausanne, 2008, p. 15 pour qui « *les prescriptions du Code de procédure civile projeté respectent pour l'essentiel les exigences posées par la LTF en ce qui concerne la procédure et les jugements cantonaux* ». Il faut cependant relever que l'auteur ne s'est intéressé à la question que sous l'angle de l'art. 112 LTF, dont l'applicabilité en matière de procédure civile est sujette à caution, la disposition ne visant que le droit cantonal.

b du Code fédéral de procédure civile ne se recoupent pas entièrement avec les articles 90 à 93 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral. Le choix de la terminologie est tout particulièrement malheureux. La décision incidente au sens de l'article 93 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral comprend aussi bien les arrêts rendus sur appel, ou recours, contre des décisions incidentes visées à l'article 237 du Code fédéral de procédure civile que ceux ayant pour objet une décision ou ordonnance d'instruction¹⁷²⁰. La décision incidente au sens de la Loi sur le Tribunal fédéral est plus largement entendue que celle visée par le Code fédéral de procédure civile. En revanche, le contraire doit être retenu pour la décision finale au sens de l'article 236 du Code fédéral de procédure civile. Celle-ci englobe, en effet, également les décisions partielles prévues à l'article 91 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral¹⁷²¹. Tous les ingrédients d'une confusion sont donc réunis.

505. Prenons l'exemple d'un jugement admettant sur le principe une action en responsabilité civile. S'agissant d'une décision potentiellement finale, la juridiction d'appel peut en effet juger que la responsabilité du défendeur n'est pas engagée, elle devra faire impérativement l'objet d'un appel immédiat sous peine de passer en force de chose jugée. Si la juridiction d'appel confirme le jugement de première instance, le défendeur ne pourra contester aussitôt l'arrêt devant le Tribunal fédéral que s'il prouve l'existence d'un préjudice irréparable ou qu'il parvient à persuader la juridiction suprême qu'un recours immédiat est commandé par l'économie de procédure¹⁷²². Il peut aussi décider de renoncer à poursuivre le litige et d'attendre l'issue de la procédure avant de porter le litige devant le Tribunal fédéral pour le tout¹⁷²³. Il serait en revanche forclos s'il suivait ce raisonnement devant les juridictions cantonales. On rencontre des situations encore plus subtiles dans la même veine. Une décision de la juridiction de première instance ordonnant une division de cause¹⁷²⁴ pourra faire l'objet d'un recours immédiat, si elle cause à la partie recourante « *un préjudice difficilement réparable* »¹⁷²⁵. En revanche l'arrêt ainsi rendu par la juridiction de recours n'est susceptible d'être déférée devant le

¹⁷²⁰ Voy. parmi tant d'autres : SEILER, Die Berufung, p. 93-94.

¹⁷²¹ GASSER/RICKLI, n° 3 ad art. 236 CPC 2008 ; Paul OBERHAMMER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 3 ad art. 236 CPC 2008 ; Markus KRIECH, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 10 ad art. 236 CPC 2008 ; Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 7 ad art. 236 CPC 2008.

¹⁷²² Art. 93 al. 1 LTF.

¹⁷²³ Art. 93 al. 4 LTF.

¹⁷²⁴ Art. 125 litt. b CPC 2008.

¹⁷²⁵ Art. 319 litt. b ch. 2 CPC 2008.

Tribunal fédéral qu'en présence d'un « *préjudice irréparable* »¹⁷²⁶. Naturellement, il serait aisé de se tirer du mauvais pas en considérant que les deux notions sont synonymes. Dans ce cas, le recours à la juridiction suprême est soumis aux mêmes conditions que celui adressé à la juridiction cantonale. Tel ne semble pas être la position du Tribunal fédéral, confirmant les pressentiments de la doctrine¹⁷²⁷. Un arrêt récent considère ainsi, au terme d'un long et tortueux raisonnement, que l'existence d'un préjudice irréparable permet d'inférer *a fortiori* celle d'un préjudice difficilement réparable¹⁷²⁸. Si la différence n'était que de l'ordre du détail rédactionnel, le Tribunal fédéral aurait certainement saisi l'occasion de le dire. La lecture de l'arrêt met également en lumière toutes les difficultés du raisonnement emprunté. La partie recourante se plaignait, en effet, du refus de la juridiction de première instance d'appointer une audience de conciliation suite au dépôt d'une demande en divorce, malgré le texte légal¹⁷²⁹. Elle saisit la Cour suprême du canton de Zoug d'un recours limité au droit. Elle fut déboutée au motif que l'absence d'audience de conciliation ne lui causait aucun préjudice difficilement réparable. S'agissant d'une décision incidente au sens de l'article 93 alinéa 1 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, le recours immédiat au Tribunal fédéral n'était possible qu'à deux conditions alternatives : l'existence d'un préjudice irréparable ou la possibilité d'abrégier l'ensemble de la procédure en cas d'issue favorable au recours. La seconde condition n'était manifestement pas remplie, la tenue d'une audience de conciliation n'étant pas en soi de nature à raccourcir la procédure¹⁷³⁰, restait la première ouverture. En d'autres termes, la partie recourante devait persuader le Tribunal fédéral que la Cour suprême du canton de Zoug lui avait occasionné un préjudice *irréparable* en retenant que la décision du juge de première instance ne lui avait pas causé de préjudice *difficilement réparable* ! Le seul énoncé de cette conclusion suffit à comprendre la subtilité kafkaïenne du système. Tant et aussi longtemps que la jurisprudence n'aura pas épuisé toutes les configurations possibles, il demeurera toujours une part d'incertitude quant à la recevabilité du recours

¹⁷²⁶ Art. 93 al. 1 litt. a LTF.

¹⁷²⁷ BOHNET, Les défenses en procédure civile, pp. 208 ss ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 445-446. Pour une synthèse des différents opinions, voy. Yves DONZALLAZ, La notion de « préjudice difficilement réparable » dans le Code de procédure civile suisse, in Giorgio A. BERNASCONI/Thomas SUTTER-SOMM/Stephen V. BERTI/Denis TAPPY/Mercedes NOVIER/Bruno COCCHI/Yves DONZALLAZ/Angelo OLGATI/Gerhard WALTER/Francesco TREZZINI, Il Codice di diritto processuale civile svizzero – Atti della giornata di studio dell'11 giugno 2010, Coll. Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, pp. 167 ss, spécialement p. 180.

¹⁷²⁸ ATF 137 III 380, cons. 2.2.

¹⁷²⁹ ATF 137 III 380, cons. A.

¹⁷³⁰ A moins d'un accord immédiat. On doute toutefois que ce puisse être le cas après tant d'incidents procéduraux. De surcroît, les parties peuvent également transiger en l'absence d'audience de conciliation formellement tenue. C'est certainement la raison pour laquelle la Cour suprême avait abruptement rejeté le recours.

au Tribunal fédéral. Les plaideurs préféreront tenter systématiquement leur chance, plutôt que de courir le risque d'une forclusion. Seule une modification législative pourrait régler le problème de manière anticipée.

506. A titre de comparaison, nous ne manquerons pas de souligner la précision cartésienne du législateur français dans un domaine similaire. Les articles 543 à 545 du Code de procédure civile français, relatifs aux jugements susceptibles de l'appel, se recoupent amplement avec les articles 605 à 609 concernant le pourvoi en cassation¹⁷³¹. La recevabilité de l'appel entraîne donc presque systématiquement celle du pourvoi en cassation. Les seules zones d'ombres à demeurer concernent les procédures incidentes dont l'autonomie par rapport au fond est discutée¹⁷³². En tout état de cause, la situation est plus claire qu'en droit suisse.

507. Bien que moins lancinant, un problème similaire se pose concernant l'interdiction des nouvelles allégations de faits et des nouveaux moyens de preuve en degré de recours. Devant le Tribunal fédéral, ils sont interdits, « *à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente* »¹⁷³³. Une évidence se cache derrière cette formulation ambiguë. Cette exception permet aux parties de se défendre contre des éléments introduits par surprise au cours de la procédure devant la juridiction cantonale précédente¹⁷³⁴. Le Tribunal fédéral applique de manière restrictive¹⁷³⁵ cette ouverture limitée en direction d'un contrôle des faits par la juridiction suprême¹⁷³⁶. En particulier, il n'autorise pas les

¹⁷³¹ Pour plus de détails sur les différentes qualifications, notamment sur celle de « *jugement mixte* », toujours litigieuse, voy. Denise PERRET-RICHARD, Les dispositifs des décisions judiciaires civiles, thèse Saint-Etienne, dactyl., 2001, p. 143-149.

¹⁷³² Voy. parmi tant d'autres : FATTACINI, p. 1456-1457, n° 553.65-553.66 (ordonnance du premier président de la Cour d'appel) et n° 553.67 (arrêts rendus sur appel d'une ordonnance du juge de la mise en état).

¹⁷³³ Art. 99 al. 1 *in fine* LTF.

¹⁷³⁴ La jurisprudence est constante : TF du 14 mars 2012, 4A_376/2011, cons. 4.2.2 ; TF du 10 novembre 2011, 5A_222/2011, cons. 3.1 ; TF du 20 juin 2011, 4A_85/2011, cons. 1 ; TF du 21 mars 2011, 4A_29/2011, cons. 1.1 ; TF du 6 janvier 2011, 4A_454/2010, cons. 1.2 ; TF du 23 août 2010, 4A_269/2010, SJ 2011 I 58 ; TF du 15 mars 2010, 4A_18/2010, cons. 2.1 (non publié in ATF 136 I 197) ; TF du 29 décembre 2008, 4A_440/2008, cons. 1.2 ; TF du 9 juin 2008, 5A_420/2007, cons. 3.2 ; TF du 8 mai 2008, 4A_75/2008, cons. 4.2 ; TF du 5 mai 2008, 4A_15/2008, cons. 3.3. Par ailleurs, des pièces postérieures à l'arrêt cantonal ne peuvent pas non plus être jointes à un recours devant le Tribunal fédéral : TF du 14 juillet 2011, 5A_252/2011, cons. 1.3 (laconique). Pour plus de précisions, voy. les développements figurant dans TF du 18 février 2008, 4A_36/2008, cons. 4.1 et en matière doctrinale : SPÜHLER/DOLGE/VOCK, n° 2 et 3 ad art. 99 LTF ; Bernard CORBOZ, in CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 19 ss ad art. 99 LTF ; DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 4052 ss ad art. 99 LTF ; Ulrich MEYER/Johana DORMANN, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 41 ss ad art. 99 LTF ; Nicolas VON WERDT, in SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, n° 6 ad art. 99 LTF.

¹⁷³⁵ La juridiction suprême parle d'ailleurs de « *conditions restrictives* » : TF du 6 juillet 2011, 4A_268/2011, cons. 2.2.

¹⁷³⁶ Les arrêts de rejet sont particulièrement nombreux. Voy. quelques exemples récents : TF du 26 janvier 2012, 4A_748/2011, cons. 1.4 ; TF du 22 décembre 2011, 5A_751/2011, cons. 5.2.2 ; TF du 3 octobre 2011, 4A_535/2011, cons. 3 ; TF du 20 juin 2011, 4A_85/2011, cons. 1 ; TF du 17 juin 2011, 4A_58/2011, cons. 1.3 ; TF du 6 juin 2011, 4A_190/2011, cons. 1.3 ; TF du 4 avril 2011, 4A_175/2011, cons. 3 ; TF du 11 janvier 2011, 4A_2/2011, cons. 3. Il arrive également au Tribunal fédéral d'indiquer expressément au plaideur débouté que l'exception prévue à l'art. 99 al.

parties à alléguer des faits postérieurs à l'arrêt cantonal, à moins qu'ils ne servent à justifier la recevabilité du recours au Tribunal fédéral¹⁷³⁷.

508. Un mécanisme similaire existe par ailleurs devant la Cour de cassation française, sans qu'il soit parfaitement identique. En effet, le droit français connaît une interdiction générale des moyens nouveaux devant la Cour de cassation, interdiction qui frappe également les moyens de droit¹⁷³⁸. Quant aux faits, il est, en principe, exclu que la juridiction suprême les réexamine, même en présence d'arbitraire¹⁷³⁹. L'article 619 alinéa 2 chiffre 2 du Code de procédure civile français autorise toutefois les parties à soulever de nouveaux moyens au stade de la cassation s'ils sont « *nés de la décision attaquée* »¹⁷⁴⁰. L'admission de tels moyens peut amener la Cour de cassation à se pencher sur certaines questions de fait¹⁷⁴¹. Les parties ont la possibilité d'invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation les *moyens de pur droit*¹⁷⁴², catégorie particulière dont les contours ne sont pas aisés à fixer¹⁷⁴³. Il est toutefois intéressant de constater que le droit français obéit à une logique similaire au droit suisse, assouplissant également sur certains points l'interdiction de soulever des moyens nouveaux devant la juridiction suprême.

509. Malheureusement, le Code fédéral de procédure civile semble ignorer ce principe. En effet, son article 326 alinéa 1 interdit catégoriquement « *les conclusions, allégations de fait et preuves nouvelles* » en instance de recours limité au droit¹⁷⁴⁴. On ne trouve pas de trace de l'exception existant en ce qui concerne la procédure applicable devant le Tribunal fédéral. Appliquée à la lettre cette restriction implique que le Tribunal

1 LTF « *ne saurait servir à rattraper des omissions antérieures* » : TF du 23 mars 2011, 4A_29/2011, cons. 1.1 ; TF du 19 janvier 2011, 5A_650/2010, cons. 1.3.

¹⁷³⁷ TF du 16 décembre 2011, 5A_441/2011, cons. 1.2.1 ; TF du 10 novembre 2011, 5A_222/2011, cons. 3.1.

¹⁷³⁸ Art. 619 al. 1 CPC 1975.

¹⁷³⁹ Le concept de *faits établis de façon manifestement inexacte*, consacré à l'art. 97 al. 1 LTF est totalement inconnu de la procédure de cassation française. La doctrine se réfère toutefois indirectement à une notion similaire pour souligner que, même dans ce cas, la Cour de cassation ne saurait s'écarter des constatations de faits des juridictions d'appel. Voy., par exemple, BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 318 : « *La Cour de cassation ne pourrait apprécier l'acte produit pour la première fois devant elle, alors même que celui-ci serait tellement concluant que son simple rapprochement avec l'arrêt attaqué suffirait à faire apparaître, non seulement une erreur de fait flagrante, mais également une erreur de droit, puisque la violation de la loi ne résulterait pas, dans ce cas, du seul examen de la décision attaquée.* »

¹⁷⁴⁰ BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 587 ss.

¹⁷⁴¹ Voy. les exemples donnés par BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 328 et 329 où la Cour de cassation a été amenée à exercer un contrôle sur les faits de la cause.

¹⁷⁴² Art. 619 al. 2 ch. 1 CPC 1975.

¹⁷⁴³ Sur cette question : BORÉ/BORÉ, La cassation en matière civile, pp. 498 ss, n° 82.211 ss ; BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 595 ss et les exemples cités.

¹⁷⁴⁴ Tel n'est, en revanche, pas le cas de l'appel qui admet les allégations de fait et les preuves nouvelles si la partie concernée « *a fait preuve de la diligence requise* » et s'ils ne pouvaient être invoqués devant les juridictions de première instance (art. 317 al. 1 litt. b CPC 2008). Une modification des conclusions est possible si elle repose sur des faits nouveaux admissibles et s'avère connexe à la demande initiale (art. 317 al. 2 CPC 2008). Ces dispositions confèrent donc une certaine marge de manœuvre aux parties qui peuvent se défendre contre les jugements de première instance reposant sur des éléments dont elles n'ont pris connaissance qu'à la lecture de ceux-ci.

fédéral possède un pouvoir d'examen plus large que celui des tribunaux cantonaux. Ainsi, un jugement de première instance déclarant irrecevable une action en libération de dette pour tardiveté ne pourra être contesté par la production d'un avis de dépôt attestant que le mémoire de demande avait été remis à la poste à temps. En revanche, si la juridiction cantonale du second degré prononce l'irrecevabilité d'un recours, sans porter le problème à la connaissance des parties, la partie déboutée pourra toujours tenter de plaider devant le Tribunal fédéral, par exemple, que la date de la réception de la décision contestée n'est pas celle indiquée par la juridiction cantonale. On comprend ainsi l'excès de formalisme qui réside potentiellement dans cette asymétrie des pouvoirs d'examen.

510. Nous constatons enfin que le texte du Code de procédure civile ne contient aucune règle relative au sort des actes expédiés à temps à une autorité incompétente pour les recevoir. Cette lacune est d'autant plus surprenante que la question fait l'objet d'une disposition particulière de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral¹⁷⁴⁵ et qu'elle avait donné lieu à de la jurisprudence en matière d'interdiction du formalisme excessif¹⁷⁴⁶. La doctrine suggère, dans sa grande majorité, l'application analogique de la Loi sur le Tribunal fédéral aux procédures pendantes devant les juridictions cantonales¹⁷⁴⁷. Un auteur suggère de déclarer l'acte irrecevable, en application de l'article 59 alinéa 2 lettre b du Code de procédure civile, suivi du dépôt d'un nouvel acte de procédure déclaré recevable en l'application de l'article 63 alinéa 1, ce qui revient à sauvegarder le délai, mais par des voies détournées¹⁷⁴⁸. Les premiers arrêts cantonaux sont partagés. Une espèce se réfère ouvertement à l'article 48 alinéa 3 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral¹⁷⁴⁹, alors qu'une autre refuse d'appliquer l'article 63 aux actes de recours adressés à une juridiction incompétente¹⁷⁵⁰.

511. Ces quelques exemples nous montrent que la question de la coordination entre le Code fédéral de procédure civile et la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral ne constitue pas qu'une préoccupation académique. Bien au contraire, plusieurs *points de*

¹⁷⁴⁵ Art. 48 al. 3 LTF. Tel était déjà le problème du projet : JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 125.

¹⁷⁴⁶ Cf. infra, n° 427.

¹⁷⁴⁷ TAPPY, Les voies de droit, p. 148 ; Nicolas JEANDIN, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 10 ad art. 311 CPC 2008 ; Peter REETZ/Stefanie THEILER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 11 ad art. 311 CPC 2008 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 310 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1365 (ad art. 311 CPC 2008) ;

¹⁷⁴⁸ HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, p. 39.

¹⁷⁴⁹ Trib. cant. VD, 15 avril 2011, n° HC/2011/262, cons. 1b.

¹⁷⁵⁰ Trib. cant. FR, 7 septembre 2011, n° 101 2011-210, cons. 1b.

friction sont susceptibles de faire le lit d'un excès de formalisme, sans qu'une interprétation harmonieuse, par voie jurisprudentielle, ne puisse apporter de solution.

2) Le Code de procédure civile et la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

512. Les relations entre le Code fédéral de procédure civile et la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite devraient en principe être moins délicates qu'en ce qui concerne la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral. La nouvelle législation ne fait en effet que se substituer au droit cantonal. Elle vient donc s'insérer dans un cadre préexistant¹⁷⁵¹. On ne peut néanmoins s'empêcher de penser que l'unification de la procédure civile aurait dû être l'occasion d'assurer la meilleure coordination possible avec le droit de l'exécution forcée. Un certain effort a été fait en ce sens, la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ayant été modifiée sur plusieurs points¹⁷⁵², mais ce n'est pas suffisant. D'innombrables incohérences, pourtant prévisibles, continuent d'apparaître à la seule lecture du texte et bon nombres d'entre elles concernent précisément des problèmes d'excès de formalisme. On peut les classer en deux catégories différentes. Il se peut ainsi que certains problèmes se posent directement lorsque le Code de procédure civile est applicable à des procédures judiciaires régies également par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Il s'agit d'*incohérences de lege lata* qui devront être résolues par la pratique, alors que c'eût été la tâche d'un législateur consciencieux (a). A cela viennent s'ajouter les *incohérences de lege ferenda*. Ces dernières présentent un caractère théorique plus marqué. Elles ne concernent pas des problèmes qui se posent dans l'application concrète de la loi. Elles sont la conséquence d'une absence d'esprit de système ou de vue globale sur l'ensemble du droit judiciaire privé (b).

a) Incohérences *de lege lata*

513. La matière des délais de procédure est celle qui fournit le plus grand nombre d'exemple d'incohérences *de lege lata*. Cela est particulièrement problématique, vu l'importance de l'institution en matière d'exécution forcée, où « *la crainte de laisser*

¹⁷⁵¹ REISER, p. 230.

¹⁷⁵² Pour une présentation générale, voy. parmi tant d'autres : Pierre-Robert GILLIÉRON, L'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir après l'entrée en vigueur de la loi sur le Tribunal fédéral et du Code de procédure civile, JdT 2011 II 107 ; id., Le projet de Code de procédure civile et l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir, JdT 2006 II 159 ; KOFMEHL EHRENZELLER, pp. 57 ss ; Eric MUSTER, La nouvelle procédure civile et le droit des poursuites et faillites, JdT 2011 II 75 ; REISER, pp. 229 ss ; SPRECHER, pp. 273 ss ; Fridolin WALTHER, Die neue Schweizer ZPO und das SchKG – Zehn praxisrelevante Neuerungen, RSPC 2008, pp. 417 ss.

passer un délai accompagne et accable quiconque foule ce terrain miné »¹⁷⁵³. Face à l'angoisse d'une forclusion toujours imminente, le justiciable préférera se réfugier dans les cautèles et la multiplication des démarches, fussent-elles inutiles et onéreuses. Son inquiétude ne peut être calmée que par les réponses claires, qu'il doit absolument trouver dans un texte légal rédigé avec soin. Les tribunaux n'auront, en effet, guère l'occasion de combler d'éventuelles lacunes législatives. Qui prendrait le risque de perdre le bénéfice d'un séquestre dans le seul but de faire jurisprudence ? Le luxe de précautions déployé à chaque occasion aura pour conséquence de laisser persister trop longtemps certaines interrogations.

514. La question la plus lancinante, dans ce registre, est celle de l'incidence d'un recours exercé contre une décision en matière d'exécution forcée faisant partir un délai pour déposer une demande justice. Le délai commence-t-il à courir dès la décision de première instance, nonobstant sa contestation, ou peut-on attendre que la juridiction cantonale de recours, voire le Tribunal fédéral lui-même, se soient prononcés ? L'action en libération de dette constitue un exemple classique. Le recours contre le jugement de mainlevée provisoire empêche-t-il l'écoulement du délai de vingt jours pour agir en libération de dette¹⁷⁵⁴ ? La question est simple et aurait certainement mérité de faire l'objet d'un alinéa supplémentaire ajouté à l'article 83 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. La jurisprudence rendue sous l'empire des codes cantonaux estimait que le recours pourvu de l'effet suspensif, qu'il soit légal ou discrétionnaire, reportait le *dies a quo* de l'action en libération de dette¹⁷⁵⁵. De surcroît, la pratique du Tribunal fédéral recelait certaines fallacieuses subtilités. Ainsi, un recours déclaré irrecevable n'empêchait pas l'écoulement du délai pour agir en libération de dette¹⁷⁵⁶, ce dernier ne commençant toutefois à courir qu'après le dernier jour du délai de recours

¹⁷⁵³ Traduction libre de SPRECHER, p. 283 : « *Fristen spielen im SchKG eine äusserst wichtige Rolle [...] die Angst, eine Frist zu verpassen, begleitet und bedrängt jeden, der seinen Fuss in dieses minenverseuchte Gelände setzt.* »

¹⁷⁵⁴ Art. 83 al. 2 LP.

¹⁷⁵⁵ ATF 127 III 569, cons. 4, JdT 2001 II 46, SJ 2002 I 54, BLSchK 2002, p. 209 (chron. Gasser) ; ATF 101 III 40, cons. 2 ; ATF 33 I 686 (mentionne des divergences de jurisprudence) ; ATF 32 II 151. Voy. en doctrine : GILLIÉRON, n° 62 ss ad art. 83 LP ; Carl JAEGER/Hans Ulrich WALDER/Thomas M. KULL/Martin KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs – Erläutert für den praktischen Gebrauch, Vol I : art. 1-158, 4^{ème} édition, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1997, p. 402-403 ; André SCHMIDT, in DALLÈVE/FOËX/JEANDIN, n° 13 et 14 ad art. 83 LP ; Alfred G. SYZ, Aberkennungsklage und Aberkennungsprozess gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG, thèse Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1972, pp. 48 ss ; Peter VON SALIS, Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, thèse Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1980, p. 184-185 ; Hans Ulrich WALDER, SchKG Kommentar, 17^{ème} édition, Orell Füssli Verlag AG, Zurich, 2007, n° 8 ad art. 83 LP. Rien ne semble avoir changé avec le nouveau droit : Dominik VOCK/Danièle MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Schulthess, Zurich, 2012, p. 146-147.

¹⁷⁵⁶ ATF 100 III 76, cons. 2 qui se réfère toutefois au concept de « *recours ordinaire* ». Voy. également ATF 77 III 138 distinguant entre l'appel mal fondé et l'appel inadmissible.

prévu par le droit cantonal¹⁷⁵⁷ Cette jurisprudence est difficilement transposable au recours limité au droit¹⁷⁵⁸ exercé, sous l'empire du Code fédéral de procédure civile, contre un jugement de mainlevée provisoire. En effet, celui-ci présente la particularité d'être dépourvu d'effet suspensif en ce qui concerne l'autorité formelle de chose jugée, la juridiction de recours étant uniquement en mesure d'empêcher l'exécution forcée¹⁷⁵⁹. Peut-on toujours considérer que l'effet suspensif limité ainsi créé est entièrement assimilable à l'effet suspensif auquel se réfère la jurisprudence précédente ? Nous en doutons fort, même si une telle opinion a déjà été exprimée¹⁷⁶⁰. En attendant que le Tribunal fédéral se prononce à nouveau, le débiteur n'aura d'autre secours que d'ouvrir action en libération de dette en même temps qu'il interjette recours contre le jugement de mainlevée. Cette complication sera une source avérée d'excès de formalisme, surtout lorsqu'il n'est pas assisté par un avocat. Mais l'inéquité ne s'arrête pas là. Si le jugement de mainlevée est infirmé, alors l'action en libération de dette aura été ouverte en vain¹⁷⁶¹ et le débiteur devra probablement en subir les conséquences¹⁷⁶². Le résultat est d'autant plus surprenant qu'en 1906 déjà, le Tribunal fédéral soulignait à ce propos qu'« *il ne résidait certainement pas dans l'intention du législateur d'exposer les parties au risque de devoir mener un procès aussi inutilement* »¹⁷⁶³. Le problème ne date donc pas d'hier et il était impératif de le régler par voie législative vu que la solution jurisprudentielle ne pouvait pas être transposée. En négligeant de le faire, le législateur expose les parties au risque d'un excès de formalisme avéré.

¹⁷⁵⁷ ATF 104 II 141, cons. 3 ; ATF 47 III 67.

¹⁷⁵⁸ L'appel est exclu en matière de décisions de mainlevée : art. 309 litt. b ch. 4 CPC 2008.

¹⁷⁵⁹ Voy. sur cette distinction : Message FF 2006 6985-6986. Elle est reprise par la doctrine, mais souvent de manière allusive : Dieter FREIBURGHaus/Susanne AFHELDT, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 4 ad art. 325 CPC 2008 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 411 ; Peter VOLKART, in GASSER/BRUNNER/SCHWANDER, n° 4 ad art. 325 CPC 2008. Pour un avis plus tranché : Nicolas JEANDIN, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n°5 ad art. 325 CPC 2008, constant à propos de l'octroi de l'effet suspensif que « *cela signifie que la décision conserve sa force de chose jugée, mais qu'elle perd son caractère exécutoire.* » Voy. toutefois Alexander BRUNNER, in OBERHAMMER, n° 3 ad art. 325 CPC 2008 pour qui l'alinéa 2 introduit une exception à l'alinéa 1, ce qui laisserait entendre que l'effet suspensif ne porte pas que sur la force exécutoire.

¹⁷⁶⁰ Daniel STAEHELIN, in STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, n° 25 ad art. 83 LP. L'auteur se réfère à la jurisprudence précédente, sans toutefois mentionner la nuance figurant dans le texte du Code de procédure civile. Dans le même sens : AMONN/WALTHER, p.162 qui se prononçaient sur la base du projet de Code fédéral de procédure civile. Les travaux parlementaire n'ont toutefois rien à ajouté sur la question.

¹⁷⁶¹ A moins que le débiteur double l'action en libération de dette d'une action *ordinaire* en constat négatif dont les conclusions seraient d'ailleurs presque identiques.

¹⁷⁶² Voy. ATF 127 III 569, cons. 4a. A notre avis, le juge devrait sérieusement envisager l'application de l'art. 107 al. 1 litt. b, e ainsi que f et 107 al. 2 CPC 2008 et mettre les frais à charge de l'Etat tenu pour responsable en raison de la mauvaise qualité de sa législation. Cela ne compensera toutefois pas les pertes de temps que le débiteur aura exposé pour sa propre défense.

¹⁷⁶³ ATF 32 II 151, cons. 4 : « *Die Parteien dem Risiko eines solchen unnützen Prozessierens auszusetzen, kann unmöglich die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein.* »

515. Un pareil problème de cohérence se retrouve en matière de suspension du délai de recours. Le régime des jours fériés prévus par la Code fédéral de procédure civile n'est pas identique à celui de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Concernant les vacances judiciaires d'été, le premier prévoit une suspension du 15 juillet au 15 août¹⁷⁶⁴, la seconde uniquement du 15 au 31 juillet¹⁷⁶⁵. Nous n'avons trouvé aucune explication sur cette différence de quinze jours. Toujours est-il qu'elle est à l'origine de nombreux casse-têtes. Si le recours est dirigé contre un jugement de mainlevée, la suspension pour cause de vacances judiciaires devrait être soumise au régime du Code de procédure civile, car le recours est entièrement régi par celui-ci. En revanche, la situation est loin d'être aussi claire lorsqu'on se trouve en présence d'un jugement de faillite ou d'un jugement statuant sur la validité de l'opposition dans une procédure cambiaire. Le délai est certes fixé par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, mais cette dernière se réfère aussi au Code fédéral de procédure civile¹⁷⁶⁶. Le renvoi s'étend-il jusqu'aux dispositions relatives à la suspension du délai ? Nul ne saurait le dire¹⁷⁶⁷, car l'article 145 alinéa 3 du Code fédéral de procédure civile réserve expressément les dispositions de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite¹⁷⁶⁸. La jurisprudence et la doctrine antérieures n'étant pas des plus claires¹⁷⁶⁹, elles ne nous sont

¹⁷⁶⁴ Art. 145 al. 1 litt. b CPC 2008.

¹⁷⁶⁵ Art. 56 ch. 2 LP. HOFMANN/LÜSCHER, p. 74 soutiennent que « la LP a été modifiée pour harmoniser la période de suspension des délais avec celle du CPC. » Il ne sont d'ailleurs pas les seuls (voy. également Eugen FRITSCHI, *Verfahrensfragen bei der Konkursöffnung*, thèse Zurich, Coll. Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Vol 163, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 2010, p. 274). En fait, au moment où ils écrivaient, ces auteurs ne pouvaient pas savoir que la version initialement modifiée de l'art. 56 LP n'entrerait pas en vigueur (voy. RO 2010 1739). Nous ignorons la raison pour laquelle le Gouvernement y a fait obstacle. Quoi qu'il en soit, les difficultés pratiques n'ont pas tardé à surgir : Dominik VOCK, *Problematische Regelungen der neuen ZPO aus Anwaltssicht*, in Annette DOLGE (éd.), *Die neue ZPO – Erfahrungen – Unstimmigkeiten – Schwachstellen – Lösungen*, Coll. PraxiZ, Schulthess, Zurich, 2012, pp. 1 ss, spécialement p. 5-6.

¹⁷⁶⁶ La formulation employée est presque identique. Art. 174 al. 1 LP : « La décision du juge de la faillite peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC. » (faillite) ; art. 185 LP : « La décision relative à la recevabilité de l'opposition peut faire l'objet, dans les cinq jours, d'un recours au sens du CPC » (poursuite cambiaire). En revanche, les décisions rendues suite à une opposition au séquestre peuvent faire l'objet d'un recours sans que le délai en soit mentionné (art. 278 al. 3 LP). L'application du Code fédéral de procédure civile ne devrait pas être litigieuse.

¹⁷⁶⁷ FRITSCHI, p. 275 estime que la jurisprudence du Tribunal fédéral s'oppose à une telle approche. Il se réfère à l'arrêt publié aux ATF 114 III 61, cons. 2b, JdT 1990 II 150. L'arrêt concerne toutefois la procédure en réalisation du gage, plus particulièrement la contestation du tableau de distribution après que la vente aux enchères et l'adjudication ne puissent plus être attaquées. Nous doutons fort de la pertinence de cette jurisprudence pour la procédure de faillite, même s'il y est fait allusion aux effets de la faillite à titre de raisonnement *per analogiam*.

¹⁷⁶⁸ MEIER, *Zivilprozessrecht*, p. 407 semble pencher en faveur d'une application du régime de la LP au délai en matière de faillite. SPRECHER (p. 281 et 283) va dans la même direction, mais sans examiner de près la question. FRITSCHI, p. 274, estime que le renvoi opéré par l'article 145 al. 3 CPC 2008 entraîne l'interdiction d'ouvrir une faillite durant les vacances judiciaires au sens de l'art. 56 al. 1 litt. b ch. 1 à 3 LP. Un autre auteur laisse la question ouverte : Roger GIROUD, in STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, n° 11 ad art. 174 LP. A titre de comparaison, dans le même commentaire, un autre auteur se réfère au Code de procédure civile s'agissant de la poursuite cambiaire : Thomas BAUER, in STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, n° 5 et 6 ad art. 185 LP.

¹⁷⁶⁹ GILLIÉRON, n° 66 ad art. 56 LP et n° 15 à 20 et 29 ad art. 63 LP ; Bénédicte FOËX/Nicolas JEANDIN, in DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, n° 5 ad art. 63 LP ; Voy. les quelques exemples cités par Hansjörg PETER, *Edition annotée de la LP*, 2010, p. 215.

donc pas d'un grand secours. A ce premier problème s'ajoute une autre conséquence des différences entre les deux législations. Le Code fédéral de procédure civile prescrit la suspension des délais pendant les vacances judiciaires¹⁷⁷⁰. En revanche, la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite connaît un régime particulier : le délai n'est pas suspendu pendant la durée des vacances judiciaires, mais le terme de celui-ci, s'il vient à échéance à ce moment, est reporté au troisième jour suivant la fin de la période de congé¹⁷⁷¹. La détermination du régime auquel est soumis le délai de recours contre le jugement de faillite est doublement importante, vu que la durée des vacances judiciaires et les conséquences de celles-ci sur l'écoulement du délai en dépendent. L'enjeu est donc de taille, tout comme le risque de se tromper. Seule une lecture très attentive du texte légal permet d'identifier le problème. En attendant une réponse du Tribunal fédéral, les parties sont fermement incitées à faire preuve d'une vigilance qu'on ne peut attendre que d'un professionnel du droit. Or les procédures de faillite concernent régulièrement des personnes comparaisant seules. Le risque d'excès de formalisme est donc considérable.

b) Incohérences *de lege ferenda*

516. Sans soulever de problèmes aussi graves que ceux exposés précédemment, les incohérences *de lege ferenda* n'en sont pas moins révélatrices de l'absence de vision globale du législateur. En maintenant inutilement des différences, il expose les parties au risque que l'interprétation donnée par les tribunaux ne soit pas entièrement cohérente et conduise à faire apparaître des situations d'excès de formalisme.

517. Les modalités des notifications ne sont pas prévues de manière identique, alors que rien ne devrait *a priori* distinguer un acte d'exécution forcée d'un autre acte judiciaire. Ainsi, le Code fédéral de procédure civile ne prévoit pas que la notification doit avoir lieu par remise au domicile ou sur le lieu de travail du destinataire¹⁷⁷². On pourrait donc en déduire qu'une notification à un lieu fortuit de passage, comme une chambre d'hôtel, est possible, pourvu que l'acte soit expédié par courrier recommandé¹⁷⁷³. De même, le Code prescrit qu'une personne vivant avec celui-ci doit

¹⁷⁷⁰ Art. 145 al. 1 LP.

¹⁷⁷¹ Art. 63 LP.

¹⁷⁷² Cf. art. 64 al. 1 LP.

¹⁷⁷³ Une grande partie de la doctrine soutient le contraire, mais sans se référer à aucune base légale : François BOHNET, in BOHNET/JEANDIN/HALDY/SCHWEIZER/TAPPY, n° 9 ad art. 133 CPC 2008 ; BOHNET/BRÜGGER, p. 307 ; GASSER/RICKLI, n° 5 ad art. 138 CPC 2008 ; Roger WEBER, in OBERHAMMER, n° 4 ad art. 134 CPC 2008 et n° 4 ad art. 138 cpC 2008. Implicite : Adrian STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 5 ad art. 133 CPC 2008 ; Eva-Maria STROBEL, in Baker&McKenzie, n° 7 ad art. 138 CPC 2008. Seul Remo BORNATICO (in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 3 ad art. 138 CPC

avoir atteint l'âge de seize ans pour recevoir un acte de procédure¹⁷⁷⁴, alors qu'en matière de droit des poursuites, il faut que celle-ci soit « *adulte* »¹⁷⁷⁵. Le Code fédéral de procédure civile ne mentionne pas la possibilité de remettre l'acte à un fonctionnaire communal, ou à un agent de police¹⁷⁷⁶, pas plus qu'il ne fixe de règle pour les notifications aux personnes morales¹⁷⁷⁷.

518. Il est probable que la jurisprudence se montre raisonnable et adopte une position harmonisatrice, puisant dans la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite les précisions qui font défaut dans le Code de procédure civile. Le risque de divergences, sources potentielles d'excès de formalisme, n'est pas totalement exclu. On peut déjà en déceler les germes dans la doctrine. Ainsi il est parfois indiqué sans autre précision que les notification au sens du Code de procédure civile doivent être adressées au domicile, ou à la résidence, du destinataire, sans mentionner son lieu de travail¹⁷⁷⁸. En comparaison, on relèvera que le droit français de l'exécution forcée ne contient aucune règle particulière relative aux exploits d'huissier et qu'il renvoie aux dispositions pertinentes figurant dans le premier livre du Code de procédure civile¹⁷⁷⁹.

519. Mis à part le problème des notifications, que nous venons d'examiner, la question des parties placées dans une situation particulière se pose également. La Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite prévoit des règles spéciales lorsque la procédure est dirigée contre une personne appelée sous les drapeaux¹⁷⁸⁰, emprisonnée¹⁷⁸¹, ou gravement malade¹⁷⁸². Elle règle également le sort des actes d'exécution forcée en cas

2008) indique laconiquement que la notification doit avoir lieu « à l'adresse de la partie que le tribunal connaît » (*an die dem Gericht bekannte Adresse der Partei*).

¹⁷⁷⁴ Art. 138 al. 2 CPC 2008. Sur les relations entre toutes ces dispositions et les conditions générales d'affaire de la Poste suisse: Kathrin AMSTUTZ/Peter ARNOLD, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 28 ad art. 44 LTF.

¹⁷⁷⁵ Art. 64 al. 1 LP.

¹⁷⁷⁶ Cf. art. 64 al. 2 LP.

¹⁷⁷⁷ Art. 65 LP.

¹⁷⁷⁸ JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 121. *Contra*, mais uniquement pour les personnes ayant une activité professionnelle indépendante : Lukas HUBER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 13 ad art. 133 CPC 2008 ; Reto M. JENNY, in GERI/KRAMER, n° 2 ad art. 133 CPC 2008.

¹⁷⁷⁹ Art. R. 121-5 CPCE. Cet article indique que le Code de procédure civile est applicable « devant le juge de l'exécution aux procédures civiles d'exécution ». La formulation est un peu ambiguë. La doctrine considère que les saisies autres que la saisie immobilière sont des exploits d'huissiers régis par les art. 649 ss CPC 1975 auquel le Décret n° 92-755 renverrait : Edouard DE LEIRIS, Saisies-attributions de droit commun : acte de saisie-attribution, in Serge GUINCHARD/Tony MOUSSA (dir.), Droit et pratique des voies d'exécution, Coll. Dalloz Action 2013-2014, Dalloz, Paris, 2012, p. 891, n° 821.31 (saisie-attribution) et René LAUBA, Saisies-ventes de meubles corporels de droit commun : incidents de saisie, in Serge GUINCHARD/Tony MOUSSA (dir.), Droit et pratique des voies d'exécution, Coll. Dalloz Action 2013-2014, Dalloz, Paris, 2012, p. 776, n° 719.81.

¹⁷⁸⁰ Art. 57 à 57d LP.

¹⁷⁸¹ Art. 60 LP.

¹⁷⁸² Art. 61 LP.

de décès du débiteur¹⁷⁸³ ou lorsque survient une « *épidémie ou calamité publique* »¹⁷⁸⁴. Sans entrer dans le détail de la réglementation, nous constatons que rien de semblable n'existe dans le Code fédéral de procédure civile. Il n'est donc pas possible, à la seule lecture du texte légal, de connaître les conséquences du décès d'une partie sur le délai pour contester un jugement de première instance. Une telle réglementation existe ainsi en droit français, au titre des principes généraux applicables à toutes les procédures¹⁷⁸⁵. On retrouvait des dispositions à ce sujet, quoique moins détaillées, dans une minorité de cantons¹⁷⁸⁶. Il n'est pas impossible que la concision du législateur cantonal à ce sujet ait incité le législateur fédéral à passer le problème sous silence. Il est naturellement toujours possible d'arranger le problème en octroyant généreusement la prolongation des délais fixés par le juge et prévue à l'article 144 alinéa 2 du Code fédéral de procédure civile, comme le laissent entendre les travaux préparatoires¹⁷⁸⁷ et la doctrine¹⁷⁸⁸, tout concédant, avec autant de générosité, la *restitutio in integrum* des délais légaux, prévue à l'article 148 du même Code. Ce ne sont toutefois que des expédients au résultat incertain. La partie diligente préférera certainement agir dans la hâte, plutôt que de courir le risque d'être déboutée.

520. Nous ne saurions conclure cette présentation des divergences entre les deux textes sans mentionner le fait que la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite comporte, contrairement au Code fédéral de procédure civile, une théorie complète des actes de procédure. Les actes viciés peuvent faire l'objet d'une plainte à l'autorité de surveillance dans les dix jours¹⁷⁸⁹. Si le vice de procédure concerne des « *dispositions édictées dans l'intérêt public, ou dans l'intérêt de personnes qui ne sont pas parties à la procédure* », l'acte concerné est nul et la nullité peut être constatée en tout temps¹⁷⁹⁰. On retrouve ici une distinction assez proche de celle opérée par la jurisprudence française, sous l'empire du Code de procédure civile de 1806, entre les *nullités relatives* et les *nullités abolues*¹⁷⁹¹. Il est surprenant de constater que la doctrine suisse n'a jamais envisagé l'application d'un régime similaire en matière de procédure civile. A côté de

¹⁷⁸³ Art. 58 et 59 LP.

¹⁷⁸⁴ Art. 62 LP.

¹⁷⁸⁵ Art. 370 ss CPC 1975.

¹⁷⁸⁶ Art. 24 al. 2 CPC NE ; art. 63 al. 1 CPC VD ; art. 33 LPC GE ; art. 84 CPC FR ; § 62 al. 1 ZPO AG ; art. 63 ZPO AI ; art. 35 al. 1 ZPO GR ; art. 46 ZPO OW ; art. 98 ZPO SH ; § 34 ZPO SO.

¹⁷⁸⁷ Message FF 2006 6920. HALDY, p. 40.

¹⁷⁸⁸ En ce sens : JACQUEMOUD-ROSSARI, p. 127.

¹⁷⁸⁹ Art. 17 al. 1 et 2 LP.

¹⁷⁹⁰ Art. 22 al. 1 LP.

¹⁷⁹¹ Cf. supra, n° 131.

cela, la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite prévoit également la régularisation des vices de procédure. S'agissant des actes émanant des parties, elle est possible lorsque ceux-ci sont affectés d'un « *vice réparable* »¹⁷⁹². Quant aux actes de l'office des poursuites, ceux-ci peuvent être régularisés tant en réponse à une plainte¹⁷⁹³ qu'au moment de constater la nullité d'un acte¹⁷⁹⁴. On peut se demander si la catégorie des *vices réparables*, mentionnée dans la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, se recoupe avec les *vices de forme* mentionnés à l'article 132 alinéa 1 du Code fédéral de procédure civile.

¹⁷⁹² Art. 32 al. 4 LP.

¹⁷⁹³ Art. 17 al. 4 LP.

¹⁷⁹⁴ Art. 22 al. 2 LP.

CONCLUSION DU TITRE II

521. L'approche publiciste est la conséquence de contingences historiques, liées au rôle que sont amenés à jouer certains tribunaux dans l'organisation judiciaire. Lorsqu'une juridiction supérieure voit son pouvoir d'examen limité, elle sera tentée d'étendre celui-ci par voie interprétative, de manière à récupérer certaines prérogatives dont elle a été dépouillée. Cette évolution ne saurait être taxée d'arbitraire, car elle est légitimée par des considérations politiques ou pratiques parfaitement défendables.

522. Faute d'être compétente pour se prononcer sur l'application du droit national, la Cour européenne des droits de l'Homme interprète le droit à un procès équitable d'une telle manière qu'elle peut examiner certaines questions procédurales et créer ainsi un socle de principes communs valables dans toute l'Europe. Jusqu'en 2011, le Tribunal fédéral suisse se trouvait dans la même position. Ne pouvant revoir l'application du droit cantonal de procédure, il avait élaboré diverses stratégies pour imposer le respect de principes communs aux juridictions cantonales.

523. Cela permet de comprendre pourquoi l'interdiction du formalisme excessif n'a jamais attiré l'attention des juridictions françaises. Le droit judiciaire privé y étant unifié depuis longtemps, elles n'ont jamais éprouvé le besoin de faire un détour par le droit constitutionnel. Même s'il est encore trop tôt pour être catégorique, la régression de l'approche publiciste en Suisse nous paraît hautement probable. L'unification de la procédure civile vient clôturer une évolution centenaire ayant abouti à la fédéralisation du droit judiciaire privé. Désormais, le Tribunal fédéral dispose d'un plein pouvoir d'appréciation et il pourra se pencher directement sur presque toutes les questions de nature procédurale.

524. Sur le plan de la technique juridique, nous avons pu observer que l'approche publiciste repose toujours sur un concept qui est lui-même rattaché au droit à un procès équitable. En droit suisse, le Tribunal fédéral est parti de l'interdiction du *déni de justice*. Conçue initialement comme une sous-catégorie de cette dernière, l'interdiction du formalisme excessif s'est peu à peu émancipée, même si les liens demeurent tenus dans la jurisprudence la plus récente. Malgré une révision de la Constitution fédérale en 1999, le Tribunal fédéral continue de se référer aux concepts qu'il avait développés sous l'empire du texte précédent. Il en découle de nombreuses confusions entre l'interdiction du

formalisme excessif, la prohibition de l'arbitraire et l'obligation de se comporter de bonne foi. La Cour européenne des droits de l'Homme a développé une approche plus claire fondée sur le droit d'accès à un tribunal, lui-même en lien avec l'interdiction du déni de justice. Ce concept se distingue du droit d'action en justice, en ce qu'il englobe également d'autres aspects, dont le formalisme procédural.

525. L'interdiction du formalisme excessif, qu'elle soit examinée à l'aune de la jurisprudence du Tribunal fédéral ou de la Cour européenne des droits de l'Homme, repose sur un test de proportionnalité, tel que cela se pratique habituellement en matière de libertés publiques. Il ne s'agit plus d'interpréter les dispositions du Code de procédure civile, comme dans l'approche privatiste, mais d'examiner si le respect des règles de forme est proportionné à l'ensemble des circonstances de l'espèce. Une plus faible importance est accordée au texte légal, ce qui permet de transposer les solutions d'un ordre juridique à l'autre, à l'instar de ce que fait la Cour européenne des droits de l'Homme.

526. Le résultat du test de proportionnalité doit encore être transposé en droit judiciaire privé. Autrement dit, il faut s'assurer que l'interprétation des textes est faite en conséquence. Cette opération peut causer problème, même au sein d'un seul pays. Nous avons pu voir que la réception de la jurisprudence du Tribunal fédéral par les juridictions cantonales a parfois donné lieu à des résistances déguisées, le droit cantonal étant abruptement déclaré conforme à l'interdiction du formalisme excessif. Nous constatons, par ailleurs, que la réception de la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas non plus été pleinement assurée lors de la rédaction du Code fédéral de procédure civile qui présente, par ailleurs, de nombreux problèmes de coordination avec les autres textes applicables en matière de droit judiciaire privé.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

527. La présentation générale des deux approches de l'interdiction du formalisme excessif nous a permis de mettre en lumière leurs différences. Celles-ci peuvent être résumées de la manière suivante. L'approche privatiste part du texte légal et développe divers moyens d'empêcher que le formalisme ne devienne excessif. Elle dépend donc amplement du droit positif. L'approche publiciste se développe à partir du droit public, plus particulièrement de la théorie des droits fondamentaux, et ce n'est que dans un second temps que les principes ainsi dégagés sont intégrés dans le droit judiciaire privé. Les solutions présentent un caractère plus universel. Cela ressort tout particulièrement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui est destinée à être appliquée par les quarante-sept Etats membres du Conseil de l'Europe.

528. L'approche privatiste et l'approche publiciste ne s'excluent pas mutuellement. Nous avons pu constater qu'elles coexistaient au sein de l'ordre juridique suisse. Le Tribunal fédéral a toujours interprété le droit de l'exécution forcée en suivant l'approche privatiste, car il pouvait librement interpréter les dispositions pertinentes, alors qu'il appliquait l'approche publiciste à la procédure civile cantonale, faute de pouvoir en revoir l'interprétation. Nous pensons même que ces deux approches sont complémentaires. Autrement dit, les juridictions françaises gagneraient à aborder directement la question, en plus des moyens mis à disposition par le droit positif et les tribunaux suisses devraient veiller à exploiter au mieux le potentiel du Code de procédure civile. Les parties seraient ainsi protégées de manière effective contre tout risque de formalisme excessif.

529. Seule ombre au tableau, nous avons pu nous rendre compte que ni l'approche publiciste, ni l'approche privatiste ne pouvaient garantir une amélioration de la qualité de la législation. Alors que le Code de procédure civile français est le plus détaillé, notamment sur la question des nullités de procédure, certaines dispositions se prêtent à de multiples interprétations. On songe aux articles renvoyant au concept d'irrecevabilité ou traitant de l'office du juge. La législation suisse est beaucoup plus brève, mais elle laisse apparaître de nombreuses lacunes. Des questions faisant l'objet de plusieurs articles en droit français ne sont tout simplement pas abordées dans le code suisse. Cela génère des incertitudes qui peuvent à leur tour se traduire par un excès de formalisme en raison de

l'absence de sécurité juridique. Certains proposent ainsi d'utiliser l'obligation de se comporter de bonne foi en procédure, consacrée à l'article 52 du Code de procédure civile, pour pallier l'absence de disposition indiquant jusqu'à quel stade les vices de procédure peuvent être invoqués. Si cette proposition est suivie, et pour peu qu'on fasse preuve de rigueur, tous les vices de procédure devront être dénoncés immédiatement. En comparaison, le droit français accepte que certains vices de procédure, les nullités pour irrégularité de fond et les fins de non-recevoir, soient invoquées en même temps que les moyens de fond.

530. Maintenant que nous en savons plus sur les deux approches de l'interdiction du formalisme excessif, nous allons nous intéresser, dans la deuxième partie de notre analyse, au contenu de celle-ci. Nous aurons ainsi l'occasion de voir si les solutions sont différentes selon qu'on suit l'approche privatiste ou publiciste.

Deuxième partie

La portée de l'interdiction du formalisme excessif

531. Dans la première partie de notre étude, nous avons examiné séparément l'approche privatiste et l'approche publiciste afin de mieux mettre en lumière les différences existant en elles. Désormais, nous nous intéresserons au contenu de l'interdiction, indépendamment de l'approche suivie. Il serait tentant de suivre une démarche exhaustive et d'analyser article par article les Codes de procédure civile suisse et français afin d'y débusquer tous les risques d'excès de formalisme. Cela nous amènerait à rédiger un *traité négatif de procédure civile*. Une telle démarche présenterait un intérêt pratique certain, mais elle serait dépourvue de tout esprit de synthèse. Pour résoudre ce problème, il nous fallait identifier les éléments les plus importants. En premier lieu, nous avons songé au sort des vices de procédure, problématique qui s'impose d'elle-même (Titre I). Il nous est ensuite apparu que l'interprétation du droit judiciaire privé constituait certainement un excellent moyen d'éviter l'excès de formalisme. Encore faut-il qu'elle soit adaptée aux circonstances, autrement dit qu'elle soit raisonnable (Titre II).

TITRE I: LE SORT DES VICES DE PROCÉDURE

532. Il n'existe pas de définition unanimement acceptée des vices de procédure. Afin de lever toute ambiguïté, nous avons choisi la conception la plus large possible de cette notion. Il y a vice de procédure chaque fois que la résolution du litige conformément au droit matériel applicable ne pourra avoir lieu en raison de problèmes procéduraux. On rencontre en première ligne les vices de forme, tels que l'absence de signature ou les erreurs dans la rédaction d'un acte de procédure. Mais ils ne sont pas les seuls. Le vice de procédure peut aussi être la conséquence d'une absence de capacité d'ester en justice affectant une partie, ou de la saisine d'une juridiction incompétente

533. Toujours par souci de concision, nous n'examinerons pas tous les vices de procédure les uns après les autres. Nous avons choisi de nous concentrer sur les solutions mises en œuvre afin d'éviter qu'un vice de procédure ne déploie toute ses conséquences néfastes. Deux procédés sont envisageables. Le premier consiste à accomplir un acte de procédure distinct destiné à mettre fin à la situation boiteuse que le vice de procédure a créée. Il s'agit de la régularisation (chapitre 1). Parfois, un second acte de procédure n'est même pas nécessaire pour remédier au problème. Il arrive, en effet, que les circonstances du cas d'espèce suffisent à apporter la clarté nécessaire et que le procès puisse se poursuivre sans encombre. Dans ce cas, nous parlerons de guérison des vices de procédure (chapitre 2).

Chapitre 1: La régularisation des vices de procédure

534. La régularisation peut être définie comme « *la validation de l'acte ou de l'opération* »¹⁷⁹⁵ viciés. Elle postule donc que les vices affectant un acte erroné cessent de constituer un obstacle à sa prise en considération. La régularisation implique donc un processus inscrit dans le temps. Au début du processus se trouve donc l'« *acte vicié* »¹⁷⁹⁶,

¹⁷⁹⁵ DUPEYRON, p. 8. L'ouvrage est avant tout une étude de droit civil matériel, mais ses conclusions générales valent, à l'évidence, aussi en matière de procédure. En droit civil suisse, la régularisation est admise avec générosité. Les vices de forme affectant un contrat ne peuvent, en principe, plus être invoqués par les parties après l'exécution volontaire de celui-ci : Christoph BURRI, *Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags – Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen*, thèse Fribourg, Coll. Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Vol. 298, Schulthess juristische Medien, Zurich/Bâle/Genève, 2010, pp. 83 ss ; FURRER, pp. 109 ss. Au demeurant, la régularisation des actes défectueux à l'invitation du tribunal est expressément prévue en droit commercial : art. 107 LFus (régularisation d'un contrat de fusion), art. 731b al. 1 ch. 1 CO (régularisation de la composition irrégulière des organes d'une société anonyme).

¹⁷⁹⁶ DUPEYRON, p. 9.

soit un « *acte ayant une certaine valeur* »¹⁷⁹⁷, mais néanmoins frappé d'un vice de procédure. Il est ensuite suivi d'une « *réparation ou disparition du vice* »¹⁷⁹⁸. En procédure civile, la régularisation concerne aussi bien les actes des parties que ceux du tribunal. La réparation du vice de procédure prendra la forme d'un *acte régularisateur* subséquent.

535. Une des premières questions à traiter, avant même de présenter la régularisation en droit français et suisse, est celle du rôle joué par la Convention européenne des droits de l'Homme en la matière. La jurisprudence est en pleine mutation sur ce point. Dans l'affaire *Prestation Levages Services*, la société requérante faisait grief à la Cour de cassation française d'avoir déclaré son pourvoi irrecevable au lieu de l'inviter à déposer une copie de l'arrêt d'appel qu'elle avait omis de produire en annexe à son mémoire ampliatif¹⁷⁹⁹. La Cour européenne des droits de l'Homme n'avait pas directement répondu à ce moyen qui l'invitait à consacrer une obligation générale des tribunaux nationaux de faire régulariser les actes de procédure viciés. Elle avait uniquement relevé que « *selon la jurisprudence de la Cour de cassation, les magistrats n'ont aucune obligation d'avertir les parties en matière de non-respect des formalités procédurales* »¹⁸⁰⁰ et que « *la spécificité du rôle joué par la Cour de cassation* » l'autorisait à être plus exigeante sur les questions de forme¹⁸⁰¹. En matière de régularisation des actes de procédure, la Cour de Strasbourg ne voulait donc pas aller au-delà de ce que prévoit le droit interne. Cela explique la mention de celui-ci dans la partie décisive de l'arrêt européen. Un arrêt ultérieur vint confirmer cette approche. Dans l'affaire *Edificaciones March Gallego S.A.*¹⁸⁰², la requérante et son administrateur unique avaient été assignés en paiement d'une dette cambiaire. L'administrateur comparut en justice à plusieurs reprises, mais n'indiqua pas clairement s'il procédait en son propre nom, ou comme représentant de la société¹⁸⁰³. Les juridictions considérèrent que la société s'était certes manifestée à temps, mais qu'elle n'avait pas maintenu son

¹⁷⁹⁷ DUPEYRON, p. 26.

¹⁷⁹⁸ DUPEYRON, p. 15. Le droit civil suisse va dans la même direction, voy. FURRER, p. 126 pour qui « *Der ursprüngliche Formmangel, der dazu geführt hat, dass den Willenserklärungen die nötige Rechtsverbindlichkeit gefehlt hat und daher der Vertrag nicht zustande gekommen ist, hat keine Bedeutung mehr...* »

¹⁷⁹⁹ Voy. pour le résumé des arguments avancés par la requérante : CourEDH, *Levages Prestations Services c. France*, n° 21920/93, arrêt du 23 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, § 37.

¹⁸⁰⁰ Affaire *Levages Prestations Services*, arrêt précité, § 47.

¹⁸⁰¹ Affaire *Levages Prestations Services*, arrêt précité, § 48.

¹⁸⁰² CourEDH, *Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne*, n° 28028/95, arrêt du 19 février 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I.

¹⁸⁰³ Affaire *Edificaciones March Gallego S.A.*, arrêt précité, §§ 13-14. La confusion était certainement alimentée par le fait que l'administrateur en question s'appelait Federico March Olmos (voy. § 17).

opposition, alors que l'administrateur avait comparu tardivement pour son propre compte. L'affaire connut donc une issue défavorable pour les deux¹⁸⁰⁴. Devant la Cour, la société requérante se plaignait du refus des juridictions de procéder aux régularisations nécessaires, de manière à considérer que son administrateur l'avait valablement représentée¹⁸⁰⁵. Elle fut déboutée au motif que « *l'irrecevabilité de l'opposition intentée par M. March résultait d'une inexactitude dans la mention de l'auteur du recours, laquelle ne pouvait être redressée ultérieurement* » et que ce « *dont se plaint la requérante résulte d'une erreur qui était évitable dans la présentation* » de son acte de procédure¹⁸⁰⁶. Relevant « *la nature particulière de la procédure en cause, laquelle, par son caractère formel, tendait uniquement au règlement sommaire d'une dette reconnue par les intéressés et consignée dans une lettre de change dûment signée* », elle ne trouva rien à redire aux motifs exposés dans l'arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol selon lesquels « *l'erreur commise par la société requérante ne pouvait [...] plus être redressée dans les délais impératifs prévus par l'article 1463 du code de procédure civile [espagnol]* »¹⁸⁰⁷. L'arrêt admet sans donc sans hésitation qu'il puisse être impossible de régulariser certains vices de procédure, sans que cela ne cause de problème sous l'angle du droit d'accès à un tribunal et donc de l'interdiction du formalisme excessif.

536. Au fil du temps, la Cour de Strasbourg fut amenée à relativiser la position stricte défendue dans les affaires *Levages Prestations Services* et *Edificaciones March Gallego S.A.* La jurisprudence en matière de délai raisonnable lui donna l'occasion d'adopter une vision plus interventionniste du rôle du juge dans le procès civil. Elle a ainsi mis à la charge des juridictions nationales une véritable « *obligation de résultat* »¹⁸⁰⁸ indépendante des pouvoirs réellement reconnus par le droit interne. Les magistrats sont ainsi tenus d'assurer l'achèvement des procédures civiles à temps, lors même que leur

¹⁸⁰⁴ Affaire *Edificaciones March Gallego S.A.*, arrêt précité, §§ 18-22.

¹⁸⁰⁵ Affaire *Edificaciones March Gallego S.A.*, arrêt précité, § 30.

¹⁸⁰⁶ Affaire *Edificaciones March Gallego S.A.*, arrêt précité, § 35.

¹⁸⁰⁷ Affaire *Edificaciones March Gallego S.A.*, arrêt précité, § 36.

¹⁸⁰⁸ RENUCCI, p. 431-432. En revanche : TREZZINI, *Celerità e lentezza*, p. 47-48, prenant acte des désirs contradictoires du justiciable, soit de voir son affaire jugée rapidement tout en souhaitant un examen minutieux du dossier, soumet le juge à un « *principio di diligenza [...] quale non si riduce alla velocità ad ogni costo ma deve coniugare velocità e qualità del processo e deve aborrire la precipitazione* ». Une opinion similaire est défendue en France par un auteur (Didier CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse Paris I, Coll. Bibliothèque de droit privé : Tome 146, L.G.D.J., Paris, 2006) qui insiste à la fois sur la « *diligence des acteurs du procès* » (pp. 149 ss) et sur la nécessité de mettre en œuvre une « *procédure adaptée* » (pp. 200 ss), car les litiges « *ne peuvent être couchés "sur le lit de Procuste" d'une durée rigide ou unique* » (p. 199). Cette approche plus nuancée se rapproche davantage de l'obligation de moyen.

ordre juridique consacrerait « *la conduite du procès par les parties* »¹⁸⁰⁹. L'office du juge fut également renforcé s'agissant de l'objet du litige. La Cour reprocha ainsi aux tribunaux tchèques d'avoir rejeté une demande en justice parce que la partie demanderesse ne se référait pas correctement aux dispositions légales pertinentes¹⁸¹⁰, faisant ainsi implicitement obligations au juge d'appliquer le droit d'office, à tout le moins lorsqu'il est partiellement invoqué par les parties. On observe une évolution similaire en ce qui concerne l'allégation des faits. Dans l'affaire *Roubies*, le requérant s'était plaint devant la juridiction suprême grecque de ce que que trois documents pertinents n'avaient pas été pris en compte par la Cour d'appel de Thessalonique. Son moyen fut déclaré irrecevable au motif qu'il n'avait pas précisé s'il avait attiré l'attention de la juridiction sur les moyens de preuve qu'il entendait invoquer. Saisie d'une requête contre cet arrêt d'irrecevabilité, la Cour de Strasbourg releva d'abord que le requérant avait établi dans ses observations adressées à la Cour d'appel, un bordereau de preuves littérales commençant par les mots « *je dépose et je m'appuie sur* ». Elle en déduisit alors qu'« *indépendamment de la question de savoir si le requérant s'était servi de ces documents dans ses observations et si la cour d'appel les avait pris en compte pour sa décision, le fait pour la cour de cassation de rejeter le pourvoi comme vague pour le seul motif susmentionné relève d'une approche par trop formaliste des conditions de recevabilité du recours exercé.* »¹⁸¹¹. Même si la question soumise à la juridiction européenne portait uniquement sur la motivation du pourvoi en cassation, il ressort implicitement de l'arrêt que la production des preuves au cours de la procédure fonde l'obligation pour les juridictions de prendre connaissance de l'intégralité de leur contenu indépendamment des sollicitations des parties.

537. Cette évolution de la conception du rôle du juge se retrouve progressivement en matière de régularisation des actes de procédure viciés. Dans l'affaire *Czekalla*, la Cour de Strasbourg a conclu à la violation de l'article 6 §§ 1 et 3 c) de la Convention au

¹⁸⁰⁹ Voy. l'affaire de principe CourEDH, *Buchholz c. Allemagne*, n° 7759/77, arrêt du 6 mai 1981, Série A n° 42, § 50. La Cour se montre particulièrement sévère sur ce point (voy. CourEDH, *Pafitis et autres c. Grèce*, n° 20323/92, arrêt du 26 février 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I où l'affaire, particulièrement complexe, concernait un ensemble de procédures civiles et administratives portant sur l'augmentation du capital de la Banque de Grèce) et parvient au constat de violation même lorsque les requérants ont eux-mêmes demandé un grand nombre de renvoi d'audience ou de prolongations de délai (CourEDH, *Berlin c. Luxembourg*, n° 44978/98, arrêt du 15 juillet 2003) ou si le code de procédure civile prévoit expressément qu'il incombe aux parties de déterminer le rythme de l'instance (CourEDH, *Poelmans c. Belgique*, n° 44807/06, arrêt du 3 février 2009, § 35). L'obligation de célérité est également mentionnée dans des ouvrages à vocation plus générale, signe de son parfait ancrage dans le droit judiciaire privé. Voy. par exemple : GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 352 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 102-104.

¹⁸¹⁰ CourEDH, *Běleš c. République tchèque*, n° 42273/99, arrêt du 12 novembre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, §§ 48-51.

¹⁸¹¹ CourEDH, *Roubies c. Grèce*, n° 22525/07, arrêt du 30 avril 2009, § 41.

motif que la Cour suprême du Portugal « *aurait ainsi pu inviter l’avocate d’office à compléter ou à corriger son mémoire de recours plutôt que de déclarer le pourvoi irrecevable* »¹⁸¹². Cette jurisprudence a trouvé un certain écho dans deux affaires pénales françaises¹⁸¹³. Toutes deux concernaient la procédure devant la Chambre de l’instruction de la Cour d’appel. Les actes des requérants, enregistrés au greffe, avaient été déclarés irrecevables pour vice de forme¹⁸¹⁴. La Cour a jugé que cela constituait un excès de formalisme, notamment parce que le greffier aurait dû attirer l’attention des requérants sur l’erreur qu’ils venaient de commettre¹⁸¹⁵. La juridiction européenne invite ainsi les juridictions à ne pas se contenter de recevoir les actes des parties. En ce sens, les arrêts précités contiennent les germes d’une conception européenne de la régularisation des vices de procédure.

538. Reste maintenant à savoir si la jurisprudence rendue en matière pénale vaut également pour les affaires civiles. Du côté de la doctrine, il semble qu’on ait aucune difficulté à franchir le pas. Un auteur suisse a ainsi déduit de l’arrêt *Czekella* l’obligation d’inviter les parties à régulariser les vices affectant les actes du procès civil¹⁸¹⁶. Il faut toutefois bien se garder de toute généralisation hâtive. A notre avis, la présence de garanties procédurales propres à la procédure pénale rend toujours délicate la transposition de cette solution aux procès civils¹⁸¹⁷. Nous pensons toutefois qu’on peut y voir les prémises d’une évolution qui débouchera certainement sur la reconnaissance d’un droit à la régularisation des erreurs de procédure commises dans le cadre d’un procès civil. Deux arrêts rendus en matière civile contre la République tchèque et la Roumanie vont précisément dans cette direction. La Cour s’est assurée à cette occasion de l’effectivité des possibilités de régularisations reconnues aux parties par le droit interne. Lorsque ce dernier prévoit que les actes de procédure sont effectués à temps s’ils sont déposés dans un bureau de poste le dernier jour du délai utile, les juridictions ne peuvent pas rejeter pour tardiveté l’acte régularisateur pour la seule raison qu’il leur est parvenu

¹⁸¹² CourEDH, *Czekalla c. Portugal*, n° 38830/97, arrêt du 10 octobre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-VIII, § 68.

¹⁸¹³ CourEDH, *Poirot c. France*, n° 29938/07, arrêt du 15 décembre 2011 ; CourEDH, *Walchli c. France*, n° 35787/03, arrêt du 16 juillet 2007.

¹⁸¹⁴ Affaire *Poirot*, arrêt précité, §§ 12-13 ; affaire *Walchli*, arrêt précité, §§ 8-9.

¹⁸¹⁵ Affaire *Poirot*, arrêt précité, opinion concordante des Juges Spielmann et Power-Forde à laquelle se rallie la Juge Yudkivska ; affaire *Walchli*, arrêt précité, § 35. L’opinion principale dans l’affaire *Poirot* repose sur l’absence d’impact du vice de forme sur la bonne compréhension de l’acte de procédure (voy. §§ 39-47), soit la possibilité d’une guérison que nous traiterons ci-après.

¹⁸¹⁶ PFANNKUCHEN-HEEB, p. 240.

¹⁸¹⁷ Voy. sur cette question : CourEDH, *Moragon Iglesias c. Espagne*, n° 48004/99, décision du 19 novembre 2002.

après l'échéance qu'elles avaient fixés à la partie concernée¹⁸¹⁸. Le débat devant la juridiction européenne ne portait pas sur la nécessité d'introduire un tel principe au titre de l'interdiction du formalisme excessif, même si on croit sentir que la Cour de Strasbourg est favorable à la régularisation. Deux autres arrêts vont encore plus loin. La première affaire portait sur la régularisation spontanée d'un mémoire de recours adressé à la Cour constitutionnelle tchèque¹⁸¹⁹. La partie demanderesse s'était trompée dans la désignation de la décision attaquée et en avait spontanément prévenu la juridiction¹⁸²⁰. Cette dernière avait alors considéré la communication comme un nouveau recours et en avait déduit que son auteur renonçait à celui qu'il avait précédemment déposé¹⁸²¹. Elle déclara ensuite ce prétendu second recours irrecevable pour cause de tardiveté¹⁸²². Cela revenait à refuser toute possibilité de régulariser le mémoire de recours. La Cour de Strasbourg, sans se référer à une quelconque disposition du droit interne, estima que « *la décision de la Cour constitutionnelle souffre plutôt de formalisme excessif* », car « *l'on ne saurait [...] affirmer que cette inexactitude ne pouvait être redressée ultérieurement* »¹⁸²³. En réponse aux arguments du gouvernement tchèque, elle distingua les circonstances de l'espèce de celles ayant donné lieu à l'arrêt *Edificaciones March Gallego S.A.* en précisant que ce dernier arrêt concernait une « *procédure n'ayant pas pour but de décider du bien-fondé de la créance* » alors qu'on se trouvait désormais en présence « *d'une procédure devant la juridiction constitutionnelle censée vérifier le respect des droits fondamentaux et de remédier, le cas échéant, aux violations de ceux-ci* »¹⁸²⁴. Nous en déduisons que la régularisation des actes de procédure est garantie par l'article 6 § 1 de la Convention lorsqu'elle concerne les actes d'une procédure au fond ne présentant pas un caractère d'urgence particulier. Cette interprétation est confirmée par un arrêt récent ultérieur adopté dans une affaire monténégrine¹⁸²⁵. Un pourvoi en cassation avait été déclaré irrecevable au motif que la requérante n'indiquait pas clairement la valeur litigieuse et que le montant des frais de justice payés laissait deviner que celle-ci était inférieur au taux de ressort de la Cour suprême. Après avoir constaté que « *bien que les tribunaux n'aient aucune obligation en l'espèce, aucune disposition du code de*

¹⁸¹⁸ CourEDH, *Şega c. Roumanie*, n° 29022/04, arrêt du 13 mars 2012, §§ 32-41 ; CourEDH, *Zednik c. République tchèque*, n° 74328/01, arrêt du 21 juin 2005, §§ 27-34.

¹⁸¹⁹ CourEDH, *Kadlec et autres c. République tchèque*, n° 49478/99, arrêt du 25 mai 2004.

¹⁸²⁰ Affaire *Kadlec*, arrêt précité, §§ 10-11.

¹⁸²¹ Affaire *Kadlec*, arrêt précité, § 12.

¹⁸²² Affaire *Kadlec*, arrêt précité, *ibid.*

¹⁸²³ Affaire *Kadlec*, arrêt précité, § 27.

¹⁸²⁴ Affaire *Kadlec*, arrêt précité, *ibid.*

¹⁸²⁵ CourEDH, *Garžić c. Montenegro*, n° 17931/07, arrêt du 21 septembre 2010.

procédure civile ne leur interdit de déterminer la valeur litigieuse » la Cour conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention au motif que la valeur litigieuse ressortait du dossier et que « *la requérante ne devait pas pâtir du fait que les juridictions avaient omis de lui réclamer le paiement de la différence entre les frais de justice payés et ceux dus en raison de la valeur litigieuse* »¹⁸²⁶. Preuve du changement d'optique intervenu dans la jurisprudence strasbourgeoise, la Cour ne s'abrite plus derrière les spécificités de la procédure devant la juridiction suprême pour confirmer l'approche sévère suivie par les juridictions nationales, comme elle l'avait fait dans l'affaire *Levages Prestations Services et Edificaciones March Gallego S.A.*

539. Que faut-il déduire de cette succession d'arrêts ? A notre avis, il est encore trop tôt pour envisager la régularisation des vices de procédure sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention. La solution consacrée dans l'affaire monténégrine doit encore être confirmée. A l'heure actuelle, la jurisprudence est entrée dans une phase de transition et elle s'achemine lentement vers une consécration de l'obligation d'inviter les parties à régulariser les actes de procédure viciés au lieu de les déclarer irrecevables d'emblée. Une évolution similaire s'est déjà produite concernant l'interdiction du formalisme excessif. Il s'est ainsi écoulé un certain temps entre les premiers arrêts, parlant d'une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal, et ceux employant des termes exprès pour qualifier le comportement des juridictions internes¹⁸²⁷. En attendant que la Cour consacre formellement l'obligation de régulariser les vices de procédure, nous nous en tiendrons aux solutions nationales. Notre analyse sera donc centrée sur les ordres juridiques français et suisses.

540. En premier lieu, nous nous pencherons sur la question de l'identification des vices de procédure régularisables. Peut-on, en effet, remédier à tout vice de procédure *a posteriori* ? N'existe-t-il pas des irrégularités qui, soit en raison de leur importance ou de leur nature, doivent nécessairement avoir des conséquences négatives sur l'issue de la procédure, sans qu'il ne soit possible d'y parer ? Telles sont les questions auxquelles nous nous efforcerons de répondre en premier lieu (section 1).

541. Cela fait, nous passerons à l'examen du processus de régularisation. Il s'agira de déterminer les démarches à suivre pour parvenir à la régularisation. Nous

¹⁸²⁶ Affaire *Garzičić*, arrêt précité, § 33.

¹⁸²⁷ Cf. *supra*, n° 370 ss.

déterminerons, notamment, à qui appartient l'initiative du processus de régularisation et les conditions auxquelles sont soumises l'événement régularisateur (section 2).

Section 1: Les vices de procédure régularisables

542. La détermination des vices de procédure régularisables se fait de manière différente en droit suisse et en droit français. Nous sommes donc contraint d'examiner les deux ordres juridiques séparément. Le droit français a adopté une approche résolument inductive. Celle-ci repose sur un traitement individualisé des différents vices de procédure susceptible d'être régularisés (§ 1). Le droit suisse, revanche, procède par déduction. Il part d'un principe général qu'il s'efforce d'appliquer à diverses situations (§ 2).

§ 1: L'approche inductive suivie en droit français

543. Le Code de procédure civile français ne contient pas de disposition admettant de manière générale la régularisation de tous les vices de procédure. C'est en vain qu'on y chercherait un équivalent à l'article 132 du Code fédéral de procédure civile suisse. Cela ne veut toutefois pas dire que l'institution soit pas connue du droit judiciaire privé français. Celle-ci est mentionnée à de nombreuses reprises dans le Code de procédure civile (A). Quelques principes généraux se dégagent également des nombreuses dispositions (B).

A) Les différentes hypothèses de régularisation des vices de procédure

544. Les différentes hypothèses de régularisation des vices de procédure peuvent être classées en deux catégories distinctes: celles figurant dans le premier livre du Code de procédure civile, consacré aux dispositions communes à toutes les juridictions (1) et celles qui concernent un type particulier de procédure (2).

1) Les dispositions communes

545. Les dispositions communes constituent un corps de règles détaillées formant le *procès civil archétypique*¹⁸²⁸. Il est donc normal d'y trouver l'essentiel des dispositions

¹⁸²⁸ Sur cette notion, voy. supra, n° 205 ss.

relatives à la régularisation des vices de procédure. Celles-ci concernent tant les actes des parties (a) que les jugements (b).

a) La régularisation des actes des parties

546. Le Code de procédure civile français envisage la régularisation comme un moyen de parer aux conséquences d'un vice de procédure¹⁸²⁹. Elle est expressément prévue en matière de nullités, pour vice de forme¹⁸³⁰, ou pour irrégularité de fond¹⁸³¹ et en matière de fins de non-recevoir¹⁸³². Les dispositions prévoyant la régularisation des actes de procédure sont insérées dans le titre cinquième du livre premier du Code de procédure civile, consacré aux moyens de défense. La régularisation est donc considérée, en premier lieu, comme une réponse à un moyen de défense.

547. S'agissant du détail des dispositions pertinentes, nous constatons que le texte n'est pas rédigé de la même manière pour tous les vices de procédure. Lorsque la nullité pour vice de forme est encourue, la régularisation est envisagée de manière générale et rien *a priori* n'y fait obstacle¹⁸³³. En revanche, la nullité pour irrégularité de fond ne peut être régularisée que « *dans les cas où elle est susceptible d'être couverte* »¹⁸³⁴, ce qui est tout de même assez vague¹⁸³⁵. Une restriction similaire se retrouve en matière de fin de non-recevoir où l'on doit se trouver en présence d'une « *situation donnant lieu à fin de non-recevoir susceptible d'être régularisée.* »¹⁸³⁶ Les termes employés laissent entendre qu'il existerait des fins de non-recevoir et des irrégularités de fond qui ne peuvent être régularisées, sans toutefois donner d'autres indications à leur sujet. Or la question est d'importance pour l'objet de notre étude. L'admission de trop nombreuses exceptions accroîtra, en effet, immanquablement le formalisme procédural.

548. La doctrine ne s'est guère étendue sur le sujet. La plupart des auteurs ne se risquent pas à élaborer une théorie générale de la régularisation des actes de procédure.

¹⁸²⁹ S'agissant des vices de forme, COUTANT traite de la question (p. 368-370) après avoir présenté les principes régissant l'exception de nullité (pp. 347 ss). Voy. toutefois ce curieux arrêt (Dijon, 14 février 2008, RG n° 07/91710) où il est indiqué, à propos de l'appel interjeté par un majeur protégé sans l'assistance de son curateur : « *Si l'erreur imputable à une partie, notamment quant à son identification, est susceptible de rectification, l'erreur portant sur le droit des parties, particulièrement quant à la capacité à ester en justice, est insusceptible de rectification, la recevabilité de l'appel découlant précisément de cette capacité.* » La régularisation semble ici être envisagée indépendamment de la nullité.

¹⁸³⁰ Art. 115 CPC 1975.

¹⁸³¹ Art. 121 CPC 1975.

¹⁸³² Art. 126 CPC 1975.

¹⁸³³ Voy. art. 115 CPC 1975 : « *La nullité est couverte par la régularisation ultérieure...* »

¹⁸³⁴ Voy. art. 121 CPC 1975.

¹⁸³⁵ COUTANT, p. 383.

¹⁸³⁶ Art. 126 CPC 1975.

S'agissant des nullités, leur apport se limite à commenter succinctement les actes 115 et 121 du Code de procédure civile. Tel est le cas d'HÉRON et LE BARS pour qui la régularisation des irrégularités de fond est « *presque toujours* » possible. Ils n'indiquent comme irrégularité de fond impossible à régulariser que l'acte de procédure accompli au nom d'un groupement d'individus dépourvu de la personnalité morale¹⁸³⁷. GUINCHARD, CHAINAIS et FERRAND vont dans la même direction ; à leurs yeux, « *il faut supposer des situations très particulières pour que la nullité ne soit pas susceptible d'être couverte* »¹⁸³⁸. Ils se réfèrent d'ailleurs aux mêmes exemples que HÉRON et LE BARS. D'autres auteurs, finalement, ne mentionnent qu'en passant cette restriction¹⁸³⁹, ou se limitent à évoquer la possibilité de régulariser sans autre précision¹⁸⁴⁰. PUTMANN indique ainsi que « *les causes de nullités susceptibles d'être régularisées sont [...] les plus diverses et se rencontrent en toutes matières.* »¹⁸⁴¹ La régularisation des fins de non-recevoir est traitée de manière encore plus sommaire, souvent en relevant uniquement le cas des délais de procédure dont l'écoulement ne peut être régularisé¹⁸⁴². Sur ce point, seule PÉTEL-TEYSSIÉ énonce quelques critères généraux permettant d'identifier les nullités pour irrégularité de fond et les fins de non-recevoir qui ne peuvent être régularisées¹⁸⁴³. Selon cet auteur, la régularisation ne serait pas possible lorsque « *l'esprit de l'exigence méconnue* » s'y oppose¹⁸⁴⁴. A ce propos, elle mentionne les formalités préalables à la saisine de la juridiction¹⁸⁴⁵ et les « *condition[s] qui [doivent] être impérativement remplies à un moment donné* »¹⁸⁴⁶, parmi lesquelles figurent le pouvoir spécial devant accompagner la déclaration d'inscription en faux¹⁸⁴⁷, la personnalité juridique¹⁸⁴⁸ et les mentions devant figurer dans une requête en divorce¹⁸⁴⁹. PÉTEL-TEYSSIÉ se montre parfois stricte, alors que la jurisprudence est plus nuancée.

¹⁸³⁷ HÉRON/ LE BARS, p. 175.

¹⁸³⁸ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 671. Voy. également COUTANT, p. 369 : « *La jurisprudence abonde d'exemples de régularisations d'actes de procédure viciés qui pratiquement apparaissent à l'occasion du débat sur la preuve du grief.* »

¹⁸³⁹ Voy. COUCHEZ/LAGARDE, p. 234 (avec reprise de la jurisprudence en note de bas de page).

¹⁸⁴⁰ COUCHEZ/LAGARDE, p. 206.

¹⁸⁴¹ PUTMAN, Nullités », n° 137.

¹⁸⁴² Voy. HÉRON/LE BARS, p. 123 (« *on ne peut pas remonter le temps* »).

¹⁸⁴³ PÉTEL-TEYSSIÉ, n° 107 ss.

¹⁸⁴⁴ PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 110.

¹⁸⁴⁵ PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 111. Pourtant un autre auteur, et non des moindres, estime que l'introduction d'instance en violation d'une clause contractuelle de conciliation obligatoire ne devrait plus être invocable après comparution des parties et débats devant la juridiction saisie : Roger PERROT, Chronique sous Cass. com. 22 février 2005, RTD civ. 2005, pp 450 ss, spécialement p. 451.

¹⁸⁴⁶ PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 112-114.

¹⁸⁴⁷ PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 112.

¹⁸⁴⁸ PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 113.

¹⁸⁴⁹ PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 114.

Nous mentionnerons à titre d'exemple les formalités préalables à la saisine du tribunal. Sur ce point, notre auteur¹⁸⁵⁰ se réfère à un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1980 et en déduit que leur omission n'est pas susceptible d'être régularisée. L'affaire citée portait sur un procès intenté à une commune sans que le litige n'ait été dénoncé au préfet par mémoire un mois avant l'assignation. La juridiction suprême avait effectivement considéré que ce vice n'était pas susceptible d'être régularisé¹⁸⁵¹. Cette formalité préalable n'existe toutefois plus aujourd'hui. On rencontre, par ailleurs, une exigence similaire en matière de procès domaniaux¹⁸⁵², sans qu'elle ait donné lieu à une pareille jurisprudence. La régularisation de l'absence de conciliation préalable à la saisine d'une juridiction est aujourd'hui admise¹⁸⁵³. Il nous paraît dès lors douteux que la régularisation d'autres démarches préalables à la saisine d'une juridiction ne soit pas régularisable. Celles-ci ont, en effet, pour but d'avertir une autorité de l'existence d'un litige afin de lui permettre de prendre les mesures qui s'imposent, y compris un éventuel règlement amiable. Le fait que l'avertissement ne soit donné qu'après l'introduction d'instance ne fait pas obstacle à la réalisation de ce but.

549. La jurisprudence n'est guère plus précise que la doctrine, la motivation des arrêts étant particulièrement succincte. La juridiction suprême déclare, en effet, si un vice de procédure est régularisable, ou non, sans donner davantage de précisions¹⁸⁵⁴. Dans certaines situations, elle semble prendre en considération les circonstances particulières de chaque affaire, de manière à ne refuser la régularisation que lorsque cela est justifié. Tel est le cas des procès concernant une personne majeure soumise à un régime de protection. La Cour de cassation a régulièrement refusé la régularisation en degré d'appel¹⁸⁵⁵ de l'irrégularité de fond frappant une assignation délivrée à une personne protégée sans être notifiée à son curateur¹⁸⁵⁶. Même si elles ne figurent pas dans les motifs, on comprend sans difficulté les raisons ayant poussé la juridiction suprême à faire

¹⁸⁵⁰ PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 111.

¹⁸⁵¹ Cass. 2^{ème} civ., 2 octobre 1981, Bull. civ. II, n° 176.

¹⁸⁵² Art. R. 23331-9 Code général de la propriété des personnes publiques.

¹⁸⁵³ Cass. 2^{ème} civ., 16 décembre 2010, Bull. civ. II, n° 212.

¹⁸⁵⁴ Voy. par exemple : Cass. 2^{ème} civ., 23 septembre 2010, pourvoi n° 09-70355.

¹⁸⁵⁵ Voy. parmi tant d'autres, qui tous considèrent que le vice de procédure n'est pas régularisable : Cass. 1^{ère} civ., 23 février 2011, pourvoi n° 09-13867 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 février 1996, Bull. civ. I, n° 65 ; Cass. 2^{ème} civ., 7 février 1984, Bull. civ. II, n° 45. Tous ces arrêts ont été rendus sur le visa de l'art. 510-2 C. civ. dans sa version en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2009, mais la teneur de cette disposition est identique à celle de l'actuel art. 467 al. 3 C. civ. Un arrêt publié au Bulletin estime en revanche que le vice de procédure peut être guéri, ce qui semble tout de même paradoxal : Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2009, Bull. civ. I, n° 160.

¹⁸⁵⁶ En vertu de l'art. 467 al. 3 C. civ., toute signification faite à la personne placée sous curatelle doit l'être également à son curateur.

preuve d'une certaine rigueur¹⁸⁵⁷. Admettre la régularisation en degré d'appel reviendrait, en effet, à autoriser la personne protégée à plaider seule en première instance. Toutes les erreurs stratégiques qu'elle pourrait commettre à cette occasion, par exemple en n'informant pas son mandataire de certains éléments pertinents, ne sont pas réparables en appel¹⁸⁵⁸. En revanche, la mise en cause d'autres tiers ne présente pas la même importance. Leur intervention n'est pas directement destinée à protéger les intérêts essentiels des plaideurs. C'est ainsi que la Cour de cassation admet que l'absence de mise en cause du préfet dans certains litiges est susceptible de régularisation¹⁸⁵⁹.

550. La jurisprudence exclut parfois la régularisation de certains vices de procédure d'une manière aussi absolue qu'elle est difficilement compréhensible. Tel est le cas des demandes en justice interjetées au nom d'un groupement d'individus dépourvus de la personnalité morale. On peine à comprendre pourquoi l'acquisition, en cours d'instance, de la capacité d'ester en justice¹⁸⁶⁰, la fusion du groupement avec une personne morale¹⁸⁶¹ ou l'intervention des intéressés¹⁸⁶², ne pourrait pas régulariser le vice frappant l'acte introductif d'instance. S'agissant de l'acquisition de la personnalité morale en cours d'instance, il est évident que « *la solution est extrêmement rigoureuse* »¹⁸⁶³. On peut, en effet, se demander s'il n'y avait pas lieu d'appliquer les dispositions relatives à la reprise des actes effectués par les fondateurs au nom de la société en fondation¹⁸⁶⁴, même si l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés ne vaut pas *ipso*

¹⁸⁵⁷ On en veut pour preuve la situation qui a longtemps existé en matière pénale. Le curateur n'était pas automatiquement prévenu des procédures dirigées contre la personne protégée. La Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que dans ces circonstances une condamnation à une peine de prison ferme, pour agression sexuelle sur un mineur, infligée à une personne sous curatelle, violait l'art. 6 CEDH : CourEDH, *Vaudelle c. France*, arrêt du 30 janvier 2001, n° 35683/97, Recueil des arrêts et des décisions, 2001-I. La situation a été réglée depuis par la Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 (*J.O.* du 7 mars 2007, pp. 4325 ss) qui a prévu des règles particulières aux art. 706-112 à 706-118 CPP en même temps qu'elle réformait intégralement le régime de la protection des majeurs.

¹⁸⁵⁸ Par exemple, la mise en cause d'un tiers pour la première fois en appel est soumise à des conditions strictes prévues à l'art. 555 CPC 1975.

¹⁸⁵⁹ Cass. soc., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-67266 ; Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-41011 ; Cass. soc., Cass. soc., 4 février 2009, pourvoi n° 07-43105 ; Cass. soc., 14 mai 2008, pourvoi n° 07-41685 ; Cass. soc., 16 avril 2008, Bull. civ. V, n° 91 ; Limoges, 18 septembre 2007, RG n° 06/01417. Voy. toutefois : Paris, 2 juillet 2008, RG n° 06/12438 où la régularisation fut refusée au motif que le préfet était intervenu uniquement en appel.

¹⁸⁶⁰ Cass. com., 10 juin 2006, Bull. civ. IV, n° 146, JCP 2007 éd. G. I 107 (obs. Caussain, Deboissy et Wicker), D. 2006. 1820 (obs. Lienhard) ; Cass. 3^{ème} civ., 15 décembre 2004, Bull. civ. III, n° 238 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 septembre 2003, Bull. civ. II, n° 253 ; Cass. com., 30 novembre 1999, Bull. civ. IV, n° 218 ; Cass. 2^{ème} civ., 26 mars 1997, Bull. civ. II, n° 96.

¹⁸⁶¹ Cass. com., 7 décembre 1993, JCP 1994 IV 418.

¹⁸⁶² Agen, 7 janvier 2008, RG n° 06/01703 ; Cass. com., 3 octobre 2006, Bull. civ. IV, n° 205 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 juillet 2006, pourvoi n° 04-11900 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 février 2000, pourvoi n° 97-21344.

¹⁸⁶³ Alain LIENHARD, Observations sous Cass. com. 10 juin 2006, D. 2006. 1820.

¹⁸⁶⁴ Voy. art. 1843 C. civ. et L. 210-6 C. com. Le droit suisse connaît une disposition identique en matière de société anonyme (art. 645 CO), de société à responsabilité limitée (art. 779a CO) et de société coopérative (art. 838 al. 2 et 3 CO).

facto régularisation¹⁸⁶⁵. De surcroît, la situation appelle une motivation particulière, car la jurisprudence n'est pas parfaitement constante. Un arrêt de la troisième chambre civile semble ainsi admettre que le défaut de personnalité morale est susceptible de régularisation¹⁸⁶⁶, alors qu'une espèce rendue par la deuxième chambre civile tire le débat du côté de l'erreur de plume afin d'écarter l'exception de nullité en application de l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile¹⁸⁶⁷. Le refus, sans autre explication d'admettre la régularisation, apparaît d'autant plus critiquable.

551. On rencontre la même sévérité, dans une série d'arrêts rendus en matière de mesures conservatoires autorisées par une ordonnance sur requête. Aux termes de l'article 495 alinéa 3 du Code de procédure civile, « *copie de la requête et de l'ordonnance est laissée la personne à laquelle elle est opposée.* » Toute omission est fatale en matière de saisie conservatoires des créances et de sûreté judiciaire conservatoire. En vertu des articles R. 523-3 et R. 532-5 du Code des procédures civiles d'exécution, la dénonciation de la mesure conservatoire, autorisée par ordonnance sur requête¹⁸⁶⁸, doit avoir lieu dans les huit jours à peine de caducité. Si le débiteur parvient à faire invalider la dénonciation, il pourra alors obtenir la déclaration de caducité de la mesure conservatoire¹⁸⁶⁹. La Cour de cassation considère que l'article 495 du Code de procédure civile s'applique cumulativement avec les dispositions propres aux voies d'exécution. Dès lors, l'absence de copie de la requête initiale constitue un vice de procédure. Comme aucune sanction n'est prévue à l'article 495 du Code de procédure civile, on peut se demander quelle sera la conséquence sur la validité de la mesure conservatoire. La jurisprudence semble

¹⁸⁶⁵ LIENHARD, *ibid.* Comme le relève le commentateur, la lettre des textes légaux postule toutefois que les actes aient été accomplis par les fondateurs personnellement au nom de la société en fondation, ce qui pourrait exclure l'application en l'espèce, car l'instance avait été introduite au nom de la société alors qu'elle n'était pas encore immatriculée.

¹⁸⁶⁶ Cass. 3^{ème} civ., 3 octobre 2001, Bull. civ. III, n° 110. L'arrêt n'indiquant pas à quelle date l'instance a été introduite, il n'est toutefois pas possible de savoir si elle est antérieure à la publication des statuts de l'association syndicale libre, publication dont dépend l'acquisition de la personnalité morale (cf. articles 3 et 7 de la Loi du 21 juin 1865).

¹⁸⁶⁷ Cass. 2^{ème} civ., 23 octobre 2010, pourvoi n° 09-70143.

¹⁸⁶⁸ La saisie conservatoire des créances (art. R. 523-1 ss CPCE) et l'inscription provisoire d'une sûreté judiciaire (art. R. 531-1 CPCE) doivent être autorisée par le juge de l'exécution, ou le président du tribunal de commerce (art. R. 511-1 CPCE), lorsqu'elles n'ont pas lieu sur le fondement d'un « *titre en vertu duquel la loi permet une mesure conservatoire* ». L'art. L. 511-2 CPCE admet les mesures conservatoires sans autorisation judiciaire préalable « *lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice qui n'a pas encore force exécutoire* » ainsi qu'« *en cas de défaut de paiement d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre, d'un chèque ou d'un loyer resté impayé dès lors qu'il résulte d'un contrat écrit de louage d'immeuble.* » En dehors de ces hypothèses, le juge de l'exécution ne peut autoriser la saisie conservatoire que si « *la créance paraît bien fondée en son principe* » et si le créancier « *justifie de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement.* » (art. L. 511-1 CPCE).

¹⁸⁶⁹ A moins de considérer, par une application extensive des dispositions du Code civil relatives à la prescription, que le délai a été interrompu par l'acte nul. Cette hypothèse ne se retrouve, à notre connaissance, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence.

pencher dans le sens de la nullité¹⁸⁷⁰, mais surtout elle exclut la régularisation de l'omission¹⁸⁷¹. La Cour de cassation a ainsi rejeté sommairement un pourvoi fondé sur la régularisation par remise ultérieure d'une copie de la requête¹⁸⁷².

552. En résumé, nous constatons que le texte du Code de procédure civile n'exclut pas que certaines irrégularités de fond et certaines fins de non-recevoir ne puissent être régularisées. En revanche, ni la jurisprudence, ni la doctrine ne se sont souciées de donner des explications précises à ce sujet. Cela peut déboucher sur des situations d'excès de formalisme. L'impossibilité de régulariser l'acte de dénonciation d'une saisie conservatoire de créance est révélatrice. Si l'application de l'article 495 du Code de procédure civile à la dénonciation d'une saisie conservatoire ne fait aucun doute¹⁸⁷³, les conséquences de sa violation sont particulièrement sévères en l'absence de possibilité de régularisation¹⁸⁷⁴.

b) La régularisation des débats et du jugement

553. La phase des débats et le jugement qui en découle ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la nullité prévues pour les actes des parties. Bien que le texte du Code de procédure ne le dise pas expressément, la doctrine souligne que la nullité des jugements présente un caractère particulier¹⁸⁷⁵. L'article 458 du Code de procédure civile prévoit les causes de nullité du jugement, mais jurisprudence et doctrine en admettent d'autres encore. Le jugement est ainsi nul lorsque les débats l'étaient également¹⁸⁷⁶ ou si

¹⁸⁷⁰ Cass. 2^{ème} civ., 6 décembre 2001, Bull. civ. II, n° 184, D. 2002. IR. 258, RTD civ. 2002, p. 362 (chron. Perrot), Procédures 2002, comm. 26 (note Perrot), confirmant Paris, 2 septembre 1999, D. 1999. IR. 238.

¹⁸⁷¹ Il en va de même lorsque le requérant omet d'indiquer les pièces sur lesquelles il se fonde : Cass. 2^{ème} civ., 15 février 2010, RTD civ. 2010, p. 374. (chron. Perrot).

¹⁸⁷² Emblématique à cet égard : Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-13498 qui rejette, entre autre, le grief tiré de la violation de l'art. 115 CPC 1975 en affirmant que les copies omises, en l'occurrence celles de la requête et de l'ordonnance « ...étaient destinées à faire respecter le principe de la contradiction... ». Il n'est pas impossible que la lourde négligence, si ce n'est le dol, dont a fait preuve la partie requérante ait lourdement pesé dans le délibéré. En effet, l'absence presque totale de renseignements rendait illusoire toute contestation de la part de l'intimée. C'est dans ce sens, à notre avis restrictif, que devrait être interprété le renvoi au *principe de la contradiction*. Telle était d'ailleurs la position de la juridiction d'appel, voy. Angers, 29 janvier 2008, RG n° 06/2402. Cela étant l'argumentation critiquée se retrouve régulièrement dans la jurisprudence : Cass. 2^{ème} civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08-12503 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 janvier 2008, Bull. civ. II, n° 6 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 octobre 2006, pourvoi n° 05-11301 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 juillet 2006, Bull. civ. II, n° 210 ; Cass. 2^{ème} civ., 18 novembre 2004, Bull. civ. II, n° 499.

¹⁸⁷³ En ce sens : Roger PERROT, Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 6 décembre 2001, RTD civ. 2002, p. 362.

¹⁸⁷⁴ La nécessité de veiller à « tout mettre en œuvre pour préparer un contentieux contradictoire provoqué par celui qui devra subir la mesure et qui pour l'instant ne sait rien de ce que le requérant a pu dire au juge » l'emporte, au yeux de la doctrine, sur toute autre considération (Roger PERROT, Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 15 février 2010, RTD civ. 2010, p. 375).

¹⁸⁷⁵ CADIET/JEULAND, p. 494 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 736 ; HÉRON/LE BARS, p. 387 ; Frédérique EUDIER, *Répertoire de procédure civile Dalloz*, v° « Jugement », 2002, n° 314.

¹⁸⁷⁶ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 735 ; EUDIER, Jugement,° 319 ; BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 416 ss.

un acte de procédure essentiel est entaché de nullité¹⁸⁷⁷. D'autres formalités, dites d'*ordre public*, on été retenues comme causes de nullité du jugement¹⁸⁷⁸.

554. La régularisation des nullités affectant les jugements est envisageable de différentes manières. S'agissant, tout d'abord, des causes de nullités relatives à la tenue des débats, la juridiction saisie peut renvoyer ceux-ci à une audience ultérieure de manière¹⁸⁷⁹, par exemple, à permettre une communication de l'affaire au ministère public lorsque celle-ci est obligatoire¹⁸⁸⁰. Cela n'est pas possible pour les vices affectant la rédaction du jugement, car le prononcé de celui-ci a dessaisi le juge¹⁸⁸¹. Le Code de procédure civile connaît toutefois deux possibilités de régulariser un jugement.

555. La procédure dite *en rectification d'erreurs matérielles* prévue à l'article 462 du Code de procédure civile¹⁸⁸² permet de régulariser certaines erreurs affectant la rédaction du jugement¹⁸⁸³. Elle n'est ouverte que pour les « *erreurs et omissions matérielles* », la juridiction conservant le pouvoir, même après son désaisissement d'ordonner « *ce que le dossier révèle ou, à défaut, ce que la raison commande* »¹⁸⁸⁴. La jurisprudence autorise la régularisation de certaines « *erreurs de pensée* »¹⁸⁸⁵, telles que la désignation erronée des parties¹⁸⁸⁶ ou les contradictions entre les motifs et le

¹⁸⁷⁷ Voy. JUNILLON, Le formalisme, p. 456, n°164.211 qui envisage la nullité de l'assignation. La jurisprudence va implicitement dans ce sens. Voy. Cass. 3^{ème} civ., 2 décembre 2008, pourvoi n° 05-17516 et Cass. 3^{ème} civ., 10 septembre 2008, Bull. civ. III, n° 129 où la Cour de cassation semble implicitement admettre que l'absence de notification par lettre recommandée avec avis de réception du dépôt en mairie d'un dossier d'expropriation pourrait constituer une cause de nullité du jugement rendu à l'issue de la procédure. Le litige portait toutefois spécifiquement sur l'applicabilité du Code de procédure civile à la procédure d'expropriation et sur la régularisation du vice de procédure. Il n'est donc pas impossible que la juridiction suprême ait éludé la question du lien entre le vice de procédure et la nullité du jugement en retenant que la régularisation était acquise du moment que l'art. 459 était applicable.

¹⁸⁷⁸ Pour plus de précisions : EUDIER, Jugement, n° 320 ss ; HÉRON/LE BARS, p. 388 et pp. 405 ss ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 736 ; CADIET/JEULAND, p. 495.

¹⁸⁷⁹ HÉRON/LE BARS, p. 388.

¹⁸⁸⁰ La violation de l'art. 425 CPC 1975 constitue, en effet, une nullité d'ordre public : Cass. ch. mixte, 21 juillet 1978, Bull. ch. mixte, n° 4, Gaz. Pal. 1978. 578 (note Viatte) ; RTD civ. 1979, p. 192 (chron. Perrot).

¹⁸⁸¹ Art. 481 al. 1 CPC 1975. Voy. GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, pp. 771 ss ; EUDIER, Jugement, n° 432 ss rappelant le célèbre adage latin : *lata sententia iudex dessinit esse iudex*.

¹⁸⁸² Pour une présentation détaillée : Hughes ADIDA-CANAC, L'erreur du juge : entre réparation, indemnisation et responsabilité, D. 2009. 1288 ; Philippe BERTIN, La rectification des jugements – problèmes de procédure, Gaz. Pal. 1983. 1. doctr. 264 ; DE VALICOURT ; DORSNER-DOLIVET, pp. 1135 ss., n° 522.00 ss ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, L'erreur du juge, RTD civ. 2001, pp. 819 ss ; André PERDRIAU, La rectification des jugements civils, JCP 1995 éd. G I 3886.

¹⁸⁸³ Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une voie de recours proprement dite, car le juge ne peut « *corriger un mal jugé, une error in iudicando* » (SALHI, p. 352) alors que « *les voies de recours tendent toujours à obtenir l'anéantissement rétroactif des jugements, et très souvent leur remplacement subséquent, en raison d'une erreur commise in iudicando ou in procedendo et affectant leur bien-fondé ou leur validité* » (SALHI, p. 353).

¹⁸⁸⁴ Sur ce concept : Pierre JULIEN, Ce que la raison ou la nécessité commande (à partir des articles 17 et 461 du Nouveau Code de procédure civile), in Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand, Litec, Paris, 2003, p. 241 ss., plus particulièrement, p. 244.

¹⁸⁸⁵ DE VALICOURT, p. 51-53 et les arrêts cités. HÉRON/LE BARS (p. 308) s'opposent à la rectification des « *erreurs intellectuelles* », soit le mal jugé, qui est donc différent des erreurs de pensée de DE VALICOURT.

¹⁸⁸⁶ Voy. par exemple : Bastia, 19 octobre 2011, RG n° 10/00221 ; Bastia, 21 septembre 2011, RG n° 11/00229 ; Douai, 1^{er} septembre 2011, RG n° 11/03327 ; Lyon, 4 juillet 2011, RG n° 11/0379.

dispositif¹⁸⁸⁷. A ces cas-là viennent s'ajouter ce que la doctrine appelle les « *omissions matérielles* »¹⁸⁸⁸, telles que les étourderies¹⁸⁸⁹. Toujours est-il que la pratique admet largement la rectification des jugements¹⁸⁹⁰, à condition que celle-ci ne remette pas en cause les droits et obligations des parties¹⁸⁹¹ et que l'erreur rédactionnelle soit involontaire¹⁸⁹². Mais une telle largesse de vue est loin d'être partagée par tous¹⁸⁹³. HÉRON et LE BARS considèrent que la nullité des jugements ne sauraient être régularisée par une procédure en rectification d'erreurs matérielles¹⁸⁹⁴. FRICÉRO défend la même thèse concernant le défaut de motivation suffisante¹⁸⁹⁵. Cette opinion doit être nuancée. En effet, dans toutes les espèces où la rectification a été admise, il aurait été également possible d'y voir autant de causes de nullité du jugement. Que l'on songe à l'exemple de la contrariété entre les motifs et le dispositif et de la désignation erronée des parties. Il ne faut pas faire un grand effort intellectuel pour y voir un défaut de motivation¹⁸⁹⁶, le dispositif ne trouvant aucune justification dans les motifs. La Cour de cassation admet que la rectification puisse concerner la minute dactylographiée d'un arrêt indiquant que celui-ci avait été signé par le président, alors que son empêchement était mentionné¹⁸⁹⁷ ou qu'une demande en rectification puisse avoir pour but de supprimer la mention erronée d'un juge n'ayant pas participé aux débats d'appel alors qu'il avait connu de la cause en première instance¹⁸⁹⁸. Or les articles 430 et 456 du Code de procédure civile, relatifs à la composition de la juridiction et à la signature du jugement, sont prescrits à peine de nullité¹⁸⁹⁹ et la rectification de la minute avait précisément pour but d'éviter que la mention erronée ne soit invoquée à l'appui d'un pourvoi en cassation.

¹⁸⁸⁷ En pratique cette hypothèse est malheureusement plus fréquente qu'on ne le penserait de prime abord. Le site internet www.legifrance.gouv.fr recense un grand nombre de décisions rectificatrices prises par les juridictions du fond. Voy. pour quelques exemples récents : Lyon, 31 octobre 2011, n° 11/06535 ; Lyon, 17 octobre 2011, RG n° 10/04938 ; Bastia, 24 août 2011, RG n° 11/00392 ; Angers, 5 juillet 2011, RG n° 11/01218 ; Lyon, 27 juin 2011, RG n° 10/03404.

¹⁸⁸⁸ FRICÉRO, Rectification des erreurs et omissions matérielles, p. 1261, n° 522.34 ; DE VALICOURT, p. 56 ; PERDRIAU, n° 23 ss.

¹⁸⁸⁹ PERDRIAU, n° 24.

¹⁸⁹⁰ Voy. par exemple, récemment : Angers, 5 juillet 2011, RG n° 11/01801 où la juridiction régularise son arrêt enjoignant à la caisse primaire d'assurance maladie de saisir un comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles, alors qu'en vertu des dispositions applicables, elle aurait dû saisir elle-même ledit comité. Il s'agit d'un exemple où une erreur juridique est régularisée.

¹⁸⁹¹ SALHI, p. 348-349. Voy. également l'arrêt de principe : Cass. ass. plén., 1^{er} avril 1994, Bull. ass. plén., n° 3, JCP 1994 éd. G II 22256 (concl. Jéol), D. 1994. jurisp. 293 (concl. Jéol), RTD civ. 1994, p. 681 (chron. Perrot).

¹⁸⁹² Georges WIEDERKEHR, Chroniques-procédure civile, RGDP 1999, p. 209-210 ; SALHI, p. 346-347 et les exemples cités.

¹⁸⁹³ EUDIER, Jugement, n° 495 et 496 ; CADIET/JEULAND, p. 501.

¹⁸⁹⁴ HÉRON/LE BARS, p. 310.

¹⁸⁹⁵ FRICÉRO, Rectification des erreurs et omissions matérielles, p. 1261, n° 522.35.

¹⁸⁹⁶ Qui en vertu des art. 454 et 458 al. 1 CPC 1975 emporte nullité du jugement.

¹⁸⁹⁷ Cass. 2^{ème} civ., 10 novembre 2010, Bull. civ. II, n° 183.

¹⁸⁹⁸ Cass. 3^{ème} civ., 24 janvier 2007, Bull. civ. III, n° 9, D. 2007. 585.

¹⁸⁹⁹ Art. 458 al. 1 CPC 1975.

La distinction entre une cause de nullité et un vice régularisable est donc délicate¹⁹⁰⁰. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que la régularisation ne peut pas aller à l'encontre de la réalité, même si « *le juge pourrait être tenté de corriger, en réalité, et à moindre frais pour lui une véritable erreur de jugement* »¹⁹⁰¹. On ne peut rectifier un jugement à l'élaboration duquel un magistrat a participé à tort, ou qui n'a pas été rendu au terme d'une procédure contradictoire¹⁹⁰². La rectification des jugements est donc envisageable pour éliminer une cause de nullité découlant uniquement d'erreurs rédactionnelles, sans que le processus d'adoption du jugement ne soit remis en cause. En revanche, elle ne peut être utilisée si ce dernier est défectueux. Dans le cas contraire, elle servirait à dissimuler le problème, en travestissant la réalité, ce qui reviendrait à confectionner un faux intellectuel¹⁹⁰³.

556. La seconde possibilité de régularisation est énoncée à l'article 459 du Code de procédure civile. Les jugements étant considérés comme des actes authentiques¹⁹⁰⁴, ils doivent être autosuffisants, c'est-à-dire qu'ils doivent contenir toutes les mentions permettant d'en apprécier la régularité¹⁹⁰⁵. Cette exigence est problématique en présence d'erreurs de rédaction alors que toutes les formalités prévues ont été respectées. Le jugement encourt la nullité uniquement à cause d'erreurs dans sa rédaction. C'est pourquoi, une possibilité de régularisation par production d'autres documents a été aménagée. L'article 459 du Code de procédure civile introduit ainsi une exception de taille au principe énuméré à l'article 1320 du Code civil au terme duquel « *l'acte authentique [...] fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs.* »¹⁹⁰⁶ Le processus de régularisation est légèrement différent de celui mis en œuvre au titre de l'article 462 du Code de procédure civile. L'acte régularisateur ne prend pas la forme d'une décision rectificatrice, mais consiste en la production des actes du procès afin de contrer le grief de nullité.

¹⁹⁰⁰ En ce sens : SALHI, p. 347.

¹⁹⁰¹ SALHI, p. 347.

¹⁹⁰² BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 396. Voy. Cass. ch. mixte, 6 avril 2007, Bull. ch. mixte, n° 2.

¹⁹⁰³ Soit un faux en écritures publiques, infraction réprimée à l'art. 441-4 C. pén.

¹⁹⁰⁴ Art. 457 CPC 1975 renvoyant implicitement aux art. 1317 ss C. civ.

¹⁹⁰⁵ EUDIER, Jugement, n° 358 ; CADIET/JEULAND, p. 495 ; plus nuancés : HÉRON/LE BARS, p. 405-406 qui distinguent selon les formalités sont instituées *ad probationem* ou *ad validatem*. Il s'agit de concepts importés du droit des obligations. Voy. à ce propos : François TERRÉ/Philippe SIMLER/Yves LEQUETTE, Droit civil – Les obligations, 10^{ème} édition, Coll. Précis Droit privé, Dalloz, Paris, 2009, pp. 158 ss.

¹⁹⁰⁶ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 739 qui précisent, toutefois, que l'exception n'existe que pour les mentions erronées, les omissions n'étant pas couvertes par la force authentique de l'acte. Sur l'inscription en faux contre les jugements : JUNILLON, Le formalisme, p. 459, n° 164. 233. L'inscription en faux contre les jugements ne constitue pas qu'une vue de l'esprit, elle se rencontre en pratique. Voy. Fort-de-France, 25 juin 2010, RG n° 09/00272 concernant l'inscription en faux contre un jugement de première instance où l'identité du président n'était pas celle du magistrat ayant réellement concouru à la rédaction de la décision.

557. La régularisation sur le fondement de l'article 459 du Code de procédure civile est entendue largement, car toute « *omission, ou [...] inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité du jugement* » est concernée, ce que la doctrine ne manque pas de souligner¹⁹⁰⁷. La Cour de cassation suit cette invitation à la souplesse¹⁹⁰⁸. Elle a ainsi fait application du procédé pour éconduire des plaideurs demandant la cassation d'une décision de justice où l'identité du président ayant signé la minute n'était pas correctement mentionnée¹⁹⁰⁹, où le respect des formalités propres à la procédure d'expropriation était litigieux¹⁹¹⁰, où le déroulement de la procédure de conciliation était contestée¹⁹¹¹ et où une des parties était indiquée à tort comme défaillante¹⁹¹². Plusieurs décisions refusaient la régularisation de l'indication des juges ayant statué¹⁹¹³. L'application de l'article 459 du Code de procédure a toutefois été récemment admise¹⁹¹⁴, mettant fin aux incertitudes¹⁹¹⁵. Il semble donc qu'un nombre considérable de vices de procédure puissent se voir appliquer le bénéfice de la régularisation.

558. Ni la jurisprudence, ni la doctrine n'ont donné d'explications concernant les liens entre la régularisation sur le fondement de l'article 462 du Code de procédure civile et celle prenant appui sur l'article 459. Les conditions de la régularisation ne sont pas formulées de la même manière, l'une mentionnant *l'omission ou l'inexactitude d'une mention destinée à établir la régularité du jugement*¹⁹¹⁶ alors que l'autre se réfère aux

¹⁹⁰⁷ JUNILLON, Le formalisme, p. 458, n° 164.231 ; EUDIER, Jugement, n° 358.

¹⁹⁰⁸ JUNILLON, Le formalisme, p. 458, n° 164.232 ; EUDIER, Jugement, n° 348. Voy. également les exemples cités par COUTANT, p. 410 qui ne se livre à aucune appréciation de la jurisprudence de la Cour de cassation.

¹⁹⁰⁹ Cass. soc., 18 mars 2009, pourvoi n° 07-45027.

¹⁹¹⁰ Cass. 3^{ème} civ., 2 décembre 2008, pourvoi n° 05-17516 ; Cass. 3^{ème} civ., 10 septembre 2008, Bull. civ. III, n° 129.

¹⁹¹¹ Cass. soc., 23 février 1977, Bull. civ. V, n° 138.

¹⁹¹² Cass. soc., 23 février 1983, numéro de pourvoi ne figurant pas sur le site www.legifrance.gouv.fr d'où il est tiré.

¹⁹¹³ Cass. 1^{ère} civ., 28 janvier 2009, pourvoi n° 07-14827 ; Cass. 2^{ème} civ., 14 février 2007, pourvoi n° 05-21450 ; Cass. 3^{ème} civ., 11 octobre 2005, pourvoi n° 04-16636 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 2003, Bull. civ. II, n° 185 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 1996, Bull. civ. II, n° 128 ; Cass. 2^{ème} civ., 6 octobre 1993, pourvoi n° 90-14139 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 avril 1993, Bull. civ. II, n° 149, JCP 1993 éd. G II 22109 (note Du Rusquec) ; Cass. 2^{ème} civ., 5 avril 1993, Bull. civ. II, n° 144, JCP 1993 éd. G II 22109 (note Du Rusquec), RTD civ. 1993, p. 650 (chron. Perrot). La jurisprudence était toutefois loin d'être unanime : Cass. 3^{ème} civ., 24 janvier 2007, Bull. civ. III, n° 9 ; Cass. 2^{ème} civ., 20 octobre 2005, Bull. civ. II, n° 264 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 octobre 1999, Bull. civ. I, n° 263, JCP 1999 éd. G IV 2951, RTD civ. 2000, p. 159 (chron. Perrot) ; Cass. soc., 12 février 1997, Bull. civ. V, n° 60, Gaz. Pal. 1999. 2. somm. 999 (note Du Rusquec) ; Cass. 1^{ère} civ., 9 janvier 1996, D. 1996 IR 41, JCP 1996 éd. G IV 484, RTD civ. 1996, p. 705 (chron. Perrot) ; Cass. com., 23 novembre 1993, Bull. civ. IV, n° 427 ; Cass. ass. plén., 8 février 1993, Bull. ass. plén., n° 5, JCP 1993 éd. G IV 923, RTD civ. 1994, p. 421 (chron. Perrot) ; Cass. 1^{ère} civ., 7 février 1984, Bull. civ. I, n° 50 ; Cass. com., 20 décembre 1982, Bull. civ. IV, n° 418 ; Cass. soc., 8 janvier 1981, Bull. civ. V, n° 20 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 février 1980, Bull. civ. II, n° 46.

¹⁹¹⁴ Cass. com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-14739 ; Cass. com., 26 mai 2010, pourvois n° 03-13484, 08-14509, 08-14841 et 08-17417 ; Cass. soc., 6 janvier 2010, pourvoi n° 08-43474 ; Cass. ch. mixte, 11 décembre 2009, Bull. ch. mixte, n° 3 ; Cass. com., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-12860 ; Cass. 2^{ème} civ., 21 février 2008, pourvoi n° 07-10333. La présence d'un arrêt rendu en chambre mixte nous semble être le gage du caractère définitif, et réfléchi, du changement de jurisprudence.

¹⁹¹⁵ Pour une présentation de la jurisprudence antérieure : Roger PERROT, Chronique sous Cass. soc. 5 décembre 2007 (deux espèces), RTD civ. 2008, pp. 156 ss.

¹⁹¹⁶ Art. 459 CPC 1975.

erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement. Il semble toutefois que ces dispositions soient complémentaires. Ainsi, les parties les invoquent simultanément devant la Cour de cassation à l'appui de leurs moyens¹⁹¹⁷. Lorsque le jugement frappé d'un vice réparable est contesté par le biais d'un recours, l'article 459 permet d'écarter les moyens de nullité. La décision querellée peut également être régularisée pour les mêmes raisons sur le fondement de l'article 462 du Code de procédure civile, ce qui permet la rédaction d'une nouvelle expédition.2) Les règles particulières

559. A côté des règles générales relatives à la régularisation des actes du procès, que nous venons de voir, on rencontre des règles particulières, propres à certaines instances. Nous en avons identifié deux en relation directe avec l'objet de notre étude : la mise en conformité des actes des parties en première instance et en appel (a), ainsi que la régularisation des pourvois en cassation (b).

a) La mise en conformité des actes de procédure écrits

560. La procédure devant le Tribunal de grande instance et la Cour d'appel est généralement écrite¹⁹¹⁸. Cela signifie que les parties doivent exposer leurs moyens d'attaque et de défense par écrit ; elles ne peuvent donc se contenter de les développer oralement à l'audience. Les actes de la procédure de première instance sont soumis à un certain formalisme¹⁹¹⁹. Ils doivent ainsi être motivés en fait et en droit¹⁹²⁰ et comporter un bordereau des pièces littérales¹⁹²¹. Les prétentions doivent être expressément articulées¹⁹²² et les dernières conclusions échangées par les parties doivent les récapituler¹⁹²³. Des règles encore plus strictes sont appliquées aux procédures d'appel instruites par écrit. Outre les exigences de la procédure de première instance¹⁹²⁴, les conclusions d'appel doivent également énoncer les prétentions « *sous forme de dispositif* »¹⁹²⁵. Il est également interdit de se référer uniquement aux conclusions de première instance¹⁹²⁶. Toutes ces règles rendent la conduite du procès plus délicate. C'est pour cette raison que

¹⁹¹⁷ Voy. Cass. soc., 18 mai 2010, pourvoi n° 09-40477 ; Cass. 2^{ème} civ., 18 septembre 2008, pourvoi n° 07-18676.

¹⁹¹⁸ Il existe toutefois des procédures instruites oralement devant le Tribunal de grande instance, telles que les référés (art. 484 ss et 808 ss CPC 1975) et la procédure à jour fixe, dans certains cas seulement (art. 792 CPC 1975) : Nicolas CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance, n° 124.

¹⁹¹⁹ CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance, n° 13.

¹⁹²⁰ Art. 56 al. 1 ch. 2 CPC 1975 (assignation) ; art. 753 al. 1 CPC 1975 (conclusions).

¹⁹²¹ Art. 56 al. 2 CPC 1975 (assignation).

¹⁹²² Art. 753 al. 1 CPC 1975.

¹⁹²³ Art. 753 al. 2 CPC 1975.

¹⁹²⁴ Art. 954 al. 1 et 3 CPC 1975 concernant la motivation et la récapitulation

¹⁹²⁵ Art. 954 al. 2 CPC 1975.

¹⁹²⁶ Art. 954 al. 4 CPC 1975.

la représentation par un avocat est alors obligatoire¹⁹²⁷. Malgré cette précaution, il arrive que les écritures ne répondent pas aux exigences légales. Le Code de procédure civile prévoit alors que le juge de la mise en état¹⁹²⁸, ou le conseiller chargé de la mise en état¹⁹²⁹, si l'affaire est pendante en degré d'appel, peut inviter les représentants des parties à « *mettre leurs conclusions en conformité* ».

561. On se trouve en présence d'une nouvelle hypothèse de régularisation d'un acte de procédure vicié. Celle-ci n'a que peu attiré l'attention de la jurisprudence et de la doctrine. Nous n'avons pas trouvé d'arrêt publié à ce sujet. Le Code de procédure civile offre une possibilité de pallier les insuffisances des parties, de manière à éviter l'excès de formalisme, en autorisant le juge à prescrire la régularisation des conclusions. L'absence d'intérêt jurisprudentiel et doctrinal, nous porte à croire que la régularisation n'est pas fréquemment ordonnée.

b) La régularisation des pourvois en cassation

562. Depuis 1979, la procédure devant la Cour de cassation est entièrement régie par le Code de procédure civile. Elle donc soumise aux dispositions du livre premier, parmi lesquelles se trouvent celles relatives à la régularisation des actes de procédure nuls ou des fins de non-recevoir. Il ne devrait donc pas y avoir de différence entre la procédure devant les juridictions de première instance et celle devant la Cour de cassation.

563. Pourtant, certaines particularités demeurent. Parmi elles, figure en bonne place la règle instituée à l'article 621 du Code de procédure civile et selon laquelle l'arrêt déclarant le pourvoi mal fondé ou irrecevable ainsi que les arrêts constatant le dessaisissement de la Cour de cassation ou prononçant la déchéance du pourvoi privent la partie demanderesse au pourvoi d'en former un second. Ce principe est connu sous le nom de « *l'interdiction de réitérer* »¹⁹³⁰.

564. Dans l'immense majorité des cas, le détour par l'article 621 du Code de procédure civile n'est pas nécessaire, vu que le second pourvoi sera de toute façon tardif. Il arrive cependant qu'une partie interjette un second pourvoi en cassation immédiatement

¹⁹²⁷ La profession d'avoué a été supprimée au 1^{er} janvier 2012 par la Loi n° 2011-94 du 26 janvier 2011 portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, publiée in *J.O.* du 26 janvier 2011, pp. 1544. Notons également qu'il existe des procédures écrites où la représentation n'est pas obligatoire : CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance, n° 14.

¹⁹²⁸ Art. 765 CPC 1975.

¹⁹²⁹ Art. 913 CPC 1975.

¹⁹³⁰ BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 109 ss ; BORÉ/BORÉ, La cassation en matière civile, pp. 154 ss, n° 38.00 ss.

après le premier, car elle se rend compte que celui-ci est affecté de certains vices de procédure susceptibles de conduire à son irrecevabilité, tels que l'absence de signification de l'arrêt d'appel dans le délai pour se pourvoir en cassation¹⁹³¹. Sur un plan strictement conceptuel, le second pourvoi ouvre une instance distincte devant la Cour de cassation et est enregistré séparément¹⁹³². En revanche, il n'occupe pas un rôle autonome dans la stratégie procédurale du demandeur en cassation, car il est uniquement destiné à remédier aux insuffisances du premier pourvoi. C'est pour cette raison que, fidèle à notre démarche réaliste, nous estimons préférable d'employer l'expression *régularisation*¹⁹³³. La Cour de cassation ne voit pas ce procédé d'un bon oeil. Dans un arrêt de 1983¹⁹³⁴, elle déclara le second pourvoi irrecevable, pour réitération, après avoir, par arrêt distinct rendu le même jour écarté un premier pourvoi pour vice de forme. A cela venait s'ajouter le fait que la juridiction suprême appliquait largement l'interdiction de réitérer¹⁹³⁵. Le risque d'excès de formalisme était donc élevé. Bien vite des palliatifs furent trouvés¹⁹³⁶. Ainsi, la Cour de cassation refusa d'appliquer l'interdiction de réitérer à un second pourvoi interjeté suite à une décision octroyant l'aide juridictionnelle pour la procédure devant la Cour de cassation¹⁹³⁷. Il lui arriva également d'éviter de déclarer le premier pourvoi irrecevable, en prenant une décision de « *non-lieu à statuer* », au motif¹⁹³⁸, que la déclaration de pourvoi viciée « *n'avait pas pu valablement saisir la Cour* »¹⁹³⁹. Une espèce admet finalement qu'un second pourvoi est recevable s'il est formé avant que n'ait été adoptée l'ordonnance constatant le désistement du premier pourvoi¹⁹⁴⁰. La possibilité de

¹⁹³¹ Art. 611-1 CPC 1975.

¹⁹³² Roger PERROT, Chronique sous Cass. ass. plén. 23 novembre 2007, RTD civ. 2008, pp. 160 ss, spécialement p. 161 qui distingue ainsi la « *régularisation* » d'un pourvoi de sa « *réitération* ».

¹⁹³³ Tel est également l'avis de deux éminents praticiens : BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 114 et BORÉ/BORÉ, La cassation en matière civile, p. 156, n° 38.14 qui mentionnent les art. 115 et 125 CPC 1975 comme point de comparaison.

¹⁹³⁴ Cass. 2^{ème} civ., 2 mars 1983, Bull. civ. II, n° 57. Voy. toutefois Cass. 3^{ème} civ., 16 mai 1973, Bull. civ. III, n° 353 où la Cour prononce la jonction des deux pourvois, puis déclare le premier irrecevable et le second mal fondé.

¹⁹³⁵ BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 114.

¹⁹³⁶ Roger PERROT, Chronique sous Cass. 1^{ère} civ. 21 février 2004, RTD civ. 2004, p. 351-352.

¹⁹³⁷ Cass. soc., 18 février 1998, Bull. civ. V, n° 88. BORÉ/BORÉ, La cassation en matière civile, p. 156, n° 38.16.

¹⁹³⁸ Le procédé n'est toutefois pas surprenant. Cela revient à considérer la déclaration de pourvoi comme étant inexistente. L'utilisation de l'inexistence comme *béquille de la nullité* se rencontrait déjà sous l'empire du Code de procédure civile de 1806 (cf. supra, n° 145 ss).

¹⁹³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 24 février 2004, Bull. civ. I, n° 59, RTD civ. 2004, p. 351 (chron. Perrot). Sur la portée de cet arrêt : BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 115. Il arriva aussi que le non-lieu à statuer soit prononcé même en l'absence de pourvoi subséquent : Cass. 2^{ème} civ., 13 février 2003, Bull. civ. II, n° 36 ; Cass. 2^{ème} civ., 31 janvier 1996, Bull. civ. II, n° 19 ; Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 1995, Bull. civ. II, n° 204 ; Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} mars 1995, Bull. civ. II, n° 65. Il faut dire que dans toutes ces hypothèses, l'acte de notification ne mentionnait pas correctement le fait que la représentation ait été obligatoire devant la Cour de cassation. Il en découlait que le délai pour se pourvoir n'avait pas commencé à courir et que le pourvoi pouvait même être introduit après l'arrêt de la Cour de cassation (voy. pour l'appel : Cass. 2^{ème} civ., 16 mai 2002, Bull. civ. II, n° 100). Le non-lieu à statuer servait donc à empêcher l'application de l'art. 621 CPC 1975 et à éliminer tout risque d'excès de formalisme.

¹⁹⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 30 mars 2004, Bull. civ. I, n° 104, JCP 2004 éd. G IV 2085.

régulariser un pourvoi se confirme dans la jurisprudence récente. Un arrêt rendu en assemblée plénière¹⁹⁴¹ a accepté d'examiner simultanément deux pourvois en cassation interjetés contre le même arrêt d'appel, l'un avant sa signification, l'autre après¹⁹⁴². La Cour de cassation déclara le premier pourvoi irrecevable et examina au fond le second. La régularisation des pourvois en cassation semble donc être désormais possible, même s'il eût été préférable que la juridiction suprême se prononçât en des termes plus explicites¹⁹⁴³.

B) Les principes communs

565. Jusqu'à présent nous avons présenté les dispositions particulières du Code de procédure civile en matière de régularisation. Malgré l'absence de règles générales, n'est-il tout de même pas possible de formuler certains principes généraux ? Nous allons, dans les paragraphes qui suivent, tenter d'y répondre. Deux questions à portée générale peuvent être identifiées. Il s'agit de l'impact des délais sur la régularisation des actes de procédure (1) et de la coordination des différentes dispositions en matière de régularisation (2).

1) L'impact des délais sur la régularisation des actes de procédure

566. Avant la réforme des dispositions relatives à la prescription, l'écoulement du délai concédé pour effectuer un acte de procédure faisait obstacle à sa régularisation (a). Les nouvelles dispositions du Code civil permettent, en revanche, d'arriver à la conclusion inverse (b).

a) La situation avant la réforme du droit de la prescription

567. L'impossibilité de régulariser un acte de procédure après l'échéance du délai pour l'accomplir est formellement consacrée à l'article 115 du Code de procédure civile, concernant la nullité pour vice de forme, ainsi qu'à l'article 126 alinéa 2, s'agissant de l'intervention d'un tiers légitimé destinée à régulariser l'absence de qualité pour agir et

¹⁹⁴¹ Cass. ass. plén., 23 novembre 2007, Bull. ass. plén., n° 8, BICC du 15 mars 2008, pp. 23 ss (rapp. Moussat et avis De Gouttes), D. 2007. 3078 (obs. Dargent), JCP 2007 éd. G II 10204 (note Chauvin), JCP 2008 éd. G I 138 (obs. Amrani-Mekki), Procédures 2008, comm. 15 (note Douchy-Oudot), RTD civ. 2008, p. 160 (chron. Perrot).

¹⁹⁴² Il ressort des motifs que l'arrêt d'appel a été rendu le 9 avril 2004 et signifié le 12 décembre 2005. Le premier pourvoi a été interjeté le 3 août 2005. La date du second pourvoi n'est pas connue, mais son numéro de rôle est 06-10039, il en découle qu'il a été interjeté dans le cours de l'année 2006, soit après la signification de l'arrêt d'appel.

¹⁹⁴³ Cela d'autant plus que la question de l'excès de formalisme semble avoir été débattue devant la Cour de cassation : VAN BRUSTEM, n° 11.

pour défendre. En dehors de ces deux hypothèses, la régularisation devrait être possible en tout temps. La jurisprudence a cependant étendu la condition de l'absence de forclusion à plusieurs autres vices de procédure. L'extension faisait l'objet d'une jurisprudence constante en matière de nullité pour irrégularité de fond¹⁹⁴⁴, même si une exception a été tolérée¹⁹⁴⁵. En revanche, la situation était loin d'être aussi limpide en matière de fin de non-recevoir¹⁹⁴⁶. La régularisation de l'absence de légitimation¹⁹⁴⁷ ou du défaut de motivation suffisante¹⁹⁴⁸ n'était pas possible passé le délai de recours. La Cour de cassation admettait cependant que le défaut de qualité d'un assureur, parce qu'il n'a pas encore indemnisé son assuré, puisse être régularisé en cours d'instance, malgré l'écoulement du délai de prescription¹⁹⁴⁹. La doctrine n'était pas unanime sur les conséquences de cette distinction. Pour certains, cela signifiait que seuls des délais de procédure faisaient obstacle à la régularisation de l'absence de qualité pour agir¹⁹⁵⁰. Néanmoins, avec PÉTEL-TEYSSIE, nous pensons que la Cour de cassation voulait simplement limiter la question de la forclusion aux situations envisagées à l'article 126 alinéa 2 du Code de procédure civile. L'acquisition de la qualité de subrogé en cours d'instance constitue une hypothèse de régularisation qui ne nécessite pas d'intervention.

¹⁹⁴⁴ BEAUCHARD, Nullité des actes de procédure-Irrégularités de fond, n° 49 ; COUTANT, pp. 385 ss ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 671 ; HÉRON/LE BARS, p. 175 ; PÉTEL-TEYSSIE, Défenses, n° 121. Cette extension était valable pour tous les délais, qu'ils concernent le fond ou la forme. Délai pour interjeter appel : Bordeaux, 28 août 2007, RG n° 07/000698 ; Cass. com., 14 décembre 1999, Bull. civ. IV, n° 228, D. 2000. 65 ; Cass. com., 15 mai 1990, Bull. civ. IV, n° 148 ; Cass. 2^{ème} civ., 19 octobre 1983, Bull. civ. II, n° 167, Gaz. Pal. 1984. I. 34 (obs. Guinchard), RTD civ. 1984, p. 170 (chron. Perrot). Délai pour exercer une action en garantie sur le fondement de l'art. 1792 C. civ. : Cass. 3^{ème} civ., 14 février 1990, Bull. civ. III, n° 50. Délai pour la surenchère : Cass. 2^{ème} civ., 17 octobre 2002, Bull. civ. II, n° 224, D. 2002. IR. 2988, JCP 2002 éd. G IV 2899. Délai pour s'opposer à une injonction de payer : Cass. 2^{ème} civ., 18 novembre 1987, Bull. civ. II, n° 231. Délai de forclusion pour agir en revendication : Cass. com., 18 juin 1999, Bull. civ. IV, n° 122, D. 1999 IR. 178.

¹⁹⁴⁵ Il s'agissait de l'habilitation à agir en justice délivrée au maire postérieurement à l'introduction d'un recours : Cass. soc., 5 juin 1991, Bull. civ. V, n° 282 ; Cass. 3^{ème} civ., 9 novembre 1982, Bull. civ. III, n° 214.

¹⁹⁴⁶ S'exprimant à titre général : CADIET/JEULAND, p. 322 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 297.

¹⁹⁴⁷ Cass. com., 12 juin 2001, Bull. civ. IV, n° 117, D. 2001. AJ. 2301 (obs. Lienhard), RTD com. 2001, p. 775 (obs. Vallens), RTD civ. 2001, p. 956 (chron. Perrot), Procédures 2001, comm. 196 (note Laporte). L'affaire concernait l'intervention de l'administrateur désigné au fin de régulariser un appel interjeté par le débiteur placé en redressement judiciaire.

¹⁹⁴⁸ Motivation du contredit : Cass. 2^{ème} civ., 24 juin 1998, Bull. civ. II, n° 209 ; Cass. soc., 16 octobre 1991, Bull. civ. V, n° 412 ; Cass. soc., 4 décembre 1990, pourvoi n° 87-44806 ; Cass. 2^{ème} civ., 30 novembre 1983, Bull. civ. II, n° 189. Un arrêt ancien de la Cour de cassation admet toutefois qu'une partie puisse compléter son argumentation en se prévalant pour la première fois de l'inexistence d'une association : Cass. 2^{ème} civ., 16 avril 1982, Bull. civ. II, n° 53. Nouveaux moyens de cassation : Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} octobre 1985, Bull. civ. I, n° 242 ; Cass. 3^{ème} civ., 20 mai 1985, Bull. civ. III, n° 82 ; Cass. com., 20 janvier 1981, Bull. civ. IV, n° 40 ; (nouveau moyen de cassation présenté dans un mémoire ampliatif complémentaire déposé plus de cinq mois après la déclaration de pourvoi). S'agissant toutefois de la désignation de la juridiction compétente, la Cour de cassation a admis que les indications erronées figurant dans le contredit puissent être rectifiées à l'audience, donc après l'échéance du délai utile : Cass. soc., 15 juin 1995, pourvoi n° 91-44979.

¹⁹⁴⁹ Cass. 3^{ème} civ., 29 mars 2000, Bull. civ. III, n° 67 ; Cass. com., 23 mai 1989, Bull. civ. IV, n° 165 ; Cass. 1^{ère} civ., 18 juin 1985, Bull. civ. I, n° 187.

¹⁹⁵⁰ Voy. HÉRON/LE BARS, p. 123 note de bas de page n° 202.

Elle tombe donc sous le coup de l'article 126 alinéa 1 auquel la condition du délai n'est pas applicable¹⁹⁵¹. Il ne s'agissait donc pas d'une véritable exception.

b) La portée de la réforme en matière de
procédure civile

568. Le régime de la prescription en matière civile a été entièrement révisé par la Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008¹⁹⁵². Le nouvel article 2241 du Code civil dispose désormais que « *la demande en justice [...] interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion* » et qu'« *il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure.* »¹⁹⁵³ A cela vient s'ajouter le nouvel article 2242 du Code civil réglant les effets de l'interruption de la prescription par la demande en justice. L'écoulement du délai est suspendu durant la procédure judiciaire¹⁹⁵⁴. Il ressort de la confrontation de ces dispositions que la demande en justice interrompt les délais de prescription et de forclusion pour la durée de la procédure. Une partie de la doctrine¹⁹⁵⁵ part implicitement de l'idée que cet article est applicable aux délais de procédure. Aucune forclusion ne peut intervenir en cours d'instance et empêcher, ainsi, la régularisation des actes de procédure¹⁹⁵⁶. À en croire plusieurs auteurs, l'article 115 du Code de procédure civile aurait donc été rendu caduc par la réforme du droit de la prescription¹⁹⁵⁷. Cette opinion suscite également de la perplexité, et on a pu ainsi parler de « *situation inextricable* »¹⁹⁵⁸ dont on ne peut sortir que par une modification du texte du Code de procédure civile. Ce n'est d'ailleurs pas la seule difficulté suscitée par les nouveaux textes. L'effet interruptif des demandes en justice est limité à celles présentant un « *vice de procédure* »¹⁹⁵⁹, notion ignorée du Code de procédure civile et que le Code civil ne définit pas¹⁹⁶⁰. Certains auteurs proposent d'ores et déjà une interprétation large du

¹⁹⁵¹ PÉTEL-TEYSSIE, Défenses, n° 120.

¹⁹⁵² Publiée au *J.O.* du 18 juin 2008, pp. 9856 ss.

¹⁹⁵³ Pour un cas d'application à une assignation annulée pour vice de forme : Cass. com., 13 mars 2012, Procédures 2012, comm. 142 (note Perrot).

¹⁹⁵⁴ On peut d'ailleurs se demander s'il n'aurait pas été mieux de prévoir que la demande en justice suspend la prescription: HONTEBEYRIE, n° 450-451.

¹⁹⁵⁵ Des opinions en sens contraire se rencontrent également : BEAUCHARD, Nullité des actes de procédure-Vices de forme, n° 83 et 84.

¹⁹⁵⁶ En ce sens: HÉRON/LE BARS, p. 174 (nullité pour vice de forme) et p. 175-175 (nullité pour irrégularité de fond).

¹⁹⁵⁷ HÉRON/LE BARS, p. 174. Plus hésitants : CHAZAL/WATTEL, p. 2.

¹⁹⁵⁸ GUICNHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 672.

¹⁹⁵⁹ À ce propos: HONTEBEYRIE, n° 314.

¹⁹⁶⁰ CHAZAL/WATTEL, p. 3 relèvent ainsi que « *cette expression nouvelle n'était pas traditionnellement utilisée en doctrine et en jurisprudence.* » À notre avis, il s'agit plus que d'une simple expression. On se trouve en présence d'un véritable concept.

concept englobant toutes les situations où une demande en justice, voire un acte de recours, est écarté sans examen au fond, afin d'éviter « *qu'un justiciable perde son droit d'ester en justice en raison d'un motif purement procédural susceptible, qui plus est, de régularisation* »¹⁹⁶¹. Cette approche généreuse mérite qu'on s'y arrête quelque peu, car elle concerne directement l'objet de notre étude.

569. A première vue, on peut être étonné par la portée que la doctrine reconnaît à la réforme de 2008¹⁹⁶². L'interruption de la prescription pour la durée de la procédure découlait déjà de la pratique judiciaire¹⁹⁶³. Elle était cependant exclue pour les citations en justices frappées d'une nullité pour vice de forme¹⁹⁶⁴. La nouveauté porte donc, en premier lieu, sur la nullité pour vice de forme. Elle concerne, indirectement, la jurisprudence rendue en matière d'irrégularités de fond, soumises par voie prétorienne à la condition de l'absence de forclusion. Dans ces deux cas, les tribunaux n'auront aucune difficulté à faire prévaloir les nouveaux textes sur les plus anciens, malgré leur différence de nature¹⁹⁶⁵. La question est bien plus délicate concernant les fins de non-recevoir. L'article 2241 du Code civil parle d'« *annulation* » de la demande en justice. Or la fin de non-recevoir tend à déclarer la demande en justice *irrecevable*¹⁹⁶⁶, car elle porte sur le droit d'agir en justice, et non sur le seul acte introductif d'instance¹⁹⁶⁷. La sanction est donc distincte de la nullité. On peut en déduire que l'effet interruptif de la prescription ne vaut pas dans ce cas¹⁹⁶⁸. Notre préférence va toutefois à la solution favorisant au maximum la régularisation, car elle allégerait considérablement le formalisme procédural¹⁹⁶⁹. En effet, la réintroduction des frais de justice en matière civile¹⁹⁷⁰, dont le

¹⁹⁶¹ CHAZAL/WATTEL, p. 3.

¹⁹⁶² Une solution similaire a déjà été proposée sous l'empire de l'ancienne législation : PUTMAN, Nullités, n° 134.

¹⁹⁶³ HONTEBEYRIE, n° 449 et les arrêts cités.

¹⁹⁶⁴ En ce sens: JUNILLON, Conséquence de la loi réformant la prescription, p. 34 : « *cette modification est essentielle*. » Pour une brève comparaison des deux systèmes: HONTEBEYRIE, n° 410. Voy. toutefois cet arrêt, à peine motivé: Nîmes, 30 avril 2008, RG n° 06/00712.

¹⁹⁶⁵ On n'oubliera pas, en effet, que le Code de procédure civile est de nature réglementaire, alors que le Code civil relève de la loi : CHAZAL/WATTEL, p. 2-3.

¹⁹⁶⁶ Voy. le texte même de l'art. 122 CPC 1975 : « *...tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande...* »

¹⁹⁶⁷ Il s'agit d'une conséquence de la distinction classique entre l'*action* et l'*instance*, voy. PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 20.

¹⁹⁶⁸ En ce sens: JUNILLON, Conséquence de la loi réformant la prescription, p. 35. Voy. également DESDEVISES/STAES, n° 117 pour qui l'effet interruptif lié à la demande en justice ne persiste que si l'acte introductif d'instance est annulé en raison d'un « *vice de forme* ».

¹⁹⁶⁹ A en croire GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 671, « *la situation semble inextricable, sauf à modifier le Code de procédure civile pour harmoniser sa solution avec celle du Code civil*. » Cette opinion nous paraît quelque peu exagérée. Voy. pour d'autres solutions possibles : CHAZAL/WATTEL, p. 2-3 qui envisagent d'autres moyens de mettre en harmonie les dispositions du Code civil avec celles du Code de procédure civile, y compris en recourant au principe de la suprématie de la loi, le Code de procédure civile étant, on le rappelle, du droit réglementaire, au contraire du Code civil.

défaut de paiement est considéré comme une cause d'irrecevabilité¹⁹⁷¹, et les réformes de la procédure d'appel, obligeant les parties à employer la communication par voie électronique à peine d'irrecevabilité¹⁹⁷², ont créé autant de nouveaux obstacles procéduraux qui susciteront le développement d'un contentieux purement formel. Il nous paraît donc important de favoriser au maximum la régularisation¹⁹⁷³. Il serait aussi possible d'envisager ainsi de sacrifier l'article 126 alinéa 2 du Code de procédure civile sur l'autel des nouveaux articles 2241 et 2242 du Code civil afin de lever les derniers obstacles temporels à la régularisation.

570. Même si les premières décisions de justices rendues semblaient admettre sans difficulté la régularisation hors délai¹⁹⁷⁴, un arrêt récent est venu semer le doute¹⁹⁷⁵. L'affaire portait sur la saisine de la cour d'appel suite à la cassation avec renvoi d'un précédent arrêt. La déclaration prévue à l'article 1032 du Code de procédure civile comportait l'indication erronée du domicile des demandeurs. La juridiction d'appel considéra, avec la bénédiction de la Cour de cassation, que la régularisation de cette cause de nullité n'était possible que dans les limites du délai de quatre mois prévu à l'article 1034 du Code de procédure civile¹⁹⁷⁶. Les nouvelles dispositions en matière de prescriptions n'ayant pas été invoquées par les demandeurs en cassation, qui faisaient uniquement état des articles 56, 114 et 901 du Code de procédure civile, il est difficile de dire si cet arrêt est destiné à faire jurisprudence sur ce point. De surcroît, le litige s'étendait sur plusieurs années, à cheval sur l'ancien et le nouveau droit, on ne peut exclure que ce dernier n'ait simplement pas été applicable. Un arrêt postérieur, concernant la contribution pour l'aide juridique, a toutefois accepté implicitement une

¹⁹⁷⁰ Art. 62 à 62-5 ainsi que 963 et 964 CPC 1975 introduits par le Décret n° 2011-1202 du 28 septembre 2011 relatif au droit affecté au fonds d'indemnisation de la profession d'avoué près les cours d'appel et à la contribution pour l'aide juridique, publié au *J.O.* du 29 septembre 2011, pp. 16383 ss.

¹⁹⁷¹ Voy. art. 62 al. 1 CPC 1975 : « *A peine d'irrecevabilité, les demandes initiales sont assujéties au paiement de la contribution pour l'aide juridique...* » et art. 964 al. 1 CPC 1975 : « *Lorsque l'appel entre dans le champ d'application de l'article 1635 bis P du code général des impôts, les parties justifient, à peine d'irrecevabilité de l'appel ou des défenses selon le cas, de l'acquiescement du droit prévu à cet article.* »

¹⁹⁷² Art. 930-1 CPC 1975.

¹⁹⁷³ Favorable à une régularisation du paiement de la contribution pour l'aide juridique lorsque la question fait l'objet d'une audience : Michel REDON, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Timbre (droit de) et contribution pour l'aide juridique », 2011, n° 30.

¹⁹⁷⁴ Cass. 2^{ème} civ., 8 septembre 2011, pourvoi n° 10-18342 ; Cass. 2^{ème} civ. (trois arrêts), 25 novembre 2010, pourvois n° 09-69122, 09-69123 et 09-69124, où la cassation a toutefois été prononcée pour défaut de motivation, la juridiction de première instance, statuant par ailleurs en dernier ressort, ayant appliqué les dispositions abrogées. Néanmoins, les motifs avancés par la Cour de cassation laissent nettement entendre que l'assignation nulle pour vice de forme peut être régularisée en cours d'instance, lors même que le délai de forclusion serait arrivé à échéance.

¹⁹⁷⁵ Cass. 2^{ème} civ., 6 janvier 2012, pourvoi n° 10-17003.

¹⁹⁷⁶ La juridiction suprême déclare à ce propos que la Cour d'appel de Paris « *a décidé à bon droit que sa saisine était irrecevable, faute de régularisation pendant le délai légal.* » En ce sens également : Lyon, 8 février 2011, RG n° 09/01987.

régularisation hors délai¹⁹⁷⁷. La jurisprudence n'est donc pas encore fixée ; il ne nous reste donc qu'à souhaiter qu'elle saura lever définitivement tous les obstacles à une régularisation hors délai.

2) La coordination des différentes dispositions en matière de régularisation

571. Dans les paragraphes qui précèdent, nous avons présenté les différents vices de procédure régularisables. Nous avons également mentionné le rôle joué par les délais de procédure. Maintenant, nous allons examiner la manière dont les différentes dispositions sont coordonnées entre elles. Bien qu'envisagée à de nombreux endroits dans le texte du Code de procédure civile, la régularisation des vices de procédure demeure cantonnée à un rôle secondaire (a). Il en découle que la jurisprudence et la doctrine peinent à en dégager certains principes fondamentaux permettant de faire face aux situations imprévues (b).

a) Exhaustivité et discrétion du texte légal

572. Nous avons vu que la régularisation est concevable pour un grand nombre de vices de procédure affectant les actes des parties, tels que les nullités pour vice de forme et pour irrégularités de fond, ainsi qu'en matière de fins de non-recevoir¹⁹⁷⁸. A côté de cela, les multiples renvois aux dispositions concernant la nullité des actes de procédure, procédé que nous avons déjà examiné¹⁹⁷⁹, contribuent à assurer une application aussi large que possible de la régularisation. Celle-ci est également traitée de manière détaillée s'agissant des débats et de l'élaboration des jugements¹⁹⁸⁰. Finalement, l'article 116 du Code de procédure civile, disposition relativement méconnue, étend le bénéfice de la régularisation à toutes les « *formalités de procédure* »¹⁹⁸¹ préalables à l'ouverture des débats, en les soumettant au régime de la nullité pour vice de forme. La régularisation a donc été envisagée de manière presque systématique par les auteurs du Code de procédure civile. D'ailleurs, lorsqu'elle n'est pas prévue, il s'agit le plus souvent d'un silence volontaire, comme en matière de caducité, étroitement liée à l'écoulement du

¹⁹⁷⁷ Cass. soc., 28 mars 2012, Procédures 2012, comm. 166 (note Perrot).

¹⁹⁷⁸ Cf. supra, n° 547.

¹⁹⁷⁹ Cf. supra, n° 547.

¹⁹⁸⁰ Cf. supra, n° 554 ss.

¹⁹⁸¹ Concept dont la jurisprudence ne donne pas une définition précise : Cass. 3^{ème} civ., 5 février 1992, Bull. civ. III, n° 41 ; Cass. com., 11 juillet 1984, Bull. civ. IV, n° 227 ; Cass. 2^{ème} civ., 16 novembre 1984, Bull. civ. II, n° 81 ; Cass. 2^{ème} civ., 3 décembre 1980, Bull. civ. II, n° 254.

temps¹⁹⁸². Le fait que la régularisation ne soit pas envisagée en des termes généraux, à l'instar, de ce qu'a fait le législateur suisse, ne fait finalement pas obstacle à sa généralisation sous la forme d'une succession de dispositions isolées.

573. Malgré la multiplication des dispositions prévoyant la régularisation des actes de procédure, celle-ci demeure cependant cantonnée dans son rôle d'arrière-plan. Le texte même du Code de procédure civile est éloquent à cet égard. La sanction normale des vices de procédure demeure la nullité ou la fin de non-recevoir. La régularisation n'apparaît que comme le moyen d'éviter d'avoir à prononcer ces dernières¹⁹⁸³. Elle n'est donc pas reconnue comme un instrument procédural autonome.

b) Difficultés de la jurisprudence face aux situations imprévues

574. Le morcellement des dispositions relatives à la régularisation se traduit par un manque de vision globale. Ainsi la question est souvent abordée, en doctrine, à différents endroits d'un même ouvrage¹⁹⁸⁴. Si elle est traitée de manière plus générale¹⁹⁸⁵, elle n'acquiert pas pour autant suffisamment d'autonomie. La jurisprudence s'inscrit parfaitement dans cette approche et refuse de *régulariser hors des sentiers battus*. Quand une situation inconnue se présente, elle refuse la régularisation lorsqu'elle ne peut la justifier par référence à une disposition du Code de procédure civile.

575. Le premier exemple concerne une saisie immobilière effectuée avant la réforme de 2006. L'article 2213 du Code civil, dans sa version alors en vigueur¹⁹⁸⁶, et l'article 551 du Code de procédure civile de 1806 prescrivaient qu'une saisie ne pouvait avoir lieu que pour une dette « *certaine et liquide* ». Si la dette était libellée « *en espèces non liquidées* », la saisie n'était pas nulle, mais le jugement d'adjudication sur la saisie immobilière ne pouvait être prononcé. La nullité était toutefois encourue quand le jugement d'adjudication était prononcé en dépit de l'absence de liquidation de la créance.

¹⁹⁸² Mentionnée aux art. 271, 314, 385, 406, 407, 757, 791, 839, 857, 902, 908, 911-1, 914, 916, 922, 964, 1101, 1425, et 1425-7 CPC 1975 ainsi qu'à l'art. R. 1454-3 C. trav s'agissant des procès prud'hommaux. Cela n'exclut pas que le juge accorde un « *relevé de caducité* » (voy. par exemple : art. 271 et 468 CPC 1975). Il ne s'agit pas d'une régularisation, mais plutôt d'une sorte d'*amnistie procédurale*.

¹⁹⁸³ Voy. le texte des art. 115, 121 et 126 CPC 1975.

¹⁹⁸⁴ CADIET/JEULAND, p. 301-302 (nullité pour irrégularité de fond), p. 321 (fin de non-recevoir), p. 367 (nullité pour vice de forme); COUCHEZ/LAGARDE, p. 206 (fins de non-recevoir) et p. 234-235 (nullités); GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 670-671 (nullités) et p. 296-297 (fins de non-recevoir); HÉRON/LE BARS, p. 122 (fins de non-recevoir), p. 171-172 (nullité pour vice de forme) et p. 175-176 (nullité pour irrégularité de fond). Seuls CADIET/JEULAND (p. 761) et HÉRON/LE BARS (p. 997) consacrent une entrée de la table des matières de leur ouvrage à la régularisation, mais uniquement pour renvoyer aux dispositions propres à chaque domaine.

¹⁹⁸⁵ PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 106 ss.

¹⁹⁸⁶ Qui n'avait pas changé depuis 1804.

La disposition avait donné lieu à un certain contentieux¹⁹⁸⁷. Dans un cas d'espèce, la Cour d'appel de Pau avait fait application de l'article 121 du Code de procédure civile de 1975 pour déclarer que la nullité d'une saisie effectuée sur la base d'une astreinte provisoire avait été régularisée par la liquidation postérieure au jugement d'adjudication. La Cour de cassation censura cet arrêt au motif « *que la contestation ne port[ait] point sur un acte de procédure* »¹⁹⁸⁸. Cette solution n'est pas criticable sur le plan de la stricte légalité procédurale, l'article 121 du Code de procédure n'ayant aucune vocation à s'appliquer aux jugements. Nous ne pensons pas qu'il s'agisse, pour autant, d'une simple erreur de la juridiction d'appel. La confusion est trop grossière pour être l'œuvre de magistrats professionnels. A notre avis, la référence était destinée à compenser l'absence de disposition autorisant la régularisation dans ce cas. La juridiction d'appel a donc tenté de donner une base légale à sa décision en appliquant à un jugement une disposition prévue pour un acte de procédure d'une partie, afin d'écarter une solution qui lui paraissait « *sévère et inutilement dispendieuse* »¹⁹⁸⁹. La Cour de cassation a refusé d'entériner le stratagème, certainement pour ne pas étendre la régularisation des jugements en dehors des hypothèses limitées mentionnées aux articles 459 et 462 du Code de procédure civile. Bien qu'audacieux, le recours aux dispositions relatives à la nullité des actes des parties pouvait cependant se justifier par extension¹⁹⁹⁰. La saisie immobilière forme un tout composé aussi bien d'actes des parties¹⁹⁹¹ que de décisions de justice¹⁹⁹². L'application de certaines dispositions relatives aux actes rédigés par les parties n'est donc pas indéfendable. On pouvait aussi envisager la nullité du jugement, comme le prolongement d'un vice de procédure ayant frappé le commandement de payer¹⁹⁹³. Il était toutefois délicat de justifier ce point de vue en l'absence de consécration explicite de l'interdiction du formalisme excessif.

¹⁹⁸⁷ La jurisprudence se montrait généreuse et évitait d'annuler des jugements d'adjudication pour la seule raison que la créance n'avait pas été liquidée dans l'intervalle. Voy. Cass. com., 21 mars 2006, pourvoi n° 05-10451 ; Cass. com., 23 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 127 ; Cass. 2^{ème} civ., 23 septembre 1998, pourvoi n° 95-20262 ; Cass. 2^{ème} civ., 17 juin 1998, pourvoi n° 95-14380 ; Cass. 2^{ème} civ., 25 mars 1998, pourvoi n° 96-16008. La souplesse de la juridiction suprême a parfois incité les tribunaux inférieurs à faire preuve d'une certaine légèreté. La Cour de cassation dut ainsi rappeler à la Cour d'appel de Papeete qu'un acte notarié ayant été déclaré comme faux en écriture publique ne pouvait pas servir de fondement à une saisie immobilière, faute de consacrer une créance liquide (!) : Cass. 2^{ème} civ., 13 mars 2008, Bull. civ. II, n° 70.

¹⁹⁸⁸ Cass. 2^{ème} civ., 2 avril 1990, Bull. civ. II, n° 70, RTD civ. 1990, pp. 555 ss (chron. Perrot).

¹⁹⁸⁹ Roger PERROT, Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 2 avril 1990, RTD civ. 1990, p. 556-557.

¹⁹⁹⁰ *Contra* : Roger PERROT, *ibid.*, pour qui le refus est conforme à la « *lettre et à l'esprit des textes* ».

¹⁹⁹¹ Le commandement de payer, le cahier des charges, les citations aux audiences, les dires.

¹⁹⁹² Le jugement d'adjudication ; les jugements sur les incidents présentés dans les dires.

¹⁹⁹³ De même qu'un jugement peut être nul en raison de la nullité de l'acte introductif d'instance, toute autre étant la question de l'effet dévolutif attaché à l'appel lorsque celui-ci a pour seul but l'annulation du jugement de première instance. Voy. pour plus de précision : EUDIER, Jugement, n° 335.

576. Un autre exemple des difficultés que nous venons d'évoquer porte sur une déclaration d'appel adressée à la Cour administrative d'appel au lieu de l'être à la Cour d'appel. Sans véritablement donner de motifs, la Cour de cassation approuva la juridiction qui avait déclaré le recours irrecevable¹⁹⁹⁴. A l'appui de son pourvoi, l'appelant étourdi invoquait cependant le fait que la déclaration d'appel avait été transmise à temps par la juridiction administrative et que la cour d'appel n'avait pas tenu « *le moindre compte du caractère purement matériel de l'erreur commise par l'appelant et de sa régularisation* ». La régularisation sur le fondement des dispositions applicables du code de procédure semblait pourtant défendable. L'article 932 du Code de procédure civile et l'article R. 142-28 du Code de la sécurité sociale, tous deux applicables en l'espèce, se bornent à prévoir que « *l'appel est formé par une déclaration que la partie ou tout mandataire fait ou adresse, par pli recommandé, au greffe de la cour.* » Aucune conséquence n'est prévue pour la violation de ces dispositions. La jurisprudence semble pencher en faveur de la fin de non-recevoir, la Cour de cassation considérant qu'un appel formé en violation de cette disposition est irrecevable¹⁹⁹⁵. Le droit d'action n'étant pas véritablement en jeu, on se trouve en présence d'une catégorie particulière de fin de non-recevoir, les « *fins de non-recevoir de procédure* », dont le statut procédural est incertain¹⁹⁹⁶, sans toutefois que la régularisation sur le fondement de l'article 126 alinéa 1 du Code de procédure civile ne soit exclue. D'autres sanctions ont parfois été envisagées. La nullité a ainsi été prononcée lorsque la déclaration est adressée au président de la juridiction, au lieu de l'être au greffier¹⁹⁹⁷, quand le greffe de la juridiction de première instance indique à tort que la déclaration d'appel peut lui être adressée¹⁹⁹⁸, ou si l'appelant expédie sa déclaration par lettre simple¹⁹⁹⁹. L'inexistence d'une déclaration d'appel mal adressée a également été retenue²⁰⁰⁰. Au vu de la confusion régnant, il appartenait à la Cour de cassation d'apporter

¹⁹⁹⁴ Cass. 2^{ème} civ., 10 novembre 2011, pourvoi n° 10-23377.

¹⁹⁹⁵ Cass. 2^{ème} civ., 17 novembre 2011, pourvoi n° 10-12081 ; Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-14459 ; Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-16077 ; Cass. 2^{ème} civ., 17 décembre 2009, Bull. civ. II, n° 289. L'expression fin de non-recevoir apparaît parfois sous la plume de la Cour de cassation : Cass. 2^{ème} civ., 25 mars 2010, pourvoi n° 09-10462.

¹⁹⁹⁶ Cf. infra, n° 852.

¹⁹⁹⁷ Cass. 2^{ème} civ., 18 février 2010, pourvoi n° 09-65517.

¹⁹⁹⁸ Cass. soc., 23 septembre 2009, pourvoi n° 07-45517. Les circonstances de l'espèce étaient particulières et méritent d'être relevées. En effet, jusqu'au Décret n° 2004-836 du 20 août 2004 (publié au *J.O.* du 22 août 2004, pp. 15032 ss), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005, la déclaration d'appel devait être adressée à la juridiction de première instance lorsque la procédure était sans représentation obligatoire. Dans l'affaire précitée, le jugement de première instance avait été rendu le 31 mars 2005 et l'acte de notification, rédigé par le greffe du Conseil de prud'hommes de Melun, avait été rédigé selon les règles abrogées. A trois mois près il aurait été valable.

¹⁹⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 2 novembre 1994, Bull. civ. I, n° 315, Gaz. Pal. 1995. 1. pan. 65.

²⁰⁰⁰ Cass. 2^{ème} civ., 9 mai 1985, Bull. civ. II, n° 94, D. 1985 IR. 467 (obs. Julien).

la clarté nécessaire, ce qui aurait aussi été l'occasion d'opter pour une approche moins formaliste en admettant la régularisation.

577. Ces deux exemples montrent les risques générés par l'approche strictement légaliste suivie par la Cour de cassation. Les juridictions sont donc entièrement tributaires du législateur qui n'a pas envisagé toutes les hypothèses susceptibles de se présenter. Circonstance aggravante, la jurisprudence exclut la régularisation en application du Code de procédure civile lorsqu'une branche du contentieux civil fait l'objet d'une réglementation de détail suffisamment précise pour exclure l'application des principes généraux²⁰⁰¹. La reconnaissance du droit à un procès civil sans formalisme excessif inciterait certainement la juridiction suprême à faire preuve de courage et à admettre la régularisation d'un vice de procédure en dépit du silence du Code de procédure civile sur la question.

§ 2: L'approche déductive suivie en droit suisse

578. A la différence du droit judiciaire privé français, que nous venons d'examiner, la législation suisse comporte plusieurs dispositions traitant, de manière générale, de la régularisation des actes de procédure²⁰⁰². A cela viennent s'ajouter de nombreux arrêts rendus au titre de l'interdiction du formalisme excessif. Les sources sont donc particulièrement abondantes. Nous commencerons par examiner la jurisprudence constitutionnelle (A). Ensuite, nous nous pencherons sur le droit judiciaire privé fédéral, afin de déterminer s'il s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence constitutionnelle, ou s'il est en contradiction avec celle-ci (B).

A) Les vices de procédure régularisables au titre de l'interdiction du formalisme excessif

579. Le Tribunal fédéral n'a jamais fourni de liste exhaustive des vices de procédure régularisables au titre de l'interdiction du formalisme excessif. La jurisprudence est, en effet, émaillée de fausses précisions et de demi-revirements. Ce nonobstant, nous nous sommes efforcé d'en dégager les principes généraux, plutôt que de nous limiter à une longue casuistique. Il nous a paru recommandable de commencer par

²⁰⁰¹ Voy. concernant le contentieux lié à l'enregistrement des marques : Cass. com., 30 mai 2007, Procédures 2008, comm. 179 (note Perrot).

²⁰⁰² Voy. art. 132 CPC 2008, art. 32 al. 4 LP et art. 42 al. 5 et 6 LTF.

ce qui semble être le fondement de l'institution, soit la reconnaissance d'un *intérêt prépondérant à la régularisation* des vices de procédure (1). Nous aborderons ensuite la question des obstacles empêchant la régularisation des vices de procédure (2).

1) L'intérêt prépondérant à la régularisation

580. Le concept d'*intérêt prépondérant à la régularisation* constitue la traduction, dans le domaine limité des vices de procédure, de la pesée d'intérêts à la base de l'interdiction du formalisme excessif. Bien qu'il soit clairement affirmé par le Tribunal fédéral (a), ce principe est difficilement concrétisé dans la jurisprudence (b).

a) Un principe clairement affirmé

581. La reconnaissance d'un intérêt prépondérant à la régularisation des actes de procédure fut, en premier lieu, le fait de la doctrine. En 1955, un auteur s'exprimait pour la première fois dans ce sens, alors que la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de formalisme excessif n'en était qu'à ses débuts. A son avis, la régularisation constituait la meilleure réponse aux vices de forme affectant un acte de recours. L'intérêt de la partie recourante à l'examen au fond de ses griefs devait, en effet, l'emporter sur l'intérêt de l'institution judiciaire²⁰⁰³ à s'épargner du travail en écartant un recours pour des raisons procédurales²⁰⁰⁴.

582. La réception de ce principe dans la jurisprudence se fit progressivement. Le Tribunal fédéral constata tout d'abord que la fixation d'un délai par le juge pour régulariser l'acte de procédure vicié n'aurait pas allongé inutilement la procédure dans certains cas et était donc commandée par l'interdiction du formalisme excessif²⁰⁰⁵. La juridiction suprême précisa, ensuite, sa position à l'occasion d'une affaire où le recourant avait introduit un recours par le truchement d'un mandataire qui n'était pas admis à la postulation devant la juridiction saisie. Elle releva que « *l'intérêt du recourant à ne pas voir son recours déclaré irrecevable malgré ce vice de forme était incontestablement plus*

²⁰⁰³ Qu'on nous pardonne cette traduction bien maladroite de « *Rechtspflege* ».

²⁰⁰⁴ Werner PEERIG, Die Ansetzung einer Nachfrist zur Verbesserung der Form eines Rechtsmittels im Zivilprozess, RSJ 51 (1955), p. 313 : « *Und nun können zur Lösung unserer Frage die im Spiele stehenden Interessen einander gegenübergestellt und leicht abgewogen werden. Auf der einen Seite steht das Interesse der Partei an der Erhaltung der Rechtsmittelinstantz. Dieses Interesse wird vom Prozessrecht grundsätzlich geschützt. Ihm steht hier nur das Interesse der Rechtspflege gegenüber, das Rechtsmittel ohne Eintreten abweisen zu können und sich damit eine Entscheid, d. h. Arbeit zu ersparen. Dieses Interesse kann sich auf keinen Rechtsgrund stützen.* »

²⁰⁰⁵ ATF 92 I 9, cons. 2: « *La vérification des conditions de fond ou de recevabilité du recours peut être faite - et elle ne sera pas même sérieusement retardée - si, lorsqu'elle reçoit le pourvoi et constate l'irrégularité, la juridiction cantonale en avise le recourant et lui fixe un bref délai pour corriger l'informalité, sous peine d'irrecevabilité du pourvoi. L'irrecevabilité immédiate voulue par la jurisprudence prive le plaideur, sans motifs valables, du droit de recours qui lui est reconnu par la loi.* ».

important, et davantage digne de protection, que l'intérêt d'éviter un léger retard dans la marche du procès en fixant un délai supplémentaire »²⁰⁰⁶ pour constituer un mandataire habilité. Finalement, dans une affaire où le recours n'était pas rédigé dans une langue officielle, elle se livra, pour la première fois, à une pesée d'intérêts détaillée entre l'intérêt général, incarné par la nécessité de rendre justice à brève échéance, et l'intérêt particulier du condamné à faire réexaminer sa condamnation par une autorité de recours²⁰⁰⁷. La juridiction suprême considéra que les règles relatives à l'usage des langues en justice étaient des règles « *purement formelles ne faisant que tenir compte de la présence de langues officielles dans certains cantons* »²⁰⁰⁸. Elle en déduisit que l'intérêt du condamné prévalait sur toute autre considération. Un raisonnement similaire se retrouve dans plusieurs autres arrêts. Ainsi, le Tribunal fédéral indiqua que « *l'intérêt du condamné à faire revoir le jugement par une juridiction de recours, même au détriment de la rapidité de la procédure, est évidemment supérieur au besoin de trancher rapidement le recours rapidement sur la base d'une exigence purement formelle* »²⁰⁰⁹. L'intérêt de la partie recourante à la recevabilité du recours se voit donc conférer un poids accru, vu qu'un arrêt d'irrecevabilité la prive définitivement de la possibilité de faire réexaminer le jugement querellé. Ce raisonnement se retrouve dans d'autres affaires concernant l'absence de procuration²⁰¹⁰, l'absence de signature au bas d'un mémoire de recours²⁰¹¹ ou l'impossibilité d'identifier l'auteur de la signature²⁰¹². La jurisprudence cantonale suivit sans difficulté le chemin tracé par le Tribunal fédéral. Elle admit que la désignation

²⁰⁰⁶ Voy. ATF 99 V 120, cons. 3 : « *Ein solcher liegt vor, wenn die Einhaltung der Vorschrift von Art. 39 ZPO, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen bzw. um die Gewährung der Vertretungsbefugnis in Sonderfällen durch einen Nichtanwalt zu ersuchen, durch das Versicherungsgericht in so rigoroser Weise durchgesetzt wird, dass dem Rechtsuchenden keine Gelegenheit geboten wird, den Formmangel innert einer Nachfrist zu verbessern. So verhält es sich im vorliegenden Fall. Das Interesse des Beschwerdeführers, trotz des Formmangels vom Rechtsmittelweg nicht ausgeschlossen zu werden, ist unverhältnismässig bedeutungsvoller und schutzwürdiger als das Interesse an der Vermeidung einer geringfügigen Verzögerung des Verfahrens bei Gewährung einer Nachfrist.* » (c'est nous qui soulignons)

²⁰⁰⁷ ATF 102 Ia 35, cons. 1 : « *Nella fattispecie l'assegnazione di un termine complementare per la traduzione italiana del ricorso non avrebbe leso alcun interesse meritevole di considerazione. L'interesse a garantire ad un imputato condannato la possibilità di far rivedere il suo caso da un'istanza superiore, a costo di prolungare di poco la procedura ricorsuale, appare di gran lunga superiore all'interesse ad un ossequio immediato e di prim'acchito d'una norma di natura puramente formale e destinata soltanto a tener debito conto della situazione linguistica ufficiale di un Cantone. S'intende che il termine complementare sarebbe dovuto servire esclusivamente alla traduzione (e non anche ad un'eventuale integrazione o modificazione) del ricorso, dato che altrimenti si sarebbe consentita una proroga indebita di un termine fissato dalla legge: il termine ricorsuale deve infatti essere reputato osservato con la presentazione del gravame redatto in una lingua diversa da quella ufficiale del Cantone.* »

²⁰⁰⁸ Traduction libre d'un extrait de l'ATF 102 Ia 35, cons. 1, précité. Voy. en doctrine : HAEFLIGER, p. 123.

²⁰⁰⁹ ATF 104 Ia 403, cons. 4e, JdT 1980 IV 32.

²⁰¹⁰ ATF 92 I 13, cons. 2 ; ATF 94 I 523.

²⁰¹¹ ATF 114 Ia 20, JdT 1990 I 256, SJ 1988, p. 426; ATF 120 V 413, AJP/PJA 1995, p. 723 (note Kieser), RJB 132 (1996), p. 532 (chron. J. P. Müller). La jurisprudence n'a cependant pas toujours été claire sur ce point. Voy. SCHMID, p. 105-108 ainsi que HAEFLIGER, p. 123 et les arrêts cités.

²⁰¹² ATF 108 Ia 289.

erronée des parties dans une attestation d'absence de conciliation soit régularisée par le tribunal devant lequel la cause est ensuite introduite²⁰¹³, ou que les annexes nécessaires à une requête de faillite puissent être produites ultérieurement²⁰¹⁴. Il nous faut toutefois souligner que les arrêts cantonaux ne sont pas nécessairement motivés de manière détaillée sur la question de l'excès de formalisme. La solution semble souvent s'imposer d'elle-même aux juridictions.

583. Il est parfois arrivé que la jurisprudence examine de manière sommaire les termes de la pesée d'intérêt, à laquelle il n'est fait allusion que par un mot, ou une brève expression. Tel est le cas dans un arrêt de 1999, relatif au monopole des avocats. Un recours avait été adressé par un mandataire inhabile, quand bien même il était autorisé à postuler devant d'autres tribunaux. Le Tribunal fédéral jugea lapidairement qu'en présence d'incertitudes quant aux règles applicables, l'irrecevabilité prononcée d'emblée du recours procédait d'un « *formalisme excessif qu'aucun intérêt ne justifie* »²⁰¹⁵. De même, considéra-t-il qu'une requête de mainlevée provisoire ne pouvait être déclarée irrecevable en degré d'appel pour la seule raison qu'aucun extrait du registre du commerce mentionnant les pouvoirs de représentation n'avait été produit, car « *la fixation d'un bref délai pour éclaircir la question de la représentation en justice ne porte pas atteinte au principe de l'oralité et de la célérité de la procédure* »²⁰¹⁶. Dans ces deux espèces, la juridiction suprême s'est en réalité livrée à une rapide pesée des intérêts dont elle a sommairement consigné le résultat.

584. La régularisation fut ensuite étendue à d'autres vices de procédure que ceux portant sur la présentation des actes de recours. Le Tribunal fédéral précisa ainsi qu'on ne pouvait rejeter d'emblée une demande de relevé de forclusion du délai pour payer une avance des frais de la procédure d'appel, au seul motif que la société présentant la requête n'était pas celle ayant introduit le recours, lors même qu'elle avait été partie à la

²⁰¹³ Cour supr. TG, 25 janvier 2008, RBOG 2008, p. 222-223 : La requête en conciliation mentionnait plusieurs consorts demandeurs agissant en société simple, dépourvue de la personnalité juridique. L'acte de non-conciliation avait été délivré à la société simple elle-même. Voy. également Trib. cant. GR, 20 décembre 2006, cons. 1b, PKG 2006, n° 32, p. 180 : demande en justice présentée au nom d'une entité administrative et non en celui de l'Etat.

²⁰¹⁴ Cour supr. UR, 24 juillet 1998, cons. 3, RB 1998-1999, n° 8, p. 33.

²⁰¹⁵ ATF 125 I 166, cons. 3d, RDAF 2000 I 718. Confirmé in TF du 28 avril 2000, 1P.136/2000; TF du 21 janvier 2003, 4P.226/2002, cons. 3, SJ 2003 I 302-303.

²⁰¹⁶ TF du 8 février 2001, 5P.475/2000., cons. 4a : «...l'assegnazione di un breve termine per chiarire la rappresentanza processuale non pregiudica il principio dell'oralità e della speditezza del procedimento ». Voy. déjà: TF du 14 mars 2000, 1P.679/1999, cons. 3a) et 3b).

procédure de première instance²⁰¹⁷. En pareil cas, vu le caractère manifeste de la confusion, la juridiction d'appel devait fixer un délai au mandataire constitué pour qu'il régularise sa requête²⁰¹⁸. *A priori*, la jurisprudence n'exclut donc la régularisation d'aucun vice de procédure. Celle-ci doit être admise lorsque l'intérêt à y procéder l'emporte sur toute autre considération. La doctrine va dans le même sens. Dans son étude consacrée à l'interdiction du formalisme excessif, SCHMID définit ainsi²⁰¹⁹ de manière très générale l'acte de procédure vicié comme celui « *qui se trouve en contradiction avec une norme juridique, soit parce que sa forme ne répond pas aux réquisits légaux, soit parce qu'il est irrecevable ou incomplet en raison de son contenu.* »²⁰²⁰ A aucun moment, l'auteur ne laisse entendre que certains vices de procédure ne pourraient être régularisés, même s'il limite son analyse aux seuls cas de figure rencontrés dans la jurisprudence que nous venons d'examiner²⁰²¹. La jurisprudence ultérieure semble toutefois se départir régulièrement de cette approche, de manière à exclure la régularisation de certains vices de procédure.

b) Un principe difficilement concrétisé

585. Le Tribunal fédéral s'éloigna régulièrement du concept d'intérêt prépondérant à la régularisation. Cela se produisit pour la première fois dans un arrêt rendu en 1988. Une déclaration de pourvoi en cassation avait été adressée au tribunal ayant connu de l'affaire en première instance. L'acte n'était cependant pas signé et la juridiction saisie déclara le recours irrecevable. Le Tribunal fédéral sanctionna cette approche en retenant « *que l'autorité qui reçoit une requête non signée a le devoir d'attirer l'attention de l'auteur sur ce défaut, pour autant qu'en raison des circonstances, celui-ci doive normalement être aperçu d'emblée* » et « *que le caractère objectivement apparent de l'erreur était déterminant* »²⁰²². L'arrêt contient de longs développements sur le rôle que doit jouer la connaissance effective par le juge du vice de procédure. Il ne procède à aucun moment à la pesée des intérêts qui se retrouvait dans les arrêts précédents. Un arrêt de 2005 se réclame vaguement de cette approche. Il retient que

²⁰¹⁷ TF du 6 juin 2003, 4P.46/2003, cons. 3.1 et 3.2. Voy. déjà concernant les éventuelles substitutions de parties en cours d'instance suite à la clarification des rapports de propriété sur un bien immobilier : Trib. app. TI, 22 janvier 1973, REP 1974, pp. 339 ss (inscription provisoire d'hypothèque légale).

²⁰¹⁸ Ou persiste s'il entend réellement demander la restitution d'un délai qui n'a jamais commencé à courir, faute pour sa cliente d'avoir été partie à la procédure de première instance.

²⁰¹⁹ La définition est en fait reprise de GULDENER.

²⁰²⁰ SCHMID, p. 99.

²⁰²¹ SCHMID, pp. 101 ss.

²⁰²² ATF 114 Ia 20, cons. 2b, JdT 1990 I 256, SJ 1988, p. 426. Voy. déjà en droit cantonal: Trib. cant. GR, 5 mai 1986, PKG 1986 n° 18, pp. 83 ss.

l'irrecevabilité d'un recours, en raison de l'absence de procuration écrite, est excessivement formaliste, car on se trouve en présence d'un « *vice de procédure non essentiel, aisément reconnaissable et réparable* »²⁰²³. Selon ce courant jurisprudentiel, le critère déterminant est donc la nature du vice de procédure commis et non plus les raisons militent en faveur de sa régularisation.

586. Cette nouvelle approche n'est pas entièrement incompatible avec le critère de l'intérêt prépondérant à la régularisation. On peut, en effet, soutenir qu'en présence d'un vice apparent, de surcroît aisément régularisable, l'intérêt à la régularisation est prépondérant. La réciproque n'est, à notre avis, que partiellement vraie. Lorsque le vice de procédure n'est ni apparent ni aisément régularisable, il serait hâtif d'en déduire que la régularisation est d'emblée exclue. Celle-ci peut être justifiée par le fait que l'irrecevabilité aurait de graves conséquences pour la partie en faute. Le Tribunal fédéral aurait dû préciser si sa nouvelle jurisprudence constituait une simple concrétisation de l'intérêt prépondérant à la régularisation ou un substitut à celle-ci. On la retrouve chez certains auteurs sans autre précision. MÜLLER et SCHEFER relèvent ainsi que si « *le justiciable transgresse une prescription de forme de moindre importance, et s'il peut régulariser son erreur aisément, il y a lieu de lui octroyer un bref délai.* »²⁰²⁴

587. En marge du courant jurisprudentiel et doctrinal précité, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts où il réserve la régularisations aux *vices de forme*. Un premier exemple se rencontre dans un arrêt où le Tribunal fédéral relève que le défaut de capacité de revendiquer du mandataire, en raison du monopole des avocats, ne constitue pas un « *vice de forme susceptible d'être réparé après l'échéance du délai de recours* »²⁰²⁵, même s'il finit par censurer, au vu des circonstances très particulières du cas d'espèce²⁰²⁶, la décision d'irrecevabilité prononcée par les juridictions cantonales²⁰²⁷. Dans une autre affaire, il considère que l'interdiction du formalisme excessif ne prescrit pas d'inviter une partie à régulariser le vice de procédure découlant de son absence de qualité pour agir, car en déclarant irrecevable sa demande le juge « *a résolu un problème de fond [...] et lui a donné une réponse qui rendait sans objet l'autre problème de fond [...]* »²⁰²⁸. On voit

²⁰²³ TF du 21 septembre 2005, 1S.27/2005, cons. 2.

²⁰²⁴ MÜLLER/SCHEFER, p. 834. Voy. également SCHMID, p. 126 pour qui la recherche de l'identité du signataire ne doit pas constituer un fardeau excessif pour la juridiction à laquelle elle incombe.

²⁰²⁵ ATF 125 I 166, RDAF 2000 I 718, cons. 3c.

²⁰²⁶ Arrêt précité, cons. 3d.

²⁰²⁷ Pour un cas similaire, mais en matière pénale : TF du 14 mars 2000, 1P.679/1999, cons. 3.

²⁰²⁸ TF du 24 octobre 2005, 4P.180/2005, cons. 3.1.

donc se dessiner une opposition entre les vices de procédure *de forme* et ceux *relatifs au fond* du litige, seuls les premiers étant régularisables.

588. Outre les deux cas que nous venons d'examiner, la question de l'absence de motivation suffisamment précise des actes de procédure a entraîné un véritable louvoiement jurisprudentiel au tour de la notion de *vice de forme*²⁰²⁹. En 1987, le Tribunal fédéral estima qu'il n'y avait aucun excès de formalisme à déclarer irrecevable un recours motivé de manière vague sans inviter préalablement son auteur à préciser ses griefs. Il ne se prononça toutefois pas sur la nature du vice de procédure commis, la problématique étant sommairement examinée²⁰³⁰. Quatorze ans plus tard, il eut à juger du cas d'un acte d'appel insuffisamment motivé et qui avait été déclaré irrecevable²⁰³¹. De nouveau, sans entrer dans les détails, il estima que la décision querellée ne révélait aucune apparence de formalisme excessif²⁰³². Ces deux arrêts refusaient donc la possibilité de régulariser une motivation déficiente, sans toutefois se prononcer directement sur la nature de l'informalité ainsi commise. Plusieurs arrêts postérieurs abordèrent toutefois la question de manière plus directe. Dans une affaire d'urbanisme²⁰³³, le Tribunal fédéral approuva une juridiction cantonale qui avait déclaré une opposition à un permis de construire irrecevable au motif que l'opposant ne soulevait que des moyens fondés sur le droit privé sans se référer à la législation administrative pertinente. Au terme d'une argumentation complexe, il confirma l'approche suivie par la juridiction inférieure, selon laquelle le défaut de motivation suffisante constitue une « *question matérielle ou de compétence* », alors que la régularisation était réservée aux seuls « *vices formels* » tels que le défaut de

²⁰²⁹ Les risques d'abus en cas d'octroi d'une possibilité de régulariser un recours ont été bien vite identifiés en doctrine : AESCHLIMANN p. 32. C'est peut-être ce qui explique le manque d'assurance de la jurisprudence fédérale qui voulait probablement éviter de protéger des plaideurs de mauvaise foi.

²⁰³⁰ ATF 113 Ia 225, cons. 1b, JdT 1988 IV 115 : « *D'une manière générale, il n'est pas contraire à l'art. 4 Cst. que l'absence de motivation - exigée par la loi - d'une requête ou d'un recours entraîne le refus de prendre en considération les motifs omis. L'ordre juridique peut prévoir que la sanction de l'irrecevabilité n'intervient qu'après que l'intéressé a obtenu un délai pour réparer son erreur et seulement s'il n'a pas usé de cette faculté. Les deux systèmes présentent des avantages et des inconvénients; on ne saurait reprocher à un canton de préférer l'un à l'autre.* » Voy. également TF du 3 mai 1996, cons. 3a, ZBl 98 (1997), pp. 311 ss.; « *Wird daher die Gültigkeit eines Rechtsmittels kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung davon abhängig gemacht, dass es einen Antrag und eine minimale Begründung enthalte, so liegt darin weder eine Verweigerung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, noch kann darin ein überspitzter Formalismus gesehen werden.* »

²⁰³¹ L'affaire était particulière et relevait de la querulence au sens psychiatrique du terme. La recourante avait interjeté appel d'un jugement rendu sur une action en partage successoral. Devant la Cour suprême d'Argovie, elle n'était pas représentée par un avocat et concluait au placement en détention préventive de ses adversaires et à l'exhumation de la dépouille de son père, dont elle prétendait qu'il avait été assassiné par ses contradicteurs (*sic*). En dépit du § 328 al. 2 ZPO AG qui invitait le juge instructeur à inviter la partie agissant seule à régulariser un mémoire mal rédigé, la juridiction d'appel avait déclaré derechef l'appel irrecevable au motif que l'appelante n'articulait aucun grief défendable.

²⁰³² TF du 8 février 2001, 5P.405/2000, cons. 3c. La caractère manifestement abusif de l'appel explique peut-être que le Tribunal fédéral n'ait pas jugé utile de s'étendre sur la question.

²⁰³³ TF du 1^{er} juillet 2003, 1P.510/2002.

signature, l'absence de la procuration écrite ou des annexes prescrites par la loi²⁰³⁴. La même année, toutefois, le Tribunal fédéral estima que la motivation déficiente d'un recours pouvait être régularisée, vu la brièveté du délai pour l'interjeter (vingt-quatre heures) et le fait que le recourant était détenu²⁰³⁵. Dans une autre affaire, la juridiction suprême admit, implicitement certes, que l'absence de motivation d'un acte d'appel puisse être régularisé avant l'échéance du délai de recours²⁰³⁶ et qu'en présence de dispositions législatives imprécises, le respect des règles relatives à la bonne foi en procédure obligeait la juridiction cantonale à inviter le recourant à motiver son appel²⁰³⁷. En matière d'assurance sociale, le Tribunal fédéral des assurances considéra que les standards minimaux de procédure figurant à l'article 61 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, ainsi que l'interdiction du formalisme excessif, obligeaient les juridictions cantonales à admettre, sauf abus flagrant, la production de mémoires ampliatifs destinés à compléter la motivation d'un recours²⁰³⁸. De même, un autre arrêt, concernant une procédure cantonale de recours, part du principe que la motivation insuffisante d'un recours ne devait pas entraîner l'irrecevabilité de celui-ci, si la partie recourante ne pouvait se voir reprocher aucune faute²⁰³⁹. La portée de l'interdiction du formalisme excessif en matière de motivation des recours est donc sujette à de grandes variations d'une affaire à l'autre. Pourtant, le Tribunal fédéral ne s'est jamais expliqué sur ces différences. Celles-ci semblent surtout provenir de l'absence de vue d'ensemble de la juridiction suprême sur sa propre jurisprudence.

589. Les difficultés rencontrées ne se limitent pas aux questions de motivation des actes de recours. Ainsi dans une affaire où la formulation des prétentions était en jeu, le Tribunal fédéral, après avoir relevé que la demanderesse avait amplement eu le temps

²⁰³⁴ Voy. en particulier le considérant 3.5.

²⁰³⁵ TF du 11 juin 2003, 1P.286/2003.

²⁰³⁶ TF du 2 mai 2006, 1P.115/2006, cons. 3.4 ; TF du 10 mars 2004, 1P.109/2004, cons. 2.3.1. Dans ces deux cas, la possibilité de régulariser le mémoire de recours fut *in fine* écartée, car le délai utile était presque entièrement écoulé lorsque l'acte d'appel était parvenu au tribunal.

²⁰³⁷ TF du 8 mai 2006, 1P.850/2005, cons. 6.4 : « *Dies ist im vorliegenden Fall nicht erfolgt. Folglich verstösst es gegen den verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben, wenn das Obergericht ohne weiteres auf die unbegründete Berufung der Beschwerdeführerin nicht eingetreten ist. das Obergericht war vielmehr verpflichtet, der Beschwerdeführerin, unter Androhung dieser Säumnisfolge, Nachfrist zur Benennung der Beanstandungen anzusetzen. Dabei hatte es knapp zu erläutern, was unter einer gültigen Beanstandung zu verstehen ist. Den entsprechenden Anforderungen müssen die Rechtsmittelbelehrungen in den Entscheiden der Zürcher Gerichte, die der Berufung unterliegen, künftig Rechnung tragen.* » Le message fut finalement reçu voy. TF du 27 juin 2006, 1P.195/2006, cons. 1.5.

²⁰³⁸ TF du 6 juin 2005, I 126/05, cons. 4.2.

²⁰³⁹ TF du 13 juillet 2007, 1C_89/2007, cons. 3.4. *In casu*, la juridiction considéra toutefois que le recourant n'exposait aucun élément susceptible de justifier que son omission n'était pas fautive et qu'il n'aurait pas été en mesure, bien que plaidant sans l'assistance d'un avocat, de se renseigner utilement par une simple consultation de la législation cantonale.

de se rendre compte du problème, indiqua qu'il n'y avait pas de formalisme excessif à rejeter la demande en raison de l'obscurité des chefs de celle-ci car « *il s'agit de la formulation des conclusions [...] qui ne constitue pas, contrairement à ce qui est exposé dans le mémoire de recours, une petite inattention susceptible d'être régularisée en dépit des principes généraux de procédure généralement admis* »²⁰⁴⁰. Un arrêt plus ancien de la juridiction suprême avait pourtant reproché au Tribunal cantonal valaisan de ne pas avoir autorisé la régularisation d'un état des dépens obscur en raison de la multiplication des procès entre les parties²⁰⁴¹. Il arrive même que le Tribunal fédéral revienne sur sa jurisprudence, sans le dire ouvertement, ce qui ajoute encore à la confusion. En 1986, il admit la régularisation de la désignation de parties, lorsque l'erreur trouvait sa source dans une confusion entre quatre sociétés membres du même groupe et impliquées dans des procès différents²⁰⁴². Dix-huit ans plus tard, il soutient le contraire, estimant que la confusion entre diverses sociétés au sein d'un même groupe constituait un obstacle dirimant²⁰⁴³.

590. Ces exemples nous montrent que l'approche suivie par le Tribunal fédéral en matière de régularisation des vices de procédure n'est pas cohérente. Au fil de la jurisprudence, plusieurs théories se succèdent et il leur arrive même parfois de coexister. Nous en déduisons que la juridiction suprême n'a jamais souhaité développer une approche globale du problème, préférant régler les problèmes individuellement, ce qui laisse une fâcheuse impression d'arbitraire.

2) Les obstacles à la régularisation

591. Deux obstacles à la régularisation des vices de procédure peuvent être identifiés au fil de la jurisprudence. Il s'agit de l'écoulement du délai pour accomplir l'acte de procédure (a) et du caractère intentionnel de l'erreur de procédure (b).

a) L'écoulement d'un délai

592. La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a jamais été totalement claire en ce qui concerne les possibilités de régularisation d'un acte après l'échéance du délai pour y

²⁰⁴⁰ TF du 27 avril 2007, 4P.31/2007, cons. 3.3 « *Es handelt sich bei der [...] Formulierung des Rechtsbegehrens entgegen der in der Beschwerde geäusserten Ansicht nicht um ein kleines Versehen, das entgegen allgemein anerkannten prozessualen Prinzipien richtiggestellt werden könnte* ».

²⁰⁴¹ TF du 22 mars 1972, RVJ 1972, pp. 36 ss.

²⁰⁴² TF du 6 novembre 1986, SJ 1987, pp. 22 ss.

²⁰⁴³ TF du 17 novembre 2004, 4P.200/2004, SJ 2005 I 312, RSPC 2005, p. 145.

procéder. Nous allons donc passer en revue les arrêts rendus par le Tribunal fédéral, avant d'examiner la position de la doctrine.

593. Dans un premier arrêt de 1966, la juridiction suprême insista sur le fait que, dans le cas d'espèce, le recours avait été rédigé le premier jour du délai et qu'en avisant le mandataire du défaut de procuration dès réception du mémoire, il aurait encore été possible de faire le nécessaire à temps²⁰⁴⁴. Deux ans plus tard, le Tribunal fédéral tira parti du fait que le droit cantonal autorisait le dépôt de la procuration dans les cinq jours suivant l'expiration du délai de recours pour reprocher à la Cour de cassation pénale du canton de Vaud de ne pas avoir prévenu le recourant de l'absence de pouvoir écrit de son mandataire²⁰⁴⁵. Le Tribunal fédéral semblait donc vouloir éviter, dans la mesure du possible, la régularisation d'un recours hors délai prévu par le droit cantonal. Cette approche se confirma dans deux autres arrêts, l'un rendu en matière pénale²⁰⁴⁶, l'autre en matière civile²⁰⁴⁷. Le Tribunal fédéral indiqua alors expressément que les juridictions cantonales auraient dû prévenir les parties, car l'absence de signature de l'acte de recours était susceptible d'être régularisée à temps. Si le mémoire de recours parvenait à la connaissance de la juridiction le dernier jour du délai de recours, alors elle n'était, en revanche, plus tenue d'avertir son auteur d'éventuels vices de procédure. Ce principe se retrouve exprimé dans plusieurs *obiter dicta*²⁰⁴⁸. Il figure également dans les motifs

²⁰⁴⁴ ATF 92 I 13, cons. 2 : « En outre, dans la décision attaquée et dans sa réponse, le Conseil d'Etat laisse clairement entendre que, conformément à sa pratique, il n'aurait pas déclaré le recours irrecevable si la procuration avait été produite au moins durant le délai de recours. Le conseil de la recourante aurait eu ainsi tout le temps de corriger l'irrégularité qu'il avait commise. En ne l'en informant pas, fût-ce par un simple appel téléphonique de l'un de ses employés, le Conseil d'Etat a violé l'art. 4 Cst. En effet - les principes découlant de cette disposition l'exigent - si une informalité propre à entraîner l'irrecevabilité d'un recours administratif est commise, mais qu'elle peut encore valablement être corrigée, l'administration est tenue d'en informer le justiciable. »

²⁰⁴⁵ ATF 94 I 523.

²⁰⁴⁶ ATF 111 Ia 169, cons. 4c, JdT 1986 IV 56, SJ 1986, pp. 205 ss, recht 1987, p. 28 ss (note Aeschlimann) : « Wenn der Mangel der Unterschrift so rechtzeitig erkannt worden ist, dass die betreffende Partei den Fehler bei entsprechendem Hinweis innert Frist hätte verbessern können, verletzt das Stillschweigen der Behörden Art. 4 BV ». Le Tribunal fédéral a confirmé cette approche dans une affaire qui concernait le dépôt d'un recours par télécopie : TF du 5 janvier 2000, 1P.692/1999, cons. 2a. Le recours ayant été adressé par télécopie le dernier jours du délai, il n'était pas question de changer Voy. également TF du 30 septembre 2005, 2A.481/2005, cons. 5 où l'excès de formalisme a été nié au motif que la télécopie avait été adressée à la mauvaise autorité et qu'elle n'avait été transmise qu'après l'échéance du délai de recours.

²⁰⁴⁷ TF du 12 juin 2001, 4P.71/2001, cons. 3b : « ...l'obligation d'avertir suppose toutefois que le vice soit clairement reconnaissable et que, de plus, il soit possible au plaideur de le réparer à temps. ». L'arrêt portait sur l'absence de signature d'un acte d'appel adressé à la Cour de justice de Genève. Cet arrêt fut cité dans d'autres affaires concernant l'absence de signature : TF du 14 juillet 2011, 1C_141/2001, cons. 2 (la recourante soutenait que le recours interjeté par son adversaire devant la Cour de justice de Genève, siégeant en matière administrative, aurait dû être déclaré irrecevable faute d'avoir été signé à temps).

²⁰⁴⁸ TF du 21 novembre 2006, 2A.418/2006, cons. 5.1 ; TF du 21 septembre 2005, 1S.27/2005, cons. 2.1 ; TF du 30 août 2005, 1P.254/2005, cons. 2.6, RSPC 2006, pp. 25 ss (note Bohnet) ; TF du 1^{er} juillet 2003, 1P.510/2002, cons. 3.5 ; ATF 125 I 166, cons. 3a, Pra 1999 147 786, RDAF 2000 I 718 ; ATF 124 II 265, cons. 4a, Pra 1998 135 740, RDAF 1999 I 669 ; ATF 120 Ib 183, cons. 3c, JdT 1997 IV 27, SJ 1995, pp. 117 ss, RJB 131 (1995), pp. 864 ss (chron. Schultz) ; ATF 114 Ia 20, cons. 2c, JdT 1990 I 256, SJ 1998, pp. 426 ss.

décisoires d'un arrêt de 2004²⁰⁴⁹ et dans la jurisprudence cantonale²⁰⁵⁰. A côté de cela, on rencontre des affaires où une régularisation hors délai a été acceptée. Tel est le cas d'un arrêt du Tribunal fédéral des assurances de 1994 concernant l'absence de signature d'un mémoire de recours. Au vu d'une réforme de la procédure applicable devant la juridiction suprême, cette dernière a considéré que les cantons tomberaient dans l'excès de formalisme en refusant un délai supplémentaire pour régulariser ce vice de procédure, même si le terme de ce délai supplémentaire était fixé au-delà de l'échéance du délai de recours²⁰⁵¹. Cette opinion a été confirmée à plusieurs reprises ultérieurement²⁰⁵², un arrêt laissant même entendre que ce changement valait pour l'ensemble des vices de procédure²⁰⁵³. On ne trouve toutefois pas d'arrêt concluant à ce propos et il est impossible de savoir si la régularisation des vices de procédure est empêchée par l'écoulement d'un délai. A nouveau, le Tribunal fédéral a laissé coexister plusieurs courants jurisprudentiels²⁰⁵⁴.

594. A l'exception de SCHMID²⁰⁵⁵ et de STRÄULI²⁰⁵⁶, la doctrine ne s'est guère penchée sur la question²⁰⁵⁷. Plusieurs auteurs²⁰⁵⁸ s'expriment toutefois en faveur de la régularisation après l'échéance du délai²⁰⁵⁹, ce qui revient à abolir la condition du délai. STRÄULI, estime, en revanche, que la régularisation ne déploie, en principe, pas d'effet rétroactif et que, partant, elle doit avoir lieu dans le délai prévu pour accomplir l'acte de procédure²⁰⁶⁰. Cet auteur admet toutefois des exceptions, dont il donne la liste²⁰⁶¹.

²⁰⁴⁹ TF du 10 mai 2004, 1P.141/2004, cons. 2, RDAF 2005 I 58 : « *Bien qu'aisément reconnaissables, les vices de forme entachant l'acte de recours du 18 décembre 2003 ne pouvaient pas être redressés à temps, dès lors que le recourant a déposé son mémoire le dernier jour du délai [...]; partant, l'on ne saurait reprocher au Tribunal administratif de ne pas lui avoir retourné l'acte pour le compléter.* ».

²⁰⁵⁰ Trib. cant. SG, 17 décembre 2007, cons. III/2b, n° VZ_2007_48 (état des frais affecté d'un vice de forme déposé le dernier jour du délai pour demander la taxation des dépens) ; Cour supr. TG, 27 février 1990, RBOG 1990, n° 24, pp. 109 ss (recours déposé le dernier jour du délai par un avocat dépourvu de l'autorisation de plaider devant les juridictions thurgoviennes).

²⁰⁵¹ ATF 120 V 413, cons. 5c, AJP/PJA 1995, pp. 793 ss (note Kieser), ZBJV 132 (1996), pp. 532 ss et 706 ss (note Müller).

²⁰⁵² TF du 12 janvier 2009, 8C_767/2008, 4.3.2 ; TF du 30 janvier 2004, 4C.236/2003, cons. 3.3 ; TF du 2 avril 2002, 1P.11/2002, cons. 1.2.

²⁰⁵³ TF du 6 février 2004, 1A.288/2003, cons. 2.2.2.

²⁰⁵⁴ En ce sens : François BOHNET, Recevabilité d'un acte adressé par e-mail, p. 31.

²⁰⁵⁵ SCHMID, pp. 106 ss.

²⁰⁵⁶ STRÄULI, p. 43.

²⁰⁵⁷ Voy. parmi les rares auteurs s'étant prononcé en matière d'interdiction du formalisme excessif : AESCHLIMANN, pp. 28 ss ; BOHNET, Recevabilité d'un acte adressé par e-mail et preuve de son envoi, pp. 29 ss ; Martin SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse Zurich, Coll. Abhandlungen zum schweizerischen Recht : Vol. 673, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2003, pp. 167 ss. Pour une présentation plus différenciée, selon les vices de procédure envisagés : HAEFLIGER, pp. 122 ss.

²⁰⁵⁸ AESCHLIMANN, p. 31 ; BOHNET, Recevabilité d'un acte adressé par e-mail, p. 31.

²⁰⁵⁹ Apparemment opposé : HAEFLIGER, p. 125. Cet auteur se contente toutefois de rapporter l'état de la jurisprudence du Tribunal fédéral au moment où il écrit (1985). On ne sait, à vrai dire, pas ce qu'il en pense.

²⁰⁶⁰ STRÄULI, p. 41.

²⁰⁶¹ STRÄULI, p. 43.

SCHMID adopte une approche davantage subjective et propose de limiter le bénéfice de la régularisation hors délai aux cas où la partie concernée n'a fait preuve d'aucune faute²⁰⁶².

b) Le caractère intentionnel du vice de procédure

595. Le premier arrêt ayant exclu la régularisation des vices de procédure commis intentionnellement concernait un recours déposé le dernier jour du délai utile sous la forme d'une lettre priant la juridiction saisie de fixer un délai pour produire les motifs exigés par la législation applicable²⁰⁶³.

596. La problématique des recours interjetés par télécopie constitue un bon exemple illustrant la problématique qui nous occupe. Le Tribunal fédéral examina tout d'abord la question en ce qui concerne la procédure appliquée devant lui, avant de transposer la solution aux juridictions cantonales par le biais de l'interdiction du formalisme excessif. Le Tribunal fédéral considère, en premier lieu²⁰⁶⁴, que le dépôt d'un recours par télécopie le dernier jour du délai entraîne l'irrecevabilité du recours sans qu'il ne s'estime tenu de demander la production de l'original du mémoire²⁰⁶⁵, car « *le recourant qui dépose un acte, dont il ne peut ignorer l'irrégularité (absence de signature), en comptant sur l'octroi d'un délai pour en réparer le vice initial s'attend en fait à une prolongation du délai de recours* ». Par la suite, la juridiction suprême confirma sa position de principe²⁰⁶⁶, parfois de manière lapidaire²⁰⁶⁷, y compris sous l'empire de la

²⁰⁶² SCHMID, p. 107-108.

²⁰⁶³ ATF 108 Ia 209, JdT 1984 I 191, approuvé par SCHMID, p. 103 pour qui « *Nachfriste als eine richterliche Wohltat sollen nur dem Bedürftigen zugute kommen.* »

²⁰⁶⁴ ATF 121 II 252, cons. 4b, JdT 1997 I 188, SJ 1996, pp. 133 ss, recht 1996, pp. 94 ss (note Gemar). En revanche l'opposition à un commandement de payer formée par fax est recevable : ATF 127 III 181, JdT 2000 II 83, SJ 2001 I 443.

²⁰⁶⁵ En l'occurrence il s'agissait de savoir si l'article 30 al. 2 OJF imposait d'interpeler la partie concernée avant de déclarer le recours irrecevable, dans le but de lui permettre de régulariser l'acte en produisant l'expédition originale de son recours qu'elle aurait gardé par devers elle après l'avoir expédié par fax.

²⁰⁶⁶ Voy. parmi tant d'autres : TF du 19 novembre 2009, 4D_129/2009 ; TF du 6 février 2009, 5A_47/2009 ; TF du 12 septembre 2008, 5D_118/2008 ; TF du 28 novembre 2007, 9C_739/2007 ; TF du 29 janvier 2007, 4C.410/2006 ; TF du 26 janvier 2007, 2A.52/2007 (ces deux derniers arrêts furent certes rendus après le 1^{er} janvier 2007, mais en application de l'OJF) ; TF du 5 décembre 2005, 7B.192/2005 ; TF du 11 août 2004, 6S.157/2004 ; TFA du 4 août 2000, H 178/00.

²⁰⁶⁷ TF du 14 décembre 2006, 7B.128/2006 : « *...que l'élection de domicile à laquelle le recourant a été invité à procéder en vertu de l'art. 29 al. 4 OJ devait avoir lieu dans un délai échéant le 8 décembre 2006; qu'étant intervenue le 10 décembre 2006, soit tardivement, de surcroît par le moyen inadmissible du télécopieur [...] elle ne peut pas être prise en considération...* » ; TF du 3 juin 2005, 7B.85/2005 : « *Considérant que le recours, transmis au moyen d'un télécopieur, ne peut être considéré comme valablement déposé [...]; qu'il n'y a pas lieu, vu le sort à réserver au recours, d'impartir à la recourante un délai pour réparer le vice, conformément à l'art. 30 al. 2 OJ.* » ; TF du 10 septembre 2004, 7B.172/2004 : « *in Erwägung, dass per Fax beim Bundesgericht nicht gültig Beschwerde erhoben werden kann* ». Voy. également TF du 10 janvier 2006, 1P.621/2005 où la seule motivation réside dans une citation de l'arrêt de 1995 !

législation ayant remplacé la défunte Loi fédérale d'organisation judiciaire²⁰⁶⁸. S'agissant des procédures pendantes devant les juridictions cantonales, le Tribunal fédéral estimait que celles-ci ne commettaient aucun formalisme excessif en adoptant un point de vue semblable²⁰⁶⁹. Cela ne les empêcha pas de se montrer parfois plus souples²⁰⁷⁰, la doctrine cantonale s'alignant toutefois majoritairement sur la jurisprudence fédérale²⁰⁷¹.

597. Deux espèces relativement récentes ont toutefois admis la régularisation d'un recours interjeté par fax, lorsque celui-ci n'est pas introduit le dernier jour du délai et que la partie concernée n'est pas représentée par un avocat²⁰⁷². Un autre arrêt exclut l'irrecevabilité lorsque le recours, remis à une représentation diplomatique suisse à l'étranger, est transmis à la juridiction compétente par télécopie²⁰⁷³. L'emploi de la télécopie n'est donc pas entièrement prohibé²⁰⁷⁴. On constate le même assouplissement concernant d'autres vices de procédure volontairement commis. Le dépôt d'une photocopie de la procuration peut être régularisé, car celui-ci ne constitue pas « *une violation consciente du droit de procédure, dans le but d'obtenir un avantage illégitime que n'a pas celui qui signe [ses actes de procédure] à temps.* »²⁰⁷⁵ Ces quelques arrêts nous montrent que la jurisprudence a peu à peu évolué vers une approche restrictive du concept de *vice de procédure intentionnel*. Dans toutes les hypothèses envisagées,

²⁰⁶⁸ TF du 6 février 2009, 5A_47/2009 ; TF du 7 octobre 2008, 2C_754/2008 ; TF du 28 novembre 2007, 9C_739/2007 ; TF du 7 novembre 2007, 2C_615/2007 ; TF du 4 septembre 2007, 1C_246/2007 ; TF du 12 février 2007, 5A_1/2007. Voy. en particulier : TF du 23 décembre 2008, 2C_754/2008, cons. 2.1 où la question est évoquée à titre d'*obiter dictum*.

²⁰⁶⁹ TF du 24 mars 2009, 4A_113/2009. Voy. dans d'autres domaines que la procédure civile : TF du 5 novembre 2003, 2P_274/2003 ; TF du 29 janvier 2001, 1P_812/2000, SJ 2001 I 189 ; TF du 5 janvier 2000, 1P_692/1999.

²⁰⁷⁰ Voy. Trib. cass. ZH, 19 mars 1997, cons. II. 3, ZR 96 (1997), n° 121, pp. 271 ss, RSJ 94 (1998), pp. 113 ss ; Trib. cant. SG, 19 avril 2004, GVP SG 2004, n° 53, pp. 177 ss. Cette jurisprudence fut parfois reprise du bout des lèvres : Trib. admin. GR, 2 décembre 2003, GVP 2003, n° 31, pp. 98 ss.

²⁰⁷¹ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, n° 8 ad art. 31 LPC GE ; BOHNET, CPCN commenté, n° 4 ad art. 64 CPC NE ; Michel ESSEIVA/Christophe MAILLARD/Christophe TORNARE, Code de procédure civile fribourgeois annoté, 2^{ème} édition, Librophoros, Fribourg, 2007, p. 29 (ad art. 33 al. 3 et 4 CPC FR) ; LEUENBERGER/ UFFER-TOBLER, n° 10b ad art. 161 CPC SG ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, n° 6 ad § 106 ZPO ZH ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, n° 3 ad art. 161 CPC BE ; POUDRET/HALDY/ TAPPY, n° 1 ad art. 17 CPC VD. *D'un autre avis* : BÜHLER/ EDELMANN/KILLER, n° 1 ad § 82 ZPO AG ; MERZ, n° 5 ad § 68 ZPO TG ; OLGATI, p. 332-333. BÜHLER/EDELMANN/KILLER et OLGATI se réfèrent à l'arrêt zurichois paru aux ZR 96 (1997) N° 121, pp. 271. MERZ, quant à elle, mentionne un arrêt non publié de la Cour suprême de Thurgovie allant dans le même sens.

²⁰⁷² TF du 30 août 2005, 1P_254/2005, cons. 2.1, RSPC 2006, pp. 27 ss (note Bohnet) ; TFA du 20 novembre 2002, H 190/02, cons. 3.1.

²⁰⁷³ TF du 17 novembre 2009, 4A_503/2009, cons. 2.1.

²⁰⁷⁴ Même si un arrêt récent rendu en matière de notification électronique semble sonner le glas de cette évolution favorable : TF du 27 janvier 2012, 5A_650/2011, cons. 4. L'affaire concernait une notification par voie électronique, prévue par le Code de procédure civile, mais sans employer une signature électronique agréée par la juridiction saisie, car celle-ci ne l'avait pas encore introduite au moment des faits. Le Tribunal fédéral n'eut aucune difficulté à confirmer l'irrecevabilité, malgré le fait que le recourant n'était pas seul responsable du problème. Le manque de nuance du Tribunal fédéral pourrait toutefois s'avérer contraire à l'art. 6 § 1 CEDH. Voy. CourEDH, *Lawyer Partners A.S. c. Slovaquie*, n° 54252/07, 3274/08, 3377/08, 3505/08, 3526/08, 3741/08, 3786/08, 3807/08, 3824/08, 15055/08, 29548/08, 29551/08, 29552/08, 29555/08 et 29557/08, arrêt du 16 juin 2009.

²⁰⁷⁵ TF du 26 mai 2000, U 401/99, cons. 4b où le Tribunal se réfère à l'interdiction du formalisme excessif en général, son raisonnement étant ainsi valable également pour la procédure civile.

l'emploi de la télécopie était certainement intentionnel : les feuilles de papier avaient été volontairement introduites dans le télécopieur, et le numéro de la juridiction avait aussi été composé intentionnellement. Aucun élément du dossier ne révèle, par ailleurs, que les parties s'étaient trompées sur la portée des règles de procédure, par exemple en estimant, à tort, qu'un recours pouvait être interjeté par télécopie. *Stricto sensu*, les vices de procédure étaient donc intentionnels²⁰⁷⁶. Le critère proposé par le Tribunal fédéral n'est donc pas tout à fait correct. Le sens exact de la jurisprudence est, à notre avis, légèrement différent. La juridiction suprême s'attarde sur le fait que les recourants n'étaient pas représentés par un avocat, ou qu'ils n'avaient pas attendu la dernière minute. Ces éléments ne remettent certainement pas en cause le caractère intentionnel du vice de procédure. En revanche, ils constituent de solides indices permettant d'en déduire que l'auteur de l'acte de procédure vicié n'essayait pas de commettre un abus de droit en comptant sur un bref délai supplémentaire pour régulariser son acte²⁰⁷⁷. La soi-disante « *absence d'intention* » doit donc être comprise comme une « *absence de volonté de commettre un abus de droit* ». Cette lecture de la jurisprudence nous permet également de faire le lien avec les solutions adoptées en matière d'assurances sociales. Le Tribunal fédéral a admis, dans ce domaine, que l'absence de motivation d'un recours puisse être régularisée, sauf abus de droit manifeste²⁰⁷⁸. Cette approche a été confirmée²⁰⁷⁹, l'interdiction du formalisme excessif étant de nouveau mentionnée²⁰⁸⁰. A notre avis, ce courant jurisprudentiel ne doit pas être considéré comme une émanation propre au droit des assurances sociales. Nous sommes d'avis qu'il s'agit uniquement d'une variante rédactionnelle et que l'ensemble de la jurisprudence du Tribunal fédéral a évolué. Désormais le caractère intentionnel d'un vice de procédure ne doit plus être considéré comme un obstacle à sa régularisation, s'il ne procède pas d'un abus de droit.

²⁰⁷⁶ Voy. par exemple en droit pénal : l'intention pénalement punissable porte sur les éléments matériels (ou *constitutifs objectifs*) de l'infraction, mais le délinquant ne doit pas, sauf mention légale particulière, être animé d'un dessein particulier. C'est à ce prix qu'un meurtre, ou des violences, commis sans raison particulière restent, heureusement, répréhensibles...

²⁰⁷⁷ Implicitement en ce sens : TFA du 20 novembre 2002, H 190/02, cons. 3.1.

²⁰⁷⁸ ATF 134 V 162, RDAF 2009 I 463 (note Poltier), RJB 147 (2011), pp. 95 ss (chron. Gächter).

²⁰⁷⁹ Il s'agissait de tracer les limites de l'*abus de droit* commis en introduisant à la dernière *minute* un recours insuffisamment motivé : ATF 134 V 162, cons. 3.

²⁰⁸⁰ TF du 8 septembre 2010, 8C_828/2009, cons. 6.2.

B) Les vices de procédure régularisables en droit judiciaire privé fédéral

598. L'unification de la procédure civile aurait pu être une excellente occasion de codifier l'abondante jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de régularisation des vices de procédure, tout en apportant la clarté là où elle manquait. La situation actuelle est toutefois loin d'être entièrement satisfaisante. Les différentes dispositions légales ont, en effet, montré leurs limites (1). Nous allons, par voie de conséquence, proposer un changement de paradigme (2).

1) Les limites des texte légaux

599. La question de la régularisation des actes du procès fait l'objet de nombreuses dispositions réparties au sein des différents textes légaux applicables. S'agissant des actes des parties, quatre articles distincts y sont consacrés : l'article 42 alinéa 5 et 6 ainsi que l'article 112 alinéa 2 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, l'article 132 du Code de procédure civile et, finalement, l'article 32 alinéa 4 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. Le texte de ces trois dispositions ne se recoupe pas entièrement. Il faut encore y ajouter les articles 129 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral et 334 du Code de procédure civile concernant la rectification des jugements qui n'obéit pas aux mêmes règles que celle des actes de procédure des parties. Des difficultés découlent également de la systématique du Code de procédure civile. La conjonction de ces facteurs est source d'une grande incertitude (a). Malheureusement, doctrine et jurisprudence ne fournissent pas les outils qui permettraient de répondre aux problèmes causés par cette situation (b).

a) L'incertitude née des textes légaux

600. Le fait que la régularisation des actes de procédure fasse l'objet de plusieurs dispositions n'est pas en soit problématique. Les difficultés proviennent des concepts employés et du fait qu'aucune impression d'ensemble ne se dégage du tout. Nous allons maintenant passer en revue les différences existantes afin de déceler les problèmes qui pourraient se poser à la seule lecture du texte légal.

601. La définition des vices de procédures régularisables est particulièrement problématique pour ce qui est des actes des parties. L'article 132 alinéa 1 du Code de procédure civile indique que les « *vices de forme* » sont susceptibles d'être régularisés,

l'absence de signature ou de procuration étant citée à titre d'exemple. Le deuxième alinéa du même article prévoit une extension du régime de la régularisation aux « *actes illisibles, inconvenants, incompréhensibles ou prolixes* », les « *actes abusifs ou introduits de manière procédurière* » étant renvoyés à leur auteur sans autre formalité²⁰⁸¹. L'article 42 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral suit un schéma identique, tout en présentant certaines différences. La notion de « *vice de forme* » ne s'y retrouve pas, le cinquième alinéa donnant uniquement une liste des vices de procédure régularisables. Celle-ci se recoupe toutefois avec la liste figurant à l'article 132 alinéa 1 du Code de procédure civile, à ceci près que les annexes devant accompagner l'acte de recours, et la désignation d'un mandataire non habilité à représenter en justice, sont également mentionnés. Le sixième alinéa présente une légère variante, incluant parmi la catégorie des « *actes illisibles, inconvenants, incompréhensibles ou prolixes* », ceux qui ne sont pas rédigés dans une langue officielle. Finalement, les mémoires de recours introduits « *de manière procédurière ou à tout autre égard abusive* » sont déclarés irrecevables²⁰⁸², et non plus simplement retournés à leur expéditeurs. S'agissant de la Loi fédérale sur la poursuites pour dette et la faillite, celle-ci admet la régularisation en des termes encore plus vagues. Son article 32 alinéa 4 se borne à prévoir que les « *communications écrites affectées d'un vice réparable* » doivent être régularisées. Les décisions de l'office des poursuites peuvent, par ailleurs, être modifiées en réponse à une plainte adressée à l'autorité de surveillance²⁰⁸³, ce qui revient à en autoriser la régularisation.

602. Prises à la lettre, ces différences rédactionnelles sont susceptibles de conduire à l'excès de formalisme. Il est ainsi possible de soutenir que les actes de procédure rédigés dans une langue qui n'est pas officielle sont irrecevables devant les juridictions cantonales, faute pour le Code de procédure civile de prévoir la régularisation, à la différence de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral. De même, peut-on également défendre l'idée selon laquelle la liste des vices de procédure régularisables, figurant à l'article 42 alinéa 5 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, est exhaustive, à la différence de l'article 132 du Code de procédure civile. Ces deux exemples nous montrent que les textes légaux ne sont pas à même de fournir une présentation complète de la régularisation des actes de procédure, vu les divergences qu'ils comportent.

²⁰⁸¹ Art. 132 al. 3 CPC 2008.

²⁰⁸² Art 47 al. 7 LTF.

²⁰⁸³ Art. 17 al. 4 LP.

603. S'agissant toujours de la rédaction du texte légal, on rencontre également des difficultés concrètes concernant la rectification des erreurs affectant les jugements. S'agissant des vices rectifiables, le texte de l'article 129 alinéa 1 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral mentionne le cas où « *le dispositif d'un arrêt du Tribunal fédéral est peu clair, incomplet ou équivoque, ou si ses éléments sont contradictoires entre eux ou avec les motifs, ou s'il contient des erreurs de rédaction ou de calcul* ». L'article 334 alinéa 1 du Code de procédure civile contient une formulation presque identique²⁰⁸⁴. Il découle de ces deux dispositions que la rectification porte en premier lieu sur le dispositif, afin de favoriser l'exécution de l'arrêt. La jurisprudence du Tribunal fédéral va d'ailleurs dans ce sens. Un arrêt rendu en 2007 déjà²⁰⁸⁵, et confirmé depuis lors²⁰⁸⁶, retient que la demande de rectification ne peut porter sur les motifs que si celle-ci est déterminante pour l'interprétation du dispositif. Elle est exclue si elle porte sur d'autres parties du jugement, telles que la désignation de la juridiction saisie ou sa composition²⁰⁸⁷. Un *obiter dictum* indique ainsi que l'identification des parties ne peut faire l'objet d'une procédure de rectification, car « *cela n'est possible que pour le dispositif* »²⁰⁸⁸. Si l'on pousse le raisonnement jusqu'au bout, un grand nombre de vices de procédure ne peuvent être régularisés lorsqu'ils frappent les jugements, alors qu'ils constitueraient des cas d'application de l'article 132 du Code de procédure civile s'ils affectaient les actes des parties. Cela peut avoir de graves conséquences. En effet, un jugement qui n'est pas signé, ou qui contient une désignation lourdement déficiente des parties ne pourra certainement pas être exécuté²⁰⁸⁹. On mesure donc tout le risque d'excès de formalisme. Cette situation est d'autant moins tolérable que les parties ne concourent pas à la

²⁰⁸⁴ Art. 334 al. 1 CPC 2008 : « *Si le dispositif de la décision est peu clair, contradictoire ou incomplet ou qu'il ne correspond pas à la motivation, le tribunal procède, sur requête ou d'office, à l'interprétation ou à la rectification de la décision.* » Les « *erreurs de rédaction et de calcul* » sont toutefois mentionnées à l'art. 334 al. 2 CPC 2008, ce qui confère à la rectification une même portée que dans la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral.

²⁰⁸⁵ TF du 13 septembre 2007, 4G_1/2007, cons. 2.1.

²⁰⁸⁶ Voy. parmi tant d'autres : TF du 7 juin 2011, 1G_3/2011, cons. 3 ; TF du 20 décembre 2010, 1F_22/2010, cons. 3 ; TF du 19 décembre 2010, 8G_6/2011, cons. 1 ; TF du 1^{er} septembre 2010, 1F_14/2010, cons. 3 ; TF du 21 octobre 2009, 4G_2/2009, cons. 1.1.

²⁰⁸⁷ Voy. toutefois la réserve implicite figurant au considérant 2.1 *in fine* de l'arrêt du 13 septembre 2007 précité, avec renvoi à la jurisprudence rendue sur la base de l'ancienne Loi fédérale d'organisation judiciaire. Il est toutefois difficile de savoir si les erreurs mentionnées concernent le dispositif uniquement ou l'ensemble de l'arrêt.

²⁰⁸⁸ TF du 5 septembre 2011, 5F_9/2011, cons. 2 : « *...weil eine solche einzig mit Bezug auf das Dispositiv möglich wäre.* »

²⁰⁸⁹ Voy. la remarque de Daniel STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 15 ad art. 238 CPC 2008 : « *Eine falsche Parteibezeichnung, die nicht von Amtes wegen oder auf Gesuch einer der Parteien berichtigt werden kann, macht den Entscheid nichtig [...], denn es kann nicht eine Partei berechtigt oder verpflichtet werden, die am Verfahren nicht teilgenommen hat.* »

rédaction du jugement²⁰⁹⁰ et ne devraient pas avoir à subir les conséquences des erreurs commises par les magistrats.

604. A ces difficultés, trouvant leur origine dans le texte des différentes dispositions applicables, viennent s'ajouter d'autres problèmes découlant de la systématique du Code de procédure civile. Il serait, en effet, erroné de penser que la question de la régularisation des actes de procédure est uniquement traitée à son article 132, s'agissant des actes des parties, et à son article 334, concernant les actes du juge. Une autre disposition est destinée à jouer un rôle similaire, même si ce n'est pas sa vocation primaire. Il s'agit de l'article 63 prévoyant une prolongation de la litispendance pendant un mois lorsque la demande en justice est déclarée irrecevable, ou retirée, en raison de certains vices de procédure. Cette prolongation permet au demandeur d'ouvrir une seconde instance tout en conservant le bénéfice de la litispendance précédemment créée. Le résultat est *de facto* le même que si le tribunal avait directement invité le demandeur à régulariser la situation. S'agissant des vices de procédure susceptibles de bénéficier de cette construction, le texte légal mentionne à ce propos l'incompétence de la juridiction saisie ou le fait que le demandeur n'a pas respecté « *la procédure prescrite* » pour introduire instance. Ce dernier cas de figure est vague, et donc sujet à une interprétation plus ou moins restrictive. Même si les travaux préparatoires ne mentionnent que le choix de la procédure sommaire ou lieu de l'ordinaire²⁰⁹¹, il ne serait certainement pas incongru d'étendre le champ d'application de l'article 63 alinéa 2 du Code de procédure civile à d'autres vices de procédure, tels que l'absence de préliminaire de conciliation²⁰⁹². Ensuite, nous observons qu'on ne trouve aucune disposition interdisant la régularisation des vices de procédure en dehors des hypothèses figurant aux articles 63, 132 et 334 du Code de procédure civile. Cela signifie, *a contrario*, qu'il serait également envisageable d'admettre que d'autres vices de procédure puissent être régularisés.

605. Ces quelques pistes de réflexion, nous montrent que doctrine et jurisprudence sont amenées à jouer un grand rôle afin d'éviter une fragmentation de tout

²⁰⁹⁰ A l'exception du droit genevois, le droit suisse n'a jamais connu d'acte similaire aux « *qualités* » qui existèrent en France sous l'empire du Code de procédure civile de 1806 (voy. art. 142-145 CPC 1806) et qui ont disparu dans tous les pays ayant reçu le Code de procédure civile français. Quant à Genève, la suppression des qualités, et donc la rédaction entière du jugement par les tribunaux, fut précisément une des innovations phares de la Loi de procédure civile de 1819, BELLOT estimant que les dispositions du Code de procédure civile de 1806 étaient « *tantôt inutiles, tantôt dangereuses, souvent inexécutables, toujours onéreuses*. » : Charles SCHAUB/Pierre ODIER/Edouard. MALLET, Loi sur la procédure civile du canton de Genève suivie de l'exposé des motifs par feu P.F. Bellot, 2^{ème} édition, Librairie d'Abraham Cherbuliez, Paris/Genève, 1837, p. 105.

²⁰⁹¹ Message FF 2006 6892.

²⁰⁹² Sur ce point : DIETSCHY, Les conflits du travail en procédure civile, p. 113.

le droit judiciaire privé fédéral. Toutes deux devront, au moment d'interpréter le Code de procédure civile, tenir compte à la fois de l'acquis résultant de la jurisprudence rendue en matière d'interdiction du formalisme excessif et des solutions déjà consacrées s'agissant de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral. Ce n'est qu'au prix d'un grand travail de systématisation que la cohérence du système pourra se maintenir.

b) Les difficultés rencontrées par la doctrine et la jurisprudence

606. Contre toute attente, doctrine et jurisprudence n'ont élaboré aucune théorie générale de la régularisation des actes de procédure. Les commentaires suivent généralement au plus près les travaux préparatoires. La plupart des auteurs se contentent de donner une liste des vices de procédure qui leur paraissent régularisables au regard de chaque disposition. La doctrine ne s'étend guère au-delà des hypothèses figurant dans le texte légal. Cela vaut tout particulièrement pour les ouvrages commentant le Code de procédure civile²⁰⁹³ ou la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral²⁰⁹⁴, même si l'interdiction du formalisme excessif est mentionnée au passage²⁰⁹⁵.

607. S'agissant plus particulièrement de la rectification des jugements, on constate qu'une partie des commentateurs du Code de procédure civile accepte d'appliquer la procédure de rectification à d'autres erreurs formelles que celles affectant le dispositif²⁰⁹⁶. La jurisprudence semble lui emboîter le pas en invoquant l'interdiction

²⁰⁹³ Voy. S'agissant de l'art. 132 CPC 2008 : Remo BORNATICO, *in* SPÜHLER/ TENCHIO/ INFANGER, n° 9 ss ad art. 132 CPC 2008 ; GASSER/RICKLI, n° 3 ad art. 132 CPC 2008; GEHRI/ KRAMER, n° 1 ss ad art. 132 CPC 2008; Michael KRAMER/Nadja KUBAT ERK, *in* BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 1 ad art. 132 CPC 2008 ; Mario KUMSCHIK, *in* Baker&McKenzie, n° 1 ss ad art. 132 CPC 2008 ; Adrian STAEHELIN, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 3 ad art. 132 CPC 2008 ; Francesco TREZZINI, *in* COCCHI/TREZZINI/ BERNASCONI, pp. 559-560 ; Roger WEBER, *in* OBERHAMMER, n° 12 ss ad art. 132 CPC 2008.

²⁰⁹⁴ Voy. s'agissant de l'art. 42 LTF : DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 1054 ss (ad art. 42 LTF) ; Laurent MERZ *in* NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 96 ad art. 42 LTF ; SPÜHLER/ DOLGE/VOCK, n° 9 ad art. 42 LTF. Florence AUBRY GIRARDIN, *in* CORBOZ/WURZBURGER/ FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 8 ss ad art. 42 LTF indique les conséquences auxquelles s'exposent les parties au regard de chaque formalité prescrite.

²⁰⁹⁵ Remo BORNATICO, *in* SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 1 ad art. 132 CPC 2008 ; Laurent MERZ, *in* NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 94 ad art. 42 LTF ; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, n° 9 ad art. 42 LTF ; Adrian STAEHELIN, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 1 ad art. 132 CPC 2008 ; Roger WEBER, *in* OBERHAMMER, n° 17 ad art. 132 CPC 2008. Voy. à propos la présentation assez détaillée de la jurisprudence rendue précédemment chez Francesco TREZZINI, *in* COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 557-558.

²⁰⁹⁶ La doctrine demeure toutefois partagée. Voy. en faveur d'une admission de la rectification allant au-delà du dispositif : Dieter FREIBURGHaus/Susanne AFHELDT, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER n° 7 ad art. 334 CPC 2008 ; BERGER/GÜNGERICH, p. 345 ; GASSER/RICKLI, n° 2 ad art. 334 CPC 2008 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 457 ; Thomas SUTTER-SOMM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2^{ème} édition, Schulthess, Zurich, 2012, p. 359 ; Denis TAPPY, *in* BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 18 ad art. 334 CPC 2008. *Contra* : Alexander BRUNNER, *in* OBERHAMMER, n° 1 ad art. 334 CPC 2008 ; Romina CARCAGNI ROESLER, *in* Baker&McKenzie, n° 4 ad art. 334 CPC 2008 ; Nicolas HERZOG, *in* SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 7 ad art. 334 CPC 2008 ; HOHL, Vol. 2,

du formalisme excessif²⁰⁹⁷. Si louable soit-elle, cette évolution devrait être plus marquée et, surtout, se traduire par un revirement net de la pratique relative à l'article 129 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral. Cela correspondrait d'ailleurs à l'état du droit dans les cantons de la Suisse romande avant l'unification. A Genève, l'article 160 alinéa 1 de la Loi de procédure civile indiquait expressément que « *la voie d'interprétation ou de révision n'est employée, ni pour une erreur matérielle dans la rédaction du jugement sur les noms, qualités et conclusions des parties, ni pour une simple erreur de calcul dans le dispositif* », une procédure plus souple étant alors prévue²⁰⁹⁸. Il en allait de même à Fribourg²⁰⁹⁹ et au Tessin²¹⁰⁰ et la doctrine proposait une solution similaire à Neuchâtel²¹⁰¹. L'article 302 du Code de procédure civile vaudois prévoyait même deux hypothèses distinctes de rectification. La première, admise uniquement durant le délai de recours, permettait au président de la juridiction d'« *ordonner la rectification du jugement entachée d'une erreur ou d'une omission manifestes* »²¹⁰². Passé ce délai, seule était admise la rectification « *d'indications erronées relatives à l'état civil des parties, à une raison sociale ou à la désignation d'un immeuble qui ne concordent pas avec la teneur des registres publics.* »²¹⁰³ Nous ne pensons pas qu'une extension de la rectification des jugements puisse mettre en cause l'autorité de la chose jugée. L'examen du droit français, surtout celui de la jurisprudence, nous montre qu'une approche souple de la question est toujours possible²¹⁰⁴.

608. Concernant les actes des parties, la plupart des questions sont également abordées de manière extrêmement sommaire. Ainsi, une majorité des auteurs se borne à indiquer que l'absence de motivation des actes de procédure ne peut être régularisée²¹⁰⁵,

2ème édition, p. 457 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 409 ; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 463 ; Ivo SCHWANDER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 5 ad art. 334 CPC 2008 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1435 (ad art. 334 CPC 2008).

²⁰⁹⁷ Voy. l'arrêt suivant : Trib. cant. VD, 31 mai 2012, n° HC/2011/297.

²⁰⁹⁸ Art. 160 al. 2 LPC GE.

²⁰⁹⁹ Art. 273 al. 2 CPC FR autorisant la rectification des « *erreurs de rédaction, notamment sur les noms, qualités et conclusions des parties, et les erreurs de calcul dans le dispositif.* »

²¹⁰⁰ Art. 339 al. 1 CPC TI traitant de la « *correzione della sentenza, se si tratta di errori materiali nella redazione o di semplici errori di calcolo, anche nei dispositivi...* »

²¹⁰¹ BOHNET, CPCN commenté, n° 6 ad art. 436 CPC NE.

²¹⁰² Art. 302 al. 1 CPC VD.

²¹⁰³ Art. 302 al. 2 CPC VD.

²¹⁰⁴ Cf. supra, n° 554 ss.

²¹⁰⁵ SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 215 (implicitement) ; BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 18 ad art. 132 CPC 2008 ; Mario KUMSCHIK, in Baker&McKenzie, n° 2 ad art. 132 CPC 2008. Voy. toutefois : Roger WEBER, in OBERHAMMER, n° 15 ad art. 132 CPC 2008 qui semblent ne pas totalement exclure la régularisation, au motif que : « *...dürfen [die Gerichte] dann allerdings eine Darstellung nicht vorschnell und ohne Ausübung der Fragepflicht als unsubstanziert abtun.* » L'idée est solidement ancrée dans la doctrine : Christine BALTZER-BADER, Die Rechtsmittel, in Thomas SUTTER-SOMM/Franz HASENBÖHLER, Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung – Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Schulthess Juristische Medien

ou que les envois par télécopie devraient être déclarés irrecevables d'emblée²¹⁰⁶, sans entrer dans tous les détails de la jurisprudence adoptée en matière d'interdiction du formalisme excessif à ce propos²¹⁰⁷. La question fait parfois l'objet d'une présentation sous forme de *pot pourri* des différentes sanctions susceptibles de s'appliquer aux actes de procédure viciés²¹⁰⁸. Concernant l'article 63 du Code de procédure civile, la situation n'est guère meilleure²¹⁰⁹. La question de la régularisation des actes de procédure est abordée de manière encore plus superficielle en matière d'exécution forcée²¹¹⁰, même si elle est admise par la jurisprudence²¹¹¹.

609. Seul BOHNET, dans son commentaire de l'article 132 du Code de procédure civile, donne une présentation générale des possibilités de régularisation des actes émanant des parties. Constatant que le « *vice de forme* » n'est pas défini dans le texte légal²¹¹², il commence par le distinguer de l'irrecevabilité, vice affectant la demande et obligeant la partie concernée à en déposer une nouvelle²¹¹³. Tous les vices affectant un acte de procédure ne sont toutefois pas régularisables. BOHNET considère ainsi qu'un acte de procédure est inexistant s'il est affecté d'« *une informalité telle que l'acte ne soit*

AG, Bâle/Genève, 2003, pp. 87 ss, spécialement p. 94 ; CHEVALIER, p. 164 ; SEILER, Die Berufung, p. 375 qui admet toutefois une régularisation dans le délai de recours (p. 376) ; SPÜHLER/VOCK, p. 25-26 qui soulignent la plus grande sévérité du droit fédéral au regard du droit zurichois abrogé. *Apparemment contra* : HALDY, La nouvelle procédure civile, p. 132.

²¹⁰⁶ GEHRI/KRAMER, n° 3 ad art. 132 CPC 2008 ; Mario KUMSCHIK, in Baker&McKenzie, n° 4 ad art. 132 CPC 2008 ; STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 3 ad art. 132 CPC 2008 ; Roger WEBER, in OBERHAMMER, n° 4 ad art. 132 CPC 2008.

²¹⁰⁷ Sur la question de l'emploi de la télécopie, voy. toutefois : François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 40 ad art. 132 CPC 2008 ; Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 6 et 11 ad art. 132 CPC 2008. Ce sont les seuls auteurs à tenir compte de l'ancienne jurisprudence.

²¹⁰⁸ Tel est le cas chez : HOHL, Vol. 2, 2^{ème} édition, p. 117-120.

²¹⁰⁹ Rares sont, en effet, les auteurs à proposer une définition claire de ce qu'il faut entendre par « *procédure prescrite* » au sens de l'art. 63 CPC 2008. Pour la plupart d'entre eux, le débat se limite à la question de l'irrecevabilité, pour absence de situation claire, d'une demande en procédure sommaire sur le fondement de l'art. 257 CPC 2008 et aux confusions entre la procédure ordinaire et la procédure simplifiée. Voy. parmi tant d'autres : Dominik INFANGER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 2 ad art. 63 CPC 2008 ; Markus MÜLLER-CHEN, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 21 ad art. 63 CPC 2008 ; Prisca SCHLEIFFER MARAIS, in Baker&McKenzie, n° 6 ad art. 63 CPC 2008 ; Thomas SUTTER-SOMM/Martin HEDINGER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 8 ad art. 63 CPC 2008 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 215 (ad art. 63 CPC 2008). Font toutefois exceptions : Stephen V. BERTI, in OBERHAMMER, n° 6 ad art. 63 CPC 2008 et DIETSCHY, Les conflits du travail, p. 113, pour qui il y a lieu d'appliquer la perpétuation de la litispendance aux procédures directement introduites devant le tribunal compétent sans passer par le préliminaire obligatoire de conciliation ainsi que François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 13 ad art. 63 CPC 2008 proposant l'application de celle-ci à toutes les hypothèses où une demande ne justice est déclarée irrecevable pour vice de forme.

²¹¹⁰ Voy. les développements extrêmement limités sur le sujet : Pauline ERARD, in DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, n° 24-27 ad art. 32 LP ; Francis NORDMANN, in STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, n° 15 ad art. 32 LP ; PETER, Edition annotée de la LP, p. 124 (ad art. 32 LP) ; Marc RUSSENBERGER/Karin SAUTER, in Daniel HUNKELER, n° 15 ad art. 32 LP. Seul un auteur fait le lien de manière explicite avec le reste du droit judiciaire privé : GILLIÉRON, n° 63-69 ad art. 32 LP.

²¹¹¹ Voy. récemment TF du 23 mars 2010, 5A_30/2010, cons. 3.

²¹¹² François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 2 ad art. 132 CPC 2008.

²¹¹³ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 3 ad art. 132 CPC 2008.

pas reconnaissable en tant qu'acte de procédure »²¹¹⁴. Il mentionne, à cet égard, le cas du « *quérulent qui adresse un courrier de protestation à l'égard de nombreux notables au tribunal sans que l'on discerne une prétention au sens juridique du terme* »²¹¹⁵. Seul peut être considéré comme régularisable le « *vice qui ne rend pas l'acte informe ou qui ne l'empêche pas de remplir sa fonction.* »²¹¹⁶ La fonction d'un acte de procédure se ramène à « *son identification et à sa praticabilité* »²¹¹⁷. L'identification implique que « *l'acte doit être suffisamment précis pour permettre au juge et au défendeur, après un examen raisonnable, de déterminer de qui il émane et contre qui il est dirigé, sur quoi la prétention se fonde et en quoi elle consiste.* »²¹¹⁸ La praticabilité implique que l'acte « *doi[ve] permettre un déroulement clair et ordonné de l'instance et garantir aux parties le droit de prendre position sur les allégations de leur adversaire.* »²¹¹⁹ La construction dogmatique proposée par BOHNET a le grand mérite de fournir un cadre de réflexion plus élaboré que la casuistique à laquelle se livrent les autres auteurs. Elle permet de faire le lien avec l'acquis issu des droit cantonaux francophones, plus particulièrement avec le droit neuchâtelois²¹²⁰. Elle connaît néanmoins aussi ses limites. Elle fait ainsi preuve d'une certaine sévérité à l'égard des parties, bien que l'auteur ait souligné la nécessité d'aborder le sujet « *avec pour toile de fond les principes de l'interdiction du formalisme excessif et du droit d'être entendu.* »²¹²¹ Un exemple qu'il fournit lui-même permet de s'en rendre compte. Une demande en justice présentée en procédure ordinaire sous la forme d'une simple lettre comportant un exposé sommaire des faits et des conclusions serait, à son avis, affectée d'un vice de forme irréparable²¹²². Elle devrait donc être déclarée d'emblée irrecevable. Au terme de l'article 132 alinéa 2 du Code de procédure civile, les actes de procédure incompréhensibles sont retournés à leur auteur pour qu'il les refasse, cela signifie donc que de tels actes sont régularisables. En revanche, à suivre BOHNET, la régularisation ne serait pas possible si l'acte est mal présenté, mais au demeurant parfaitement compréhensible. Ce résultat n'est pas logique, car l'obscurité

²¹¹⁴ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 9 ad art. 132 CPC 2008.

²¹¹⁵ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 8 ad art. 132 CPC 2008.

²¹¹⁶ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 14 ad art. 132 CPC 2008.

²¹¹⁷ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 15 ad art. 132 CPC 2008.

²¹¹⁸ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 16 ad art. 132 CPC 2008.

²¹¹⁹ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 18 ad art. 132 CPC 2008.

²¹²⁰ L'auteur s'est manifestement inspiré de ses publications antérieures. Voy. par exemple la référence figurant au n° 15 de son commentaire.

²¹²¹ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 6 ad art. 132 CPC 2008.

²¹²² François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 12 ad art. 132 CPC 2008. Sauf si elle est « *structurée en allégués distincts, numérotés ou non, mais sans indication des preuves détaillées sous chaque allégué.* » (François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 13 ad art. 132 CPC 2008).

constitue un vice de procédure bien plus grave que les erreurs dans la présentation de l'acte. La définition du vice de forme régularisable présentée par BOHNET s'avère ainsi trop restrictive. Il en va de même lorsqu'il refuse la régularisation en présence d'une cause d'irrecevabilité. Si cette dernière est prononcée au motif que « *la demande n'a pas été introduite selon la procédure prescrite* », l'article 63 alinéa 2 du Code de procédure civile trouve à s'appliquer et conduit à un résultat similaire à la régularisation²¹²³. Dès lors, pourquoi refuser au demandeur de déposer un nouveau mémoire de demande avant que l'irrecevabilité de son premier acte ne soit prononcée ? L'obliger à attendre un jugement d'irrecevabilité, tout en interdisant au juge d'ordonner la régularisation, constitue, à notre avis, un excès de formalisme²¹²⁴. Au vu de ces éléments, le modèle proposé par BOHNET ne garantit pas une interprétation du Code de procédure civile dépourvue de tout formalisme excessif, même s'il constitue la construction doctrinale la plus élaborée que nous ayons pu rencontrer. Voyons donc si les juridictions ont adopté une position plus favorable.

610. La jurisprudence en matière de droit judiciaire privé fédéral ne va pas plus loin que la doctrine. Elle ne comporte aucun commencement de théorie générale. Le Tribunal fédéral s'est surtout penché sur l'absence de motivation de l'acte de recours. En 1999, il exclut l'application de l'article 32 alinéa 4 de la Loi fédérale sur la poursuites pour dette et la faillite, au motif que « *le respect du délai de recours, et la motivation suffisante de l'acte de recours dans ce délai, constituent des conditions de recevabilité de la procédure de recours, dont la partie recourante ne peut s'affranchir sans avoir à subir une conséquence juridiquement défavorable.* »²¹²⁵ La motivation fournie est donc extrêmement limitée et elle pourrait s'appliquer à un nombre infini de vices de procédure. Elle est reprise à l'identique dans des arrêts ultérieurs, toujours concernant le défaut de motivation²¹²⁶. Le Tribunal fédéral n'a donc pas essayé de développer une théorie des actes de procédure régularisables en matière d'exécution forcée. D'ailleurs, la doctrine

²¹²³ Cf. supra, n° 604.

²¹²⁴ Voy. récemment la valse-hésitation du Président du Tribunal civil de Lausanne dans une affaire concernant la modification d'un jugement de divorce : Trib. cant. VD, 12 juin 2012, n° HC/2012/380.

²¹²⁵ ATF 126 III 30, cons. 1b), JdT 2000 II 11, RJB 137 (2000), pp. 292 (chron. Gasser), BISchK 2001, pp. 86 ss (chron. Gasser): « *Die Beobachtung der Beschwerdefrist und die rechtsgenügende Begründung der Beschwerde innert dieser Frist sind Voraussetzungen des Beschwerdeverfahrens, über die der Betroffene sich nicht hinwegsetzen kann, ohne einen Rechtsnachteil zu erleiden.* » Le Tribunal fédéral s'appuyait sur sa jurisprudence rendue avant la réforme de 1994, qui avait consacré formellement la possibilité de régulariser les actes des parties. Voy. sur ce point : ATF 114 III 5, cons. 3, JdT 1990 II 80 ; ATF 82 III 16.

²¹²⁶ Voy. parmi tant d'autres : TF du 27 septembre 2006, 7B.170/2006 ; TF du 29 juillet 2005, 7B.84/2005 ; TF du 24 décembre 2004, 7B.239/2004 ; TF du 29 avril 2002, 7B.28/2002, cons. 2 ; TF du 23 novembre 2000, 7B.239/2000. Le moteur de recherche du site internet www.bger.ch recensait, le 18 janvier 2012, 107 arrêts se référant au précédent de 1999.

prend acte de l'arrêt de 1999 sans en contester la teneur²¹²⁷. La situation ne changea pas avec l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral en 2007. Dans son arrêt du 19 mai 2008²¹²⁸, la juridiction suprême se prononça sur la portée de l'article 42 alinéa 5 et 6 de la loi précitée, prévoyant la régularisation de certains vices de procédure affectant le mémoire de recours adressé au Tribunal fédéral. Elle considéra que ces dispositions n'étaient pas applicable aux actes de recours insuffisamment motivés, lesquels étaient irrecevables d'emblée²¹²⁹. Bien que saisie uniquement d'une question portant sur l'interprétation du droit fédéral, elle indiqua au passage que l'obligation de motiver les actes de recours ne constituait « *ni une violation du droit d'être entendu, ni un excès de formalisme.* »²¹³⁰ Pour étayer son raisonnement, le Tribunal fédéral se réfère à ses propres précédents rendus en matière de procédure cantonale²¹³¹. La solution issue de l'arrêt de 2008 a été transposée aux recours adressés aux juridictions cantonales²¹³². En l'absence d'autres précisions, la jurisprudence ne nous permet pas de définir de manière précise les actes susceptibles d'être régularisés. Elle ne nous est donc pas d'une grande utilité pour interpréter les autres dispositions relatives à la régularisation.

2) Plaidoyer en faveur d'un changement de paradigme

611. En réponse aux problèmes que nous venons d'évoquer, nous estimons qu'un changement radical de paradigme s'impose. Nous proposons, tout d'abord, de revenir aux concepts développés dans la jurisprudence constitutionnelle. Il s'agit de renouer avec l'approche publiciste que l'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile a reléguée au second plan (a). Cela fait, nous poserons les bases d'une nouvelle casuistique (b).

a) Retour à l'approche publiciste

612. La présentation de la doctrine et de la jurisprudence en matière de droit judiciaire privé fédéral met en évidence leurs nombreuses insuffisances. L'approche essentiellement conceptualiste, suivie jusqu'alors, n'offre pas de résultat satisfaisant. Au vu de ces difficultés, nous estimons que la meilleure solution consiste à suivre les voies

²¹²⁷ PETER, Edition annotée de la LP, p. 124 (ad art. 32 LP); Marc RUSSENBERGER/Karin SAUTER, in HUNKELER, n° 15 ad art. 32 LP.

²¹²⁸ ATF 134 II 244, JdT 2009 I 716, RDAF 2009 I 462.

²¹²⁹ ATF 134 II 244, cons. 2.4.2. Voy. également un autre arrêt rendu le même jour, et portant sur la même question : TF du 19 mai 2008, 1C_120/2008, cons. 2.1.

²¹³⁰ ATF 134 II 244, *ibid* : « ...so liegt darin weder eine Verweigerung des Anspruchs auf rechtliches Gehör noch kann darin ein überspitzter Formalismus gesehen werden. ».

²¹³¹ Voy. ATF 134 II 244, *ibid* et les références à l'arrêt 5P.405/2000 concernant la procédure d'appel du droit argovien.

²¹³² Voy. TF du 7 décembre 2011, 4A_659/2011.

tracées par la jurisprudence constitutionnelle. Il s'agira toutefois de faire preuve de discernement, de manière à corriger les imprécisions qui suscitaient la controverse. Ce retour à une approche publiciste ne peut toutefois faire totalement abstraction des dispositions pertinentes du Code fédéral de procédure civile.

613. En premier lieu, il nous paraît nécessaire de traiter la question de manière aussi générale que possible. Les articles 132 du Code de procédure civile, 32 alinéa 4 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que 42 alinéa 5 et 6 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral doivent donc recevoir en principe la même interprétation²¹³³. Les divergences doivent être méticuleusement justifiées. La jurisprudence va déjà dans cette direction. Un arrêt rendu au sujet de la procédure devant le Tribunal fédéral se réfère à des précédents en matière de poursuite pour dettes et faillite²¹³⁴. Une autre espèce constate que l'article 132 du Code de procédure civile et l'article 42 de la Loi sur le Tribunal fédéral sont « *semblables* »²¹³⁵.

614. La régularisation doit être entendue dans son sens le plus large. D'autres vices de procédure peuvent en bénéficier en plus de ceux mentionnés aux articles précités du Code de procédure civile, de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral. Tel est le cas des *conditions de recevabilité*, énumérées à l'article 59 du Code de procédure civile. Les hypothèses envisagées se recoupent avec les nullités pour irrégularités de fond et les fins de non-recevoir du droit français, lesquelles sont régularisables²¹³⁶, la régularisation ne se heurte donc à aucun obstacle pratique. Elle ne constitue pas non plus une nouveauté en droit suisse. Le droit tessinois prévoyait expressément la régularisation des conditions de recevabilité²¹³⁷. La jurisprudence rendue sous l'empire des codes cantonaux avait posé pour principe que les conditions de recevabilité devaient être réunies au moment où le juge statuait²¹³⁸. Elle n'admettait d'exception que pour l'incompétence *ratione loci* en matière matrimoniale²¹³⁹, afin d'éviter qu'une circonstance postérieure à l'introduction d'instance

²¹³³ Voy. déjà Message FF 2006 6917 pour qui la disposition similaire du projet « *correspond à la LTF* ».

²¹³⁴ TF du 7 septembre 2009, 4A_141/2009 et 4A_149/2009, cons. 9.

²¹³⁵ TF du 7 décembre 2011, 4A_659/2011, cons. 5.

²¹³⁶ Cf. *supra*, n° 547 ss.

²¹³⁷ Art. 99 al. 3 CPC TI.

²¹³⁸ TF du 2 juin 2009, 5A_15/2009, cons. 4.1, RSPC 2009, p. 367; ATF 133 III 539, cons. 4.4, SJ 2007 I 586, RSPC 2007, p. 363 ; ATF 127 III 41, cons. 4d, JdT 2000 II 98, SJ 2001 I 190, AJP/PJA 2004, p. 1039 (chron. Kuster), BLSchK 2002, p. 204 (chron. Gasser). Cette opinion est partagée par la doctrine.

²¹³⁹ Il s'agit d'une jurisprudence constante : ATF 116 II 9, cons. 5, JdT 1993 I 620 ; ATF 91 II 321, cons. 3 ; ATF 90 II 213, cons. 2 ; TF du 14 juillet 1950, SJ 1951, pp. 165. Pour plus de précisions, voy. BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 248-249 ; BOHNET, Les exceptions en procédure civile, p. 155.

ne fasse obstacle au procès²¹⁴⁰. La régularisation était donc autorisée par voie prétorienne avec la bénédiction de la doctrine²¹⁴¹. Cette dernière en propose désormais l'application²¹⁴² pour les conditions de recevabilité figurant dans le Code fédéral de procédure civile, mentionnant parfois expressément la possibilité de régulariser l'irrecevabilité encourue²¹⁴³.

615. Nous sommes d'avis qu'il faut admettre la régularisation avec générosité. Tout vice de procédure doit être tenu pour régularisable²¹⁴⁴, en dépit de certaines voix divergentes dans la doctrine²¹⁴⁵. La solution contraire doit constituer l'exception et être soigneusement motivée. Cela vaut²¹⁴⁶, plus particulièrement, pour les opérations d'instruction du procès²¹⁴⁷, les jugements ou les moyens de preuve impliquant le concours

²¹⁴⁰ La doctrine critiquait cette approche, voy. les références figurant in ATF 90 II 321, cons. 2.

²¹⁴¹ BERGER/GÜNGERICH, p. 184 ; Hermann BÜRGI/Kaspar SCHLÄPFER/Matthias HOTZ/Carlo PAROLARI, Handbuch zur Thurgauer Zivilprozessordnung, Schulthess, Zurich, 2000, n° 10 ad § 94 ZPO TG ; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, n° 12 ad § 72 ZPO AG ; COCCHI/TREZZINI, Appendice, p. 147 (ad art. 97 CPC TI ; avec référence à la jurisprudence fédérale) ; GULDENER, Zivilprozessrecht, p. 285-286 (ratification des actes effectués par une personne privée de la capacité de revendiquer ou de la capacité d'ester en justice) ; Max KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^{ème} édition, Verlag Stämpfli & Cie AG, Berne, 1984, p. 87 ; FRANK/STRÄULI/MESSMER, n° 19 ad § 108 ZPO ZH ; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, n° 1b et 3a ad art. 191 CPC BE ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, n° 5 ad art. 79 ZPO SG ; MERZ, n° 3c) ad § 94 ZPO TG ; OLGIATI, p. 343-344.

²¹⁴² Cela ne va pas sans suggestions de modification. Ainsi, BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 249 suggère que l'impossibilité de régulariser l'incompétence *ratione loci* soit étendue à toutes les situations où « le juge ou le défendeur soulève cette question d'entrée de cause et que le demandeur modifie son domicile pour éviter de voir sa demande déclarée irrecevable » et non plus aux seules affaires matrimoniales. SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, p. 316 indique plus sobrement que « mit Ausnahme des Sonderfalls der Zuständigkeit ist davon auszugehen, dass die Prozessvoraussetzungen nicht nur zur Beginn, sondern bis zum Abschluss des Prozesses vorhanden sein müssen. »

²¹⁴³ BOHNET, Les exceptions en procédure civile, p. 155 ; BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 215 ; François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 13 ad art. 60 CPC 2008 (mentionne la ratification des actes accomplis par une personne privée de la capacité d'ester en justice) ; Mathias COURVOISIER, in Baker&McKenzie, n° 19 ad art. 59 CPC 2008 (mentionne explicitement la régularisation) ; DIETSCHY, Les conflits de travail, p. 130 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 141-142 ; Tanja DOMEJ, in OBERHAMMER, n° 3 et 4 ad art. 59 CPC 2008 (mentionne expressément la régularisation) ; GASSER/RICKLI, n° 4 ad art. 61 CPC 2008 ; Myriam A. GEHRI, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 8 et 9 ad art. 60 CPC 2008 ; Boris MÜLLER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 37 ad art. 59 CPC 2008 (mentionne expressément la régularisation). STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 141 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 216 (ratification des actes accomplis par une personne privée de la capacité d'ester en justice ou de la capacité de revendiquer) ; SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, p. 316-317 ; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, p. 148 ; Alexander ZÜRCHER in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 17 ad art. 59 CPC 2008 (règle générale) ; TREZZINI, p. 74 ; Ivo SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, PCEF 2009, pp. 195 ss, spécialement p. 205 ; Alexander ZÜRCHER in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 19 ad art. 60 CPC 2008 (mentionne explicitement la ratification des actes accomplis par une personne privée de la capacité d'ester en justice).

²¹⁴⁴ Voy. déjà STRÄULI, p. 41 « Wie schon kurz bemerkt wurde, muss eine Verbesserung grundsätzlich für alle fehlerhaften Prozesshandlungen in Frage kommen ; sie ist naturgemäss überall dort notwendig, d.h. als einzig mögliches Heilmittel anzusehen, wo die Verletzung zwingender Verfahrensvorschriften in Frage steht. »

²¹⁴⁵ Markus MÜLLER-CHEN, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 8 ad art. 63 CPC 2008 : « Darüber hinaus ist zu beachten, dass im Zivilprozess im Grundsatz kein Anspruch auf die Korrektur unsorgfältiger Prozessführung besteht. »

²¹⁴⁶ En ce sens : HOHL, Vol 2, 2^{ème} édition, p. 112.

²¹⁴⁷ Telles que, par exemple, le renvoi d'une audience afin de régulariser la composition du tribunal ou la régularisation d'une erreur affectant la rédaction d'un jugement.

du tribunal²¹⁴⁸. Le fait qu'ils n'émanent pas des parties, et donc que l'article 132 du Code de procédure civile ne leur soit pas applicable, ne constitue pas un obstacle à la régularisation²¹⁴⁹. Celle-ci est d'ailleurs mentionnée ponctuellement. L'article 188 alinéa 2 du Code de procédure civile prévoit ainsi la possibilité de compléter, et donc de régulariser, un rapport d'expertise incomplet. La doctrine²¹⁵⁰ propose aussi de régulariser les autorisations de procéder délivrées à l'issue d'une procédure de conciliation infructueuse²¹⁵¹. Celle-ci pourrait également être justifiée sur la base des articles 112 et 129 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, ou de l'article 334 du Code de procédure civile. Nous proposons donc de généraliser les solutions consacrées sectoriellement par le droit positif. Il faut toutefois tenir compte de la nature particulière des jugements et de la nécessité de ne pas remettre indûment en cause l'autorité de la chose jugée sous le couvert d'une régularisation²¹⁵², même si les risques nous paraissent négligeables et avant tout théoriques.

616. Une fois ces principes généraux posés, il nous reste à fixer le critère commun permettant d'identifier les vices de procédure régularisables. Il s'agit de l'*intérêt prépondérant à la régularisation*, auquel se réfère la jurisprudence en matière de formalisme excessif²¹⁵³. Notre approche constitue le prolongement de la jurisprudence constitutionnelle. Nous ne proposons pas de reprendre les aspects criticables de celle-ci, en particulier le louvoiement jurisprudentiel autour de la notion de vice de forme²¹⁵⁴ ou les interminables discussions autour de l'impossibilité de régulariser les vices de procédure intentionnels²¹⁵⁵. Au vu de l'évolution jurisprudentielle en matière d'emploi de

²¹⁴⁸ On songe à la mise en conformité d'un rapport d'expertise, où à une seconde audition d'un témoin dont les propos n'avaient été correctement transcrits dans le procès-verbal.

²¹⁴⁹ Celle-ci a parfois été prévue par le Code de procédure civile, voy. art. 188 al. 2 CPC 2008 concernant les rapports d'expertise lacunaires. Des normes similaires existaient dans le droit cantonal, cf. § 181 ZPO ZH au contenu identique.

²¹⁵⁰ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 9 ad art. 209 CPC 2008 ; Urs GLOOR/Barbara UMBRICH LUKAS, in OBERHAMMER, n° 6 ad art. 209 CPC 2008 ; Dominik INFANGER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 18-20 ad art. 132 CPC 2008.

²¹⁵¹ Art. 209 CPC 2008. Celles-ci doivent respecter un certain formalisme (voy. les indications obligatoires mentionnées à l'al. 2). Il sera toujours possible de remplacer l'autorisation de procéder par une mention apposée sur l'acte introductif d'instance, comme cela se faisait à Genève (art. 64 al. 2 LPC GE), ou sur la requête en conciliation, à condition que toutes les mentions figurent en substance (voy. François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 5 ad art. 209 CPC 2008).

²¹⁵² Protégée par l'art. 6 § 1 CEDH contre les procédures en révision, ou en rectification, abusives, voy. CourEDH [GC], *Brumărescu c. Roumanie*, n° 28342/95, arrêt du 28 octobre 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-VII. Récemment le Tribunal fédéral a dû rappeler ce principe à la Cour suprême lucernoise : TF du 25 août 2011, 5A 860/2010.

²¹⁵³ Cf. supra, n° 581 ss.

²¹⁵⁴ A ce propos: supra, n° 588.

²¹⁵⁵ Cf. supra, n° 595 ss.

la télécopie²¹⁵⁶, il est préférable de se référer à la notion d'*abus du droit*, telle que consacrée en matière d'assurances sociales²¹⁵⁷. Concernant les conséquences de l'écoulement d'un délai, nous sommes d'avis que celles-ci ne doivent plus constituer un obstacle. La doctrine n'exclut plus une régularisation dans ce cas²¹⁵⁸ et les évolutions récentes en droit français nous montrent qu'il est tout à fait envisageable d'y renoncer²¹⁵⁹.

b) Développement d'une véritable casuistique

617. Maintenant que nous avons déterminé le critère permettant d'identifier un vice de procédure régularisable, il nous reste à l'appliquer. D'emblée, nous observerons qu'il n'est pas possible de donner une liste complète et exhaustive de tous les vices de procédure régularisables. Cette impossibilité est connue depuis longtemps d'ailleurs²¹⁶⁰. Elle se comprend aisément. Vu que nous avons renoncé à une approche constructiviste au profit d'une pesée d'intérêts, la régularisation dépend des circonstances concrètes de l'espèce. Il se peut donc qu'un même vice de procédure puisse être régularisé dans certaines hypothèses uniquement. Prétendre à l'exhaustivité reviendrait à imaginer tous les cas de figure envisageables. Cela dépasse les bornes de l'entendement. Il serait cependant tout aussi exagéré d'en déduire que la régularisation dépend du bon plaisir, plus ou moins arbitraire, des tribunaux. Des critères objectifs peuvent être identifiés ; nous allons les examiner ci-après.

618. Tout d'abord, la régularisation doit être envisagée aussi largement que possible. Cela vaut, à notre avis, en particulier pour l'absence de motivation des actes de recours. Un arrêt récent a exclu, au terme d'un raisonnement pour le moins superficiel, la régularisation d'un acte d'appel insuffisamment motivé. La juridiction suprême s'est référée à la solution consacrée en matière de procédure devant le Tribunal fédéral²¹⁶¹. La

²¹⁵⁶ Cf. supra, n° 596 et 597. Certaines décisions récentes semblent admettre la régularisation d'un recours interjeté par télécopie : Trib. cant. VD, 11 juillet 2012, n° ML / 2012 / 158 (recours finalement déclaré irrecevable pour une autre raison).

²¹⁵⁷ Sur les différents courants jurisprudentiels et les possibilités de synthèse, voy. déjà : DONZALLAZ, Commentaire LTF, pp. 451 ss, n° 1047 ss.

²¹⁵⁸ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 26 ad art. 132 CPC 2008 ; Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 7 ad art. 132 CPC 2008 ; Mario KUMSCHICK, in Baker&McKenzie, n° 3 ad art. 132 CPC 2008 ; KUSTER, p. 137-138 ; SEILER, Die Berufung, pp. 372 ss ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 558 (ad art. 132 CPC 2008) ; Roger WEBER, in OBERHAMMER, n° 18 ad art. 130-132 CPC 2008.

²¹⁵⁹ Cf. supra, n° 568 ss.

²¹⁶⁰ Voy. déjà : STRÄULI, p. 51 : « Eine vollständige Darstellung sämtlicher prozessualer Mängel ist aus diesem Grunde fast unmöglich, aber m.E. auch gar nicht erforderlich. ».

²¹⁶¹ TF du 7 décembre 2011, 4A_659/2011, cons. 5.

question de l'interdiction du formalisme excessif n'a absolument pas été évoquée, mais il semble que la partie recourante ne l'ait pas invoquée²¹⁶².

619. Cette jurisprudence doit être catégoriquement rejetée. Toute une série de circonstances démontrent qu'une autre solution peut être envisagée sans entièrement désorganiser le cours de l'instance. Ainsi, la doctrine tolérait, sous l'empire de la défunte Loi fédérale d'organisation judiciaire la régularisation des motivations déficientes sur le fondement de l'article 55 alinéa 2 de cette loi²¹⁶³, même si la pratique était globalement défavorable²¹⁶⁴. Récemment, le Tribunal fédéral a admis en matière d'assurances sociales la production d'un mémoire ampliatif destiné à compléter la motivation défaillante d'un recours²¹⁶⁵. Il ressort de plusieurs arrêts adoptés par les juridictions vaudoises que celles-ci invitent les parties à compléter la motivation de leurs recours limité au droit²¹⁶⁶ et la régularisation de l'absence de motivation était possible devant les tribunaux zurichois²¹⁶⁷. La Loi fédérale sur le Tribunal fédéral admet finalement la régularisation de la motivation des décisions de justice. Son article 112 alinéa 3 autorise la juridiction suprême à demander aux juridictions cantonales de compléter les arrêts cantonaux qui ne respecteraient pas les règles fixées à l'alinéa 1 du même article, la motivation figurant au nombre des exigences mentionnées²¹⁶⁸. On rencontre plusieurs arrêts du Tribunal fédéral mentionnant explicitement la possibilité d'inviter les juridictions cantonales à fournir des

²¹⁶² La question ne pouvait alors pas être abordée d'office par le Tribunal fédéral à cause de l'art. 106 al. 2 LTF.

²¹⁶³ Voy. POUDRET/SANDOZ-MONOD, n° 2 ad art. 55 OJF *Contra* : MESSMER/IMBODEN, p. 154-155 qui excluent clairement toute régularisation.

²¹⁶⁴ Les arrêts publiés sont toutefois rares. Les quelques espèces disponibles montrent que le Tribunal fédéral n'excluait pas d'emblée une régularisation des motifs indigents, mais qu'il était surtout obnubilé par la peur d'accorder ainsi une prolongation implicite du délai de recours. Il refusait, dès lors, fréquemment d'accorder un délai supplémentaire. Voy. TF du 29 septembre 2006, 5C.95/2006, cons. 1.2 ; TF du 26 avril 2005, 5C.71/2005, cons. 1 (non publié *in* ATF 131 III 409) ; ATF 92 II 303. Voy. tout de même : TF du 13 décembre 1985, cons. 1a, SJ 1986, p. 335-336 (l'affaire portait sur la procédure civile genevoise ; la question n'est soulevée qu'à titre d'*obiter dictum*) et ATF 71 II 34, cons. 2, JdT 1945 I 159 (la régularisation est envisageable si une motivation embryonnaire est fournie).

²¹⁶⁵ Cf. *supra*, n° 588.

²¹⁶⁶ Il s'agit d'une jurisprudence bien établie : Trib. cant. VD ; 28 octobre 2012, n° Pron/2012/60 ; Trib. cant. VD, 11 mai 2012, n° Pron/ 2012/110 ; Trib. cant. VD, 4 avril 2012, n° Pron/2012/79 ; Trib. cant. VD, 30 novembre 2011, n° Pron/2011/140. En revanche, la jurisprudence est irrégulière s'agissant des appels : Trib. cant. VD, 6 septembre 2012, n° Pron/2012/194 ; Trib. cant. VD, 9 août 2012, n° Pron/2012/170 ; Trib. cant. VD, 24 juillet 2012, n° Pron/2012/161 ; Trib. cant. VD, 24 novembre 2011, n° HC/2011/722, cons. 3 ; Trib. cant. VD, 9 septembre 2011, n° Pron/2011/92.

²¹⁶⁷ S'agissant de l'appel, la motivation insuffisante n'était pas une cause d'irrecevabilité sans toutefois que la Cour suprême ne soit obligée d'inviter la partie concernée à régulariser le vice de procédure, l'appel étant examiné sur la base du dossier : FRANK/STRÄULI/MESSMER, n° 4 ad § 264 ZPO ZH ; Urs KORNER, *Die Berufung im Zürcher Zivilprozess*, thèse Zurich, W. Schneider Druckerei, Zurich, 1980, p. 58. En revanche pour le *Rekurs*, terme difficilement traduisible en français, le Code zurichois prévoyait la régularisation : FRANK/STRÄULI/MESSMER, et n° 3 ad § 271 ZPO ZH ; Philippe E. MEYER, *Der Rekurs im Zürcher Zivilprozess*, thèse Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1985, p. 161-162.

²¹⁶⁸ Art. 112 al. 1 litt. b LTF insistant sur le caractère *déterminant* des motifs.

motifs plus détaillés, de manière à éviter l'annulation de leur arrêt²¹⁶⁹. Le Tribunal fédéral se montre accommodant et admet même que la motivation soit fournie après le dépôt du recours, en réponse à un grief tiré de la violation de l'article 112 alinéa 1 lettre b de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral²¹⁷⁰. Il va même jusqu'à appliquer ce principe dans des affaires aussi sensibles que celles ayant trait à la prolongation d'une détention préventive²¹⁷¹. Si la juridiction suprême fait preuve de souplesse en ce qui concerne la rédaction des décisions de justice, quand la liberté d'un individu est en jeu, pourquoi ne le ferait-elle pas également pour les actes des parties dans une cause civile ? Le jugement conclut la procédure dont il cristallise les éléments essentiels. Il constitue un acte officiel émanant de l'*imperium* du pouvoir judiciaire. Si sa motivation peut être régularisée, il doit forcément en aller de même pour les actes des parties qui ne présentent jamais la même importance.

620. Ces éléments devraient conduire le Tribunal fédéral à réviser sa jurisprudence et à admettre en principe la régularisation de la motivation insuffisante des actes de procédure des parties. Celle-ci n'a d'ailleurs jamais été totalement exclue ni par la doctrine²¹⁷², ni par les juridictions cantonales. On en veut pour preuve cet arrêt valaisan admettant la régularisation d'un mémoire de réponse ne comportant pas une présentation détaillée de la version du défendeur en ce qui concerne les faits pertinents du litige²¹⁷³. Le vice de procédure dont le Tribunal cantonal valaisan a ordonné la régularisation s'analyse en une absence de motivation sur les questions de fait. Il n'y a aucune raison de ne pas

²¹⁶⁹ Voy. les arrêts de principe : ATF 136 III 56, cons. 5, RSDIE 2011, p. 558, AJP/PJA 2011, p. 425 (obs. Mohs) ; ATF 135 II 145, cons. 8. 2, RDAF 2010 I 480 (note Benoît), RSPC 2009, p. 266 (note Bohnet) et les espèces non publiées suivantes adoptées en matière civile : TF du 16 décembre 2011, 4A_219/2011, cons. 1.3 ; TF du 17 décembre 2010, 5A_509/2010, cons. 2 ; TF du 10 août 2010, 4A_231/2010, cons. 2.2, SJ 2010 I 497 ; TF du 25 mars 2010, 5A_600/2009, cons. 4.1 ; TF du 1^{er} février 2010, 4A_552/2009, cons. 2.2 ; TF du 25 août 2009, 8C_219/2009, cons. 4.4 ; TF du 28 mai 2009, 5A_420/2008, cons. 1 ; TF du 22 août 2008, 5A_253/2008, cons. 2.1 ; TF du 7 avril 2008, 8C_786/2007, cons. 2.1 ; TF du 24 octobre 2007, 4A_267/2007, cons. 3. Le Tribunal fédéral n'annule sur le fondement de l'art. 112 al. 3 LTF que dans les cas extrêmes (TF du 28 mars 2012, 4A_24/2011, cons. 10 ; TF du 18 juillet 2011, 4D_29/2011 ; TF du 9 juin 2011, 5A_170/2011, cons. 2 ; TF du 22 mars 2011, 4A_6/2011, cons. 3 ; TF du 14 février 2011, 4A_508/2010, cons. 2 ; TF du 9 février 2011, 5A_524/2010, cons. 3.3 ; TF du 17 novembre 2010, 4A_102/2010 ; TF du 14 juin 2010, 5A_568/2009, cons. 2.2 ; TF du 25 mai 2009, 5A_100/2009, cons. 3 ; TF du 24 avril 2009, 4A_573/2008, cons. 2.4 ; TF du 15 novembre 2007, 4A_252/2007, cons. 3.2.) ou lorsqu'une seconde décision cantonale pourrait apporter une solution définitive au litige (TF du 28 juin 2011, 4A_119/2011, cons. 1.6). Pour plus de précisions, voy. DONZALLAZ, Commentaire LTF, p. 1625, n° 4524 : « l'annulation s'impose pourtant lorsque le jugement n'est pas susceptible d'être amélioré ».

²¹⁷⁰ Voy. TF du 29 septembre 2009, 5A_566/2009, cons. 2.

²¹⁷¹ TF du 19 avril 2012, 1B_45/2012, cons. 2.4 ; TF du 23 juin 2009, 1B_160/2009, cons. 1.2.

²¹⁷² Voy. MEIER, Zivilprozessrecht, p. 503 ; KUSTER, p. 126-127 (admet en général la régularisation d'un recours limité au droit interjeté par une partie comparaissant seule) et p. 138 (mentionne explicitement la régularisation d'un acte de recours dépourvu de motivation, mais comportant des conclusions) ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 215 concédant que l'absence d'indications de l'objet du litige puisse être régularisée, à l'exclusion de tout autre vice portant sur la motivation des actes de procédure. HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, p. 82, envisage ouvertement l'application de l'art. 132 CPC au contenu de l'acte de recours, donc à sa motivation.

²¹⁷³ Trib. cant. VS, 12 septembre 2006, cons. 4e)aa), RVJ 2007, p. 131 ss, spécialement pp. 137 ss.

admettre la transposition de cette solution aux moyens de droit. Cet arrêt cantonal nous montre par ailleurs que la régularisation des actes de procédure peut être largement envisagée, sans que cela ne vienne chambouler l'ensemble de l'ordre juridique²¹⁷⁴. Rien n'indique que les plaideurs valaisans, ou leurs avocats, aient été moins diligents suite à l'adoption de cet arrêt.

621. Après avoir établi le premier principe guidant l'interprétation des dispositions relatives à la régularisation des actes de procédure, soit la nécessité de l'envisager aussi largement que possible, sans exclure d'emblée certains vices de procédure, examinons maintenant plus concrètement comment la pesée des intérêts en jeu doit s'effectuer. Celle-ci repose sur l'opposition entre les *éléments subjectifs* et les *éléments objectifs*, ces derniers se répartissant entre les *circonstances intrinsèques* et les *circonstances extrinsèques*.

622. En premier lieu, il faut partir des éléments subjectifs, soit de la situation individuelle de l'auteur de l'acte de procédure vicié et de son investissement personnel dans le déroulement du procès. L'abstention pure et simple doit être considérée comme plus grave qu'un acte rédigé si maladroitement qu'il est presque entièrement incompréhensible. Cette affirmation est d'autant plus vraie quand la partie en cause n'avance aucun semblant de justification permettant d'expliquer son inaction²¹⁷⁵. Un vice de procédure commis sciemment dans le seul but d'obtenir une prolongation induue d'un délai tombera aussi sous le coup d'une présomption en défaveur de la régularisation. Il ne faut toutefois pas en déduire, comme cela se rencontre parfois dans la jurisprudence²¹⁷⁶, et souvent dans la doctrine²¹⁷⁷, que le vice de procédure intentionnel n'est jamais régularisable. La présomption, à laquelle nous faisons illusion, doit être réfragable. Cette circonstance ne devrait, toutefois, pas empêcher les juridictions de sévir lorsqu'un même

²¹⁷⁴ S'agissant de la formulation des conclusions dans une procédure en matière de propriété intellectuelle, voy. TFB (ordonnance) du 7 mars 2012.

²¹⁷⁵ Voy. déjà : TF du 3 mai 1996, cons. 3b, ZBl 98 (1997), pp. 311 ss : « *Der säumige Rechtsuchende soll prozessual nicht besser gestellt werden als der sorgfältige.* » L'analogie n'est pas parfaite, car en l'espèce la discrimination alléguée visait un justiciable ayant agi correctement. Ce faisant, le Tribunal fédéral nous invite toutefois à tenir compte du comportement subjectif des parties.

²¹⁷⁶ Cf. supra, n° 595 ss.

²¹⁷⁷ Florence AUBRY GIRARDIN, in CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 41 et 53 ad art. 42 LTF ; François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/TAPPY, n° 40 ad art. 132 CPC 2008 (réserve toutefois le cas de la télécopie ou de l'e-mail envoyé par un non juriste et qui serait de ce fait régularisable) ; Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 6 ad art. 132 CPC 2008 ; DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 1046 ad art. 42 LTF ; GEHRI/KRAMER, n° 14 ad art. 132 CPC 2008 ; Michael KRAMER/Nadja KUBAT ERK, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 14 ad art. 132 CPC 2008 (cas de l'acte de procédure accompli dans le but d'obtenir une prolongation de délai) ; Dominik VOCK, in SPÜHLER/DOLGE/VOCK, n° 9 ad art. 42 LTF.

justiciable commet systématiquement le même vice de procédure alors qu'il avait été dûment mis en garde²¹⁷⁸.

623. Une fois les éléments subjectifs identifiés, les *éléments objectifs*, soit la gravité du vice de procédure, pourront être pris en considération, de manière à fixer le seuil au-delà duquel la régularisation est impossible. Cette analyse se fera en deux temps. En premier lieu, la gravité du vice de procédure doit être examinée sur la base des *circonstances intrinsèques*, soit en ne prenant en compte que l'instance dans laquelle il s'insère. Les informalités mineures, telles que l'absence de signature²¹⁷⁹ ou les erreurs dans la désignation des parties²¹⁸⁰, seront en principe toujours régularisables. Le juge pourra même procéder d'office sans inviter la partie concernée à déposer un nouveau mémoire²¹⁸¹. L'irrecevabilité sans régularisation ne devrait être envisageable que dans des hypothèses rarissimes²¹⁸². Pour des vices de procédures plus graves, tels que l'absence de motivation, la régularisation ne sera pas possible en présence d'un abus de droit

²¹⁷⁸ En ce sens : GASSER/RICKLI, n° 4 ad art. 132 CPC 2008 ; Reto M. JENNY, in GEHRI/KRAMER, n° 5 ad art. 132 CPC 2008 ; Laurent MERZ in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 110 ad art. 42 LTF ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 560 (ad art. 132 CPC 2008). Sous l'empire du droit cantonal, le Tribunal fédéral a approuvé les autorités cantonales lorsqu'elles refusaient de fixer un délai pour régulariser un enième acte de procédure vicié : TF du 6 avril 2006, 5P.410/2006, cons. 3.2 relevant que les dispositions zurichoises sur la régularisation concernent les « *dérapages isolés* » (*einmalige Entgleisungen*) et non les actes systématiquement frappés d'un vice de procédure. Cette approche a été confirmée depuis à deux reprises : TF du 12 juin 2009, 5A_365/2009 ; TF du 6 octobre 2008, 5A_355/2008, cons. 2.1 à 2.3.

²¹⁷⁹ Mentionnée aux art. 47 LTF et 132 CPC.

²¹⁸⁰ Tel est l'avis de la doctrine : HOHL, Vol. 2, 2^{ème} édition, p. 117-118 ; Mario KUMSCHICK, in Baker&Mckenzie, n° 3 ad art. 132 CPC 2008 ; Christoph LEUENBERGER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 19 ad art. 221 CPC 2008 et n° 2 ad art. 222 CPC 2008 ; Georg NAEGELI, in OBERHAMMER, n° 4 ad art. 221 CPC 2008. Le Tribunal fédéral admettait la régularisation, à condition qu'aucun doute ne subsiste : ATF 131 I 57. La jurisprudence cantonale allait dans le même sens : Cour. supr. TG, 25 janvier 2008, cons. 2, RBOG 2008, p. 222-223 (désignation erronée dans une autorisation de procéder) ; Trib. cant. SG, 29 juin 2007, BZ.2006.96, cons. II/1 (désignation erronée dans un acte d'appel) ; Trib. cant. SG, 14 février 2007, BR 2008, p. 179 ; Trib. cant. GR, 20 décembre 2006, cons. 1b, PKG 2006, p. 180 ; Cour supr. LU, 6 avril 2006, cons. 6, LGVE 2006 I n° 40, p. 76 ; Trib. com. ZH, 28 novembre 1995, cons. 6, ZR 96 (1996), n° 97, p. 304 ; Trib. cant. GR, 11 janvier 1994, cons. 3a et 3b, PKG 1994, p. 16-17 ; Trib. cant. SG, 28 avril 1993, GVP 1993, n° 59, p. 121-122 ; Trib. cant. LU, 5 juin 1991, LGVE 1991 I n° 16, pp. 24 ss ; Trib. cant. GR ; 5 février 1991, cons. 2b et 2c, PKG 1991, p. 43-44 ; Trib. cant. SG, 23 mai 1990, GVP 1990, n° 72, pp. 197 ss ; Trib. cant. GR, 31 octobre 1983, cons. 2, PKG 1983, p. 64-65 ; Trib. cant. GR, 18 mars 1981, PKG 1981, p.33-34 ; Trib. cant. GR, 21 octobre 1980, PKG 1980, pp. 9 ss ; Trib. cant. FR, 12 octobre 1978, Extrait 1978, pp. 68 ss ; Trib. cant. GR, 13 juillet 1978, cons. 1, PKG 1978, p. 78 ; Cour supr. LU, 24 mai 1977, cons. 7, LGVE 1977 I n° 362, p. 423 ; Cour supr. AG, 18 septembre 1970, AGVE 1970, pp. 25 ss ; Cour supr. TG, 10 septembre 1970, RBOG 1970, p. 52, RSJ 67 (1971), p. 327 ; Cour supr. AG, 15 décembre 1979, AGVE 1969, p. 48-49 ; Cour supr. ZH, 11 mars 1969, cons. 4, ZR 68 (1969), n° 105, p. 277-278.

²¹⁸¹ S'agissant de la désignation des parties : François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 24 ad art. 132 CPC 2008 ; DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 892 ad art. 42 LTF ; Mathias LERCH, in GEHRI/KRAMER, n° 4 ad art. 221 CPC 2008 ; Eric PAHUD, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 4 ad art. 221 CPC 2008. La rectification d'office est également pratiquée en matière de poursuite pour dettes et faillite : ATF 120 III 11, cons. 1 ; ATF 102 III 133, JdT 1978 II 62, SJ 1977, p. 524, TF du 23 juillet 1924, SJ 1924, p. 439 (voy. Sabine KOFMEL EHRENZELLER, in STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, n° 17 ad art. 67 LP ; PETER, Edition annotée de la LP, p. 271 (ad art. 67 LP) ; Roland RUEDIN, in DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, n° 17 ad art. 67 LP).

²¹⁸² Par exemple, si l'auteur de l'acte de procédure indique d'emblée qu'il ne le régularisera pas.

manifeste²¹⁸³. Sur ce point, nous observons toutefois que les premiers arrêts, cantonaux²¹⁸⁴ et fédéraux²¹⁸⁵, ont opté pour une approche stricte qui doit donc être abandonnée. La pesée d'intérêts prenant en compte les seules circonstances intrinsèques doit, dans un second temps, être relativisée en la confrontant aux *circonstances extrinsèques*, soit l'ensemble des éléments extérieurs à l'instance engagée. Ceux-ci doivent permettre de tenir compte du contexte global dans lequel se déroule le procès, que cela soit en faveur, ou non, de la partie concernée. Ainsi un vice de procédure en principe irrégularisable, tel qu'un recours abusivement dépourvu de motivation suffisante, peut être régularisé en prenant en compte les circonstances extrinsèques. Tel sera le cas lorsque l'irrecevabilité d'un recours ne permet pas de contester une décision de justice manifestement arbitraire ou si le demandeur perd le bénéfice de mesures provisoires indispensables au succès de son action²¹⁸⁶. A l'inverse, quand le demandeur peut renouveler son acte sans aucun préjudice²¹⁸⁷, il ne sera pas excessivement formaliste de le déclarer irrecevable sans lui donner la possibilité de le régulariser. Un arrêt récent du Tribunal cantonal fribourgeois va dans cette direction. La juridiction a justifié l'irrecevabilité d'un appel pour vice de forme, au motif que, portant sur des mesures provisoires en matière de divorce, la décision attaquée pouvait être modifiée en tout temps, y compris d'office, si bien que la partie concernée n'était pas lésée dans ses intérêts essentiels²¹⁸⁸.

²¹⁸³ Tel sera le cas lorsqu'elle déclare interjeter appel le dernier jour du délai et annonce qu'elle fournira ultérieurement les motifs, sans qu'elle ne soit en mesure d'avancer un motif justificatif, voy. Cour just. GE, 16 juin 2011, n° ACJC/816/2011, l'arrêt étant toutefois sommairement motivé, sans prendre en compte la pesée d'intérêts que nous suggérons.

²¹⁸⁴ Tel est, à l'évidence, le cas des juridictions vaudoises qui ont déclaré de nombreux appels irrecevables pour des raisons formelles sans relever l'abus de droit : Trib. cant. VD, 1^{er} novembre 2011, n° Pron/2011/148 déclarant irrecevable un appel en annulation, au motif que les conditions d'un renvoi à la juridiction inférieure ne sont pas réunies, ou encore Trib. cant. VD, 9 septembre 2011, n° Pron/2011/92 et Trib. cant. VD, 21 août 2011, n° HC/2011/493, cons. 6, déclarant irrecevable, soit l'appel, soit certains griefs, pour défaut de motivation suffisante. Cela étant, la multiplication des décisions consultables sur Internet s'explique aussi par un plus grand souci de transparence et par une politique de publication plus généreuse. On peut ainsi constater que plusieurs autres tribunaux cantonaux ont emprunté une voie similaire : Trib. cant. JU, 27 janvier 2012, n° CC 89/2011 ; Trib. cant. FR, 23 janvier 2012, n° 101 2012-1 et 2, cons. 1)d)aa) ; Cour supr. ZH, 23 décembre 2011, cons. 2.4, ZR 111 (2012), n° 26, p. 61-62.

²¹⁸⁵ TF du 8 décembre 2011, 5A_663/2011, cons. 4.5.4 (absence de conclusions chiffrées en appel) ; TF du 7 décembre 2011, 4A_659/2011, cons. 5 (motivation insuffisante de l'acte d'appel).

²¹⁸⁶ L'idée se retrouve déjà en filigrane dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Voy. ATF 132 I 249, cons. 7, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 30 ss (note Rétornaz), RJB 144 (2008), p. 211 ss, spécialement p. 220 (chron. Walther) où la juridiction suprême estime qu'un vice de procédure frappant la notification d'une demande en justice n'autorise pas les juridictions à obliger la partie en faute à effectuer « *des formalités inutiles et dilatoires* », pas plus que celles-ci ne peuvent prononcer « *la perte des mesures conservatoires que cette partie a éventuellement obtenues.* »

²¹⁸⁷ S'il s'agit d'une demande en justice, il faudra tenir compte du risque que le défendeur profite de l'intervalle pour introduire une action en constat négatif, ayant le même objet, à un for qui lui est cependant plus favorable. Voy. concernant un appel en cause : ATF 128 III 284, JdT 2003 I 29, SJ 2002 I 476, RJB 139 (2003), p. 639-642 (chron. Leuenberger).

²¹⁸⁸ Trib. cant. FR, 23 janvier 2012, n° 101 2012-1 et 2, cons. 1d)cc).

624. A ce stade, nous comprenons bien que les quelques pistes de réflexion suggérées peuvent paraître décevantes. Néanmoins, nous ne pensons pas qu'il soit possible d'être plus précis, tout devant dépendre des circonstances de chaque cas d'espèce. Jurisprudence et doctrine ne manqueront pas de débroussailler le champ des réflexions futures. Il est vrai que, dans l'intervalle, le risque d'incertitude juridique est élevé. Un catalogue dressé abstraitement aurait le mérite d'y remédier. Malheureusement, le risque d'excès de formalisme, faute de tenir suffisamment compte des éléments concrets, serait alors plus élevé. Nous pensons donc que l'insécurité juridique est le prix à payer, temporairement du moins, pour adapter le formalisme aux nécessités de la procédure et aux intérêts des parties.

Section 2: Le processus de régularisation

625. Après nous être penché sur les vices de procédure régularisables, nous allons maintenant examiner le processus de régularisation, soit les démarches entreprises par les parties, ou les juridictions, afin de régulariser les vices de procédure. La question est intimement liée à la procédure appliquée devant les tribunaux. Le processus de régularisation ne peut être séparé du procès dans lequel il s'insère. Or le droit suisse et le droit français diffèrent sur de nombreux points déterminants.

626. En droit suisse, l'acte introductif d'instance est systématiquement adressé à la juridiction saisie qui le porte ensuite à la connaissance des autres parties²¹⁸⁹. Ce principe vaut également pour les autres actes du procès²¹⁹⁰. Le tribunal est donc en mesure de prendre connaissance de l'acte et d'inviter le demandeur à le régulariser avant sa notification. La position privilégiée de la juridiction l'encourage de ce fait à intervenir immédiatement auprès des parties.

627. Le droit français obéit à une logique différente. En règle générale²¹⁹¹, le procès débute par une assignation que le demandeur fait directement notifier au défendeur par ministère d'huissier²¹⁹². L'acte n'est porté à la connaissance de la juridiction saisie

²¹⁸⁹ Art. 202 al. 1 à 3 (conciliation), 221 al. 1 (procédure ordinaire), 245 (procédure simplifiée) et 253 (procédure sommaire) CPC 2008.

²¹⁹⁰ Voy. en procédure ordinaire : art. 222 al. 4 CPC 2008 pour la réponse.

²¹⁹¹ Art. 750 (procédure devant le tribunal de grande instance), 837 (procédure devant le tribunal d'instance) et 855 (procédure devant le tribunal de commerce) CPC 1975.

²¹⁹² Art. 55 CPC 1975 : « *L'assignation est l'acte d'huissier de justice par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge.* » Comme le relèvent HÉRON/LE BARS, p. 371 : « *l'assignation est adressée à l'adversaire et non au juge, qu'il faudra saisir par un acte postérieur.* »

qu'ultérieurement, le demandeur²¹⁹³ disposant même d'un délai de quatre mois pour enrôler son assignation devant le tribunal de grande instance²¹⁹⁴. Un débat contradictoire peut avoir lieu entre les parties avant que le tribunal n'apprenne l'existence du litige. D'autres modes d'introduction d'instance, impliquant davantage la juridiction saisie, existent toutefois. S'agissant de la procédure de première instance, ils constituent des exceptions à l'assignation²¹⁹⁵. La situation est différente en matière de voies de recours. L'appel et le pourvoi en cassation sont introduits par une déclaration faite au greffe de la juridiction de recours²¹⁹⁶. Malgré le changement de paradigme devant les juridictions supérieures, la doctrine²¹⁹⁷ continue de voir dans l'assignation « *le mode traditionnel d'introduction de la demande* »²¹⁹⁸ et elle part ainsi implicitement de l'idée que le procès commence en dehors du tribunal. Les conclusions, soit les actes écrits par lesquels les parties se communiquent leurs prétentions, obéissent à la même logique extrajudiciaire qu'elles viennent conforter. Elles sont notifiées directement entre les parties avant d'être déposées au greffe de la juridiction²¹⁹⁹. Même si le Code de procédure civile reconnaît de grands pouvoirs aux juridictions, celles-ci ne prennent connaissance de plusieurs actes du procès qu'à la suite des parties. Cette situation ne crée pas une atmosphère favorable à l'intervention active du juge dans la régularisation des actes de procédure.

628. Une comparaison superficielle entre la procédure administrative française et la procédure civile suisse met en lumière des parallèles saisissants. Devant les juridictions administratives françaises, l'instance se déroule entièrement sous la conduite de celles-ci. Elle s'introduit par le dépôt au greffe d'une requête²²⁰⁰. Ensuite, le conseiller rapporteur,

²¹⁹³ Le défendeur peut également procéder à la formalité, mais pour des raisons psychologiques évidentes (*nul ne tresse volontiers la corde qui servira à le pendre*), seul le demandeur y songera.

²¹⁹⁴ Art. 757 al. 2 CPC 1975.

²¹⁹⁵ Voy. par exemple : art. R. 1452-2 C. trav. au terme duquel l'instance devant le conseil de prud'hommes s'introduit par déclaration au greffe. Une procédure similaire est prévue, à titre facultatif, pour les affaires dont le valeur litigieuse est inférieure à 4 000 euros (art. 843 CPC 1975), soit celles qui sont généralement dans la compétence de la juridiction de proximité. En effet, l'art. L. 231-3 COJ prévoit la compétence de cette juridiction pour les « *actions personnelles ou mobilières jusqu'à la valeur de 4 000 euros* ». Au-delà, et jusqu'à 10 000 euros, le tribunal d'instance est exclusivement compétent. Le tribunal de grande instance est toujours compétent en matière immobilière par le jeu de l'art. L. 211-3 COJ. L'introduction d'instance par déclaration est obligatoire pour saisir le tribunal paritaire des baux ruraux (art. 885 al. 1 CPC 1975, à moins que l'affaire ne soit soumise à la publicité foncière, auquel cas l'art. 885 al. 4 CPC 1975 rend le recours à l'acte d'huissier obligatoire). Le tribunal des affaires de la sécurité sociale est saisi par requête envoyée par courrier recommandé avec avis de réception ou remise au greffe de la juridiction (art. R. 142-18 CSS).

²¹⁹⁶ L'appel s'introduit par déclaration faite au greffe de la juridiction de recours, que la représentation soit obligatoire (art. 901 CPC 1975), ou non (art. 932 CPC 1975). Il en va de même du pourvoi en cassation (art. 974 et 984 CPC 1975).

²¹⁹⁷ Par exemple : GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 585.

²¹⁹⁸ CADIET/JEULAND, p. 392.

²¹⁹⁹ Voy. art. 816 CPC 1975 au terme duquel le dépôt des conclusions au greffe du tribunal est fait « *dès la notification* », ou lors de l'enrôlement de l'assignation, si les conclusions ont déjà été prises.

²²⁰⁰ Art. R. 413-1 et R. 611-1 CJA.

commis pour instruire l'affaire²²⁰¹, fixe à chaque partie les délais convenables pour produire ses mémoires²²⁰². Un procès civil devant un tribunal suisse se déroule exactement de la même manière²²⁰³. Il n'est donc pas surprenant de constater que le Code de justice administrative français contient une disposition n'autorisant les juridictions à écarter d'office des conclusions frappées « *d'irrecevabilité susceptible d'être couverte après l'expiration du délai de recours* » que si elles ont préalablement « *invité leur auteur à les régulariser* »²²⁰⁴. Bien que les termes employés soient différents, la procédure administrative française admet la régularisation de la même manière que la procédure civile suisse. En Nouvelle-Calédonie, le Code de procédure civile²²⁰⁵ prévoit l'introduction d'instance par voie de requête²²⁰⁶, en des termes similaires au droit suisse. On ne s'étonnera donc pas de constater que le greffier est chargé d'inviter le demandeur à régulariser les vices de procédure affectant son acte²²⁰⁷. Le choix des formalités introductives d'instance exerce une certaine influence sur la manière dont la régularisation est envisagée.

629. Après ces quelques remarques préliminaires, abordons maintenant le vif de notre sujet. Les opérations de régularisation des actes de procédure vicié soulèvent deux questions distinctes que nous examinerons séparément. Il s'agit tout d'abord de déterminer à qui, du tribunal ou des parties, revient l'initiative de la régularisation de l'acte de procédure vicié (§ 1). Cela fait, nous nous pencherons sur les modalités de celle-ci (§ 2).

§ 1: L'initiative de la régularisation

630. La première hypothèse envisageable, et la plus simple, est celle d'une régularisation émanant de l'auteur de l'acte, qu'il en prenne directement l'initiative ou que cela lui soit suggéré par son adversaire (A). Le juge peut toutefois également prendre l'initiative de la régularisation, soit parce qu'il est l'auteur de l'acte, soit parce que son office à l'égard des actes des parties le requiert (B).

²²⁰¹ Art. R. 611-9 CJA.

²²⁰² Art. R. 611-10 et R. 611-17 CJA. Devant le Conseil d'Etat, le rapporteur est désigné après l'échange des observations (Art. R. 611-20 al. 2 CJA).

²²⁰³ Voy. art. 124 al. 2 et 220 à 227 CPC 2008.

²²⁰⁴ Art. R. 612-1 CJA.

²²⁰⁵ Le texte peut être consulté sur le site internet www.juridoc.gouv.nc.

²²⁰⁶ Art. 54-3 CPC Nouvelle-Calédonie.

²²⁰⁷ Art. 54-3-2 CPC Nouvelle-Calédonie.

A) La régularisation à l'initiative des parties

631. Les parties peuvent prendre l'initiative de régulariser leurs actes de procédure pour deux raisons distinctes. Il se peut qu'elles décident de procéder spontanément à la régularisation (1). Cette hypothèse est toutefois relativement rare. Dans la majorité des cas, la régularisation intervient en réponse à un incident à l'origine duquel se trouve une autre partie, ou le juge lui-même (2).

1) La régularisation spontanée

632. Même si elle ne se rencontre pas fréquemment, la régularisation spontanée est le cas de figure le plus simple à analyser. S'apercevant de sa méprise, l'auteur d'un acte de procédure entreprend ce qui est en son pouvoir pour le régulariser. On ne trouve, ni en droit suisse, ni en droit français, de dispositions précises à ce sujet. Le code suisse mentionne uniquement la régularisation à l'initiative du juge²²⁰⁸. La législation française se montre évasive sur ce point. Ne précisant pas qui doit être à l'origine de la régularisation²²⁰⁹, elle admet ainsi implicitement la régularisation à l'initiative de la partie concernée. Une disposition particulière n'aurait pas fait figure de luxe inutile, que ce soit en France ou en Suisse, à l'instar de ce qui existe aux Pays-Bas²²¹⁰. En effet, ce serait une erreur grave que de considérer, qu'en l'absence de texte explicite, la régularisation ne peut avoir lieu qu'à l'initiative de la juridiction. La Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi sanctionné la Cour constitutionnelle tchèque pour avoir interprété un écrit régularisateur comme retirant implicitement un recours précédemment interjeté pour en introduire un nouveau, qu'elle avait aussitôt déclaré irrecevable pour tardiveté²²¹¹, déniaient ainsi à la partie concernée le droit de prendre l'initiative de la régularisation. Quoiqu'il en soit, une pareille approche du formalisme procédural ne se retrouve pas dans les deux ordres juridiques faisant l'objet de notre étude. La régularisation à l'initiative des parties est ancrée dans la pratique judiciaire que se soit en Suisse (a) ou en France (b).

²²⁰⁸ Art. 132 CPC 2008.

²²⁰⁹ Art. 115, 121 et 126 CPC 1975.

²²¹⁰ Voy. art. 66 § 2 du code de procédure civile néerlandais (*Wetboek van burgerlijke rechtsvordering*) du 1^{er} octobre 1838 : « *Een gebrek in een exploit dat nietigheid meebrengt, kan, tenzij uit de wet anders voortvloeit, bij exploit worden hersteld.* » Le vocabulaire nous montre, au passage, l'influence française dans la législation des Pays-Bas.

²²¹¹ CourEDH, *Kadlec et autres c. République tchèque*, n° 49478/99, arrêt du 25 mai 2004.

a) Droit suisse

633. La régularisation à l'initiative des parties est mentionnée très tôt en jurisprudence. En 1955²²¹², le Tribunal fédéral considéra que l'interdiction du formalisme excessif commandait qu'un avocat, étranger aux juridictions cantonales, puisse produire l'autorisation de plaider après avoir interjeté un recours. La juridiction suprême estima que le monopole des avocats était légitime, car il avait pour but de protéger le public contre les « *avocats à la petite semaine* »²²¹³, sans toutefois que la poursuite de ce but légitime exige des avocats admis au barreau d'un autre canton qu'ils obtiennent l'autorisation de plaider avant de déployer leur activité judiciaire. En effet, en vertu du droit applicable alors, la délivrance de l'autorisation n'était qu'une formalité²²¹⁴. De nos jours, elle n'est d'ailleurs plus nécessaire²²¹⁵, mais il ne serait pas inconcevable d'appliquer cette jurisprudence aux avocats en provenance d'un pays de l'Union européenne et qui entendent plaider en Suisse au bénéfice des accords de libre circulation²²¹⁶. La faculté de régulariser spontanément les vices de procédure fut confirmée dans un arrêt ultérieur²²¹⁷. Elle suscita parfois l'opposition isolée de certaines juridictions cantonales²²¹⁸. Elle n'eut pas le temps d'intéresser la doctrine, car bien vite la jurisprudence mit à la charge des tribunaux l'obligation de provoquer la régularisation des actes de procédure²²¹⁹. Dès lors, le problème fut absorbé par les discussions relatives à l'étendue de cette obligation. C'est certainement ce qui explique pourquoi le Code fédéral de procédure civile ne fait pas allusion à la régularisation spontanée des actes de

²²¹² ATF 81 I 113, cons. 4.

²²¹³ L'expression originale, l'arrêt étant en allemand, est « *Winkeladvokaten* », qui ne peut pas être traduite littéralement. Elle désigne les mandataires qui se targuent du titre d'avocat sans en avoir les compétences uniquement parce qu'il n'existe pas de monopole de la représentation en justice. Le traducteur électronique www.leo.org suggère « *avocats marrons* » ou « *avocats verreux* ». Nous n'avons pas retenu ce terme, car il introduit une nuance de malhonnêteté, alors que l'expression allemande se réfère surtout au dilettantisme teinté d'incompétence des mandataires « *à la petite semaine* ».

²²¹⁴ En effet, en vertu de l'art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale de 1874, les diplômes délivrés par les autorités cantonales étaient reconnus sur tout le territoire suisse. L'autorisation de plaider ne pouvait donc pas être conditionnée à la réussite d'un second examen professionnel, à condition, toutefois, que la délivrance du brevet d'avocat ait été précédée de vérifications sérieuses dans le canton d'origine : BOHNET/MARTENET, p. 30-31.

²²¹⁵ Art. 4 de la Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (LLCA), publiée in RS 935.61.

²²¹⁶ Sur l'obligation des avocats étrangers de justifier de leur qualité à la demande des autorités judiciaires : BOHNET/MARTENET, p. 1291.

²²¹⁷ S'agissant de la procuration en matière civile : ATF 86 I 4, cons. 3 : « *Der Androhung des sofortigen Rechtsverlusts bei nicht rechtzeitiger Einreichung der Vollmacht bedarf es dazu nicht.* »

²²¹⁸ Voy. vingt ans plus tard : Cour just. GE, 15 septembre 1983, SJ 1984, pp. 302 ss qui prononce l'irrecevabilité *de plano* d'un appel interjeté par un avocat zurichois n'ayant pas obtenu au préalable l'autorisation de plaider à Genève. Le Tribunal administratif des Grisons semble également avoir dénié la faculté de régulariser : ATF 112 Ia 305, JdT 1988 I 599, SJ 1987, p. 363.

²²¹⁹ Voy. le résumé de la jurisprudence que SCHMID dresse aux p. 102-103 de son ouvrage.

procédure. En revanche, il ne faut pas perdre de vue que cette possibilité reste ouverte et qu'elle est quotidiennement pratiquée sans donner lieu à de la jurisprudence publiée²²²⁰.

b) Droit français

634. A la différence des auteurs suisses, la doctrine française envisage la régularisation à l'initiative des parties²²²¹. Il est toutefois plus difficile d'identifier de la jurisprudence publiée à ce propos. En effet, la rédaction très générale des articles 115, 121 et 126 du Code de procédure civile a pour conséquence que l'initiative de la régularisation importe peu. Vu la concision des décisions des tribunaux français, ceux-ci ne vont donc pas se pencher sur une circonstance qui ne s'avère pas déterminante pour l'issue du litige. Dans certains cas, la chronologie nous autorise toutefois à supposer que la partie concernée n'a pas attendu pour agir que le problème soit relevé par le juge, ou par son contradicteur. Dans une affaire où les dispositions du Code civil relative à la prescription étaient applicables dans leur version antérieure à la réforme de 2008²²²², le demandeur avait vainement tenté de régulariser une assignation défectueuse en faisant notifier un second acte dix-neuf jours plus tard, alors que la prescription était intervenue dans l'intervalle²²²³.

2) La régularisation provoquée

635. La régularisation est fréquemment provoquée par un incident survenu en cours d'instance. Celui-ci fait alors apparaître le vice de procédure resté ignoré jusqu'alors et la régularisation permet d'éviter des conséquences dommageables pour la partie concernée. On se trouve donc au coeur de l'objet de notre étude, car il s'agit d'un moyen efficace d'éviter l'excès de formalisme. A ce propos, on peut relever schématiquement l'existence de deux configurations de faits dans lesquelles la régularisation est provoquée. Soit celle-ci intervient en réponse à un incident soulevé par les parties (a), soit le juge, en relevant l'existence d'un vice de procédure, est à l'origine de l'acte de régularisation (b).

²²²⁰ On songe, par exemple, à l'avocat envoyant spontanément au tribunal une seconde expédition d'un mémoire de demande qui n'avait pas été imprimé en entier.

²²²¹ Voy. par exemple : PUTMAN, Nullités, n° 136, qui envisage même, en se référant à un arrêt rendu en 1888 par la Cour d'appel de Bordeaux, que l'adversaire puisse demander à la juridiction un délai afin que son contradicteur régularise une cause de nullité, de manière à obtenir une décision sur le fond.

²²²² La procédure avait été entamée bien avant la réforme et il ne ressort pas de l'arrêt que le demandeur au pourvoi se soit prévalu d'une éventuelle applicabilité des nouvelles dispositions.

²²²³ Cass. 2^{ème} civ., 9 septembre 2010, pourvoi n° 09-16443.

a) La régularisation en réponse à un incident
soulevé par une partie

636. La régularisation des actes de procédure en réponse à un incident soulevé par une partie est couramment pratiquée en droit français. Comme le note PÉTEL-TEYSSIÉ, « *il est parfaitement concevable de refaire un acte irrégulier en la forme, de suppléer aux mentions faisant défaut par des conclusions ultérieures, de conférer au représentant le pouvoir qui manquait, de se désister d'une instance tendant aux mêmes fins pendant devant une autre juridiction...et voilà une exception de nullité ou de litispendance qui n'aboutira pas.* »²²²⁴ Cela semble même être l'hypothèse la plus fréquemment envisagée dans la jurisprudence des tribunaux français. Ainsi l'absence de motivation juridique de l'assignation²²²⁵, ou l'omission de la mention du domicile des parties²²²⁶, sont régularisables *a posteriori* de manière à faire échec à une exception de nullité. Le fait que la nullité pour vice de forme doive être invoquée préalablement à tout débat sur le fond, ou à toute fin de non-recevoir²²²⁷, contribue certainement pour beaucoup à accroître le nombre de régularisations. En effet, si le défendeur attend trop longtemps, dans l'espoir que la régularisation devienne plus difficile²²²⁸, il sera déchu du droit de soulever l'exception et la régularisation ne sera plus nécessaire. La régularisation est aussi largement admise en matière de fins de non-recevoir, qui ne sont pas soumises au même régime. Un arrêt d'appel admet ainsi la régularisation, en cours d'instance, du défaut de capacité de l'avocat assurant la représentation en justice²²²⁹.

637. La pratique des juridictions françaises est marquée par une certaine générosité. Pour peu que le vice de procédure soit régularisable, la régularisation dans la foulée d'une exception soulevée par les parties²²³⁰ est toujours possible si les conditions de celle-ci sont réunies. La jurisprudence reproche parfois implicitement à une partie de ne pas avoir régularisé un acte de procédure en réponse à une exception ou une fin de non-recevoir. On en veut pour preuve cet arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux²²³¹

²²²⁴ PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 109. Voy. également GAMBIER, p. 296 : « ...il suffira de délivrer un nouvel acte ou de conclure en rectifiant l'erreur. »

²²²⁵ Nîmes, 6 octobre 2009, RG n° 08/05566.

²²²⁶ Lyon, 19 mars 2009, RG n° 07/08016 (indication du domicile de l'appelant dans la déclaration d'appel) ; Toulouse, 20 décembre 2007, RG n° 05/00215 (indication du domicile du demandeur dans l'assignation).

²²²⁷ Art. 112 CPC 1975.

²²²⁸ Par exemple, en soulevant l'exception peu avant l'ordonnance de clôture.

²²²⁹ Versailles, 30 novembre 2007, RG n° 06/05900.

²²³⁰ On relèvera que l'irrecevabilité pour défaut de paiement de la contribution pour l'aide judiciaire ne peut être invoquée par les parties : Art. 62-5 al. 1 CPC 1975 (« *Les parties n'ont pas qualité pour soulever cette irrecevabilité* »).

²²³¹ Bordeaux, 12 janvier 2010, RG n° 08/01728.

concernant une procédure à jour fixe²²³². En raison d'erreurs dans la rédaction de la requête adressée au président du tribunal de grande instance²²³³, l'ordonnance autorisant l'assignation ne mentionnait pas tous les défendeurs. Constatant que l'affaire avait été renvoyée à l'issue de la première audience, où la question avait été soulevée, la juridiction estima « *que ce renvoi laissait aux demanderesses un délai de plus de deux mois, largement suffisant pour leur permettre de solliciter une autorisation complémentaire d'assigner à jour fixe [...] et de délivrer de nouvelles assignations, ce qui aurait eu pour effet de régulariser la situation, une telle régularisation étant possible...* » Cette remarque est *a priori* dépourvue de pertinence au regard de l'article 126 du Code de procédure civile français, applicable à la régularisation des fins de non-recevoir²²³⁴. La disposition ne fait aucune obligation aux juridictions de ménager un délai aux parties pour qu'elles régularisent leurs actes de procédure. Le sens véritable de cette remarque doit donc être cherché en dehors du texte légal. Si la Cour d'appel de Bordeaux s'est ainsi justifiée sur ce point, c'est qu'elle voulait, en réalité, persuader les parties du bien-fondé de son arrêt confirmatif, en leur montrant qu'il n'était entaché d'aucun excès de formalisme parce que la juridiction de première instance avait suffisamment donné l'occasion aux parties concernées de régulariser le vice de procédure. Certains auteurs admettent aussi, en se référant à la jurisprudence rendue sous l'empire du Code de procédure civile de 1806, que l'exception de nullité pour irrégularité de fond tirée de l'absence de capacité d'ester en justice puisse être remplacée par une « *exception dilatoire* » destinée uniquement à provoquer la régularisation²²³⁵. La doctrine l'envisage également pour les nullités des jugements découlant de vices de procédure affectant les débats, un renvoi d'audience permettant, par exemple, de régulariser la composition irrégulière du tribunal ou de veiller au respect du principe de publicité des débats²²³⁶. On est cependant encore loin d'une généralisation de cette pratique à l'ensemble des vices de procédure.

638. En droit suisse, la question de la régularisation provoquée par un incident soulevé par une partie n'est pas abordée dans le Code de procédure civile, qui se focalise

²²³² Art. 788 à 792 CPC 1975.

²²³³ A ce propos l'arrêt précité indique « *que si dans leur requête, la société Prospère et Madame Y. ont désigné toutes les personnes qui étaient intervenues aux opérations de réhabilitation immobilière, ainsi que les assureurs de deux d'entre elles, elles n'ont pas expressément précisé celles qu'elles avaient l'intention d'assigner ; que dans son ordonnance, le président du tribunal de grande instance ne les a autorisées à assigner que le GIE ACC.* »

²²³⁴ La disposition est d'ailleurs mentionnée dans l'arrêt.

²²³⁵ Voy. GUINCHARD/FERRNAND/CHAINAIS, p. 241 ; PUTMAN, Nullités, n° 159.

²²³⁶ HÉRON/LE BARS, p. 388.

sur l'intervention du juge prévue à l'article 132. La doctrine n'en parle que sporadiquement²²³⁷. Elle présente pourtant une importance pratique. Il n'est nullement exclu que les vices de procédure, qui n'auraient pas été régularisés à l'initiative du juge, fassent l'objet d'un grief présenté dans la réponse présentée par le défendeur, car celui-ci ne voudra pas perdre ce moyen de défense²²³⁸. Malgré le silence du texte légal, nous sommes d'avis que la régularisation provoquée par un incident soulevé par une partie doit être admise en toute hypothèse, même lorsqu'il s'agit de la compétence des tribunaux. Nous ne partageons pas l'avis exprimé par d'aucuns, selon lesquels l'incompétence *ratione loci* ne peut pas être régularisée postérieurement à la saisine de la juridiction²²³⁹. Bien sûr, le risque d'abus existe, mais il ne suffit pas à exclure totalement une régularisation sur ce point²²⁴⁰.

b) La régularisation en réponse à une initiative du juge

639. Il arrive que le juge soit à l'origine de l'incident entraînant la régularisation de l'acte de procédure. Sans ordonner directement la mise en conformité²²⁴¹, le tribunal prend acte de l'existence du vice de procédure et informe les parties du risque qu'il fait peser sur l'instance. Celles-ci procèdent alors à la régularisation immédiatement, avant que le juge ne se prononce. Une régularisation à l'initiative des parties, destinée à sauver *in extremis* un acte de procédure paraît donc plus vraisemblable. Pour qu'elle soit possible, il faut que deux conditions soient réunies. Tout d'abord, le juge doit être en mesure de relever d'office le vice de procédure en cause. Il faut ensuite qu'il soit tenu d'avertir les parties avant d'en tirer les conséquences qui s'imposent. Nous allons passer en revue les ordres juridiques français et suisses, afin de voir dans quelle mesure ils offrent un cadre général favorable à la régularisation des actes de procédure

640. De prime abord, il semble qu'une telle situation doive fréquemment se rencontrer en droit français, dans la mesure où les tribunaux n'ont guère le pouvoir

²²³⁷ Voy. les exemples cités par STRÄULI, p. 43 et à propos desquels, il relève que « *wird m.E. die Mangelhaftigkeit durch das entsprechende Verhalten der Parteien beseitigt ; der Mangel ist nachträglich gar nicht mehr vorhanden wie bei den übrigen in diesem Abschnitt behandelten Fällen.* »

²²³⁸ En raison de l'application des règles relatives à la bonne foi en procédure.

²²³⁹ BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse, p. 249.

²²⁴⁰ Voy. BOHNET, Les exceptions en procédure civile suisse, p. 155 qui admet la régularisation sauf lorsque le défendeur invoque l'incompétence *in limine litis*. A notre avis, il n'y a aucune raison de faire une différence entre l'incompétence immédiatement invoquée par le défendeur et celle que le juge relèverait d'office à un stade ultérieur du procès. Toutes deux doivent être régularisables. Tout au plus pourra-t-on prendre des sanctions pécuniaires contre le demandeur qui aurait fait preuve de malice en lui faisant supporter les frais de justice (art. 107 al. 1 litt. f CPC 2008).

²²⁴¹ En pareil cas, on se trouve en présence d'une régularisation ordonnée par le juge, hypothèse que nous examinerons ultérieurement.

d'ordonner directement la régularisation des actes de procédure²²⁴². Reste à voir si les deux conditions, que nous venons d'exposer, sont remplies.

641. S'agissant de la première, les pouvoirs du juge en matière de vices de procédure sont loin d'être illimités. C'est même le contraire qui prévaut. L'office du juge en matière de procédure n'est pas aussi étendu que pour le fond du litige. Il ne peut relever d'office les nullités pour irrégularités de fond et les fins de non-recevoir que si elles sont d'ordre public²²⁴³. Cela exclut *a contrario* les nullités pour vice de forme²²⁴⁴ ainsi que les nullités pour irrégularité de fond²²⁴⁵ et les fins de non-recevoir²²⁴⁶ qui ne sont pas d'ordre public. Celles-ci ne peuvent être soulevées que par les parties. A côté des hypothèses où l'ordre public est en jeu, le Code de procédure civile reconnaît au juge la faculté de relever certaines exceptions ou fins de non-recevoir d'office. Parmi les hypothèses envisagées, plusieurs cas concernent des vices de procédure *a priori* régularisables. On mentionnera à ce titre le défaut de capacité d'ester en justice²²⁴⁷, l'absence de paiement de la contribution pour l'aide juridique²²⁴⁸, l'emploi d'actes rédigés sur papier pour la procédure devant la juridiction d'appel²²⁴⁹.

642. Pour ce qui est de la seconde condition, soit l'obligation d'avertir les parties avant de tirer les conséquences du vice de procédure, le juge est, en principe, tenu de respecter le contradictoire même sur les points de procédure²²⁵⁰. L'article 16 du Code de procédure civile paraît catégorique sur ce point, ses trois alinéas insistant longuement sur la nécessité d'impliquer systématiquement les parties. Des exceptions sont cependant admises par la pratique. La jurisprudence se réfère ainsi à la théorie des *moyens nécessairement dans le débat*. D'origine fort ancienne, celle-ci servait initialement à autoriser les nouveaux moyens d'ordre public, formulés par les parties ou relevés d'office²²⁵¹. Maintenant que ce pouvoir est reconnu par le texte du Code de procédure

²²⁴² Cf. infra, n° 654 ss.

²²⁴³ Art. 120 et 125 CPC 1975 ; EUDIER, *Ordre public substantiel*, p. 75-76. Voy. également : Annick DORSNER-DOLIVET/Thierry BONNEAU, *L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure*, D. 1986, chron. p. 59-66.

²²⁴⁴ GAMBIER, pp. 292 ss ; PÉTEL-TEYSSIÉ, *Défenses*, n° 99. Toulouse, 27 mai 2008, RG n° 06/05928 ; Cass. 2^{ème} civ., 21 juillet 1986, Bull. civ. II, n° 132.

²²⁴⁵ PÉTEL-TEYSSIÉ, *Défenses*, n° 101.

²²⁴⁶ PÉTEL-TEYSSIÉ, *Défenses*, n° 90.

²²⁴⁷ Art. 120 al. 2 CPC 1975.

²²⁴⁸ Art. 62-5 al. 1 CPC 1975.

²²⁴⁹ Art. 930-1 CPC 1975.

²²⁵⁰ GAMBIER, p. 307-308 ; PÉTEL-TEYSSIÉ, *Défenses*, n° 84.

²²⁵¹ BORÉ/BORÉ, *Le pourvoi en cassation*, n° 605. Voy. pour la doctrine ancienne : Ernest FAYE, *Cour de cassation – Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile suivi du Code des Lois, Décrets, Ordonnances et Règlements*, A. Chevalier-Marescq & Cie, Paris, 1903, p. 145 : « *Le moyen tiré de la violation d'une règle d'ordre public ne peut jamais être considéré comme nouveau ; il est toujours dans la cause* » et p. 146 :

civile²²⁵², cette construction jurisprudentielle a été récupérée pour justifier le relevé d'un moyen par le juge sans le soumettre au débat entre les parties²²⁵³. Le procédé a déjà attiré défavorablement l'attention de la Cour européenne des droits de l'Homme, s'agissant des moyens de fond²²⁵⁴. La Cour de cassation s'y réfère également sur des points de procédure. Le plus ancien arrêt²²⁵⁵ disponible portait d'ailleurs sur le respect des conditions d'une saisie conservatoire²²⁵⁶. La jurisprudence a été confirmée à de

« les parties ne peuvent y renoncer, [...] le moyen reste dans la cause en dépit d'elles-même et [...] la Cour de cassation a la faculté et même, en certains cas, le devoir de le relever d'office. ». Cette opinion n'était pas unanimement partagée : Théophile CRÉPON, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, Tome II, L. Larose & Forcel, Paris, 1892, p. 254-255 entendait limiter la faculté de soulever des moyens nouveaux d'ordre public aux cas où le moyen d'ordre public était de pur droit. La solution consacrée par le Code de procédure civile est à mi-chemin entre les deux, vu qu'elle admet les moyens nouveaux, d'ordre public ou non, mais à condition qu'ils soient de pur droit.

²²⁵² Art. 620 et 1015 CPC 1975.

²²⁵³ Il s'agit d'une jurisprudence constante et abondante (*contra* : ASCENSI, p. 281). La majorité des arrêts allant en ce sens émanent de la chambre sociale de la Cour de cassation : Cass. soc., 25 octobre 2011, pourvoi n° 10-12049 ; Cass. com., 16 février 2010, pourvoi n° 09-65105 ; Cass. soc., 25 novembre 2009, pourvoi n° 08-40976 ; Cass. 2^{ème} civ., 24 septembre 2009, pourvoi n° 08-18179 ; Cass. soc., 27 mai 2009, pourvoi n° 07-43246 ; Cass. soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-40596 ; Cass. soc., 7 mai 2008, pourvoi n° 06-46383 ; Cass. soc., 19 octobre 2007, 06-44785 ; Cass. soc., 21 février 2007, pourvoi n° 05-43305 ; Cass. 2^{ème} civ., 14 juin 2006, Bull. civ. II, n° 159 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 avril 2006, Bull. civ. I, n° 194 ; Cass. 2^{ème} civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-13383 ; Cass. soc., 20 octobre 2004, pourvoi n° 02-46655 ; Cass. com., 6 mai 2002, *Procédures* 2002, comm. 137 (note Perrot) ; Cass. soc., 30 avril 2002, pourvoi n° 00-41545 ; Cass. soc., 6 mars 2002, pourvoi n° 99-45134 ; Cass. soc., 29 janvier 2002, pourvoi n° 00-40562 ; Cass. soc., 20 novembre 2002, pourvoi n° 99-46225 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 juillet 2001, pourvoi n° 99-13688 (obscur) ; Cass. soc., 5 juin 2001, Bull. civ. I, n° 210 ; Cass. soc., 3 mai 2001, pourvoi n° 98-45956 ; Cass. soc., 20 mars 2001, pourvoi n° 99-41395 ; Cass. soc., 12 octobre 2000, pourvoi n° 98-43049 ; Cass. soc., 11 octobre 2000, pourvoi n° 98-43600 ; Cass. soc., 7 juin 2000, pourvoi n° 98-41776 ; Cass. com., 21 mars 2000, pourvoi n° 98-12219 ; Cass. soc., 26 octobre 1999, pourvoi n° 95-44260 ; Cass. soc., 9 juin 1999, pourvoi n° 97-40651 ; Cass. soc., 8 juin 1999, pourvois n° 97-42980 et 97-42985 ; Cass. soc., 24 mars 1999, pourvoi n° 97-40494 ; Cass. com., 20 octobre 1998, pourvoi n° 96-17639 ; Cass. soc., 23 juin 1998, pourvoi n° 96-42207 ; Cass. soc., 11 juin 1998, pourvoi n° 96-42006 ; Cass. soc., 1^{er} juillet 1997, pourvoi n° 96-40789 ; Cass. com., 25 février 1997, pourvoi n° 93-21289 ; Cass. soc., 8 janvier 1997, pourvoi n° 94-42404 ; Cass. soc., 26 novembre 1996, pourvoi n° 95-40517 ; Cass. soc., 30 octobre 1996, pourvoi n° 94-44793 ; Cass. 2^{ème} civ., 9 octobre 1996, pourvoi n° 93-20437 ; Cass. 3^{ème} civ., 8 octobre 1996, pourvoi n° 94-17081 (obscur) ; Cass. com., 6 mai 1996, pourvoi n° 94-12318 ; Cass. soc., 18 octobre 1995, pourvoi n° 93-46222 ; Cass. 2^{ème} civ., 2 novembre 1994, pourvoi n° 92-18213 ; Cass. com., 17 mai 1994, pourvoi n° 92-17777 ; Cass. com., 24 novembre 1992, pourvoi n° 90-20902 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1992, pourvoi n° 90-14172 ; Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 1991, pourvoi n° 89-17292 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 février 1991, pourvoi n° 87-17381 ; Cass. 1^{ère} civ., 29 janvier 1991, pourvoi n° 89-14371 ; Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 1990, pourvoi n° 88-17967 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 janvier 1990, pourvoi n° 88-12043 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 avril 1989, pourvoi n° 86-18140 ; Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} mars 1989, pourvoi n° 87-16571 ; Cass. 1^{ère} civ., 21 février 1989, pourvoi n° 86-14313 ; Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} février 1989, pourvoi n° 87-18551 (obscur) ; Cass. 1^{ère} civ., 20 juillet 1988, pourvoi n° 86-14236 ; Cass. com., 5 juillet 1988, pourvoi n° 87-11179 ; Cass. soc., 7 avril 1987, Bull. civ. V, n° 187 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1987, JCP 1987 éd. G IV. 183 ; Cass. 3^{ème} civ., 18 février 1987, pourvoi n° 85-16414 ; Cass. 3^{ème} civ., 25 janvier 1984, D. 1985. 117 (note Héron) ; Cass. 1^{ère} civ., 20 janvier 1981, Bull. civ. I, n° 23 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 mai 1977, Bull. civ. I, n° 246. La jurisprudence indique toutefois sporadiquement qu'un moyen implicitement dans le débat doit être relevé contradictoirement : Cass. soc., 16 mai 2007, pourvoi n° 05-45579 ; Cass. soc., 20 novembre 2002, pourvoi n° 00-41460 (« le moyen tiré du défaut de motivation de la lettre de licenciement est nécessairement dans le débat ; qu'il appartient aux juges du fond de rechercher, au besoin d'office, en respectant le principe du contradictoire, si la lettre de licenciement énonce le ou les motifs du licenciement »). Le concept sert parfois à la Cour de cassation pour admettre des moyens nouveaux mélangés en fait et en droit, et donc en principe prohibés : Cass. com., 10 mai 2005, pourvoi n° 03-20984 ; Cass. soc., 3 mars 2004, pourvoi n° 02-40511 ; Cass. soc., 13 février 2002, pourvoi n° 00-40344 ; Cass. soc., 19 mai 1998, pourvoi n° 96-41284 ; Cass. com., 16 avril 1996, pourvoi n° 93-17695. Il ne s'agit toutefois pas d'une démarche systématique, car il lui est arrivé de déclarer irrecevable pour cause de nouveauté des moyens qui étaient manifestement dans les débats. Voy. à ce propos : CourEDH, *Tourisme d'affaires c. France*, n° 17814/10, arrêt du 16 février 2012, §§ 9-12.

²²⁵⁴ CourEDH, *Clinique des Acacias SA et autres c. France*, n° 65399/01, 65406/01, 65405/01 et 65407/01, arrêt du 13 octobre 2005. Cet arrêt est d'ailleurs cité par HÉRON/LE BARS, p. 245.

²²⁵⁵ Il s'agit du plus ancien arrêt rendu après les réformes de 1971-1974, qui, toutes, préfiguraient le Code de procédure civile de 1975 sur ce point (GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 571-572).

²²⁵⁶ Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 1975, Bull. civ. II, n° 96.

nombreuses reprises²²⁵⁷, malgré la présence d'autres arrêts affirmant que les juridictions doivent respecter le contradictoire lorsqu'elles relèvent de leur propre chef un moyen fondé sur la procédure²²⁵⁸.

643. La doctrine critique cette relativisation prétorienne de la portée de l'article 16 du Code de procédure civile, parfois qualifiée d'« *anomalie que l'on ne peut justifier* »²²⁵⁹. Les auteurs dénoncent également l'« *incertitude importante* »²²⁶⁰ entourant le concept. En effet, la Cour de cassation n'a jamais donné de définition du *moyen nécessairement dans le débat*. Le concept doit avoir évolué au fil du temps et des modifications du cadre législatif. La juridiction suprême se borne cependant à répondre aux moyens tirés de la violation de l'article 16 du Code de procédure civile en assénant que les éléments relevés en dehors de tout débat entre les parties étaient *nécessairement* dans celui-ci. L'emploi de l'adverbe est d'ailleurs révélateur, comme si l'emphase pouvait masquer l'absence de motivation. Il serait donc préférable que la pratique abandonne définitivement cette construction jurisprudentielle. Malheureusement, certaines évolutions récentes nous laissent entrevoir le contraire²²⁶¹.

644. Le législateur est venu récemment donner sa bénédiction au procédé. Le nouvel article 62-5 du Code de procédure civile, prévoit désormais que le juge peut prononcer l'irrecevabilité pour absence de paiement de la contribution pour l'aide judiciaire « *sans recueillir les observations* » du demandeur, lorsque notamment celui-ci « *est représenté par un avocat* ». Sachant que cette disposition est applicable à la

²²⁵⁷ Voy. Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 03-18360 (présence d'un grief résiduel lorsqu'une nullité est régularisée); Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2001, pourvoi n° 98-22097 (irrecevabilité d'un recours dirigé contre une délibération de la chambre départementale des notaires chargeant son président d'intenter une action disciplinaire contre un notaire); Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2001, pourvoi n° 98-17651 (recevabilité d'un recours en matière de déontologie de la profession d'avocat); Cass. 2^{ème} civ., 9 mars 2001, pourvoi n° 01-60395 (irrecevabilité d'une intervention volontaire présentant le caractère d'une *actio popularis*); Paris, 4 octobre 1989, D. 1989. IR. 287 (conditions du référé); Cass. 3^{ème} civ., 10 mai 1989, Bull. civ. III, n° 107 (absence de saisine valable); Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1981, Bull. civ. II, n° 47 (tardiveté de l'appel).

²²⁵⁸ Cass. 2^{ème} civ., 29 avril 1998, Bull. civ. II, n° 130 (incompétence); Cass. 2^{ème} civ., 16 février 1994, Gaz. Pal. 1994. 3. pan. 205 (absence de qualité pour recourir); Cass. 2^{ème} civ., 2 décembre 1992, Bull. civ. II, n° 292 (acceptation tacite de la date de signification d'une décision); Cass. 2^{ème} civ., 20 mai 1992, Bull. civ. II, n° 146 (absence de recours ouvert); Cass. 2^{ème} civ., 7 mars 1990, Bull. civ. II, n° 56 (tardiveté de l'appel); Cass. 1^{ère} civ., 26 avril 1988, Bull. civ. I, n° 117 (autorité de la chose jugée); Cass. 2^{ème} civ., 27 février 1985, Bull. civ. II, n° 47 (autorité de la chose jugée); Cass. com., 30 novembre 1982, Bull. civ. IV, n° 390 (irrecevabilité d'une demande nouvelle en appel); Cass. 1^{ère} civ., 15 décembre 1981, Bull. civ. I, n° 381 (fin de non recevoir en matière de filiation); Cass. soc., 27 octobre 1981, JCP 1982 éd. G IV 25 (incompétence); Cass. ch. mixte, 10 juillet 1981, Bull. ass. plén., n° 6, D. 1981. 981 (chron. Bénabent), Gaz. Pal. 1981. 2. 627 (note Viatte), RTD civ. 1981, p. 677 (chron. Normand) et 905 (chron. Perrot). Pour plus de précisions : CADIET/JEULAND, p. 357-358; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 576-578.

²²⁵⁹ HÉRON/LE BARS, p. 245.

²²⁶⁰ ASCENSI, p. 281. Voy. également : MINIATO, pp. 302 ss qui considère la question désormais réglée en faveur du contradictoire. GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 575 attendent, en revanche, un revirement prochain de jurisprudence.

²²⁶¹ La doctrine a déjà caressé cet espoir par le passé avant de déchanter : HÉRON/LE BARS, p. 246.

procédure d'appel²²⁶², le recours pourra être déclaré irrecevable sans que l'appelant ne soit informé du vice de procédure, le privant de la possibilité de régulariser son omission. Sauf application des articles 2241 et 2242 du Code civil au délai d'appel²²⁶³, l'irrecevabilité de l'appel privera l'appelant du droit de contester la décision de justice litigieuse²²⁶⁴. Il s'agit d'une conséquence extrêmement sévère. Elle est certes limitée aux cas de représentation par un avocat²²⁶⁵, ce qui apporte certains tempéraments, sans toutefois éliminer le risque d'excès de formalisme. Les intérêts fiscaux de l'Etat ne sont certainement pas de ceux justifiant une telle rigueur. Bien au contraire, le fisc a tout intérêt à ce que la partie régularise sa situation, car elle s'acquittera spontanément de la contribution. L'irrecevabilité sans possibilité de régularisation va donc à l'encontre des intérêts que la fiscalité du procès est censée protéger. Outre le fait qu'elle légitime une évolution critiquable de la jurisprudence, elle constitue un cas manifeste d'excès de formalisme.

645. Nous constatons donc que le droit français semble *a priori* favorable à la régularisation par les parties suite à une initiative du juge. Le texte de l'article 16 du Code de procédure civile, en obligeant le juge à respecter le contradictoire, va dans ce sens. La jurisprudence a cependant créé une source importante d'exceptions à ce principe, en admettant que certains moyens sont « *nécessairement dans le débat.* » Cette approche a été régulièrement suivie sur des questions formelles. On ne saurait donc exclure qu'elle soit applicable à des vices de procédure régularisable, privant ainsi les parties de la possibilité d'y procéder.

646. La Cour européenne des droits de l'Homme a été amenée à se prononcer sur la question. Loin d'inviter fermement la juridiction suprême française à faire respecter le principe du contradictoire en toute circonstance, elle a approuvé les exceptions qui lui étaient apportées. Dans l'affaire *Weiland-Beloued*, le pourvoi en cassation avait été déclaré irrecevable, au motif qu'il reposait sur un moyen contraire aux précédentes écritures. Devant la juridiction européenne, la requérante faisait grief à la Cour de

²²⁶² Art. 964 CPC 1975.

²²⁶³ Voy. sur cette question, supra, n° 570.

²²⁶⁴ Nous ne pensons pas que la demande de réexamen prévue à l'art. 62-5 al. 3 CPC 1975 permette au demandeur de s'acquitter de la contribution postérieurement à la décision et d'en demander la rétractation. Le texte légal indique en effet que cette procédure n'est possible qu'en cas d'erreur, ce qui implique que l'irrecevabilité n'aurait pas dû être prononcée.

²²⁶⁵ En l'absence de représentation par un mandataire professionnel, l'art. 62-5 al. 2 CPC 1975 prévoit que le juge ne peut renoncer à recueillir les observations du demandeur que s'il « *a été informé de l'irrecevabilité encourue dans un acte antérieurement notifié.* »

cassation de ne pas lui avoir donné l'occasion de présenter ses observations sur ce point. La Cour de Strasbourg déclara sa requête manifestement mal fondée. Elle releva, à ce propos, que la cause d'irrecevabilité envisagée « *relève des principes généraux de la procédure civile* », de telle sorte que « *son respect est un préalable nécessaire à la décision judiciaire, permettant notamment de délimiter l'étendue de la saisine des juges et la portée de leur décision* », si bien que la question peut être tranchée en dehors de tout débat contradictoire²²⁶⁶. Les motifs avancés sont incompréhensibles. Le fait qu'une question de procédure soit l'expression d'un principe général de la procédure civile et qu'elle constitue une condition de recevabilité d'un recours ne sont pas *per se* de nature à justifier une entorse au contradictoire. Le raisonnement de la juridiction européenne tient du paralogisme, car il tire sa conclusion de deux prémices sans rapport entre elles. A notre avis, la véritable raison réside dans le fait que la Cour de Strasbourg considère les questions de procédure comme des points secondaires qui ne méritent pas un débat contradictoire. On ne peut s'empêcher de faire le parallèle avec une autre décision d'irrecevabilité rendue en matière pénale. Dans l'affaire *Riha*²²⁶⁷, le requérant s'était pourvu en cassation contre un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse l'ayant déclaré coupable de fraude fiscale et lui ayant, entre autre, interdit pendant cinq ans d'exercer la profession d'expert comptable. La Cour de cassation fit droit à son pourvoi, mais elle ne se contenta pas de casser l'arrêt litigieux et de renvoyer l'affaire²²⁶⁸. Statuant elle-même sur le fond²²⁶⁹, elle ramena l'interdiction à trois ans. Le requérant se plaignait que la Cour de cassation ne lui avait pas donné la possibilité de présenter sa défense avant qu'elle ne statue sur le fond. La Cour européenne des droits de l'Homme écarta sa requête pour défaut manifeste de fondement, au motif que « *l'interdiction d'exercer les fonctions d'expert-comptable et de commissaire au compte durant cinq ans a été prononcée en première instance, de sorte que le requérant a eu la possibilité d'en débattre en appel puis [...] de saisir la chambre criminelle d'un moyen tiré d'une méconnaissance du plafond légal de la durée d'une telle mesure* », que « *le requérant ne prétend pas que la chambre criminelle se serait le cas échéant fondée sur d'autres faits* » et que, finalement, « *la chambre en question s'est bornée à corriger l'erreur de droit commise par ceux-ci en*

²²⁶⁶ CourEDH, *Weiland-Beloued c. France*, n° 2687/08, décision du 19 octobre 2010.

²²⁶⁷ CourEDH, *Riha c. France*, n° 71443/01, décision du 24 juin 2004.

²²⁶⁸ C'est la règle générale : Art. L. 431-4 al. 1 COJ dans sa version actuelle.

²²⁶⁹ Au moment des faits, cette possibilité était prévue par l'art. L. 131-5 COJ. Suite à la refonte du Code de l'organisation judiciaire par l'Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 (publiée au *J.O.* du 9 juin 2006, pp. 8710 ss), cette disposition est devenue l'art. L. 411-3 COJ.

fixant la durée de l'interdiction à trois ans. » Ce faisant, la Cour européenne des droits de l'Homme perd de vue que les trois ans constituent la durée maximale, et que la défense du requérant aurait pu porter sur la quotité de la peine. Le glissement dans le raisonnement de la juridiction européenne ne peut s'expliquer que pour deux raisons : soit parce que les tribunaux infligent systématiquement le maximum de la peine complémentaire prévue, sans se poser de plus amples questions, soit parce que la quotité de la peine constitue une question secondaire. A notre avis, la seconde hypothèse est la plus vraisemblable et elle permet également de mieux comprendre la position de la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Weiland-Beloued* où l'application des règles de procédure a été aussi considérée comme une question secondaire pouvant échapper au débat contradictoire. La juridiction européenne a donc approuvé tacitement les exceptions reconnues par la Cour de cassation.

647. Il n'est toutefois pas impossible qu'un revirement de la jurisprudence soit en train de se dessiner. Dans une affaire récente²²⁷⁰, où un grief avait été déclaré irrecevable pour cause de nouveauté, la Cour européenne des droits de l'Homme a relevé que « *la notion de moyen nouveau mélange de fait et de droit fait partie intégrante de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui y a fréquemment recours* »²²⁷¹ et que la requérante ne se plaignait pas de ne pas avoir été avertie de l'issue probable de son pourvoi²²⁷². Nous discernons dans ces motifs l'ébauche d'un contrôle du caractère contradictoire de la procédure lorsque des vices de procédure sont en jeu. Il faudra cependant à la Cour de Strasbourg d'autres affaires, et un peu de courage, pour revenir ouvertement sur le précédent malheureux incarné par l'affaire *Weiland-Beloued*. C'est à ce prix qu'il sera possible d'imposer aux juridictions française le respect absolu du principe du contradictoire, condition essentielle de la régularisation des actes de procédure suite à une initiative du juge. Il serait naturellement encore préférable que la Cour de cassation se rende compte d'elle-même du problème et y mette fin sans attendre l'intervention de la juridiction européenne.

648. Après ce constat en demi-teinte concernant le droit français, examinons maintenant la situation en Suisse. Le Code fédéral de procédure civile ne contient pas de disposition identique à l'article 16 du Code de procédure civile français. Son article 53

²²⁷⁰ CourEDH, *Tourisme d'affaires c. France*, n° 17814/10, arrêt du 16 février 2012.

²²⁷¹ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 32.

²²⁷² Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 33.

reconnaît aux parties le « *droit d'être entendues* » et son article 57 dispose laconiquement que « *le tribunal applique le droit d'office* ». Le sort des moyens de droit relevés d'office ne fait l'objet d'aucune disposition particulière. La question a cependant été réglée par la jurisprudence, même avant l'unification de la procédure civile. Selon le Tribunal fédéral, les juridictions n'ont en principe pas l'obligation d'avertir les parties si elles souhaitent s'appuyer sur d'autres motifs que ceux qui leur ont été présentés²²⁷³, sauf « *lorsque le juge ou le tribunal arbitral envisage de fonder sa décision sur une norme ou une considération juridique qui n'a pas été évoquée au cours de la procédure et dont les parties ne pouvaient pas supputer la pertinence* »²²⁷⁴. La doctrine reprend cette solution sans la critiquer²²⁷⁵. Elle s'inscrit donc dans la même ligne que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme²²⁷⁶. Reste donc à savoir si le fait de relever d'office un vice de procédure peut être considéré comme une surprise impliquant d'aviser préalablement les parties, avis qui leur donnera la possibilité de procéder à la

²²⁷³ Le Tribunal fédéral utilise plusieurs formulations standardisées : TF du 5 février 2010, 5D_179/2009, cons. 2.1 et TF du 12 novembre 2009, 5D_151/2009, cons. 2 (« *Das Recht auf Anhörung bezieht sich dabei in erster Linie auf Tatsachen; nur ausnahmsweise auf Rechtsfragen* ») ; ATF 108 Ia 293, cons. 4c (« *Hingegen folgt aus Art. 4 BV nicht der Anspruch der Parteien, zur rechtlichen Würdigung der durch sie in den Prozess eingeführten Tatsachen noch besonders angehört zu werden.* »).

²²⁷⁴ La question est de plus en plus fréquemment soumise au Tribunal fédéral, voy les principaux arrêts rendus ces dix dernières années : TF du 24 juin 2011, 5A_771/2010, cons. 2.2 ; TF du 21 juin 2011, 4A_102/2011, cons. 3.5 ; TF du 2 février 2011, 4A_479/2011, cons. 4.1 ; TF du 12 janvier 2011, 4A_392/2010, cons. 5.1 ; TF du 15 décembre 2010, 4A_206/2010, cons. 5.2.2.1 (non publié in ATF 137 III 158) ; TF du 4 décembre 2010, 4A_10/2010, cons. 2.1 ; TF du 9 août 2010, 4A_330/2010, cons. 2.2 ; TF du 3 août 2010, 4A_254/2010, cons. 3 ; TF du 27 mai 2010, 5A_776/2009, cons. 4.2 ; TF du 15 février 2010, 4A_64/2009, cons. 6.1 ; TF du 12 octobre 2009, 4A_450/2009, cons. 2.2 ; TF du 12 octobre 2009, 5A_519/2008, cons. 7.3 ; TF du 11 août 2009, 4A_56/2009, cons. 9 ; TF du 20 mars 2009, 4A_3/2009, cons. 7.1 ; TF du 17 mars 2009, 4D_13/2009 ; TF du 9 février 2009, 4A_400/2008, cons. 3.1 ; TF du 2 décembre 2008, 4A_291/2008, cons. 2.2 ; TF du 14 novembre 2008, 4A_367/2008, cons. 3.1.2 ; TF du 11 novembre 2008, 4A_165/2008, cons. 7.1, RtiD 2009 II 636 ; TF du 25 février 2008, 4A_527/2007, cons. 3.2 ; TF du 22 décembre 2006, 4P.292/2006, cons. 5 ; TF du 22 juin 2006, 1P.109/2006, cons. 2.1 ; TF du 21 octobre 2005, 5P.245/2005, cons. 2.1 ; TF du 18 août 2005, 4P.75/2005, cons. 4.2 ; TF du 24 juin 2005, 4P.15/2005, cons. 4.1 ; ATF 130 III 35, cons. 5 ; TF du 11 septembre 2003, 5P.210/2003, cons. 3.2 ; TF du 2 mars 2001, 4P.260/2000, cons. 6a.

²²⁷⁵ ABBET, p. 241 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. 2, p. 607 ; CHAIX, Le recours, spécialement p. 268-269 ; Tarkan GÖKSU, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 10 ad art. 53 CPC 2008 ; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 397 ; Paul OBERHAMMER, in OBERHAMMER, n° 10 ad art. 53 CPC 2008 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, pp. 111 ss (ad art. 52 CPC 2008). *Apparemment contra* : Myriam A. GEHRI, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 8 ad art. 53 CPC 2008 ; Jacques HALDY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 7 ad art. 53 CPC 2008. Pour la situation préunitaire, voy. EGLI, La protection de la bonne foi, pp. 152 ss ; SARBACH, pp. 72 ss et les auteurs cités. La doctrine constitutionnelle de langue allemande parle, à ce propos, de « *Recht auf Orientierung* » : ALBERTINI, pp. 206 ss ; BIAGGINI, n° 19 ad art. 29 Cst ; Reinhold HOTZ, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 1^{ère} édition, n° 28 ad art. 29 Cst. La jurisprudence rendue en application du droit cantonal faisait parfois obligations aux tribunaux de donner aux parties l'opportunité de se défendre, et donc de régulariser les vices de procédure, avant de rendre une décision d'irrecevabilité : COCCHI/TREZZINI, p. 308 (ad art. 97 CPC TI). L'obligation d'aviser les parties a été parfois considérée comme entraînant trop fréquemment l'annulation des jugements en raison des incertitudes concernant sa portée : François PERRET, Quelques considérations sur le droit d'être entendu au regard de l'adage "jura novit curia", RSPC 2005, pp. 223 ss, spécialement p. 227-228.

²²⁷⁶ CourEDH, *Drassich c. Italie*, n° 25575/04, arrêt du 11 décembre 2007, § 33 ; CourEDH, *Prikyan et Angelova c. Bulgarie*, n° 44624/98, arrêt du 16 février 2006, §§ 39 ss ; CourEDH, *Clinique des Acacias et autres c. France*, n° 65399/01, 65406/01, 65405/01 et 65407/01, arrêt du 13 octobre 2005, § 43 ; CourEDH, *Skondrianos c. Grèce*, n° 63000/00 et 74291/01 et 74292/01, § 30. Le relevé d'office, sans débat contradictoire, est cependant envisageable lorsqu'il porte sur une question qui n'est pas déterminante pour l'issue du litige : CourEDH, *Cimolino c. Italie*, n° 12532/05, arrêt du 22 septembre 2009, §§ 47-50.

régularisation. Un premier arrêt allait en ce sens, considérant que la question de la qualité pour agir dans une affaire portant sur un contrat d'agence en matière d'assurances devait donner lieu à un débat particulier, faute d'être prévisible²²⁷⁷. Malheureusement, neuf mois plus tard, le Tribunal fédéral tint un tout autre langage et partit de l'idée que « *la question de la compétence du tribunal saisi se pose dans tout procès* » et que « *cette problématique ne peut pas être considérée comme surprenante* »²²⁷⁸. Ce raisonnement est transposable à toutes les conditions de recevabilité du procès, y compris la qualité pour agir. On peut même envisager, sans grande difficulté, une extension à l'ensemble des vices de procédure. Le résultat final serait ainsi le même que celui auquel on arrive en appliquant la théorie française des « *moyens nécessairement dans le débat* ». Certains auteurs soutiennent tout de même que les conditions de recevabilité ne peuvent être examinées d'office par le juge sans audition préalable des parties²²⁷⁹. Rien n'indique que les tribunaux suisses soient disposés à suivre cette opinion doctrinale. Globalement, il n'y a donc pas de grande différence entre le droit français et le droit suisse. Dans les deux pays, la juridiction suprême se montre insaisissable et peu encline à favoriser un débat contradictoire aux fins de régularisation, malgré les critiques de la doctrine.

649. En dépit de cette triple entente des juridictions suprêmes suisse, française et européenne pour diminuer le contradictoire, nous persistons à penser que le relevé, en dehors de tout débat contradictoire, d'un vice de procédure est de nature à favoriser l'excès de formalisme, car elle prive la partie concernée de la possibilité de régulariser la situation. Quoi qu'il en soit, seul un revirement de jurisprudence permettrait d'écarter tout risque. En imposant aux tribunaux d'avertir préalablement les parties lorsqu'elles relèvent d'office un vice de procédure, la Cour de cassation française, le Tribunal fédéral suisse et la Cour européenne des droits de l'Homme s'assureraient que la régularisation est systématiquement opérée. Le risque d'excès inverse, soit l'annulation d'un jugement pour violation du contradictoire, alors que le vice de procédure n'était de toute façon pas régularisable, nous semble faible. Par gain de paix, les magistrats préféreront certainement aviser les parties du vice de procédure décelé et leur fixer un bref délai *pour régulariser ou présenter leurs observations*. Il serait naturellement toujours possible

²²⁷⁷ TF du 11 novembre 2008, 4A_165/2008, cons. 7, RtiD 2009 II 636.

²²⁷⁸ TF du 11 août 2009, 4A_56/2009, cons. 9 : « *Die Frage der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts stellt sich in jedem Prozess* » et « *Diese Thematik kann nicht als überraschend bezeichnet werden...* »

²²⁷⁹ Myriam A. GEHRI, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 8 ad art. 60 CPC 2008 ; Boris MÜLLER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 18 ad art. 59 CPC 2008 (uniquement lorsqu'il s'agit de conditions de recevabilité auxquelles le défendeur peut renoncer) ; Alexander ZÜRCHER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 13 ad art. 60 CPC 2008.

d'écarter un recours, si la partie concernée se prévaut d'une violation du contradictoire, quand bien même le vice de procédure était irréparable.

B) La régularisation à l'initiative du juge

650. Jusqu'à présent nous avons envisagé l'ensemble des situations où les parties procédaient elles-mêmes à la régularisation de leurs actes de procédure. Maintenant, nous allons examiner l'hypothèse d'une régularisation ordonnée directement par le juge. Celle-ci soulève deux questions. Nous nous attacherons, tout d'abord, à déterminer l'étendue des pouvoirs de celui-ci, de manière à dresser la liste des vices de procédures susceptibles d'être régularisés par le juge (1). Cela fait, nous nous pencherons sur la nature des pouvoirs reconnus au tribunal, soit leur caractère facultatif ou obligatoire (2).

1) L'étendue des pouvoirs du juge

651. L'étendue des pouvoirs reconnus au juge en matière de régularisation diffère fortement en droit suisse (a) et français (b), ce qui justifie de traiter séparément les deux ordres juridiques.

a) Droit suisse

652. L'article 132 du Code de procédure civile prévoit que le juge doit inviter les parties à régulariser les actes de procédure frappés de « *vices de forme, telle l'absence de signature ou de procuration.* » Les pouvoirs du juge ne se limitent toutefois pas à cette catégorie de vices de procédure. L'article 124 alinéa 1 du Code fédéral de procédure civile prévoit expressément que « *le tribunal conduit le procès* » et qu'à cet effet « *il prend les décisions d'instruction nécessaires à une préparation et à une conduite rapide de la procédure.* » Cela implique qu'il applique d'office le droit de procédure, sans attendre d'y être invité par les parties²²⁸⁰. A notre avis, ces principes généraux devraient suffire pour reconnaître au juge la faculté d'ordonner la régularisation de tout vice de procédure, sans s'arrêter à ceux mentionnés à l'article 132 alinéa 1 du Code fédéral de procédure civile. Cela vaut, en particulier, pour les moyens de preuve auxquels la disposition précitée n'est pas applicable, faute de constituer des actes émanant des parties.

²²⁸⁰ Markus AFFENTRÄGER, in Baker&McKenzie, n° 3 ad art. 124 CPC 2008; Jacques HALDY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 2 ad art. 124 CPC 2008; Markus KAUFMANN, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 8 ad art. 124 CPC 2008. Cela n'empêche pas les parties d'intervenir : Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n°1 ad art. 124 CPC 2008; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 390-391.

653. Une seule exception nous paraît pouvoir être admise, et encore dans une mesure très limitée. Il s'agit de l'incompétence *ratione loci* ou *ratione materiae*. En effet, en introduisant la prorogation de la litispendance aux fins de réintroduction de la demande en justice par les parties²²⁸¹, le législateur²²⁸² voulait expressément se démarquer du renvoi pour cause d'incompétence. Ce dernier était connu des cantons alémaniques²²⁸³ et il s'applique en matière d'exécution forcée²²⁸⁴. C'est aussi la procédure suivie en cas de conflit de compétence devant les juridictions françaises²²⁸⁵. La procédure de renvoi peut être assimilée à une régularisation opérée par le juge qui transmet le litige à la juridiction qu'il estime compétente. Vu le texte clair du Code fédéral de procédure civile, ce procédé ne peut être retenu. Il existe toutefois des exceptions. La transmission des recours constitue la règle pour la procédure devant le Tribunal fédéral²²⁸⁶. La jurisprudence relative à l'interdiction du formalisme excessif l'avait également imposée aux juridictions cantonales²²⁸⁷. Bien que l'application de l'article 63 alinéa 1 du Code fédéral de procédure civile aux procédures de recours puisse être envisagée dans l'abstrait, la transmission d'office à la juridiction compétente est préférable²²⁸⁸. On la retrouve dans plusieurs arrêts récents, où le Tribunal fédéral a transmis à une juridiction cantonale un recours qui lui était adressé, car la saisine de cette dernière constituait une voie de recours à épuiser avant de s'adresser à la juridiction fédérale²²⁸⁹. La transmission du dossier, ou

²²⁸¹ Art. 63 al. 1 CPC 2008.

²²⁸² Voy. Message FF 2006 6892 ; BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse, p. 249 ; François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 29 ad art. 63 CPC 2008.

²²⁸³ Sous le nom de « *Prozessüberweisung* ».

²²⁸⁴ Art. 32 al. 2 LP. La procédure civile se distingue donc de l'exécution forcée sur ce point : GASSER/RICKLI, n° 1 ad art. 63 CPC 2008.

²²⁸⁵ Art. 96 et 97 CPC 1975. Le renvoi est toutefois impossible si la juridiction compétente est une juridiction arbitrale, pénale ou administrative, ou encore si l'affaire échappe à la compétence internationale des juridictions françaises (art. 96 al. 1 CPC 1975). En pareil cas, le juge renvoie les parties « *à mieux se pourvoir* », ce qui met fin au lien d'instance. Lorsque le renvoi est possible, alors « *l'instance régulièrement engagée devant le tribunal initialement saisi se poursuit devant le tribunal de renvoi* » (Cass. 2^{ème} civ., 23 octobre 2003, Bull. civ. II, n° 317).

²²⁸⁶ Art. 48 al. 3 LTF.

²²⁸⁷ ATF 118 Ia 241, cons. 3, JdT 1995 I 538, SJ 1993, p. 15, auquel se réfère d'ailleurs BOHNET.

²²⁸⁸ BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 249-250 ; François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 29 ad art. 63 CPC 2008 ; Nicolas JEANDIN, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 10 ad art. 311 CPC 2008 ; Peter REETZ/Stefanie THEILER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 42 ad art. 311 CPC 2008 ; SEILER, Die Berufung, p. 347 ; Denis TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 115 ss, spécialement p. 131 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1365 (ad art. 311 CPC 2008). *Apparemment opposée* : HOHL, Vol. 2, 2^{ème} édition, p. 168 (estime en revanche qu'il faut faire application de l'art. 63 CPC 2008).

²²⁸⁹ Voy. TF du 7 mars 2012, 5A_35/2012 (recours contre une décision statuant sur les frais de la procédure de contestation du retour à meilleure fortune) ; TF du 16 janvier 2012, 1B_563/2011, 1B_631/2011 et 1B_663/2011 (affaire d'entraide en matière pénale) ; TF du 24 octobre 2011, 5A_266/2011 (procédure en responsabilité civile du tuteur).

renvoi, devrait être appliquée devant les juridictions de recours au titre de l'interdiction du formalisme excessif. Elle se rencontre déjà dans la pratique des tribunaux vaudois²²⁹⁰.

b) Droit français

654. Tout comme en Suisse, le droit français contient plusieurs dispositions autorisant le juge à intervenir dans la gestion de l'instance, mais la pratique ne semble pas leur réserver un accueil favorable. Ainsi l'article 3 du Code de procédure civile français, aux termes duquel « *le juge veille au bon déroulement de l'instance* » et « *a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires* », est le pendant de l'article 124 du Code de procédure civile suisse que nous venons d'examiner. Cette disposition aurait pu être interprétée de manière à reconnaître, par une interprétation généreuse de la notion de « *mesures nécessaires* », le pouvoir des tribunaux d'inviter les parties à régulariser les vices de procédure. Tel n'est cependant pas le cas, l'article précité ayant généré un relativement faible contentieux. Mis à part la consécration, contestée²²⁹¹, du principe de loyauté de la procédure²²⁹², la plupart des arrêts interviennent suite à un invocation abusive de celui-ci²²⁹³.

655. Il en va de même de l'article 765 du Code de procédure civile français, applicable à la procédure devant le tribunal de grande instance et, par renvoi²²⁹⁴, devant la cour d'appel, lorsque la représentation est obligatoire. Cette disposition prévoit que le juge de la mise en état²²⁹⁵ « *invite les avocats à [...] mettre leurs écritures en conformité avec les dispositions de l'article 753* »²²⁹⁶ qui fixe les mentions devant figurer dans les

²²⁹⁰ Par exemple : Trib. cant. VD ; 15 novembre 2011, n° ML / 2011 / 286.

²²⁹¹ MINIATO, L'introuvable principe de loyauté, p. 1035.

²²⁹² Cass. com., 30 mars 2010, Bull. civ. IV, n° 69 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2005, Bull. civ. I, n° 241, D. 2005. 2470 (note Boursier), D. 2006. 548 (obs. Julien et Fricero), RTD civ. 2006, p. 151 (chron. Perrot).

²²⁹³ Il faut dire que les parties invoquent cet article pour tenter de lier le tribunal par leurs demandes de renvoi: Cass. 2^{ème} civ., 13 janvier 2012, *publ. prévue* (rejet d'une demande de sursis à statuer sur une vente amiable d'un immeuble saisi) ; Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-15453 (refus d'un délai supplémentaire) ; Cass. 1^{ère} civ., 3 décembre 2009, pourvois n° 08-15162 et 08-16150 (refus d'un sursis à statuer en raison d'une instance parallèle) ; Cass. soc., 10 octobre 1991, pourvoi n° 88-16043 (refus d'un renvoi d'audience). Pourtant la jurisprudence en sens contraire est ferme : Cass. 2^{ème} civ., 18 novembre 1992, Bull. civ. II, n° 267 ; Cass. ass. plén., 24 novembre 1989, Bull. ass. plén., n° 3, D. 1990. 90 (concl. Cabannes) et 429 (note Julien), JCP 1990 éd. G II 21407 (note Cadiet), Gaz. Pal. 1989. 2. 970 (note J.-G. M.), Gaz. Pal. 1990 2. somm. 358 (obs. Guinchard et Moussa), RTD civ. 1990, p. 145 (chron. Perrot). Dans certains cas, on comprend même mal ce qui motive la mention de l'art. 3 CPC 1975, car d'autres dispositions sont plus pertinentes : Cass. 2^{ème} civ., 7 octobre 2010, pourvoi n° 09-15037 (prétendue violation du principe du contradictoire) ; Cass. soc., 12 avril 2005, pourvoi n° 02-46063 (durée excessive de la procédure) ; Cass. 2^{ème} civ., 20 décembre 2001, pourvoi n° 99-19547 (id.) ; Cass. com., 4 mai 1993, pourvoi n° 91-10499 (absence d'intérêt à agir en justice) ; Cass. soc., 16 avril 1992, pourvoi n° 89-42360 (refus d'administrer une preuve) ; Cass. soc., 4 avril 1992, pourvoi n° 90-45406 (id.). Parmi les rares cas où un pourvoi a été accepté, on remarquera l'espèce suivante, où la question d'un éventuel excès de formalisme ne se posait de toute façon pas : Cass. com., 3 juin 2008, pourvoi n° 07-14990.

²²⁹⁴ Cf. art. 907 CPC 1975.

²²⁹⁵ Ou le conseiller de la mise en état, si l'affaire est pendante devant la juridiction d'appel.

²²⁹⁶ S'agissant des conclusions d'appel, celles-ci doivent, au lieu de l'art. 753 CPC 1975, obéir aux exigences, plus strictes, de l'art. 954 CPC 1975.

conclusions et la manière dont elles doivent être notifiées pour être valablement prises. Il s'agit donc du pendant français de l'article 132 du Code de procédure civile suisse. Il est surprenant de constater que depuis 1998²²⁹⁷ aucun arrêt, ni de la Cour de cassation, ni d'une juridiction d'appel, ne s'est prononcé sur la portée de l'article 765 du Code de procédure civile français.

656. Cette désaffection s'explique peut-être, comme nous l'avons déjà indiqué, par le fait que les conclusions des parties sont communiquées à la juridiction après avoir été notifiées aux autres parties, les juges français ne disposant pas des mêmes opportunités d'intervention préventive que leurs homologues suisses²²⁹⁸. Dans des espèces isolées, les juridictions françaises montrent cependant qu'elles sont en mesure de faire le nécessaire pour inviter les parties à procéder à la régularisation de certains vices de procédure. A ce propos, nous avons trouvé deux affaires particulièrement intéressantes. La première concerne une tentative de régulariser un appel interjeté par un majeur sous curatelle²²⁹⁹. L'arrêt de la Cour d'appel de Reims indique que la juridiction a « ordonné la réouverture des débats pour mise en cause ou intervention volontaire du curateur de M. Lucien X. » puis « renvoyé les parties à conclure sur la régularité de la procédure, tous droits et moyens des parties étant réservés, ainsi que les dépens. »²³⁰⁰ Les termes employés laissent entendre assez clairement que la juridiction a pris les devants. On se trouvait, en effet, en plein dans une situation d'excès potentiel de formalisme. La tentative échoua malheureusement, car l'appel fut déclaré irrecevable, au motif que la mise en cause du curateur avait eu lieu après l'échéance du délai d'appel²³⁰¹. La seconde espèce concerne la Cour de cassation elle-même. Saisie par un justiciable qui agissait seul dans une affaire où la représentation par un avocat aux Conseils était obligatoire, elle l'a invité à régulariser son pourvoi. Malheureusement le demandeur en cassation imprudent n'a pas donné suite à l'invitation qui lui était faite et son pourvoi fut déclaré

²²⁹⁷ Le pouvoir d'ordonner la mise en conformité des écritures a été institué par le Décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 (publié au *J.O* du 30 décembre 1998, pp. 19904 ss) : LACROIX-ANDRIVET, p. 796-797, n°331.111. Auparavant, le juge de la mise en état n'avait que le pouvoir d'inviter les parties à fournir des explications supplémentaires et à conclure sur certains points.

²²⁹⁸ Cf. supra, n° 628 ss.

²²⁹⁹ La législation a été modifiée à plusieurs reprises, mais, sur ce point, les principes sont demeurés les mêmes. En vertu de l'art. 468 al. 3 C. civ., la personne sous curatelle a besoin de l'autorisation de son curateur « pour introduire une action en justice ou pour y défendre. »

²³⁰⁰ Reims, 30 novembre 2007, RG n° 05/02127.

²³⁰¹ Ce qu'on peut aussi interpréter comme la preuve que la juridiction d'appel a fait les démarches nécessaires à la demande d'une des parties, car sinon elle aurait pu déclarer l'appel irrecevable d'emblée.

irrecevable²³⁰². La Cour de cassation ne suit toutefois pas une pratique constante en la matière²³⁰³.

657. Si la jurisprudence n'a pas réservé un accueil favorable aux dispositions permettant au juge de prendre l'initiative de la régularisation de certains vices de procédure, la situation n'est guère différente en doctrine. Les auteurs soulignent le rôle du juge en matière de bon déroulement du procès et de respect du principe de célérité²³⁰⁴. Ils ne s'étendent cependant pas sur ses pouvoirs²³⁰⁵. L'office du juge est généralement ramené à la question des moyens de fait et de droit que les parties n'auraient pas soulevés²³⁰⁶. Sa composante purement procédurale ne fait pas l'objet d'une attention aussi soutenue. Les auteurs ayant abordé la question des conclusions mal rédigées, se prononcent sur la sanction encourue en cas de violation de l'obligation de motiver en fait et en droit²³⁰⁷, ou sur l'opportunité d'appliquer les mêmes règles aux conclusions écrites déposées dans le cadre d'une procédure orale²³⁰⁸. Les dispositions particulières relatives à la régularisation ne sont mentionnées qu'en passant²³⁰⁹ et la problématique qu'elle soulève est bien vite ramenée au problème de l'office du juge. Cette manière de voir peut conduire à des raisonnements entérinant un excès de formalisme. Ainsi, selon CAYROL²³¹⁰, les conséquences auxquelles s'exposent les auteurs d'un acte de procédure mal rédigé vont au-delà de l'éventuelle annulation ou régularisation de celui-ci. Il court, en effet, le risque de perdre le procès, par exemple, parce que le tribunal estimera que les faits et les moyens de droit n'ont pas été présentés avec suffisamment de précision. La juridiction pourrait donc « *se contenter[r] de repousser des conclusions insuffisantes ou erronées d'un point de vue juridique, alors qu'un autre fondement juridique, certes non*

²³⁰² Cass. 2^{ème} civ., 25 mars 1998, pourvoi n° 94-17352.

²³⁰³ La jurisprudence antérieure prononçait l'irrecevabilité du pourvoi sans autre démarche : Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-11200 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-16941 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-13131 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-15158 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-16290 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-16291 ; Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1992, pourvoi n° 91-18941 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 avril 1992, pourvoi n° 91-16572 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 novembre 1991, pourvoi n° 91-11620 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 février 1991, pourvoi n° 88-17745 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 1991, pourvoi n° 88-16749 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 juillet 1989, pourvoi n° 88-14555 ; Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 1989, pourvoi n° 88-11116 ; Cass. 3^{ème} civ., 20 janvier 1988, pourvoi n° 86-15787.

²³⁰⁴ CADIET/JEULAND, p. 372-373 ; COUCHEZ / LAGARDE, p. 272-273 et 300-301 ; GUICHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 350 ; HÉRON/LE BARS, p. 220.

²³⁰⁵ Tout au plus trouve-t-on une présentation assez détaillée dans certains ouvrages à vocation pratique, mais auxquels le reste de la doctrine se réfère peu. Voy. par exemple : CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance, n° 130 ; LACROIX-ANDRIVET, pp. 796 ss, n° 331.131 ss.

²³⁰⁶ Emblématique à cet égard : CADIET/JEULAND, pp. 373 ss.

²³⁰⁷ Voy. Georges BOLARD, Les écritures qualificatives, JCP 2000 éd. G I 214, n° 6 ; HÉRON/LE BARS, p. 467 ; CADIET/JEULAND, p. 609 (note de bas de page n° 35) ; GUICHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 1200.

²³⁰⁸ JUNILLON, Le formalisme, p. 408-409, n° 161.34.

²³⁰⁹ Voy. COUCHEZ/LAGARDE, p. 300 ; HÉRON/LE BARS, p. 475.

²³¹⁰ CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance, n° 130.

allégué, aurait permis d'adjuger la demande. »²³¹¹ A suivre cette auteur, une assignation dépourvue de motivation juridique ou des conclusions confuses, pourraient ainsi entraîner la perte du procès, par un jugement emportant autorité de la chose jugée. Tant qu'à faire, la nullité serait alors préférable, car elle ne fait pas obstacle à une seconde instance.

658. Au vu de ces éléments, on comprend aisément que l'étendue des pouvoirs du juge en matière de régularisation ne constitue pas une préoccupation majeure. Le rôle du juge est ramené à l'obligation de veiller au déroulement rapide de la procédure. Cette quasi-indifférence contraste avec l'esprit général du Code de procédure civile français qui reconnaît au juge un vaste office en matière procédurale. Les juridictions devraient certainement envisager un plus large usage des pouvoirs qui leurs sont reconnus en matière de régularisation des écritures des parties.

2) La nature des pouvoirs du juge

659. Maintenant que nous avons tracé les contours des pouvoirs du juge en matière de régularisation, nous allons examiner leur nature. Sur ce point, on observe que le droit suisse et le droit français s'opposent de nouveau. Alors que le juge est obligé de les utiliser en droit suisse (a), son homologue français n'est astreint à aucune obligation sur ce point (b)

a) Le caractère obligatoire de la régularisation en droit suisse

660. Le Tribunal fédéral a affirmé très tôt que l'office du juge en matière de régularisation était obligatoire et qu'on ne se trouvait pas en présence d'une simple faculté abandonnée au bon vouloir des magistrats. En 1960, la question fut déjà évoquée dans un arrêt traitant de l'omission de la procuration²³¹². Le Tribunal fédéral considéra qu'il était excessivement formaliste de déclarer un appel irrecevable pour cette raison, alors que l'omission avait déjà eu lieu devant le tribunal de première instance sans porter à conséquence²³¹³. La juridiction suprême ne critiqua pas en soi la nécessité de produire un pouvoir écrit de représentation, car cela permettait d'éviter que les actes de procédure effectués par *falsus procurator* ne causent un dommage aux autres parties²³¹⁴. Elle estima

²³¹¹ CAYROL, *ibid.* Il s'agit de la conséquence d'une évolution de la jurisprudence remontant à 2007, cf. infra, n° 1039 ss.

²³¹² ATF 86 I 4.

²³¹³ Arrêt précité, exposé des faits.

²³¹⁴ Arrêt précité, cons. 3.

que ce but pouvait être atteint en fixant un bref délai à la partie négligente pour remédier au vice de procédure. Partant, l'irrecevabilité prononcée d'emblée s'avérait excessivement formaliste. Implicitement cet arrêt rendait obligatoire la régularisation du vice de procédure.

661. Six ans plus tard, le principe fut posé ouvertement par deux arrêts rendus le même jour. Le premier portait sur l'absence de procuration jointe au mémoire de recours dans une affaire administrative²³¹⁵, soit sur une question similaire à celle examinée en 1960. Le Tribunal fédéral employa cette fois-ci des termes clairs. Il commença par affirmer qu' « *il [était] très douteux que le système consistant à exiger le dépôt de la procuration avec le recours et à sanctionner la violation de cette règle par une décision d'irrecevabilité prononcée sans autre formalité soit conforme à l'art[icle] 4 C[onstitution]* », car « *le contrôle, nécessaire sans doute, des pouvoirs du mandataire n'exige[ait] pas une solution aussi rigoureuse* ». Au yeux de la juridiction suprême « *si, dans une affaire donnée, le Conseil d'Etat estime devoir procéder à une telle vérification, il lui suffit d'inviter le mandataire qui n'aurait pas encore envoyé sa procuration à la produire dans un bref délai sous peine d'irrecevabilité du recours* »²³¹⁶. La seconde affaire est encore plus intéressante²³¹⁷. Elle porte, en effet, sur le recours en cassation du droit neuchâtelois et présente de nombreuses similitudes avec l'affaire *Prestations Levages Services* examinée par la Cour européenne des droits de l'Homme²³¹⁸. Le demandeur au pourvoi avait joint à sa requête une copie non authentifiée du jugement attaqué. La Cour de cassation civile y vit une cause d'irrecevabilité prononcée d'emblée. Le Tribunal fédéral concéda tout d'abord que « *la juridiction cantonale doit pouvoir vérifier d'entrée de cause si le pourvoi est irrecevable ou manifestement mal fondé* », que « *cela suppose qu'elle ait en main une copie de la décision offrant toutes les garanties d'exactitude* » et que « *seule une copie certifiée conforme par le greffier remplit cette condition.* » En revanche, le rejet d'emblée du pourvoi s'avérait excessivement formaliste, car « *la vérification des conditions de fond ou de recevabilité du recours peut être faite - et elle ne sera pas même sérieusement retardée - si, lorsqu'elle reçoit le pourvoi et constate l'irrégularité, la juridiction cantonale en avise le recourant et lui fixe un bref délai pour corriger l'informalité, sous peine d'irrecevabilité du pourvoi* ». Trente

²³¹⁵ ATF 92 I 13. Cet arrêt fut confirmé ultérieurement : ATF 94 I 523.

²³¹⁶ Arrêt précité, cons. 2.

²³¹⁷ ATF 92 I 9.

²³¹⁸ Cf. supra, n° 374 ss.

ans avant l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Levages Prestations Services*, le Tribunal fédéral franchissait un pas de plus que la juridiction européenne. Cela montre l'importance accrue accordée par la juridiction suprême suisse à la régularisation des vices de procédure.

662. Ultérieurement, l'obligation d'inviter les parties à régulariser les vices de procédure fut étendue à de nombreuses reprises. On rencontre plusieurs arrêts rendus en matière pénale, mais la transposition au contentieux civil des solutions adoptées est parfaitement envisageable. Ainsi, le Tribunal fédéral considérera-t-il qu'un acte de procédure rédigé dans une autre langue que la langue officielle ne pouvait être déclaré irrecevable sans que son auteur n'ait été invité à en produire une traduction²³¹⁹. L'absence de signature au bas d'un mémoire de recours²³²⁰ ou l'impossibilité d'identifier l'auteur de la signature²³²¹ ne pouvaient emporter irrecevabilité sans que l'auteur de l'acte ne soit invité à les compléter²³²². Il en alla de même en présence de doutes sur l'identité des parties, lorsque celle-ci est manifestement erronée. Une demande de relevé de forclusion du délai d'appel formée par une société qui n'a pas été partie au procès en première instance ne saurait être rejetée pour cette seule raison²³²³. La juridiction d'appel doit inviter le mandataire constitué à régulariser sa requête, ou à préciser s'il entend réellement interjeter un recours au nom d'une personne qui n'a pas été partie à la procédure de première instance²³²⁴.

663. La jurisprudence cantonale contient également des exemples de vices de procédure que le juge devait s'efforcer de régulariser au nom de l'interdiction du formalisme excessif. Deux arrêts traitent, par exemple, de la désignation incorrecte des parties²³²⁵, un autre des annexes devant accompagner une requête en faillite²³²⁶.

²³¹⁹ ATF 102 Ia 35 (arrêt rendu en matière pénale où le Tribunal fédéral s'appuie sur les dispositions du Code de procédure civile pour justifier l'obligation d'interpeler l'auteur de l'acte) ; ATF 106 Ia 299 (*obiter dictum* confirmant la validité du principe en matière civile). Voy. également SCHMID, p. 105.

²³²⁰ ATF 114 Ia 20, JdT 1990 I 256, SJ 1988, p. 426 ; ATF 120 V 413, AJP/PJA 1995, p. 723 (note Kieser), RJB 132 (1996), p. 532 (chron. J. P. Müller). La jurisprudence n'a cependant pas toujours été claire sur ce point. Voy. SCHMID, p. 105-108 et les arrêts cités.

²³²¹ ATF 108 Ia 289.

²³²² SCHMID, p. 126 souscrit à cette opinion, tout en précisant que la recherche de l'identité du signataire ne doit pas constituer un fardeau excessif pour la juridiction à laquelle elle incombe.

²³²³ TF du 6 juin 2003, 4P.46/2003. Voy. déjà concernant des doutes sur l'identité des parties : Trib. app. TI, 22 janvier 1973, REP 1974, pp. 339 ss (inscription provisoire d'hypothèque légale).

²³²⁴ Le droit suisse, à l'exception de certains anciens droits cantonaux, ne connaît pas la figure de la tierce-opposition.

²³²⁵ Cour supr. TG, 25 janvier 2008, RBOG 2008, p. 222-223 ; Trib. cant. GR, 20 décembre 2006, cons. 1b, PKG 2006, n° 32, p. 180.

²³²⁶ Cour supr. UR, 24 juillet 1998, cons. 3, RB 1998-1999, n° 8, p. 33.

664. Le droit judiciaire privé fédéral procède des mêmes principes. La régularisation prévue à l'article 42 alinéa 5 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, à l'article 32 alinéa 4 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite et à l'article 132 alinéa 1 du Code de procédure civile est obligatoire. Le juge ne peut pas renoncer à inviter la partie concernée à régulariser son acte de procédure. La question est à peine discutée dans la doctrine, tant elle paraît évidente²³²⁷.

b) Le caractère facultatif de la régularisation en droit français

665. A la différence du droit suisse, le droit français ne fait, en principe, aucune obligation au juge d'inviter les parties à régulariser les vices de procédure. S'agissant des conclusions écrites, par exemple, le texte des articles 765 et 768-1 du Code de procédure civile est clair sur ce point. La Cour de cassation considère que si les pièces figurant dans le bordereau des conclusions ne sont pas versées au dossier, la juridiction doit inviter les parties « à s'expliquer sur l'absence au dossier des pièces » dont la communication n'a pas été contestée²³²⁸, ce qui revient à inviter les parties à procéder à une

²³²⁷ LTF : Florence AUBRY-GIRARDIN, in CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 53 et 58 ad art. 42 LTF; DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 1042 ad art. 42 LTF; Laurent MERZ, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 97 ad art. 42 LTF. CPC : François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 25 ad art. 132 CPC 2008; Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 4 ad art. 132 CPC 2008; GASSER/RICKLI, n° 1 ad art. 132 CPC 2008; Mario KUMSCHICK, in Baker&McKenzie, n° 3 ad art. 132 CPC 2008; Michael KRAMER/Nadja KUBAT ERK, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 2 ad art. 132 CPC 2008; Reto M. JENNY, in GEHRI/KRAMER, n° 2 et 3 ad art. 132 CPC 2008; Adrian STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 4 ad art. 132 CPC 2008; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 558 (ad art. 132 CPC 2008); Roger WEBER, in OBERHAMMER, n° 18 ad art. 130-132 CPC 2008. Selon DONZALLAZ (Commentaire LTF, n° 1053 ad art. 42 LTF), la régularisation des vices de procédure mentionnés à l'art. 42 al. 6 LTF est facultative, alors qu'elle serait obligatoire pour ceux mentionnés à l'art. 42 al. 5 LTF (*ibid.*, n° 1042 ad art. 42 LTF). Cette opinion n'est pas unanimement partagée (voy. par exemple : Laurent MERZ, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 98 et 99 ad art. 42 LTF).

²³²⁸ La jurisprudence est abondante : Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2012, pourvoi n° 10-27099; Cass. 2^{ème} civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 10-27103; Cass. 2^{ème} civ., 2 février 2012, pourvoi n° 11-12134; Cass. com., 31 janvier 2012, pourvoi n° 11-10902; Cass. soc., 12 janvier 2012, pourvoi n° 10-19356; Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-22773; Cass. 3^{ème} civ., 5 avril 2011, pourvoi n° 10-14333; Cass. 3^{ème} civ., 16 mars 2011, pourvoi n° 09-69544, publication prévue; Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, pourvoi n° 10-10251; Cass. 2^{ème} civ., 2 décembre 2010, pourvoi n° 08-14801; Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 2010, pourvoi n° 09-11494; Cass. soc., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 07-45724; Cass. 2^{ème} civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 07-18043; Cass. soc., 9 novembre 2009, pourvoi n° 07-43201; Cass. com., 20 octobre 2009, pourvoi n° 08-19620; Cass. 3^{ème} civ., 22 septembre 2009, pourvoi n° 08-16042; Cass. com., 9 juin 2009, pourvois n° 08-12236 et 08-12434; Cass. 3^{ème} civ., 4 novembre 2008, pourvoi n° 07-21479; Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 05-10760; Cass. 2^{ème} civ., 18 octobre 2007, pourvoi n° 05-21689; Cass. 3^{ème} civ., 6 juin 2007, Bull. civ. III, n° 99, D. 2007 AJ 1794, JCP 2007 éd. G IV. 2429; Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, Bull. civ. I, n° 131, JCP 2007 éd. G IV. 1913; Cass. 2^{ème} civ., 22 mars 2007, pourvoi n° 06-12407; Cass. 3^{ème} civ., 30 janvier 2007, pourvoi n° 05-21453; Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, Bull. civ. II, n° 487; Cass. 2^{ème} civ., 9 novembre 2006, pourvoi n° 05-15397; Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, Bull. civ. I, n° 487, JCP 2006 éd. G IV. 3432, Procédures 2007, comm. 29 (note Perrot); Cass. com., 27 juin 2006, Bull. civ. IV, n° 154, D. 2006 IR 2055; Cass. 2^{ème} civ., 11 janvier 2006, Bull. civ. II, n° 13; Cass. 2^{ème} civ., 11 janvier 2006, Bull. civ. II, n° 11; Cass. 2^{ème} civ., 11 janvier 2006, Bull. civ. II, n° 10, D. 2006 IR 252 (obs. Avena-Robardet), JCP 2006 éd. G IV. 1220. Parfois la jurisprudence étend cette obligation à des preuves qui n'ont pas été mentionnées par les parties, mais qui auraient dû l'être : Cass. com., 13 décembre 2011, pourvoi n° 10-27365. Elle n'en fait toutefois pas un principe absolu : Cass. 3^{ème} civ., 29 septembre 2010, Bull. civ., III,

régularisation. On retrouve une obligation similaire dans certaines affaires concernant la formulation des conclusions. Le juge ne peut déclarer irrecevables des demandes qui n'auraient pas été chiffrées, mais doit inviter la partie à évaluer chaque poste de sa demande²³²⁹. La deuxième chambre civile est même allée plus loin, car elle a censuré la Cour d'appel de Rennes qui avait refusé « *d'évaluer le montant d'un dommage dont elle constatait l'existence en son principe* »²³³⁰, le lésé n'ayant avancé aucun élément permettant de procéder aux calculs. La doctrine n'envisage pas à l'heure actuelle d'accroissement des obligations du juge²³³¹, même si elle souligne la nécessité de procéder à une « *mise en état intellectuelle* »²³³² du litige impliquant d'aller au-delà de la fixation d'un échéancier pour l'échange des conclusions entre les parties.

666. Parallèlement à cette évolution de la jurisprudence nationale, on constate que la Cour européenne des droits de l'Homme évolue également lentement vers une obligation d'inviter les parties à régulariser leurs vices de procédure²³³³. On ne peut donc totalement exclure qu'à terme la Cour de Strasbourg ne mette à charge des juridictions l'obligation d'inviter les parties à régulariser les actes de procédure, de la même manière qu'elle leur impose de veiller au respect du principe de célérité.

667. Bien plus encore que ces évolutions de la pratique judiciaire, il nous semble que des arguments méthodologiques plaident en faveur de la reconnaissance d'une obligation d'inviter les parties à régulariser les vices de procédure. Le fait que le Code de procédure civile parle uniquement d'une faculté ne signifie pas encore que le juge peut faire ce qu'il veut. Facultatif n'est pas le synonyme d'arbitraire. L'obligation de veiller au bon déroulement de l'instance, instituée à l'article 3 du Code de procédure civile, persiste tout au cours de l'instance. Or nous sommes d'avis que le juge de la mise en état n'ordonnant pas la régularisation des vices de procédure susceptibles de l'être viole cette obligation, car son omission est source de confusion et fait le lit de multiples incidents susceptibles de prolonger indûment le procès.

n° 174 ; Cass. 2^{ème} civ., 14 décembre 2006, pourvoi n° 05-19624. En cas de doute sur la communication des pièces produites : Cass. 2^{ème} civ., 30 avril 2009, Bull. civ. II n° 109, D. 2010 pan. 990 (obs. Douchy-Oudot).

²³²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 23 novembre 2011, pourvoi n° 10-26645 ; Cass. soc., 11 mars 2009, Bull. civ. V, n° 77 ; Cass. soc., 7 octobre 1997, Bull. civ. V, n° 302.

²³³⁰ Cass. 2^{ème} civ., 5 avril 2007, Bull. civ. II, n° 76. La jurisprudence n'est pas toujours allée dans ce sens : Cass. 2^{ème} civ., 10 février 2000, Bull. civ. II, n° 27, JCP 2000 éd. G II 10405 (note du Ruscquec).

²³³¹ Voy. parmi tant d'autres : LACROIX-ANDRIVET, p. 801, n° 331.173 pour qui « *il est à noter toutefois qu'il ne s'agit que d'une simple faculté et non d'une obligation.* »

²³³² CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance, n° 112 et 133 ; GUICHARD/FERRAND/CHAINAIS, p. 1224 ; LACROIX-ANDRIVET, p. 800, n° 331.171.

²³³³ Cf. supra, n° 537 et 538.

§ 2: Les modalités de la régularisation

668. Les modalités de la régularisation traitent de la manière dont elle est concrètement opérée. Nous les avons regroupées en deux catégories. La première concerne l'acte régularisateur (A), la seconde traite du processus de régularisation (B).

A) L'acte régularisateur

669. La régularisation présuppose l'accomplissement d'un acte régularisateur. Celui-ci peut être soit identique (1), soit différent (2) de l'acte affecté par le vice de procédure.

1) La régularisation par un acte identique

670. Le recours à un acte identique à l'acte vicié constitue la manifestation la plus aboutie de la régularisation. Bien qu'étant aisément envisageable, elle est très contraignante pour les parties. Celles-ci doivent refaire l'acte vicié en entier. On rencontre donc des situations où « *cette rigueur est parfois excessive* »²³³⁴. Afin d'éviter que la régularisation devienne à son tour une source d'excès de formalisme, ce qui reviendrait à tomber de Charybde en Scylla, il est important de soigneusement circonscrire le domaine des vices de procédure dont la régularisation nécessite le recours à un acte de procédure strictement identique. C'est pour cette raison que nous partirons de l'idée que l'emploi d'un acte identique est en principe facultatif (a), seul un petit nombre d'exceptions devant être admises (b).

a) Le caractère facultatif de la régularisation par un acte identique

671. Les articles 121 et 126 du Code de procédure civile français prévoient que la nullité pour irrégularité de fond, ou la fin de non-recevoir, n'est plus encourue si « *sa cause a disparu au moment où le juge statue* ». L'article 115, quant à lui, mentionne la régularisation de la nullité pour vice de forme sans donner non plus d'indication sur la nature de l'acte régularisateur. Le texte légal n'oblige donc pas directement les parties à employer des actes de procédure identique. Doctrine et jurisprudence ont opté pour une approche souple envisageant la régularisation par un acte équivalent. Un exemple

²³³⁴ DUPEYRON, p. 207.

fréquemment cité est celui des conclusions régularisant un vice de procédure affectant l'assignation²³³⁵.

672. Le recours à un acte identique n'est naturellement pas exclu²³³⁶. On en veut pour preuve un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation²³³⁷, s'agissant de l'absence de qualité pour défendre d'une entité administrative dans un procès dirigé contre l'Etat²³³⁸. L'acte introductif d'instance avait été déclaré nul en degré d'appel, au motif que le demandeur avait ouvert action contre le « *vice-rectorat de la Polynésie française* »²³³⁹ et qu'il aurait dû attirer en justice l'agent judiciaire du Trésor public dès le début de la procédure. La Cour de cassation censura l'arrêt d'appel au motif qu'en « *qu'il ressortait tant de la réassignation que M. X... avait fait délivrer à l'agent judiciaire du Trésor que de ses conclusions d'appel qu'il sollicitait la condamnation de ce dernier en sa qualité de représentant de l'Etat* » si bien qu'en prononçant la nullité, « *la cour d'appel a[vait] dénaturé les termes clairs et précis de la réassignation et des conclusions d'appel de l'intéressé* ». Sous le couvert d'une question d'interprétation des actes de procédure, la Cour de cassation retint que l'absence de qualité pour défendre de l'entité administrative avait été régularisée par une seconde assignation²³⁴⁰ délivrée à l'agent judiciaire du Trésor public. Celle-ci avait certainement été signifiée par le demandeur, conscient de sa méprise et qui ne voulait pas prendre le risque que sa demande soit déclarée irrecevable. Un autre arrêt admet la régularisation d'une assignation comportant une heure d'audience erronée par une seconde assignation²³⁴¹.

²³³⁵ Voy. parmi tant d'autres : BEAUCHARD, Nullité des actes de procédure-Vices de forme, n° 82 ; JUNILLON, p. 387, n° 164.92 ; PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 109 et les arrêts cités.

²³³⁶ Telle que la régularisation d'une assignation par une seconde assignation : BEAUCHARD, Nullité des actes de procédure-Vices de forme, n° 80.

²³³⁷ Cass. soc., 16 décembre 2008, pourvoi n° 07-43057.

²³³⁸ En vertu de l'art. 38 de la Loi n° 55-366 du 3 avril 1955 relative au développement des crédits affectés aux dépenses du ministère des finances et des affaires économiques pour l'exercice 1955 (publiée au *J.O.* du 6 avril 1955, pp. 3420 ss ; la version en vigueur de l'art. 38 est issue de la Loi n°61-1396 du 21 décembre 1961 portant Loi de finances pour 1962, publiée au *J.O.* du 22 décembre 1961, pp. 11755 ss), « *toute action portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire et tendant à faire déclarer l'Etat créancier ou débiteur pour des causes étrangères à l'impôt et au domaine doit, sauf exception prévue par la loi, être intentée à peine de nullité par ou contre l'agent judiciaire du Trésor public* ». Cette disposition est fréquemment ignorée des plaideurs inattentifs, ou plutôt de leurs mandataires. Il existe toutefois des exceptions en matière de réquisitions illégales (Cass. 2^{ème} civ., 15 septembre 2005, Bull. civ. II, n° 216) ou d'expropriation (Cass. 2^{ème} civ., 31 janvier 1996, Bull. civ. II, n° 20), ce qui ne manque pas d'entretenir une certaine confusion.

²³³⁹ Le Code de procédure civile de Polynésie française était donc applicable, mais il ne se distingue pas, sur ce point, du Code de procédure civile métropolitain.

²³⁴⁰ La « *réassignation* ». Nous partons de l'idée que celle-ci a eu lieu en première instance, sans pouvoir être entièrement catégorique.

²³⁴¹ Cass. 2^{ème} civ., 20 octobre 2011, Bull. civ. II, n° 194. La question débattue était celle de l'interruption du délai dans lequel l'assignation devait être signifiée.

673. L'article 132 du Code de procédure civile suisse prescrit que le tribunal «*fixe un délai pour la rectification*» ; l'article 42 alinéa 5 de la Loi sur le Tribunal fédéral dispose que la juridiction «*fixe un délai pour remédier à l'irrégularité*» ; l'article 32 alinéa 4 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite parle de «*donner l'occasion de [...] réparer*» les vices de procédure. Ces dispositions n'obligent donc pas les tribunaux à demander aux parties de refaire à l'identique les actes de procédure viciés. L'acte régularisateur peut prendre diverses formes différentes de l'acte vicié²³⁴². La régularisation par un acte identique sera cependant fréquemment ordonnée lorsque le juge prend conscience du vice de procédure avant de notifier l'acte aux autres parties. Il semble alors naturel qu'il invite son auteur à produire un acte régularisé, ou complété, avant de poursuivre la procédure.

674. En revanche, lorsque le vice de procédure n'est décelé qu'à un stade ultérieur, les juridictions devraient admettre que celui-ci soit régularisé par d'autres actes. Par exemple, si l'indication de la valeur litigieuse fait défaut dans le mémoire de demande²³⁴³, le demandeur devrait pouvoir régulariser cette omission par des renseignements fournis oralement à l'audience²³⁴⁴. De même, il serait excessivement formaliste d'exiger du demandeur qu'il produise un exemplaire signé du mémoire de demande alors que l'absence de signature n'est remarquée qu'au stade des ultimes plaidoiries. Il lui suffirait de signer sur le champ les exemplaires en main de ses adversaires et celui figurant au dossier de la procédure. La régularisation par un acte équivalent a déjà été admise en matière de poursuite pour dettes et faillite. Le Tribunal cantonal vaudois a ainsi jugé que la notification de la commination de faillite régularisait les vices de procédure affectant le commandement de payer²³⁴⁵.

675. Peut-on régulariser tous les vices de procédure par un acte équivalent à l'acte vicié ? Contrairement à BOHNET, nous ne pensons donc pas qu'un tel procédé de régularisation doive être réservé à l'hypothèse d'une «*erreur mineure*» que le juge «*devrait rectifier d'office ou sur requête de son auteur, sans requérir de celui-ci qu'il le redresse formellement.*»²³⁴⁶ A notre avis, le procédé est aussi envisageable en cas de

²³⁴² Tel que le dépôt des annexes prescrites à l'art. 221 al. 2 CPC 2008, ou la production des pages manquantes d'un acte.

²³⁴³ Une telle mention est prescrite en procédure ordinaire par l'art. 221 al. 1 litt. c CPC 2008.

²³⁴⁴ Pour dissiper tout doute, il suffira de les acter dans le procès-verbal.

²³⁴⁵ Trib. cant. VD, 25 juillet 2005, BISchK 2006, pp. 196 ss.

²³⁴⁶ François BOHNET, in BOHNET/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 24 ad art. 132 CPC 2008. Dans le même sens : Roger WEBER, in OBERHAMMER, n° 17 ad art. 130-132 CPC 2008 : «*Das Gericht braucht sich daher mit*

vices de procédure plus graves. Si une personne sous tutelle ouvre action seule, le tribunal n'aura qu'à fixer un délai au tuteur²³⁴⁷ pour qu'il ratifie la demande et le procès se poursuivra sans autre formalité²³⁴⁸. Il n'est pas nécessaire d'inviter formellement le tuteur à remettre au tribunal un second mémoire de demande pourvu de sa signature et la ratification peut s'accomplir par sa comparution à l'audience au côté de son pupille²³⁴⁹. La ratification peut également s'accomplir par comparution du tuteur au côté de son pupille lors d'une audience. Un raisonnement similaire peut être appliqué à la ratification par l'organe compétent des actes accomplis par une personne dépourvue du pouvoir d'engager la personne morale²³⁵⁰.

b) Les exceptions

676. Il existe cependant des cas où la régularisation par un acte équivalent n'est pas possible. En droit suisse, ni la doctrine, ni la jurisprudence, d'ailleurs, n'ont véritablement abordé la problématique sous son angle général²³⁵¹. La question n'est pas davantage traitée en droit français. Un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux²³⁵², dont nous avons déjà parlé, part de l'idée que la régularisation de l'absence d'autorisation d'assigner à jour fixe ne peut que prendre la forme de l'autorisation défaillante. L'arrêt semble implicitement exclure que les audiences tenues devant la juridiction, aient pu remédier à l'absence d'autorisation initiale. Nous en déduisons que l'absence d'autorisation judiciaire pour agir en justice ne peut être régularisée autrement que par la production de l'autorisation litigieuse. Existe-t-il d'autres vices de procédure soumis à un régime identique ? Certainement, mais la jurisprudence ne donne aucun élément permettant d'en dresser la liste. Outre l'exemple précité, nous avons pu identifier un autre cas de figure où la régularisation par un acte équivalent est contestée. Il s'agit de la tentative de conciliation et des modes alternatifs de résolution des conflits. Les termes du débat sont

einer Ersatzvornahme nur zu begnügen, soweit ein Magel untergeordneter Natur ist und nicht absichtlich herbeigeführt wurde. »

²³⁴⁷ Voy. l'arrêt de principe : ATF 112 II 102, cons. 2. Nicolas JEANDIN, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 17 ad art. 67 CPC ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 69 ; Kristina TENCHIO/KUZMIC, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 16 ad art. 67 CPC 2008.

²³⁴⁸ Stephanie HRUBESCH-MILLAUER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 29 ad art. 67 CPC 2008. Il est toutefois contesté si le tuteur peut autoriser son pupille à agir seul : *favorables* : Tanja DOMEJ, in OBERHAMMER, n° 7 ad art. 67 CPC 2008 ; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 153 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 156 ; *opposés* : Ernst STAEHELIN/Silvia SCHWEIZER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 17 ad art. 67 CPC 2008.

²³⁴⁹ Cette situation est surtout susceptible de se présenter lorsque l'audience est tenue immédiatement après l'introduction d'instance, comme pour la procédure de conciliation ou la procédure simplifiée.

²³⁵⁰ Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 238 (ad art. 67 CPC 2008).

²³⁵¹ Nous verrons sous peu qu'un débat existe tout de même s'agissant de la question de l'omission du préliminaire obligatoire de conciliation.

²³⁵² Bordeaux, 12 janvier 2010, RG n° 08/01728.

similaires en France et en Suisse. Nous allons donc nous pencher sur les controverses soulevées des deux côtés du Jura.

677. La Cour de cassation française considère que l'absence de procédure de conciliation devant le bureau de conciliation du conseil de prud'hommes est régularisée par la comparution des parties devant le bureau de jugement qui tente alors la conciliation²³⁵³. Il s'agit d'un cas de figure de la régularisation par un acte équivalent, car le bureau de conciliation et le bureau de jugement sont deux formations différentes du conseil de prud'hommes²³⁵⁴. En revanche, concernant les modes amiables de résolution des litiges contractuellement convenus, la jurisprudence ne semble accepter la régularisation que s'ils ont été intégralement mis en oeuvre²³⁵⁵. La jurisprudence n'est toutefois pas entièrement fixée, car les arrêts rendus jusqu'à présent concernaient des espèces où la tentative de règlement amiable avait été effectivement mise en oeuvre. Les juridictions pouvaient donc tirer parti de ce fait pour asseoir leur motivation fondée sur la régularisation. Cela ne veut pas encore dire que la régularisation par un acte équivalent est totalement exclue. En doctrine, on retrouve sous la plume de plusieurs auteurs des solutions alternatives destinées également à favoriser la régularisation de l'absence de procédure de conciliation contractuellement convenue. GUINCHARD, CHAINAIS et FERRAND considèrent ainsi que « *le simple sursis à statuer présenté par voie d'exception tendant à obtenir un délai ne défigure par la notion d'exception de procédure [...] et offre davantage de souplesse.* »²³⁵⁶. Elle permet, en effet, d'écarter tout risque d'excès de formalisme en donnant ouvertement, et non par le seul jeu des renvois d'audience, un délais suffisant à la partie concernée pour qu'elle puisse mettre intégralement en œuvre le processus de régularisation.

²³⁵³ Cass. soc., 12 décembre 2000, Bull. civ. V, n° 422, RTD civ. 2000, p. 207 (chron. Perrot) ; Cass. soc., 18 novembre 1998, Bull. civ. V, n° 507. L'art. R. 1454-22 C. trav. règle le sort des accords intervenus entre les parties devant le bureau de jugement. Implicitement, il habilite donc ce dernier à procéder à une nouvelle tentative. Sur cette question, voy. THOLY/HISEL, n° 279 ; GAILLARD/KIM/SYBILLIN/CROS, n° 373.

²³⁵⁴ Le bureau de conciliation est composé de deux conseillers prud'hommes, un salarié et un employeur, alors que le bureau de jugement comporte quatre conseillers, deux salariés et deux employés (cf. art. R. 1423-35 et R. 1454-7 C. trav.). De surcroît, le préliminaire de conciliation est destiné à éviter le contentieux, ce que ne fait pas la conciliation en cours d'instance (sur ce point : Roger PERROT, Chronique sous Cass. soc. 12 décembre 2000, RTD civ. 2001, p. 207-208).

²³⁵⁵ Cass. 2^{ème} civ, 16 décembre 2010, Bull. civ. II, n° 212 ; Poitiers, 17 janvier 2007, RG n° 06/1080. Voy. déjà s'agissant de l'autorité de la chose jugée : Cass. 2^{ème} civ., 21 avril 2005, JCP 2005 éd. G II n° 10153 (obs. Croze), Procédures 2005, comm. n° 267 (obs. Perrot).

²³⁵⁶ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 289.

678. Une approche similaire se retrouve en droit suisse s'agissant de la tentative de conciliation. Celle-ci reçoit une application quasi systématique en matière civile²³⁵⁷, à l'instar de ce qui se faisait en France sous l'empire du Code de procédure civile de 1806²³⁵⁸. La question des conséquences de son omission a donc suscité l'intérêt de la doctrine, et fait l'objet de plusieurs décisions de justice. Une majorité d'auteurs²³⁵⁹, et quelques décisions de justice²³⁶⁰, se contentent d'indiquer que la demande est alors irrecevable. Il est toutefois difficile de savoir si ces auteurs refusent implicitement la régularisation du vice de procédure²³⁶¹. Une minorité suggère de suspendre l'instance le temps de procéder à la tentative de conciliation²³⁶². Quelques un²³⁶³ proposent,

²³⁵⁷ Voy. les exceptions mentionnées à l'art. 198 CPC 2008 et les conditions d'une renonciations établies à l'art. 199 CPC 2008.

²³⁵⁸ Pour une comparaison entre les deux pays : François BOHNET/Samuel MONBARON, Les modes amiables de résolution des conflits en procédure civile suisse – Présentation au regard du droit français, berceau de la conciliation, RSPC 2010, pp. 87 ss, spécialement pp. 94 ss ; MONBARON, pp. 429 ss.

²³⁵⁹ Il s'agit de l'opinion majoritaire au sein de la doctrine : BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse, p. 213 ; François BOHNET, in BOHNET/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 64 ad art. 59 CPC 2008 ; Mathias COURVOISIER, in Baker&McKenzie, n° 12 ad art. 59 CPC 2008 ; François BOHNET/Bastien SANDOZ, in François BOHNET/Marino MONTINI (édit.), Droit du bail à loyer – Commentaire pratique, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, n° 15 ad art. 274a CO ; Urs EGLI, BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 13 ad art. 199 CPC 2008 ; Sylvia FREI, Sühnverfahren, summarisches, einfaches und ordentliches Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in Karl SPÜHLER (édit.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung – Eine Orientierung, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich, 2003, pp. 17 ss, spécialement p. 19 ; Peter HIGI, Die Miete : Art. 271-274g OR, in GAUCH/SCHMID (édit.), n° 27 ad art. 274a CO ; Jörg HONEGGER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 10 ad art. 197 CPC 2008 ; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 230 ; Richard PÜNTENER, Das mietrechtliche Schlichtungsverfahren in der Zivilprozessordnung, MP 2011, pp. 243 ss, spécialement p. 262 ; Bastien SANDOZ, La conciliation, in François BOHNET (édit.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour les praticiens, Coll. CEMAJ, Schulthess Editions romandes, 2010, p. 60 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 140 ; Thomas SUTTER-SOMM, Das Schlichtungsverfahren der ZPO : Ausgewählte Problempunkte, RSPC 2012, pp. 69 ss, spécialement p. 77 ; Denis TAPPY, Le déroulement de la procédure (procédure ordinaire et procédure simplifiée en première instance) in Suzana LUKIC (édit.), Le projet de Code de procédure civile fédérale : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, CEDIDAC, Lausanne, 2008, p. 171 ; Denis TAPPY/Mercedes NOVIER, La procédure de conciliation et la médiation dans le CPC, in Giorgio A. BERNASCONI/Thomas SUTTER-SOMM/Stephen V. BERTI/Denis TAPPY/Mercedes NOVIER/Bruno COCCHI/Yves DONZALLAZ/Angelo OLGATI/Gerhard WALTER/Francesco TREZZINI, Il Codice di diritto processuale civile svizzero – Atti della giornata di studio dell'11 giugno 2010, Coll. Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, pp. 81 ss, spécialement p. 138-139 ; Roger WEBER, in HONSELL/VOGT/WIEGAND, n° 2 ad art. 274a CO. Tel semblait être aussi la volonté des auteurs du projet, pour qui « une autorisation de procéder valable est une condition de recevabilité. » (Message FF 2006 6941, cité par BOHNET et HONEGGER d'ailleurs). Il faut toutefois relativiser cette assertion dans la mesure où elle apparaît dans le commentaire consacré à l'art. 206 P-CPC qui traitait de la durée de validité de l'autorisation de procéder. Plus nuancé : Raymond BISANG/Peter BURKHALTER/Raoul FUTTERLIEB/Peter HEINRICH/Andreas MAAG/Jürg P. MÜLLER/Beat ROHRER/Katharina STUCKI/Mathias TSCHUDI, Das schweizerische Mietrecht, 3^{ème} édition, Schulthess Juristische Medien, Zurich-Bâle-Genève, 2008, n° 8c ad art. 274a CO et DIETSCHY, Les conflits du travail, p. 363, pour qui le préliminaire de conciliation constitue une condition de recevabilité à laquelle les parties peuvent renoncer. Voy. également : TF du 4 janvier 1996, REP 1996, pp. 27 ss où la juridiction suprême retient que le préliminaire de conciliation constitue une condition de recevabilité de l'action en justice, sans toutefois que son absence puisse entraîner la nullité absolue, et donc invocable en tout temps, du jugement ainsi rendu.

²³⁶⁰ Trib. cant. NE, 14 août 2001, cons. 3, RJN 2001, p. 83 ; Trib. cant. NE, 7 décembre 1992, cons. 3, RJN 1992, p. 87-88.

²³⁶¹ Tel n'est certainement pas le cas de BOHNET, au vu de son commentaire de l'art. 63 CPC 2008.

²³⁶² Boris MÜLLER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 73 ad art. 59 CPC 2008. Il est révélateur de constater que les deux auteurs d'un même commentaire ne sont pas d'accord sur ce point...

²³⁶³ Stephen V. BERTI, in OBERHAMMER, n° 6 ad art. 63 CPC 2008 (ne mentionne toutefois que le cas du retrait de la demande suite à l'omission du préliminaire de conciliation) ; François BOHNET ; in BOHNET/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 11 ad art. 63 CPC 2008 ; Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 14 ad art. 132 CPC 2008 ; David LACHAT, Procédure civile en matière de baux et loyers, Editions de l'Association suisse

finalement, d'appliquer l'article 63 alinéa 1 ou 2 du Code de procédure civile, dont la portée constitue une situation intermédiaire entre la régularisation et l'irrecevabilité pure et simple²³⁶⁴. S'agissant finalement des clauses contractuelles de médiation et de conciliation, le Tribunal fédéral a exclu que leur violation puisse entraîner l'irrecevabilité d'une demande en justice, lorsque des pourparlers infructueux ont déjà eu lieu²³⁶⁵. A ce propos, la juridiction suprême indiqua que le défendeur ne pouvait se contenter de contester la compétence du tribunal arbitral, mais devait mettre lui-même en œuvre la procédure de médiation commerciale et demander la suspension de l'instance²³⁶⁶. Dans un arrêt ultérieur, toujours en matière arbitrale, le Tribunal fédéral s'est penché sur les chances de succès d'une procédure de conciliation avant de conclure qu'en l'absence de chance de succès, la clause de conciliation préalable n'avait pas été violée par l'introduction d'instance²³⁶⁷. On rencontre, par ailleurs, des arrêts considérant simplement

des locataires – Fédération romande, Lausanne, 2011, p. 91. Bien qu'elle ne soit nulle part expressément contredite, cette opinion se heurte virtuellement à l'interprétation plus restrictive proposée par certains auteurs au sujet de l'art. 63 CPC 2008. Voy. à ce propos : Markus MÜLLER-CHEN, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 7 ad art. 63 CPC 2008 ; Prisca SCHLEIFFER MARAIS, in Baker&McKenzie, n° 8 ad art. 63 CPC 2008 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 215. Tout le problème réside dans le sens exact de l'expression « *procédure prescrite* ». L'ancien art. 139 CO était plus souple, car il s'appliquait à toutes les situations où « *l'action ou l'exception a été rejetée par suite de l'incompétence du juge saisi, ou en raison d'un vice de forme réparable, ou parce qu'elle était prématurée* » : STACHER/WEHRLI, p. 96-97. La doctrine semblait effectivement aller plus loin que les vices portant sur la « *procédure prescrite* » au sens de l'art. 63 al. 2 CPC 2008. Voy. par exemple : Roland ILG, Heilung fehlerhafter Klageeinleitung durch Rückbeziehung des Eintritts der Rechtshängigkeit, durch Prozessüberweisung sowie insbesondere durch Restitution auf dem Wege der analogen Anwendung von Art. 139 OR, thèse Zurich, Juris Druck, Verlag, Zurich, 1968, p. 48 appliquant l'ancien art. 139 CO à tous les « *vices de la demande en justice* » (*Mängeln der Klage*) qui « *empêchent un examen au fond par le juge* » (*ein Einreten des Richters auf die Sache verhindern*). Tel était également le souhait des auteurs du projet de Code fédéral de obligations de 1881 et de son successeur de 1911 (voy. sur cette question les opinions rapportées par Charles Edouard RATHGEB, L'action en justice et l'interruption de la prescription, in Mélanges François Guisan – Recueil de travaux publié par la faculté de droit, Librairie de l'Université F. Rouge & Cie, Lausanne, 1950, pp. 235 ss, spécialement p. 270-271). En revanche la jurisprudence était plus conservatrice et considérait que plusieurs vices de procédure ne puissent être réparables, et donc exclure l'application de l'art. 139 aCO. Voy. pour un résumé des arrêts pertinents : Pascal PICHONNAZ, in THÉVENOZ/WERRO, n°10 ad art. 139 CO. Un jugement cantonal a admis l'application de l'art. 139 CO lorsque le demandeur introduit une action en libération d'une dette de loyer directement devant le tribunal au lieu de s'adresser d'abord à l'autorité de conciliation : Trib. civ. Bâle-Ville, 8 novembre 1983, cons. 1, BJM 1984, pp. 32 ss.

²³⁶⁴ Par ailleurs, cette opinion doctrinale se fonde sur la jurisprudence rendue au sujet du défunt art. 139 CO que l'art. 63 CPC 2008 est censé remplacer : François BOHNET, in BOHNET/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 11 ad art. 63 CPC 2008 ; Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 14 ad art. 132 CPC 2008 ; GASSER/RICKLI, n° 3 ad art. 63 CPC 2008 ; DIETSCHY, Les conflits du travail, p. 113 ; Dominik INFANGER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 5 ad art. 63 CPC 2008 ; Markus MÜLLER-CHEN, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 2 ad art. 63 CPC 2008 ; Roger MORF, in GEHRI/KRAMMER, n° 3 ad art. 63 CPC 2008 ; Prisca SCHLEIFFER MARAIS, in Baker&McKenzie, n° 4 ad art. 63 CPC 2008. Pour l'application de l'ancien art. 139 CO à une condition de recevabilité de la demande (omission de produire l'autorisation d'introduire instance avec le mémoire de demande) : ATF 89 II 304, cons 6, JdT 1964 I 171 où il est fait mention de l'interdiction du formalisme excessif. Voy. E. STEINER, Was ist "verbesserlicher Fehler" im Sinne von Art. 139 OR ? RSJ 57 (1961), p. 44 qui exclut l'application de cette disposition en matière de conciliation.

²³⁶⁵ TF du 8 juin 2007, 4A_18/2007, cons. 4.3.3, RSPC 2007, p. 247, RSDIE 2008, p. 98-99 (chron. Knoepfler et Schweizer), RJB 145 (2009), p. 382-383 (chron. Kellerhals et Berger). Cette opinion est parfois défendue en doctrine : Adrian STAEHELIN/Thomas SUTTER, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Schulthess, Zurich, 1992, p. 198.

²³⁶⁶ Arrêt précité du 8 juin 2007, cons. 4.3.3.2 *in fine*.

²³⁶⁷ TF du 16 mai 2011, 4A_46/2011, cons. 3.5.2. La jurisprudence antérieure semblait exclure purement et simplement que la violation des clauses contractuelles de médiation puisse être pourvue du moindre effet : TF du 8 juillet 2003, 4P.67/2003 et TF du 6 juin 2007, 4A_18/2007. En revanche la Cour de cassation zurichoise considérait que la violation

que la comparution des parties et l'absence d'accord en cours de procédure valent régularisation²³⁶⁸.

679. L'éventail des différentes opinions exprimées en droit suisse se recoupe amplement avec celles que nous avons examinées s'agissant du droit français. Il n'est donc, pas possible, de dégager, en partant de l'exemple de la tentative de conciliation, une liste de critères permettant d'identifier les vices de procédure devant être régularisés par un acte identique. S'agissant plus particulièrement de l'absence de préliminaire de conciliation, il faut, à notre avis, se pencher sur les chances d'aboutissement de celle-ci afin de déterminer si elle doit être répétée. Lorsque le demandeur a introduit un instance *ex abrupto*, notamment par erreur, il y a lieu de le renvoyer à agir en conciliation, au bénéfice d'une suspension d'instance, à moins qu'il ne soit possible d'y procéder sur le champ, à l'instar de ce qui se pratique devant les conseils de prud'hommes français. En revanche, lorsque la demande en justice est précédée d'une vaste correspondance dépourvue d'aménités, la répétition du préliminaire de conciliation sera inutile, vu l'évidence de la discorde²³⁶⁹. Cette approche devrait être généralisable à l'ensemble des vices de procédure. L'obligation de recourir à un acte de procédure identique à l'acte vicié devrait constituer une exception dûment motivée par les juridictions. Cette règle doit également être appliquée en droit suisse. La régularisation prévue à l'article 132 alinéa 1 du Code de procédure civile peut donc intervenir par d'autres voies que la remise d'une nouvelle expédition de l'acte de procédure vicié.

de la clause était pourvue d'effets de droits matériels pouvant aller jusqu'au rejet de la demande au fond, une irrecevabilité n'étant pas envisageable : Trib. cass. ZH, 15 mars 1999, Bulletin ASA 2002, pp. 373 ss (note Voser). La doctrine ne s'était guère penchée sur la question. Un des rares auteurs à avoir abordé la question considère que la violation des clauses contractuelles de conciliation ne peuvent faire obstacle à la recevabilité de la demande : Heiner HOLZER, *Die Streitbeilegungsabrede – Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation*, thèse Fribourg, Coll. Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Universitätsverlag, Fribourg, 1998, p. 185. Le raisonnement, pour le moins ambigu, repose sur la nature essentiellement contractuelle de celles-ci et l'absence de reconnaissance comme « *institution du droit public de procédure* » (*Institut des öffentlichen Prozessrechts*), voy. pp. 180 ss. Cette approche a été critiquée, car elle fait perdre de l'efficacité aux conventions de médiation (Voy. Dominique BROWN-BERSET, *La médiation commerciale : le géant s'éveille*, RDS 121 (2002) II, pp. 319 ss, spécialement p. 368-369 qui évoque la possibilité de recourir alors à la clause pénale ; MONBARON, p. 431 ; Nathalie VOSER, *Sanktion bei der Nichterfüllung einer Schlichtungsklausel*, Note sous Trib. cass. ZH, 15 mars 1999, Bulletin ASA 2002, p. 376-377 qui refuse d'envisager le rejet de la demande au fond, en l'absence de condition suspensive).

²³⁶⁸ Trib. cant. VS, 28 janvier 2003, cons. 3b, RVJ 2003, p. 235-236 ; Trib. cant. VS, 13 décembre 2000, cons. 4b) dd), RVJ 2001, p. 249 ; TF du 20 janvier 1993, cons. 3c) aa), RFJ 1993, pp. 72 ss.

²³⁶⁹ Une telle approche se rencontre en droit français concernant l'invocation tardive de l'absence de conciliation préalable : Roger PERROT, *Chronique sous Cass. com.* 22 février 2005, RTD civ. 2005, pp. 450 ss, spécialement p. 451 : « *Ce qui est contestable, c'est d'ériger l'omission d'un préliminaire conventionnel en une fin de non-recevoir qui oblige les parties à revenir au point de départ, simplement parce que l'une d'elles a changé d'avis en cours de route. Après des mois de procédure jetés au panier pour la beauté des principes, la reconstitution d'un préalable de conciliation n'a plus la même saveur. On serait d'ailleurs curieux de savoir les paroles d'apaisement qu'elles trouveront encore à se dire.* » Elle n'est pas inconnue du Tribunal fédéral suisse, non plus : TF du 7 septembre 2006, 4C.198/2006, cons. 4.3, RSPC 2007, p. 19 (note Sandoz) concernant la procédure préalable prévue à l'art. 270a al. 2 CO.

2) La régularisation par un acte équivalent

680. Nous venons de voir que la régularisation par un acte identique constitue une exception. Il en découle donc que la régularisation par un acte équivalent est la règle, que ce soit en droit suisse, ou en droit français. Parmi les différentes hypothèses envisageables à ce titre, on peut distinguer de manière générale selon que la régularisation intervient au cours de la même instance que l'acte vicié (a) ou que la régularisation se produit au cours de la procédure de recours (b).

a) La régularisation dans le cadre du même degré de juridiction

681. La pratique judiciaire française regorge d'exemples où un acte de procédure supplée aux carences d'un autre, malgré leurs différences respectives. L'hypothèse la plus évidente est celle d'une régularisation de l'assignation par des conclusions ultérieures déposées par le demandeur. Ce dernier peut donc régulariser ainsi le vice de forme découlant de l'absence d'exposé des moyens juridiques fondant sa demande²³⁷⁰, ou de l'irrégularité de fond entachant la constitution d'un avocat appartenant à un autre barreau que celui rattaché à la juridiction saisie²³⁷¹. Cette forme de régularisation est également envisageable lors de l'exercice des voies de recours. Ainsi, l'absence d'indication du domicile de l'appelant dans sa déclaration d'appel peut être remplacée par la production d'un contrat de location, les quittances des loyers et des bulletins de paie comportant toutes les informations nécessaires²³⁷².

682. La régularisation par équivalent n'est pas seulement envisageable pour les actes des parties. Elle peut également porter sur des étapes du procès impliquant la juridiction elle-même. Outre la tentative de conciliation, que nous avons déjà

²³⁷⁰ Nîmes, 6 octobre 2009, RG n° 08/05566.

²³⁷¹ Cass. 2^{ème} civ., 20 mai 2010, Bull. civ. II, n° 98, Procédures 2010, comm. 306 (note Perrot) ; Versailles, 30 novembre 2007, RG n° 06/05900. La question était particulièrement subtile dans l'affaire soumise à la Cour d'appel de Versailles. Le demandeur avait constitué dans son assignation devant le Tribunal de grande instance de Nanterre un avocat parisien comme avocat postulant et un avocat bruxellois comme avocat plaident. Or les règles relatives à la « *multipostulation* » devant les juridictions de Paris, Bobigny, Nanterre et Créteil (art. 5 III al. 3 de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, publiée au *J.O.* du 5 janvier 1972, pp. 131 ss) ne valent que si les avocats de ces barreaux postulent et plaident dans la même affaire (le texte légal dit « *un avocat ne peut exercer les attributions antérieurement dévolues au ministère d'avoué devant un autre tribunal [...] dans des instances dans lesquelles il ne serait pas maître de l'affaire chargé également d'assurer la plaidoirie* »). L'avocat parisien ne pouvait donc postuler devant la juridiction que s'il plaident aussi. La constitution d'un confrère belge le privait ainsi du bénéfice de la multipostulation. L'assignation était entachée d'une irrégularité de fond que les conclusions, qui ne mentionnaient plus l'avocat belge, ont toutefois régularisée.

²³⁷² Lyon, 19 mars 2009, RG n° 07/08016.

examinée²³⁷³, la procédure prud'homale connaît un autre cas de figure qui a fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour de cassation. Il s'agit de la mise en cause du préfet dans certains litiges. Fréquemment, le demandeur ne demande pas sa convocation devant le bureau de conciliation. Une jurisprudence constante depuis 2008 considère que la comparution du préfet, ou plutôt de son représentant, devant le bureau de jugement suffit pour régulariser la situation²³⁷⁴. La solution vaut manifestement pour tous les cas où une autorité administrative doit être entendue²³⁷⁵. Dans une espèce isolée²³⁷⁶, la Cour de cassation a admis que l'omission par les créanciers de convoquer les dirigeants sociaux en chambre du conseil pour s'expliquer sur une éventuelle action en comblement du passif²³⁷⁷, pouvait être régularisée par la convocation intervenue à la diligence du greffier lui-même²³⁷⁸. Il en découle donc que la régularisation peut intervenir à l'insu des parties elles-mêmes, en quelque sorte par un heureux concours de circonstances. Cela démontre la souplesse dont les juridictions françaises peuvent faire preuve.

683. La régularisation est refusée lorsque l'acte présenté comme régularisateur est totalement étranger au vice de procédure concerné. Ainsi un arrêt de la Cour d'appel de Dijon refuse de régulariser l'absence de conciliation en matière prud'homale par une procédure prévue par une convention collective de travail²³⁷⁹, même si cette dernière a été

²³⁷³ Cf. supra, n° 676 ss.

²³⁷⁴ Cass. soc., 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-67266 ; Cass. soc., 14 mai 2008, pourvoi n° 07-41685 ; Cass. soc., 16 avril 2008, pourvoi n° 06-44938 ; Cass. soc., 16 avril 2008, Bull. civ. V, n° 91. La disposition a été modifiée avec effet au 1^{er} janvier 2010. Désormais, la mise en cause du préfet est remplacée par une annonce informelle incombant à l'employeur, soit à l'organisme de sécurité sociale et son absence n'est plus susceptible d'entraîner la nullité de la procédure. Voy. le texte de l'art. R. 123-3 CSS dans sa version issue du Décret n° 2009-1596 du 18 décembre 2009 relatif au contrôle des organismes de sécurité sociale (publié au *J.O.* du 20 décembre 2009, pp. 22031 ss).

²³⁷⁵ Voy. les termes employés à propos de l'inspecteur divisionnaire de lois sociales en agriculture concernant un procès intenté par un employé à une mutualité sociale agricole : Cass. soc., 30 janvier 2008, Bull. civ. V, n° 30. Auparavant la jurisprudence allait en sens contraire : Cass. soc., 27 mai 2003, Bull. civ. V, n° 173 ; Cass. soc., 18 mai 1999, Bull. civ. V, n° 213.

²³⁷⁶ Cass. com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 09-72406.

²³⁷⁷ L'action en comblement du passif est actuellement prévue à l'art. L. 351-2 C. com. S'agissant de l'audition préalable des dirigeants sociaux, l'état de la législation à la base de l'arrêt de la Cour de cassation a évolué. La formalité, souvent présentée comme une tentative de conciliation, était prévue par l'art. 318 du Décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises (publié au *J.O.* du 29 décembre 2005, pp. 20324 ss) et dont la plupart des dispositions ont été abrogées par l'art. 3 du Décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du code de commerce (publié au *J.O.* du 27 mars 2007, pp. 5648 ss), codifiant, entre autre, le droit processuel des procédures collectives. Faute d'avoir été reprise dans le nouveau texte, l'audition préalable des dirigeants sociaux a disparu.

²³⁷⁸ L'action en comblement du passif peut, en effet, être intentée par les créanciers ou par le ministère public : art. R. 651-2 C. com. Dans ce dernier cas, les dirigeants sociaux sont convoqués par acte d'huissier signifié à la diligence du greffier du tribunal de commerce agissant sur instruction du président auquel le ministère public a adressé une requête à cette fin (art. R. 631-4 C. com.) La situation n'était pas différente sous l'empire du Décret n° 2005-1667 du 28 décembre 2005 (voy. ses art. 173 et 318). Les démarches du greffier n'étaient donc pas directement destinées à sauver l'action intentée par les créanciers.

²³⁷⁹ Dijon, 13 mai 1975, D. 1975 somm. 96.

étendue par arrêté ministériel²³⁸⁰. En effet, la procédure de conciliation conventionnelle ne se substitue pas à la conciliation judiciaire, qui demeure obligatoire²³⁸¹. Il en va de même pour la signification des mémoires préalablement à la saisine du juge des loyers commerciaux²³⁸². Ceux-ci ne peuvent être remplacés par les conclusions des parties en cours d'instance, car il s'agit d'une sorte de procédure préparatoire s'apparentant à une tentative de conciliation qui, à la différence de la procédure prud'homale, ne peut être remplacée par une essai tenté par le tribunal à un stade ultérieur du procès. Le caractère étranger de l'acte présenté comme régularisateur peut aussi découler du fait que son objet ne se recoupe avec celui de l'acte vicié. Le fait que l'assignation puisse indiscutablement être régularisée par des conclusions ultérieures du demandeur, n'a ainsi pas empêché la Cour d'appel de Colmar de juger que des conclusions en réponse à une demande de mesures d'instruction, présentée de surcroît à la veille de l'audience consacrée à la plaidoirie sur l'exception de nullité, ne pouvaient régulariser l'absence d'indication des revendications couvertes par le brevet et des raisons pour lesquelles le demandeur estimait qu'il y avait contrefaçon²³⁸³. Il se peut aussi que des conclusions postérieures, présentées comme régularisatrices, ne remédient pas entièrement au vice de procédure, par exemple parce qu'ils laissent persister les insuffisances qui affectaient l'assignation²³⁸⁴. Dans les deux cas, la régularisation est écartée.

684. Le droit suisse ignorant presque entièrement la question de la régularisation par un acte équivalent²³⁸⁵, la question n'a été que peu abordée jusqu'à présent²³⁸⁶. Nous sommes toutefois d'avis que les hypothèses rencontrées en droit français devraient recevoir une application par analogie. Cela nous semble d'autant plus nécessaire que le Code de procédure civile ne comporte pas de réglementation détaillée du sort des actes de procédure viciés. Dès lors que les irrégularités peuvent être, en principe, invoquées par les parties jusqu'à un stade avancé du procès, il est primordial d'admettre qu'un vice de procédure demeuré inaperçu a pu être régularisé dans l'intervalle. La régularisation

²³⁸⁰ Extension prévue à l'art. L. 2261-15 C. trav. Un mécanisme identique existe en droit suisse sur le fondement de la Loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCCT ; publiée au RS 221.215.311).

²³⁸¹ THOLY/HISEL, n° 249 ; GAILLARD/KIM/SYBILLIN/CROS, n° 371.

²³⁸² Cass. 3^{ème} civ., 26 octobre 2011, pourvoi n° 10-18858.

²³⁸³ Colmar, 3 octobre 2006, RG n° 04/02059.

²³⁸⁴ Paris, 8 février 2011, RG n° 10/14099.

²³⁸⁵ Si l'on fait exception de l'anecdotique art. 131 CPC 2008 au terme duquel le tribunal peut lui-même préparer, par photocopies, les exemplaires manquants d'un acte de procédure.

²³⁸⁶ Les auteurs s'accordent toutefois pour souligner le caractère éminent subsidiaire d'un tel processus de régularisation : François BOHNET, *in* BOHNET/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 24 ad art. 132 CPC 2008 ; Roger WEBER, *in* OBERHAMMER, n° 17 ad art. 130-132 CPC 2008.

constitue ainsi un meilleur garde-fou que l'interprétation stricte de l'obligation de bonne-foi en procédure²³⁸⁷ destinée à faire échec à des moyens tardifs fondés sur la prétendue irrégularité des actes de procédure. Plutôt que de reprocher au défendeur, par exemple, de ne pas s'être prévalu immédiatement du fait que le mémoire de demande ne respectait pas l'obligation d'indiquer les moyens de preuve pour chaque allégué de fait²³⁸⁸, il vaut mieux vérifier si cette omission n'a pas été régularisée dans la réplique, ou si cela ne peut pas se faire par le biais d'explications fournies oralement au cours d'une audience d'instruction²³⁸⁹. Quant au risque de déformalisation outrancière de la procédure, qu'on ne manquera pas de nous opposer, il suffit d'inviter les juridictions suisses à faire preuve du même discernement que leurs homologues français, lesquels ont su éviter les régularisations bancales.

b) La régularisation à l'occasion d'un recours

685. La régularisation à l'occasion de l'exercice d'un recours constitue certainement la manifestation la plus aboutie de la volonté d'éviter l'excès le formalisme, car elle interviendra dans la foulée d'un jugement de première instance où le vice de procédure dénoncé a déjà été évoqué. Elle représente donc l'ultime garde-fou à disposition des parties ou du juge.

686. En droit français, l'article 462 alinéa 1 du Code de procédure civile admet expressément²³⁹⁰ la régularisation des décisions de justice par la juridiction de recours. La Cour de cassation a ainsi procédé elle-même à la régularisation d'un arrêt d'appel en réponse à un moyen de cassation portant sur la composition de la juridiction²³⁹¹ ou sur une contrariété entre les motifs et le dispositif²³⁹². En faisant échec au pourvoi en cassation, la régularisation par la juridiction suprême a évité qu'un problème rédactionnel ne conduise à l'annulation de l'arrêt déféré²³⁹³, tout en faisant l'économie d'une procédure subséquente en rectification devant la cour d'appel. La régularisation des jugements lors de l'exercice des voies de recours permet donc d'éviter des situations d'excès de formalisme. Elle est appliquée à d'autres vices de procédure que ceux visés

²³⁸⁷ Art. 52 CPC 2008.

²³⁸⁸ Art. 221 al 1 litt. e CPC 2008.

²³⁸⁹ En pareil cas, il ne s'agit pas d'une application de l'art. 56 CPC 2008, car un tel exposé des faits peut être parfaitement compréhensible et ne pas nécessiter, *a priori*, d'explication de la part des parties.

²³⁹⁰ Cf. le texte même de la disposition : « *Les erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement [...] peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendu ou par celle à laquelle il est déféré...* »

²³⁹¹ Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n° 368.

²³⁹² Cass. 3^{ème} civ., 26 mai 2004, Bull. civ. III, n° 108 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 février 1991, Bull. civ. I, n° 47, D. 1992. somm. 121 (obs. Julien) ; Cass. 1^{ère} civ., 20 mars 1989, Bull. civ. I, n° 131.

²³⁹³ La procédure de régularisation est prévue à l'art. 459 CPC 1975.

par l'article 462 du Code de procédure civile, au risque d'outrepasser les limites du texte légal. On la retrouve ainsi dans une affaire qui concernait le respect de certaines règles de procédure propres au traitement des demandes de récusation. La Cour de cassation a approuvé la juridiction d'appel qui avait procédé à la communication d'une demande de récusation au magistrat consulaire visé, alors que cela n'avait pas été fait en première instance. L'arrêt se borne à indiquer que « *la cour d'appel n'a fait que se conformer aux dispositions de l'article 385 du Code de procédure civile qui n'avaient pas été observées en première instance.* »²³⁹⁴

687. La régularisation est plus délicate concernant les actes des parties. On ne trouve aucune précision à l'article 115 du Code de procédure civile, concernant la nullité pour vice de forme. Le texte des articles 121 et 126 indique uniquement que la nullité pour irrégularité de fond et la fin de non-recevoir ne sont pas retenues si leur cause a disparu « *au moment où le juge statue* », sans préciser s'il s'agit de la juridiction de première instance, ou d'appel. Le débat se situe donc au niveau du sens à donner à cette expression²³⁹⁵. La jurisprudence n'est pas unanime et parfois les motifs avancés pour refuser la régularisation sont sommaires, ce qui ne facilite pas l'émergence d'un débat clarificateur²³⁹⁶.

688. Une divergence similaire se retrouve dans la doctrine. Une partie des auteurs soutiennent le courant en faveur de la régularisation en degré d'appel²³⁹⁷, une autre celui s'y opposant²³⁹⁸. Avec PÉTEL-TEYSSIÉ²³⁹⁹, nous pensons toutefois que le refus d'admettre la régularisation en degré d'appel était chaque fois justifié par d'autres motifs plus pertinents. D'ailleurs, la régularisation a été admise dans certains cas avec une véritable largesse, comme lorsque l'absence de conciliation en matière prud'homale est déclarée régularisable en degré d'appel, car n'étant pas imputable aux parties²⁴⁰⁰. La générosité de la jurisprudence n'est toutefois pas dépourvue de certaines ambiguïtés. S'agissant ainsi de la régularisation impliquant la mise en cause de tiers, l'article 555 du

²³⁹⁴ Cass. 2^{ème} civ., 19 novembre 1975, Bull. civ. II, n° 301. L'article visé était celui du Code de procédure civile de 1806. En droit positif, la requête en récusation est soit tranchée par la cour d'appel pour les magistrats professionnels, soit par le président de la juridiction échevinale et, dans ce dernier cas, l'appel est exclu (art. 349 CPC 1975).

²³⁹⁵ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 671.

²³⁹⁶ Voy. Colmar, 3 octobre 2006, RG n° 04/02059 : « *attendu en effet que le dépôt de conclusions d'appel ne saurait avoir pour conséquence de régulariser une assignation frappée de nullité...* »

²³⁹⁷ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 671 ; JUNILLON, Le formalisme, p. 455-456, n° 164.183.

²³⁹⁸ BEAUCHARD, Nullité des actes de procédure-Irrégularités de fond, n° 55 ; HÉRON/LE BARS, p. 176.

²³⁹⁹ PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 117 et les arrêts cités.

²⁴⁰⁰ Cass. soc., 12 décembre 2000, Bull. civ. V, n° 422.

Code de procédure civile, apporte des restrictions supplémentaires²⁴⁰¹ à celle-ci par rapport aux conditions applicables en première instance²⁴⁰². Malgré ces principes clairement défavorables²⁴⁰³, la Cour de cassation admet la mise en cause pour la première fois en degré d'appel du préfet, lorsque celui-ci doit être partie à la procédure de première instance en tant qu'autorité de tutelle, sans que l'article 555 du Code de procédure civile ne puisse être invoqué²⁴⁰⁴. Elle refuse cependant la régularisation s'agissant de l'agent judiciaire du Trésor public²⁴⁰⁵. Bien sûr, la situation des deux autorités n'est pas tout à fait la même. Lorsqu'il intervient dans un litige prud'hommal, le préfet n'est pas la partie principale, l'article R 123-3 du Code de la sécurité sociale, dans sa version antérieure au 1^{er} janvier 2010, prévoyait uniquement que le demandeur était tenu « *d'appeler à l'instance le préfet de région* ». L'agent judiciaire du Trésor public, en revanche, est le défendeur nécessaire dans toutes les contestations concernant l'Etat. Cette différence est peut-être à l'origine de l'apparente divergence de jurisprudence. Si tel était le cas, il aurait été préférable que la Cour de cassation le mentionne expressément.

689. En droit suisse, la question de la régularisation lors de l'exercice des voies de recours n'est absolument pas traitée en doctrine. La jurisprudence est loin d'être unanime. Quelques arrêts du Tribunal fédéral l'admettent clairement à propos de l'audition de la personne faisant l'objet d'une procédure d'interdiction. Si cette dernière est mise sous tutelle sans avoir été personnellement entendue par l'autorité de première instance, alors qu'on se trouvait dans un cas d'audition obligatoire²⁴⁰⁶, la juridiction de recours peut procéder à l'audition litigieuse et régulariser ainsi le vice de procédure²⁴⁰⁷. S'agissant de

²⁴⁰¹ La mise en cause est alors subordonnée à une « *évolution du litige* » en degré d'appel.

²⁴⁰² L'intervention n'est alors recevable que si « *elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant* » (art. 325 CPC 1975).

²⁴⁰³ Appliqués par les juridictions d'appel : Paris, 2 juillet 2008, RG n° 06/12438.

²⁴⁰⁴ Cass. soc., 27 janvier 2010, Bull. civ. V, n° 24 (cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 juillet 2008 précité).

²⁴⁰⁵ Cass. 2^{ème} civ., 11 mars 2010, Bull. civ. II, n° 56 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 février 2009, pourvoi n° 08-10347 ; Aix-en-Provence, 26 septembre 2007, RG n° 06/5051 ; Cass. soc., 21 octobre 1993, n° 91-14262.

²⁴⁰⁶ Il s'agit d'une violation de l'art. 374 CC correspondant à l'art. 432 C. civ. Le texte des deux dispositions est presque identique. Tant en Suisse qu'en France, il est possible, dans certains cas précis, de prononcer l'interdiction sans entendre la personne concernée.

²⁴⁰⁷ Trib. cant. FR, 24 janvier 2012, n° 101 2011-212, cons. 3 ; TF du 29 septembre 2011, 5A_91/2011, cons. 4.2 ; TF du 9 mars 2010, 5A_55/2010, cons. 4.2, SJ 2011 I 130 ; TF du 1^{er} décembre 2009, 5A_693/2009, cons. 3.2 ; TF du 13 août 2007, 5A_187/2007, cons. 2.1, RDT 2007, p. 266 ; Trib. cant. GR, 8 avril 2002, PKG 2002, p. 8-9 ; Trib. cant. VS, 29 novembre 1983, cons. 5, RVJ 1983, pp. 266 ss, spécialement p. 273 ; ATF 84 II 146, JdT 1958 I 543 ; ATF 44 II 27. *Contra* : Cons. gouv. LU, 25 novembre 2002, cons. LGVE 2002 III n° 1, p.359 (se réfère à la nature formelle du droit d'être entendu) ; Cons. gouv. LU, 13 octobre 1992, cons. 2, LGVE 1992 III n° 7, p. 368. *Apparemment contra* : Trib. cant. NE ; 10 février 2009, cons. 3, RJN 2009, pp. 79 ss où l'affaire est renvoyé à la juridiction inférieure pour nouvelle audition. La doctrine se montre favorable à la régularisation devant l'autorité de recours : Philippe MEIER, La position des personnes concernées dans les procédures de protection des mineurs et des adultes – Quelques enseignements de la jurisprudence fédérale récente, RDT 2008, pp. 399 ss, spécialement p. 401-402 ; Ariane ZURBUCHEN, La procédure d'interdiction – Etude de droit fédéral et de procédure vaudoise, thèse Lausanne, Imprimerie Chabloz SA, Lausanne, 1991, p. 66.

la procédure contentieuse ordinaire, seule une décision de justice²⁴⁰⁸ envisage la question sous l'empire du droit cantonal valaisan. Etant donné que la solution retenue pourrait être transposée en droit fédéral, il nous paraît utile de l'examiner plus en détail. Le défendeur à une action en divorce avait répondu par un mémoire incomplet. Celui-ci ne contenait que les déterminations sur les allégués de la demanderesse, sans comporter un exposé de la version des faits soutenue par le défendeur et ses conclusions sur le fond du litige. Plusieurs incohérences affectaient, en outre, sa stratégie de défense. Malgré cela un jugement par défaut²⁴⁰⁹ avait été rendu et frappé d'appel. Le Tribunal cantonal valaisan considéra que le juge de première instance aurait dû inviter le défendeur à préciser sa position au cours de la procédure de première instance, et qu'en l'absence de régularisation, les décisions de justice adoptées dans la foulée devaient être « *purement et simplement annulées.* »²⁴¹⁰ Cet arrêt exclut donc implicitement la régularisation en degré d'appel après avoir mentionné la possibilité d'y procéder au cours de la procédure de première instance.

690. En dépit de ce précédent, nous sommes d'avis que la régularisation à l'occasion de l'exercice des voies de recours gagnerait à être développée en droit suisse. S'agissant des actes des parties, nous ne pensons pas que la solution consacrée par l'arrêt du Tribunal cantonal valaisan doive être reprise. Bien au contraire, si un vice de procédure fait surface à l'occasion d'un appel ou d'un recours, il doit, dans la mesure du possible, être régularisé devant la juridiction supérieure, même s'il porte sur les actes de la procédure de première instance.

691. Une solution similaire devrait être appliquée, en suivant le modèle français²⁴¹¹, à la rectification des jugements. Lorsqu'un appel ou un recours doit être rejeté, ou même déclaré irrecevable, en dépit d'une incohérence entre les motifs et le dispositif, la juridiction saisie devrait être en mesure de rendre un jugement rectificatif au lieu de renvoyer les parties devant la juridiction de première instance²⁴¹². L'article 334 du Code de procédure civile ne prescrit pas que le jugement rectificateur doive

²⁴⁰⁸ Trib. cant. VS, 12 septembre 2006, cons. 4e), RVJ 2007, p. 136-137.

²⁴⁰⁹ Les raisons pour lesquelles un tel jugement fut rendu ne ressortent pas de l'arrêt. Il semble qu'une des parties n'ait pas payé les frais d'administration des preuves.

²⁴¹⁰ Arrêt précité du 12 septembre 2006, RVJ 2007, p. 137.

²⁴¹¹ Cf. supra, n° 555 et 556.

²⁴¹² Comme cela semble être la pratique : Trib. cant. VD, 11 août 2011, n° ML/2011/155 ; TF du 22 juin 2011, 5A_72/2011, cons. 1.2.

nécessairement émaner de la juridiction dont émane le jugement erroné. La doctrine²⁴¹³ et la jurisprudence, dans la foulée des travaux préparatoires²⁴¹⁴, partent cependant de cette idée, non sans souligner les problèmes de coordination qui peuvent se poser²⁴¹⁵. En réalité, il ne s'agit pas de la seule disposition applicable, ce qui semble avoir échappé à une grande partie de la doctrine²⁴¹⁶. La régularisation des jugements sur le fondement de l'article 112 alinéa 3 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral²⁴¹⁷ permet à la juridiction suprême de rectifier elle-même les arrêts des tribunaux cantonaux²⁴¹⁸. Il est vrai que la juridiction suprême suisse n'y procède pas aussi naturellement²⁴¹⁹ que la Cour de cassation française qui peut toutefois se prévaloir d'une base légale expresse²⁴²⁰.

B) Le processus de régularisation

692. Au moment d'examiner plus en détail la manière dont la régularisation s'opère, deux questions se posent. La première concerne le moment jusqu'où les parties,

²⁴¹³ Alexander BRUNNER, in OBERHAMMER, n° 5 ad art. 334 CPC 2008 ; Romina CARGANI ROESLER, in Baker&McKenzie, n° 6 ad art. 334 CPC 2008 ; Dieter FREIBURGHAUS/Susanne AFHELDT, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 9 ad art. 334 CPC 2008 ; GASSER/RICKLI, n° 5 ad art. 334 CPC 2008 ; HALDY, La nouvelle procédure civile Suisse, p. 93 ; Nicolas HERZOG, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 12 ad art. 334 CPC 2008 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 410 ; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 463 ; Ivo SCHWANDER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 8 ad art. 334 CPC 2008 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 389 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 459 ; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, p. 359 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1436 (ad art. 334 CPC 2008).

²⁴¹⁴ Message FF 2006 6989.

²⁴¹⁵ Michel DUCROT/Roland FUX, Neue Gesetzgebung im Bereich der Gerichtsorganisation und der Zivilprozessordnung : praktische Auswirkungen im Kanton Wallis : art. 308-334 ZPO, RVJ 2011, pp. 97 ss, spécialement p. 121 ; TAPPY, Les voies de droit, note de bas de page n° 93.

²⁴¹⁶ Voy. le seul auteur à aborder la question : GRABER, p. 59. Certains auteurs envisagent plus sporadiquement l'application de l'art. 112 LTF à la procédure cantonale : SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, p. 278-279 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 154. En revanche l'application de l'art. 112 al. 3 LTF aux arrêts des tribunaux cantonaux n'échappe pas à la sagacité des commentateurs du Code de procédure civile : Peter REETZ/Sarah HILBER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 57 ad art. 318 CPC 2008 ; Daniel STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 26 ad art. 238 CPC 2008. La question va davantage de soi s'agissant du Tribunal administratif fédéral : Philippe WEISSENBERGER, in Bernhard WALDMANN/Philippe WEISSENBERGER (édit.), VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Schulthess Juristische Medien, Zurich, 2009, n° 56 ad art. 61 PA.

²⁴¹⁷ Pour une présente générale : Bernard CORBOZ, in CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY-GIRARDIN, n° 57ss ad art. 112 LTF ; DONZALLAZ, Commentaire LTF, p. 1624, n° 4523 ; Bernhard EHRENZELLER, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 21 ad art. 112 LTF ; Hansjörg SEILER, in SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, n° 30 ad art. 112 LTF.

²⁴¹⁸ Voy. par exemple : TF du 16 décembre 2011, 4A_219/2011, cons. 1.3 ; TF du 2 août 2010, 8C_107/2010, cons. 8.2 et TF du 22 juin 2010, 5A_294/2010, cons. 1 où le Tribunal fédéral annonce qu'il complètera d'office l'exposé des faits déficients de la juridiction cantonale. De manière générale : TF du 4 janvier 2011, 1B_430/2010, cons. 3.1 (« *Genügt der angefochtene Entscheid diesen Anforderungen nicht und ist deshalb das Bundesgericht nicht in der Lage, über die Sache zu befinden, ist er nach Art. 112 Abs. 3 BGG aufzuheben und die Angelegenheit an die kantonale Behörde zurückzuweisen* »).

²⁴¹⁹ Il lui arrive même de se déclarer incompétent pour procéder à une pareille correction : TF du 29 octobre 2009, 6B_89/2009, cons. 3.3 : « *Zur Korrektur von Kanzleiversehen in vorinstanzlichen Urteilen ergibt sich hieraus keine Zuständigkeit des Bundesgerichts. Die Beschwerdeführerin ist daher an die Vorinstanz zu verweisen.* » Un arrêt antérieur admettait toutefois la regularization du dispositif affecté d'une erreur de calcul : TF du 8 janvier 2008, 5A_111/2007, cons. 5.2, RSPC 2008, p. 177.

²⁴²⁰ Cf. supra, n° 556.

et le juge, peuvent procéder à la régularisation de leurs actes (1). La seconde concerne les effets de la régularisation, une fois qu'il y a été procédé (2).

1) Le moment de la régularisation

693. Nous avons vu précédemment que tant le droit français que le droit suisse avaient par le passé considéré que l'écoulement du temps pouvait faire obstacle à la régularisation des actes de procédure²⁴²¹, mais que cette approche était désormais abandonnée, ou en voie de l'être²⁴²². Nous allons maintenant nous intéresser à une autre incidence de l'écoulement du temps sur la régularisation des actes de procédure. Il s'agit des contraintes inhérentes à l'organisation de l'instance. Celles-ci ne concernent pas la régularisation des jugements qui peut avoir lieu en tout temps²⁴²³.

694. Ni le droit français, ni le droit suisse, d'ailleurs n'autorisent les parties à introduire à leur entière convenance des éléments nouveaux dans les débats. Les parties demeurent généralement libres de modifier l'objet du litige dans les premières étapes du procès. Passé un certain stade de la procédure de première instance²⁴²⁴, il n'est plus possible de se prévaloir d'éléments, de droit ou de fait, qui n'auraient pas été préalablement portés à la connaissance du tribunal et des autres parties. Un régime similaire existe pour les voies de recours, les parties ne pouvant généralement pas modifier entièrement l'objet du litige au cours du deuxième degré de juridiction²⁴²⁵. Les restrictions sont encore plus lourdes s'agissant du recours adressé à la juridiction suprême²⁴²⁶. Nous allons, dans les paragraphes qui suivent, examiner l'impact de ces principes sur la faculté de procéder à la régularisation des actes de procédure viciés. Nous

²⁴²¹ Cf. supra, n° 568 (droit français) et n° 593 ss (droit suisse).

²⁴²² Cf. supra, n° 569 (droit français) et n° 616 (droit suisse).

²⁴²³ En droit français la question ne fait guère l'objet de débat, voy. parmi tant d'autres : EUDIER, Jugement, n° 493 qui réserve toutefois le délai de « *prescription extinctive de droit commun* » (cinq ans selon l'art. 2224 C. civ. dans sa teneur actuellement en vigueur). Aucun délai n'est prévu en droit suisse (Dieter FREIBURGH/HAUS/Susanne AFELDT, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER n° 9 ad art. 334 CPC 2008 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 410 ; Ivo SCHWANDER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 10 ad art. 334 CPC 2008), et de toute façon, le délai ordinaire de prescription du droit suisse (dix ans selon l'art. 138 CO) ne possède pas la même portée générale qu'en droit français. Plusieurs auteurs soulignent toutefois qu'avec l'écoulement du temps l'intérêt à demander la rectification peut disparaître et que la demande pourrait apparaître alors comme un procédé de mauvaise foi (Romina CARGANI ROESLER, in Baker&McKenzie, n° 11 ad art. 334 CPC 2008 ; Philippe SCHWEIZER, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 13 ad art. 334 CPC 2008 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 459 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1437). S'agissant des décisions ordonnant le renvoi à une juridiction inférieure, il est toutefois proposé de faire application de l'art. 129 al. 2 LTF par analogie, car cette disposition serait une émanation du principe de la bonne foi en procédure (Philippe SCHWEIZER, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 14 ad art. 334 CPC 2008). En revanche, MEIER, Zivilprozessrecht, p. 463 et SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 389 soulignent qu'un jugement déjà exécuté peut toujours être sujet à la procédure de rectification.

²⁴²⁴ Voy. art. 783 CPC 1975 et art. 229 CPC 2008.

²⁴²⁵ Voy. art. 564 à 567 CPC 1975 ainsi que art. 317 et 326 CPC 2008.

²⁴²⁶ Voy. art. 619 CPC 1975 et art. 99 LTF.

distinguerons selon que la régularisation intervient au cours de la procédure de première instance (a) ou lors de l'exercice des voies de recours (b).

a) La régularisation au cours de la procédure de première instance

695. La configuration de la procédure de première instance en droit suisse et français présente plusieurs similitudes. Toutes deux connaissent une procédure relativement formaliste, nommée *procédure ordinaire*²⁴²⁷ en Suisse, et *procédure écrite*²⁴²⁸, en France. A celle-ci est opposée une procédure moins formelle, réservée à certaines catégories particulières de litige. En droit français, on parle de *procédure orale*²⁴²⁹, bien que les actes écrits des parties ne soient pas exclus²⁴³⁰. Le droit suisse connaît également une *procédure simplifiée*²⁴³¹, généralement orale, mais avec possibilité de se défendre par écrit²⁴³². Finalement, tant le droit suisse que le droit français disposent d'une procédure particulièrement expéditive pour les affaires requérant célérité, la *procédure de référé*²⁴³³ et la *procédure sommaire*²⁴³⁴. Le cadre général est donc similaire en droit français et en droit suisse. Nous allons donc examiner comment la régularisation peut s'y insérer. La procédure ordinaire du droit suisse et la procédure écrite du droit français sont toutes deux organisées sur le modèle de la séparation du procès en deux

²⁴²⁷ Art. 219 ss CPC 2008.

²⁴²⁸ Il s'agit de la qualification employée par la doctrine (voy. par exemple : HÉRON/LE BARS, pp. 237 ss sur la question de la preuve du débat contradictoire). Le Code de procédure civile parle plus prosaïquement de « *Dispositions particulières au Tribunal de grande instance.* » (art. 750 ss CPC 1975) Le texte légal distingue entre la *procédure gracieuse* (art. 797 ss CPC 1975) et la *procédure contentieuse*. Il existe plusieurs types de procédures contentieuses applicables devant cette juridiction, la *procédure ordinaire* (art. 755 ss CPC 1975), la *procédure à jour fixe* (art. 788 ss CPC 1975), réservée aux cas d'urgence, et la *requête conjointe* (art. 793 ss CPC 1975), lorsque les parties s'accordent pour introduire instance. Des dérogations au caractère écrit de la procédure existent, notamment en ce qui concerne la procédure à jour fixe (voy. CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance, n° 124)

²⁴²⁹ En droit français il s'agit de nouveau d'une qualification doctrinale, le Code de procédure civile se bornant à prévoir que « *la procédure est orale* » devant le Tribunal d'instance et la juridiction de proximité (art. 846 CPC 1975) ainsi que devant le Tribunal de commerce (art. 860-1 CPC 1975). Le principe d'oralité est également prévu en matière prud'homale (art. R. 1453-3 C. trav.) et devant le Tribunal paritaire des baux ruraux (art. 882 CPC 1975 renvoyant à la procédure applicable devant le Tribunal d'instance).

²⁴³⁰ Concernant la procédure devant le Tribunal d'instance, il s'agit au minimum de l'acte introductif d'instance (art. 837 (assignation), 841 (requête conjointe) et 843 (déclaration au greffe) CPC 1975) et du jugement (art. 465 CPC 1975). D'autres actes écrits sont prévus, mais à titre facultatifs (art. 847-1 et 847-2 CPC 1975).

²⁴³¹ Art. 243 ss CPC 2008. L'oralité est mentionnée indirectement à l'art. 246 al. 1 CPC 2008 prévoyant que le litige doit être liquidé, dans la mesure du possible, au cours de la première audience.

²⁴³² Le droit suisse prévoit même la possibilité de dresser un procès-verbal écrit d'une demande formulée oralement (art. 244 al. 1 CPC 2008). D'autres actes écrits sont toutefois prévus (art. 245 al. 2 et 246 al. 2 CPC 2008).

²⁴³³ Art. 484 ss CPC 1975.

²⁴³⁴ Art. 248 ss CPC 2008.

phases²⁴³⁵, la première étant marquée par une plus grande souplesse à l'égard des parties. Il existe toutefois des différences dans la manière d'envisager cette césure.

696. Le droit français prévoit que la « *clôture de l'instruction* »²⁴³⁶, a lieu lorsque « *les affaires paraissent prêtes à être jugées sur le fond* »²⁴³⁷. Ce n'est qu'à ce moment que l'affaire est renvoyée « *devant le tribunal pour être plaidée* »²⁴³⁸. La phase préparatoire, la *mise en état*, est donc destinée à durer plus longtemps en droit français que ce n'est le cas en droit suisse. Il y a donc de fortes chances pour que les éventuelles régularisations aient lieu avant l'adoption de l'ordonnance de clôture. Il ne nous paraît, dès lors, pas excessivement formaliste d'attendre des parties qu'elles procèdent à la régularisation avant le prononcé de l'ordonnance de clôture²⁴³⁹. Rien n'interdit toutefois à la juridiction de révoquer l'ordonnance de clôture pour permettre une régularisation *in extremis*²⁴⁴⁰, mais il n'existe aucun droit des plaideurs à cette faveur²⁴⁴¹.

697. Le Code de procédure civile suisse part, en revanche, de l'idée que la phase préliminaire sert à préparer les « *débats principaux* »²⁴⁴². La phase préliminaire ne présuppose donc pas l'administration de toutes les preuves. Rien n'interdit au tribunal de limiter celle-ci à l'échange d'observations écrites entre les parties avant de les convoquer à l'audience consacrée au *débats principaux*. Au cours de celles-ci les parties confirment et complètent leurs prétentions, lors de « *premières plaidoiries* »²⁴⁴³, puis les preuves sont administrées²⁴⁴⁴ et, finalement, les parties sont entendues une dernière fois en leurs « *plaidoiries finales* »²⁴⁴⁵. Des allégations de faits, et des offres de preuves nouvelles, ne peuvent toutefois être présentées lors des premières plaidoiries si un second échange d'écritures a eu lieu, ou si des audiences préparatoires, nommées « *débats d'instruction* »

²⁴³⁵ Cf. infra, n° 735.

²⁴³⁶ Art. 782 CPC 1975.

²⁴³⁷ Voy. l'art. 760 al. 1 CPC 1975 traitant du renvoi immédiat à l'audience de telles affaires lors de la première comparution des parties devant le président de la chambre à laquelle l'affaire a été attribuée.

²⁴³⁸ Voy. art. 779 al. 1 CPC 1975.

²⁴³⁹ Cass. 2^{ème} civ., 3 juin 1998, Bull. civ. II, n° 173, RTD civ. 1998, p. 740 (chron. Perrot). L'arrêt vise la clôture de la mise en état en degré d'appel, mais la solution est également valable pour la procédure de première instance. La doctrine s'aligne sur la jurisprudence : HÉRON/LE BARS, p. 175 ; PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 116.

²⁴⁴⁰ Cass. 3^{ème} civ., 9 novembre 1982, Bull. civ. III, n° 214.

²⁴⁴¹ Il n'existe en effet aucun droit à la révocation de l'ordonnance de clôture : Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1981, Bull. civ. I, n° 72 concernant la demande de révocation aux fins de conclure à la suspension de l'affaire pour la durée d'une procédure pénale introduite par constitution de partie civile.

²⁴⁴² Voy. art. 228 ss CPC 2008.

²⁴⁴³ Art. 228 al. 1 CPC 2008 : « *Les parties présentent leurs conclusions et les motivent une fois les débats principaux ouverts.* »

²⁴⁴⁴ Art. 231 CPC 2008. Les preuves peuvent toutefois avoir été administrées lors de la phases préparatoire : art. 226 al. 3 CPC 2008.

²⁴⁴⁵ Art. 232 al. 1 CPC 2008. Celles-ci peuvent être remplacées par des « *plaidoiries écrites* » (art. 232 al. 2 CPC 2008).

on été tenus²⁴⁴⁶. Si les tribunaux se conforment à l'esprit du Code de procédure civile suisse²⁴⁴⁷, l'affaire pourra arriver au stade des débats principaux alors que de nombreuses questions de nature procédurale sont encore en suspens²⁴⁴⁸, ce qui n'est pas concevable en droit français²⁴⁴⁹. En pareil cas, il faut laisser aux parties l'opportunité de procéder aux régularisations qui s'imposent. Lorsque le vice de procédure tombe sous le coup de l'article 132 du Code de procédure civile, le problème ne se pose pas, car la fixation d'un délai est déjà prévue par la loi. Mais d'autres vices de procédure peuvent être invoqués, tels que l'absence de conditions de recevabilité. Etant donné que le Code ne prévoit aucun délai pour soulever ces questions, il ne serait pas inconcevable d'imaginer que le défendeur conteste, par exemple, l'absence de pouvoir de représentation de l'avocat du demandeur, alors que ce dernier ne comparaît pas aux débats principaux. Son mandataire ne sera donc pas en mesure de lui faire signer une procuration sur le champ. Il serait naturellement excessivement formaliste de poursuivre l'audience et de rendre sur le champ un jugement d'irrecevabilité. Le tribunal n'aura pas d'autre choix que d'ajourner les débats principaux, de manière à permettre la régularisation du vice de procédure.

698. S'agissant de la procédure orale du droit français et de la procédure simplifiée du droit suisse, toutes deux ne connaissent pas de césure semblable à la procédure ordinaire, respectivement à la procédure écrite. La régularisation ne pose aucun problème en droit français, car les parties peuvent alléguer des faits nouveaux ou déposer des pièces nouvelles jusqu'à la clôture des débats²⁴⁵⁰, à moins que la procédure ne se déroule par écrit. En revanche la situation est moins claire en droit suisse. Certains auteurs défendent l'idée que les parties conservent toute leur liberté jusqu'à la clôture des débats²⁴⁵¹, alors que d'autres, faisant application de l'article 229 du Code de procédure

²⁴⁴⁶ Art. 226 CPC 2008. Ces débats correspondent en droit français aux audiences tenues par le juge de la mise en état.

²⁴⁴⁷ Ce qui est loin d'être acquis vu les différences qui existaient avant l'unification. Chaque juridiction cantonale risque de ne voir dans le Code fédéral que ce qui lui permet de poursuivre sur le chemin de sa propre tradition. Voy. déjà, la Circulaire n° 28 du Tribunal cantonal vaudois concernant le déroulement des débats principaux. Celle-ci peut être consultée à l'adresse électronique suivante :

http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/themes/etat_droit/justice/fichiers_pdf/028_2011_Debats_principaux.pdf (lien visité le 4 avril 2012)

²⁴⁴⁸ L'audience de débats principaux peut être tenue sitôt après le dépôt d'une réponse écrite, dans le délai fixé par le tribunal (art. 222 CPC 2008).

²⁴⁴⁹ Selon l'art. 771 ch. 1 CPC 1975, le juge de la mise en état est « *seul compétent [...] pour statuer sur les exceptions de procédure [...] et sur les incidents mettant fin à l'instance [et] les parties ne sont plus recevables à soulever des exceptions et incidents ultérieurement à moins qu'ils ne surviennent ou soient révélés postérieurement au désaisissement du juge.* »

²⁴⁵⁰ PÉTEL-TEYSSIE, Défenses, n° 116.

²⁴⁵¹ Alexander BRUNNER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 6 ad art. 246 CPC 2008 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 348 qui se prononçaient toutefois sur la base du projet. Ce dernier fut modifié lors des débats parlementaires. Plusieurs auteurs (CHAIX, L'apport des faits au procès, p. 135 ; MEIER,

civile, par renvoi de l'article 219, estiment que les modifications doivent être annoncées au plus tard au début de l'audience²⁴⁵², voire plus tôt si le tribunal a ordonné un second tour d'écriture ou une audience d'instruction²⁴⁵³. Quel que soit l'orientation suivie par la jurisprudence, un délai devra être donné pour permettre de régulariser les vices de procédure qui seraient relevés à un stade avancé du procès.

b) La régularisation lors l'exercice des voies de recours

699. La question de la régularisation lors de l'exercice des voies de recours dépend largement de la manière dont celles-ci sont organisées, plus particulièrement de la possibilité de se prévaloir d'éléments nouveaux susceptibles de justifier la régularisation. Nous allons donc examiner séparément la question d'une régularisation au cours du deuxième degré de juridiction et devant la juridiction suprême. S'agissant du deuxième degré de juridiction, des différences considérables existent entre la législation française et suisse.

700. En droit français, les preuves nouvelles, destinées, par exemple, à établir la réalité d'une régularisation sont librement recevables²⁴⁵⁴. Il n'est dès lors pas surprenant que la doctrine accepte le principe d'une régularisation en degré d'appel sans difficulté²⁴⁵⁵.

Zivilprozessrecht, p. 352 ; Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 13 ad art. 247 CPC 2008) admettent les faits nouveaux jusqu'à fin de l'audience si la procédure est purement orale.

²⁴⁵² Christian FRAEFELS, in OBERHAMMER, n° 6 ad art. 246 CPC 2008 considère qu'il faut renoncer à ordonner un second tour d'écriture afin d'éviter l'application de l'art. 229 al. 1 CPC 2008.

²⁴⁵³ CHAIX, L'apport des faits au procès, p. 135 ; Patricia DIETSCHY, le déroulement de la procédure simplifiée, in François BOHNET (édit.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour les praticiens, CEMAJ, Neuchâtel, 2010, pp. 173 ss, spécialement p. 186-187 ; Marcel GIGER, in Baker&McKenzie, n° 5 ad art. 247 CPC 2008 ; Bernd HAUCK, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 41 ss ad art. 247 CPC 2008 ; Michael LAZOPOULOS, in GEHRI/KRAMER, n° 10 ad art. 247 CPC 2008 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 345 ; Stephan MAZAN, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 23 ad art. 247 CPC 2008 ; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 351-352 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1090 (ad art. 246 CPC 2008). La portée exacte de l'application de l'article 229 CPC n'est pas des plus claires. Par ailleurs, l'application de la maxime inquisitoire pure (art. 247 al. 2 CPC 2008) permet d'invoquer de nouvelles preuves ou d'alléguer de nouveaux faits jusqu'aux délibérations (Christian FRAEFEL, in OBERHAMMER, n° 13 ad art. 247 CPC 2008 ; Marcel GIGER, in Baker&McKenzie, n° 7 ad art. 247 CPC 2008 ; HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, p. 71 ; Michael LAZOPOULOS, in GEHRI/KRAMER, n° 10 ad art. 247 CPC 2008 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 345 ; Stephan MAZAN, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 23 ad art. 247 CPC 2008 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 316 ; Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 30 ad art. 247 CPC 2008).

²⁴⁵⁴ Art. 564 CPC 1975.

²⁴⁵⁵ JUNILLON, Le formalisme, p. 455-456, n° 164.183 ; PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n° 116. Voy. toutefois GUICNHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 671 et PUTMAN, Nullités, n° 135 qui laissent entendre qu'une régularisation n'est envisageable que si la nullité est proposée pour la première fois en appel, ce qui exclut les nullités pour vice de forme. *Clairement opposé à la régularisation* : HERON/LE BARS, p. 176 pour qui « les juges du premier degré ayant eu à statuer sur l'irrégularité, les juges d'appel doivent seulement examiner si, compte tenu des faits qui leur étaient soumis, ils ont bien ou mal jugé. » A notre avis, cette opinion s'accommode mal du texte légal autorisant les

701. La situation est plus délicate en droit suisse. Les nouvelles allégations de faits et les nouvelles preuves ne sont acceptées en degré d'appel que s'ils « *ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence nécessaire* » et s'ils sont invoqués ou produits « *sans retard* » devant la juridiction d'appel²⁴⁵⁶. Par ailleurs, les nouvelles allégations de faits et les nouvelles preuves sont totalement irrecevables si la décision est contestée par la voie du recours au sens des articles 319 et suivants du Code de procédure civile²⁴⁵⁷. Dans ces conditions, on comprend aisément que la régularisation ne puisse être admise aussi facilement qu'en droit français. A notre avis, la régularisation doit être possible en degré d'appel si le vice de procédure a été relevé sans débat contradictoire au cours de la procédure de première instance, ou s'il est invoqué pour la première fois en degré d'appel. On ne peut alors reprocher un défaut de diligence à la partie concernée. Les articles 229 et 317 du Code de procédure civile autorisent dans ce cas l'invocation de nouveaux faits. Une solution similaire devrait exister pour le recours limité au droit, mais elle se heurte au principe selon lequel les faits ne peuvent être discutés que s'ils ont été constatés « *de manière manifestement inexacte* »²⁴⁵⁸. Faute de pouvoir invoquer des faits nouveaux en instance de recours, la partie concernée ne pourra pas demander au tribunal cantonal de déclarer que le vice de procédure a été régularisé. Cela ne veut pas pour autant dire qu'elle n'a aucun moyen à sa disposition. En relevant le vice de procédure sans donner l'occasion à la partie concernée de le régulariser, la juridiction inférieure n'a pas apprécié les preuves de manière erronée, elle a violé l'interdiction du formalisme excessif, qui relève du droit constitutionnel. Le grief de la partie lésée est donc de nature juridique, ce qui ouvre la voie à la cassation sur le fondement de l'article 320 lettre a du Code de procédure civile avec renvoi à la juridiction inférieure. Le vice de procédure pourrait être alors régularisé au cours de la procédure subséquente. La différence entre la régularisation en degré d'appel, et celle envisageable en instance de recours limité au droit, est que la première a directement lieu devant le tribunal cantonal, alors que la seconde se déroule devant le tribunal de première instance, après cassation d'un premier jugement pour excès de formalisme.

preuves nouvelles et les faits nouveaux en appel. Elle s'approche en revanche de la conception qu'on se fait de l'appel en Suisse.

²⁴⁵⁶ Art. 317 al. 1 CPC 2008.

²⁴⁵⁷ Art. 326 al. 1 CPC 2008.

²⁴⁵⁸ Art. 320 litt. b CPC 2008.

2) Les effets de la régularisation

702. Les effets de la régularisation des actes de procédure doivent être distingués selon que celle-ci a entièrement abouti (a) ou que l'échec est total ou partiel (b).

a) La régularisation entièrement aboutie

703. L'aboutissement de la régularisation intervient avec effet rétroactif²⁴⁵⁹. La procédure se poursuit comme si l'acte vicié n'avait jamais existé. Cela ne veut cependant pas dire que toutes les conséquences du vice de procédure auront été effacées. En effet, la procédure a peut-être été indûment prolongée et des frais inutiles peuvent avoir été engagés dans le cadre de l'incident. Ces éléments doivent être pris en considération dans la répartition des frais de justice. En effet, une partie peut gagner un procès alors que sa stratégie de défense était hypothéquée par de multiples vices de procédure qu'elle aura régularisés. Il serait profondément injuste de ne pas en tenir compte, sous prétexte que la régularisation intervient avec effet rétroactif, mais il serait tout aussi injuste de refuser la régularisation d'un acte de procédure sous prétexte qu'elle rendrait certaines dépenses caduques.

704. Le Code de procédure civile suisse autorise les juridictions à mettre les frais de justice causés par des démarches inutiles à la charge de celui qui en est à l'origine²⁴⁶⁰. La doctrine suisse considère que cette disposition peut servir à sanctionner financièrement les frais supplémentaires causés par des vices de procédure ou un comportement dilatoire imputables aux parties²⁴⁶¹. Il serait ainsi possible de mettre à la charge de l'auteur d'un acte de procédure vicié les frais liés à la procédure de régularisation, ou le coût d'un renvoi d'audience aux fins de régularisation²⁴⁶². Une disposition similaire existe en droit français²⁴⁶³, mais elle n'est pas appliquée lors de la régularisation d'un vice de procédure. Les sanctions financières constituent pourtant le meilleur moyen de faire respecter la

²⁴⁵⁹ Voy. en droit suisse : Remo BORNATICO, *in*° SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 35 ad art. 132 CPC 2008 ; Roger WEBER, *in* OBERHAMMER, n° 18 ad art. 132 CPC 2008.

²⁴⁶⁰ Art. 108 CPC 2008.

²⁴⁶¹ Alexandre FISCHER, *in*° Baker&McKenzie, n° 7 ad art. 108 CPC 2008 ; GASSER/RICKLI, n° 3 ad art. 108 CPC 2008 ; David JENNY, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 8 ad art. 108 CPC 2008 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 282 ; Florian MOHS, *in*° GEHRI/KRAMER, n° 1 ad art. 108 CPC 2008 ; Hans SCHMID, *in* OBERHAMMER, n° 2 ad art. 108 CPC 2008 ; SUTTER-SOMM, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, p. 163 ; Denis TAPPY, *in* BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 5 ad art. 108 CPC 2008 ; Adrian URWYLER, *in* BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 1 ad art. 108 CPC 2008.

²⁴⁶² Sur les frais du renvoi d'audience : MEIER, *Zivilprozessrecht*, p. 420.

²⁴⁶³ Art. 696 al. 1 CPC 1975, s'agissant des dépens. La règle s'applique par ricochet à l'indemnité due pour les frais irrépétibles, comprenant les honoraires d'avocat : art. 700 CPC 1975.

procédure sans porter atteinte au bon déroulement du procès et donc sans courir le risque d'un excès de formalisme²⁴⁶⁴.

b) L'échec de la régularisation

705. La question de l'échec de la régularisation soulève immédiatement celle des régularisations obtenues après plusieurs tentatives infructueuses. Celles-ci doivent, à notre avis, être admises, sous réserve des situations manifestement abusives. L'éventuelle sanction infligée à la partie en faute doit se manifester au stade de la répartition des frais de justice, comme nous venons de l'expliquer plus haut.

706. Lorsque l'ordre juridique prévoit l'obligation pour le juge d'inviter les parties à procéder à la régularisation, doit-il avertir à plusieurs reprises la partie en faute ? La question se pose surtout pour le droit suisse, où les parties n'ont jamais l'obligation d'être représentées par un avocat²⁴⁶⁵. Il arrive donc assez souvent qu'une partie inexpérimentée se charge seule d'une procédure qui la dépasse totalement et qu'elle ne comprenne pas la portée de l'invitation à régulariser que le juge lui adresse. La pratique judiciaire est contrastée. Un arrêt du Tribunal cantonal valaisan²⁴⁶⁶ fait preuve d'une fermeté exemplaire en annulant une ordonnance du juge de première instance qui fixait un second délai pour régulariser un mémoire-demande défectueux. En revanche, dans une affaire récente, le Tribunal fédéral des brevets s'est montré particulièrement patient²⁴⁶⁷. Il nous paraît préférable, dans de telles situations, d'obliger la partie concernée à constituer un mandataire, voire de le désigner d'office²⁴⁶⁸.

²⁴⁶⁴ Voy. déjà la question des incitations financières sous l'empire du Code de procédure civile de 1806, supra, n° 28 ss.

²⁴⁶⁵ Cf. art. 68 al. 1 *a contrario* CPC 2008.

²⁴⁶⁶ Trib. cant. VS, 12 mars 2007, cons. 4.2.3, RVJ 2008, p. 141 ss, spécialement p. 144.

²⁴⁶⁷ TFB du 20 février 2012, O2012_012. Le demandeur avait déjà été invité par le Président du Tribunal de commerce de Zurich à régulariser sa demande, au demeurant incompréhensible. Après le transfert de l'affaire au Tribunal fédéral des brevets, le Président de cette juridiction a poursuivi ses efforts en vue d'obtenir une régularisation en bonne et due forme.

²⁴⁶⁸ Comme l'art. 69 CPC 2008 l'y autorise. La pratique est toutefois réticente : cf. infra, n° 1137.

Chapitre 2 : La guérison des vices de procédure

707. A la différence de la régularisation, la guérison intervient lorsque le vice de procédure demeure sans conséquence en raison des circonstances dans lesquelles il intervient. L'institution est connue aussi bien en France qu'en Suisse, mais en des termes différents. Elle se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

708. En droit français, la guérison des vices de procédure est indirectement consacrée à l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure au terme duquel « *la nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité* ». On peut en déduire *a contrario* qu'en l'absence de grief, la nullité n'est pas encourue²⁴⁶⁹, ou plutôt que le vice de forme qui ne cause aucun préjudice demeure sans conséquence, et est donc considéré comme guéri. Le droit positif suisse ne connaît aucune consécration légale, directe ou indirecte, de la guérison des vices de procédure²⁴⁷⁰. Celle-ci est toutefois envisagée par la doctrine. STRÄULI considère ainsi qu'il s'agit d'une catégorie particulière de régularisation des vices de procédure, qu'il nomme « *guérison par la réalisation du but assigné à la disposition violée* »²⁴⁷¹. Nous ne pensons pas que cette assimilation soit correcte. La régularisation des actes de procédure présuppose qu'un acte postérieur, dit acte régularisateur, vienne remédier aux vices frappant l'acte antérieur. La guérison des vices de procédure procède d'une toute autre logique. Seule les circonstances de l'espèce sont déterminantes et celles-ci ne présentent pas forcément toutes les caractéristiques d'un acte de procédure. Il existe toutefois des cas limites où la situation peut être envisagée aussi bien en terme de régularisation que de guérison. En effet, vu le sens large donné aux actes régularisateurs, qui ne doivent pas être nécessairement identiques à l'acte vicié, il peut être parfois difficile de distinguer entre l'acte régularisateur et une circonstance de fait permettant d'en déduire que le vice de procédure est guéri. On en veut pour preuve le cas d'un renseignement oral donné par le greffe d'une juridiction et grâce auquel la partie concernée est en mesure de

²⁴⁶⁹ Sous l'empire du Code de procédure civile de 1806, on parlait de « *pas de nullité sans grief* ».

²⁴⁷⁰ L'expression se retrouve parfois dans la jurisprudence. Voy. Trib. cant. VS, 15 septembre 2008, cons. 3f), RVJ 2009, pp. 309 ss, spécialement p. 317 qui parle, en se référant à DONZALLAZ, de « *reconnaître un effet guérisseur au succès factuel d'une notification viciée*. »

²⁴⁷¹ « *Die Heilung durch die Erreichung des Zweckes der verletzten Vorschrift* », STRÄULI, p. 47. Un concept identique se trouve en droit italien que STRÄULI ne mentionne toutefois pas. Voy. art. 156 *in fine* du Code de procédure civile du 28 octobre 1940 : « *La nullità non può mai essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato* ».

comprendre le sens d'un acte de procédure obscur. S'agit-il d'un acte régularisateur équivalent ou d'une circonstance de fait guérissant le vice de procédure ? Nous ne pensons pas que ce genre de question présente un quelconque intérêt, car il est dûment remédié au vice de procédure quelque soit la réponse qu'on puisse donner.

709. Ces bases de raisonnement posées, nous allons maintenant nous pencher sur la question de la guérison des vices de procédure dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. A la différence de la régularisation, qui n'a pas encore été entièrement reconnue²⁴⁷², la juridiction strasbourgeoise a eu l'occasion de se prononcer favorablement sur la question de la guérison des vices de procédure. Dans l'affaire *Sotiris et Nikos Koutras ATTEE*, qui concernait le dépôt d'un acte de recours dans un commissariat de police en vue de sa transmission à la juridiction saisie, la Cour censura le Conseil d'Etat grec pour avoir déclaré le recours irrecevable au seul motif que le procès-verbal de dépôt ne mentionnait pas le numéro d'enregistrement²⁴⁷³. La Cour releva à ce propos que « *le numéro d'enregistrement qui faisait défaut figurait tant sur le sceau apposé en regard de l'acte de dépôt que sur la première page du recours, de sorte que l'identification du recours ne se trouvait pas compromise* »²⁴⁷⁴. De même, lorsqu'un recours est interjeté par la veuve d'une des parties, il ne peut être déclaré irrecevable si le procès-verbal de dépôt du recours au greffe du tribunal de première instance ne mentionne pas qu'elle agit en qualité d'unique héritière de son mari, alors que cela ressort expressément de l'acte de recours déposé²⁴⁷⁵. Si un acte de recours comporte plusieurs parties, l'une d'elle étant la formule officielle idoine, et les autres des observations complémentaires présentées par le requérant, les juridictions ne peuvent déclarer l'acte irrecevable au motif que l'intéressé aurait dû faire figurer l'ensemble de ses moyens sur

²⁴⁷² Cf. supra, n° 537 et 538.

²⁴⁷³ Voy. la traduction de l'arrêt du Conseil d'Etat : CourEDH, *Sotiris et Nikos Koutras ATTEE c. Grèce*, n° 39442/98, arrêt du 16 novembre 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-XII, § 10. Il s'agissait en fait du même problème que dans l'affaire suivante où l'excès de formalisme était examiné au titre de l'épuisement des voies de recours internes : CommEDH, *Sygounis, Kotsis et l'« Union des Officiers de Police » c. Grèce*, n° 18598/91, décision du 18 mai 1994, D.R. 78, p. 71.

²⁴⁷⁴ Affaire *Sotiris et Nikos Koutras ATTEE*, arrêt précité, § 23. La Cour confirma cette jurisprudence par la suite, mais en se référant uniquement à l'absence de faute du requérant : CourEDH, *Boulougouras c. Grèce*, n° 66294/01, arrêt du 27 mai 2004, §§ 26-27. Dans une autre affaire (CourEDH, *Kallergis c. Grèce*, n° 37349/07, arrêt du 2 avril 2009, § 20), où le procès verbal de dépôt d'un recours avait été remplacé par des mentions manuscrites sur l'acte de recours, mentions rédigées et signées par la greffière de la juridiction de première instance, la Cour européenne précisa d'ailleurs que « *même s'il est incontestable qu'un devoir de diligence s'impose aux intéressés lors de l'exercice par eux des voies de recours internes [...], ce devoir ne consacre pas pour autant une obligation pour les parties à une instance de contrôler si l'autorité publique qui réceptionne leur recours a bien exécuté toutes les modalités inhérentes à ses fonctions.* »

²⁴⁷⁵ CourEDH, *Louli c. Grèce*, n° 43376/06, arrêt du 31 juillet 2008, §§ 22-26. Le procès-verbal mentionnait la requérante comme étant « *Dionysia, veuve Themistokli Louli* ».

celle-là²⁴⁷⁶. Une série d'autres arrêts consacrent également la guérison des vices de procédure s'agissant des pourvois en cassation adressés à la juridiction suprême grecque. Cette dernière avait pour pratique de déclarer le recours irrecevable lorsque la partie recourante ne précisait pas au regard de chaque moyen articulé les faits constatés par la juridiction d'appel. Sans remettre en cause directement cette obligation²⁴⁷⁷, la Cour de Strasbourg releva toutefois, dans une série d'affaires, que les faits étaient tout de même résumés dans le corps du pourvoi et que l'arrêt d'appel était joint à celui-ci. Elle arriva à la conclusion que « *les faits de la cause, tels qu'ils avaient été établis par la cour d'appel, étaient portés à la connaissance des juges suprêmes* », si bien que la juridiction « *avait à sa disposition tous les éléments nécessaires pour examiner le bien-fondé du pourvoi en cause* »²⁴⁷⁸. Elle en déduisit que l'irrecevabilité procédait d'un excès de formalisme²⁴⁷⁹.

710. La Cour de Strasbourg admet largement la guérison des vices de procédure. Dans l'affaire *Lionarakis*²⁴⁸⁰, un journaliste, condamné au civil²⁴⁸¹ pour avoir injurié des politiciens au cours d'une émission radiophonique, contestait le montant de l'indemnité pour tort moral octroyée à l'un de ses adversaires. En guise de motif articulé à l'appui de son moyen de cassation, il relevait que la somme retenue en appel, soit 55'000'000 de drachmes, correspondant à environ 161'408 euros, « *était exorbitante pour un individu, car elle équivalait à six ans de revenus d'un cadre bien rémunéré ou à six ans de loyers*

²⁴⁷⁶ CourEDH, *Vamvakas c. Grèce*, n° 36970/06, arrêt du 16 octobre 2008, §§ 30-36. Le requérant avait utilisé en l'espèce une formule standard de pourvoi en cassation, fournie par l'administration de la prison où il était détenu. Il y avait joint un mémoire où il développait ses moyens. La Cour de cassation déclara son recours irrecevable au motif qu'il n'avait pas fait figurer l'ensemble de ses moyens sur la formule officielle et que le mémoire joint n'était pas signé par le directeur de la prison. La Cour de Strasbourg relève, à ce propos, et non sans ironie, qu'à ses yeux « *il paraît extrêmement difficile de réussir à inclure dans six lignes tous les moyens de cassation, énoncés de manière claire et certaine, ainsi qu'un exposé des faits qui avaient donné naissance aux violations alléguées, comme l'exige la Cour de cassation* » (arrêt précité, § 31). Voy. également s'agissant d'une demande d'assistance judiciaire : CourEDH, *Peca (n° 2) c. Grèce*, n° 33067/08, arrêt du 10 juin 2010.

²⁴⁷⁷ CourEDH, *Petropoulos c. Grèce*, n° 55484/07, arrêt du 15 octobre 2009, § 23 ; CourEDH, *Pistolis c. Grèce*, n° 54594/07, arrêt du 4 juin 2009, § 26 ; CourEDH, *Antonopoulou c. Grèce*, n° 49000/06, arrêt du 16 avril 2009, § 31 ; CourEDH, *Reklos et Davourlis c. Grèce*, n° 1234/05, arrêt du 15 janvier 2009, sélectionné pour publication au Recueil des arrêts et décisions, § 24 ; CourEDH, *Koskina et autres c. Grèce*, n° 2602/06, arrêt du 21 février 2008, § 26 ; CourEDH, *Vasilakis c. Grèce*, n° 25145/05 ; arrêt du 17 janvier 2008, § 30 ; CourEDH, *Zouboulidis c. Grèce*, n° 77574/01, arrêt du 14 décembre 2006, § 28 ; CourEDH, *Efstathiou c. Grèce*, n° 36998/02, arrêt du 27 juillet 2006, § 30. La formulation n'est pas exactement la même d'un arrêt à l'autre, mais il s'agit de simples variantes rédactionnelles.

²⁴⁷⁸ Affaire *Petropoulos*, arrêt précité, § 24 ; affaire *Pistolis*, arrêt précité, § 27 ; affaire *Antonopoulou*, arrêt précité, § 35 ; affaire *Reklos et Davourlis*, arrêt précité, § 28 ; affaire *Vasilakis*, arrêt précité, § 31.

²⁴⁷⁹ affaire *Petropoulos*, arrêt précité, §§ 25-26 ; affaire *Pistolis*, arrêt précité, § 28 ; affaire *Antonopoulou*, arrêt précité, § 35 ; affaire *Reklos et Davourlis*, arrêt précité, § 28 ; affaire *Koskina*, arrêt précité, § 27 ; affaire *Vasilakis*, arrêt précité, § 32 ; affaire *Zouboulidis*, arrêt précité, §§ 29-32 (formulation légèrement différente) ; affaire *Efstathiou*, arrêt précité, § 33 ; CourEDH, *Liakopoulou c. Grèce*, n° 20627/04, arrêt du 24 mai 2006, § 23.

²⁴⁸⁰ CourEDH, *Lionarakis c. Grèce*, n° 1131/05, arrêt du 5 juillet 2007.

²⁴⁸¹ Il avait traité plusieurs politiciens ayant soutenu le chef d'une organisation terroriste kurde (PKK), Abdullah Öcalan, lors de sa fuite en Grèce de « *criminels vociférants de la presse* » et de « *pseudo-patriotes névropathes* » (affaire *Lionarakis*, arrêt précité, § 7).

perçus pour la location d'un appartement au centre d'Athènes. »²⁴⁸² Son moyen fut déclaré irrecevable, car il avait omis d'indiquer le passage de l'arrêt d'appel acceptant sa comparaison²⁴⁸³. La Cour de Strasbourg conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, car « *les assertions en cause faisaient partie du moyen de droit soulevé et ne constituaient pas des faits qui auraient dû préalablement être établis par la cour d'appel afin que la haute juridiction puisse consécutivement exercer son contrôle judiciaire* »²⁴⁸⁴, l'arrêt d'appel étant au surplus joint au mémoire du recourant²⁴⁸⁵. Récemment, la Cour a jugé que les juridictions nationales ne peuvent rejeter un recours en raison de l'absence d'exposé des faits si ceux-ci ressortent suffisamment de la décision administrative critiquée²⁴⁸⁶.

711. La Cour de Strasbourg oblige donc indirectement les juridictions suprêmes à considérer que des vices de procédure sont guéris s'ils ne font pas obstacle à l'examen du recours et elle leur interdit d'adopter une approche contradictoire à cet égard²⁴⁸⁷. L'opposition d'un détenu à un arrêt d'appel rendu par défaut ne peut ainsi être rejetée au seul motif qu'elle a été faite par courrier recommandé et non par exploit d'huissier de justice comme la loi le prescrit²⁴⁸⁸. Lorsque l'exposé des faits retenus par la juridiction d'appel n'est pas pertinent pour l'examen des griefs articulés dans le pourvoi, la juridiction suprême ne saurait faire grief aux demandeurs en cassation de ne pas en relater les détails si l'omission est restée sans conséquence sur le bon déroulement de la procédure²⁴⁸⁹. En revanche, l'obligation en tant que telle ne peut être contestée²⁴⁹⁰.

²⁴⁸² Affaire *Lionarakis*, arrêt précité, § 14.

²⁴⁸³ Affaire *Lionarakis*, arrêt précité, § 15.

²⁴⁸⁴ Affaire *Lionarakis*, arrêt précité, § 33.

²⁴⁸⁵ Affaire *Lionarakis*, arrêt précité, § 34. La Cour a, par ailleurs, également conclu à la violation de l'article 10 de la Convention (arrêt précité, §§ 41-54).

²⁴⁸⁶ CourEDH, *L'Erablière A.S.B.L. c. Belgique*, n° 49230/07, arrêt du 24 février 2009, Sélectionné pour publication au Recueil des arrêts et décisions, §§ 42-44.

²⁴⁸⁷ CourEDH, *Pijevschi c. Portugal*, n° 6830/05, arrêt du 13 novembre 2008, §§ 38-44 ; CourEDH, *Salt Hiper S.A. c. Espagne*, n° 25779/03, arrêt du 7 juin 2007, §§ 22-26 ; CourEDH, *Saez Maeso c. Espagne*, n° 77837/01, arrêt du 9 novembre 2004, §§ 22-31. Dans les trois affaires espagnoles, le Tribunal suprême avait successivement déclaré recevable puis irrecevable pour vice de forme un pourvoi en cassation. La Cour avait déjà eu l'occasion de préciser qu'un pourvoi en cassation, rejeté au terme d'un raisonnement contradictoire quant au respect du délai de recours, épuisait tout de même les voies de recours internes : CourEDH, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, n° 48553/99, arrêt du 25 juillet 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-VII, §§ 81-82.

²⁴⁸⁸ CourEDH, *Da Luz Domingues Ferreira c. Belgique*, n° 50049/99, arrêt du 24 mai 2007, §§ 54-59.

²⁴⁸⁹ CourEDH, *Dimopoulos c. Grèce*, n° 34198/07, arrêt du 7 janvier 2010, §§ 20-22 ; CourEDH, *Roumeliotis c. Grèce*, n° 53361/07, arrêt du 15 octobre 2009, § 28 ; CourEDH, *Alvanos et autres c. Grèce*, n° 38731/05, arrêt du 20 mars 2008, § 28 ; affaire *Efstathiou*, arrêt précité, §§ 31-32. Pour une présentation détaillée de l'affaire *Alvanos* : VAN BRUSTEM, n° 9.

²⁴⁹⁰ Affaire *Petropoulos*, arrêt précité, § 23 ; affaire *Pistolis*, arrêt précité, § 26 ; affaire, *Antonopoulou*, arrêt précité, § 31 ; affaire *Reklos et Davourlis*, arrêt précité, § 24 ; affaire *Koskina et autres*, arrêt précité, § 26 ; affaire *Vasilakis*, arrêt précité, § 30 ; affaire *Zouboulidis*, arrêt précité, § 28 ; affaire *Efstathiou*, arrêt précité, § 30

712. La Cour refuse parfois de considérer qu'un vice de procédure a été guéri, en raison de la gravité de celui-ci ou de la négligence de la partie concernée. Le fait d'annoncer à une juridiction l'intention de recourir ne saurait ainsi remplacer la rédaction d'un mémoire de recours en bonne et due forme²⁴⁹¹. De même, l'obligation de produire un pouvoir de représentation spécial pour la procédure de cassation ne saurait être contestée sur le principe²⁴⁹². La juridiction européenne évite d'imposer une remise en cause frontale des règles de procédure au nom de la guérison des vices de procédure. Elle ne conteste ainsi jamais l'essence même des dispositions nationales de procédure. Les requérants doivent donc toujours établir que l'information qu'ils entendaient transmettre dans leurs actes s'y trouvait malgré le vice l'affectant. Ils ne peuvent se contenter de critiques vagues portant sur le comportement des juridictions nationales²⁴⁹³ et prétendre que leurs griefs étaient suffisamment compréhensibles.

713. A côté de ce courant largement favorable à la guérison des vices de procédure, d'autres décisions de la Cour de Strasbourg surprennent en refusant de conclure à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Deux affaires italiennes fournissent un bon exemple à ce propos. La première portait également sur l'obligation de relater les faits à l'appui d'un pourvoi en cassation et la Cour de Strasbourg approuva *in abstracto* cette obligation, sans se livrer à l'examen de détail auquel elle procède dans les affaires grecques²⁴⁹⁴. La seconde portait sur le refus de constater la guérison d'un vice frappant la notification d'un pourvoi en cassation. La juridiction européenne releva uniquement que « *la Cour de cassation a estimé cette circonstance non pertinente, une notification nulle et non avenue ne pouvant produire aucun effet légal* », raisonnement

²⁴⁹¹ CourEDH, *Báča c. République tchèque*, n° 9457/03, décision du 23 octobre 2006.

²⁴⁹² CourEDH, *Dionisi et Magnante c. Italie*, n° 27543/95, décision du 2 mars 2000.

²⁴⁹³ CourEDH, *Investylia Public Company Ltd c. Chypre*, n° 13832/05, décision du 17 septembre 2009 (présentation des griefs constitutionnels devant les juridictions chypriotes) ; CourEDH, *EM Linija d.o.o. c. Croatie*, n° 27140/03, décision du 22 novembre 2007 (motivation d'un recours constitutionnel) ; CourEDH, *Wojciechowski c. Pologne*, n° 23362/02, décision du 13 décembre 2005 (degré de précision des allégués de fait) ; CourEDH, *Ipamark c. Espagne*, n° 38233/03, décision du 17 février 2004 ; CourEDH, *Llopis Ruiz c. Espagne*, n° 59996/99, décision du 7 octobre 2003 ; CourEDH, *Ivanova c. Finlande*, n° 53054/99, décision du 28 mai 2002 ; CourEDH, *Sociedad general de aguas de Barcelona, S.A. c. Espagne*, n° 46834/99, décision du 25 mai 2000 (motivation d'un pourvoi en cassation devant les juridictions administratives espagnoles) ; CommEDH, *Grof c. Autriche*, n° 25046/94, décision du 14 avril 1998, D.R. 93-B, p. 37-39 (obligation de signer les copies d'un recours en matière administrative) ; CommEDH, *Gonzales, Mary, Delaquerriere, Schreiber, Kern, Gontier, Schreiber, Memeteau et Cossuta c. France*, n° 34166/96 ; 34167/96 ; 34168/96 ; 34169/96 ; 34170/96 ; 34171/96 ; 34172/96 et 34173/96, décision du 22 octobre 1997, où le pourvoi en cassation des requérant se limitait à indiquer qu'ils invoquaient le « *manque de bases légales, défaut de motif, violation de la loi, et (...) autres motifs* ». La Commission releva « *que les déclarations de pourvoi des requérants ne contenaient aucun énoncé des moyens de cassation, les termes utilisés [...] constituant une formulation trop générale, d'usage courant, pour être considérés comme tel.* » Voy. également : CourEDH, *Bačev c. Macédoine*, n° 13299/02, décision du 14 février 2006.

²⁴⁹⁴ CourEDH, *De Virgiliis c. Italie*, n° 39211/98, décision du 20 avril 1999.

qui « *apparaît logique et ne saurait être considérée comme arbitraire* »²⁴⁹⁵. Dans les deux cas, la Cour de Strasbourg se reposa intégralement sur la juridiction suprême nationale, sans même prendre la peine de vérifier la compatibilité du raisonnement avec la Convention. On constate toutefois qu'il s'agit de deux décisions d'irrecevabilité adoptées avant les nombreuses affaires helléniques d'excès de formalisme. Il n'est donc pas impossible que la Cour de Strasbourg ait décidé dans l'intervalle de changer sa jurisprudence. D'autres configurations donnent lieu à des hésitations marquées, signe que la solution adoptée ne fait pas l'unanimité au sein de la juridiction européenne. Dans l'affaire *Siderakis*²⁴⁹⁶, le requérant avait notifié son mémoire ampliatif, mais il n'avait pas versé au dossier la preuve de la notification. Le mémoire fut déclaré irrecevable pour cette raison, quand bien même son adversaire avait répondu, démontrant ainsi qu'il avait bien reçu l'acte en question. La juridiction européenne considéra que « *cet élément ne saurait suffire pour conclure, en l'espèce, à une atteinte disproportionnée au droit d'accès à un tribunal* ». A ces yeux, « *accepter que l'absence dans le dossier de la preuve de la notification du mémoire ampliatif de l'affaire puisse être compensée dans la pratique par la réponse de la partie adverse aux arguments contenus dans le mémoire ampliatif, contredirait les principes de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice* », car « *la haute juridiction serait obligée à chaque fois de repérer dans les observations de la partie adverse une réponse explicite ou implicite aux moyens soulevés par le mémoire ampliatif pour déduire que la partie adverse en avait déjà pris connaissance* ». Même s'ils ne sont peut-être pas entièrement dépourvus de tout fondement²⁴⁹⁷, les scrupules se révèlent bien maigres. Par la suite²⁴⁹⁸, la Cour a fortement relativisé la portée de cette décision d'irrecevabilité dans deux arrêts subséquents. On se trouvait, cette fois-ci, en présence de recours déclarés entièrement irrecevables, parce que la preuve de sa notification à l'adversaire n'avait pas été versée au dossier dans les six mois comme le préoyaient les dispositions légales pertinentes. De l'avis de la Cour, le fait que le requérant ait été déchu de son recours, alors que dans l'affaire *Siderakis* seul le mémoire ampliatif avait été écarté, justifiait un traitement différencié, car « *les conséquences de l'application de la règle en cause étaient beaucoup plus graves dans le*

²⁴⁹⁵ CourEDH, *Pastificio Attilio Mastromauro S.r.l. c. Italie*, n° 47479/99, décision partielle sur la recevabilité du 30 novembre 2000.

²⁴⁹⁶ CourEDH, *Siderakis c. Grèce*, n° 21606/05, décision du 6 septembre 2007.

²⁴⁹⁷ Il transparait en filigrane dans la décision, que les observations en réponse ne s'étaient pas directement référées au mémoire ampliatif litigieux. Face à l'extrême concision de la Cour, nous en sommes toutefois réduit aux conjectures.

²⁴⁹⁸ CourEDH, *Christodoulou c. Grèce*, n° 514/07, arrêt du 16 juillet 2009 ; CourEDH, *Stamouli c. Grèce*, n° 1735/07, arrêt du 28 mai 2009.

cas d'espèce »²⁴⁹⁹. Elle conclut donc à la violation de l'article 6 de la Convention²⁵⁰⁰, non sans observer au passage que le législateur était intervenu dans l'intervalle pour rectifier la situation²⁵⁰¹.

714. Cet exposé de la jurisprudence européenne nous révèle que le problème de la guérison des vices de procédure constitue un problème récurrent, au point qu'il occupe régulièrement la Cour de Strasbourg. Nous aurons encore l'occasion d'y revenir dans la suite de nos recherches. Pour l'essentiel, nous suivrons la même approche que celle adoptée concernant la régularisation des vices de procédure. Nous commencerons par examiner les vices de procédure guérissables (section 1). Ensuite, nous nous pencherons plus en détail sur le mécanisme du grief (section 2).

Section 1 : Les vices de procédure guérissables

715. Ainsi que nous l'avions déjà constaté s'agissant de la régularisation des vices de procédure, le droit suisse et le droit français obéissent à deux approches différentes lorsqu'il s'agit de dresser le catalogue des vices de procédure guérissables. Nous avons donc choisi de présenter les deux ordres juridiques séparément. En droit français, doctrine et jurisprudence s'efforcent de coller au plus près du texte du Code de procédure civile. On peut donc parler d'un légalisme procédural tempéré (§ 1). En revanche, la situation est différente en droit suisse, où la guérison des vices de procédure ne fait pas l'objet d'une disposition légale précise. Celle-ci est le fruit du pragmatisme des juridictions (§ 2).

§ 1 : Les vices de procédure guérissable en droit français – légalisme procédural tempéré

716. L'identification des vices de procédure guérissables repose essentiellement sur l'interprétation des différentes dispositions du Code de procédure civile. L'application de l'adage « *pas de nullité sans grief* », codifié à l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile, constitue la clef de voûte du système. Il regroupe à lui seul l'essentiel

²⁴⁹⁹ Affaire *Christodoulou*, arrêt précité, § 25 ; affaire *Stamouli*, arrêt précité, § 26.

²⁵⁰⁰ Affaire *Christodoulou*, arrêt précité, § 27 ; affaire *Stamouli*, arrêt précité, § 28.

²⁵⁰¹ Affaire *Stamouli*, arrêt précité, § 27.

des cas d'application (A). A côté de cela, d'autres hypothèses existent certes, mais elles sont plus marginales (B)

A) L'adage « *Pas de nullité sans grief* » : clef de voûte de la guérison des vices de procédure

717. L'adage « *pas de nullité sans grief* », fréquemment rencontré dans la doctrine et la pratique jurisprudentielle relative au Code de procédure civile de 1806, ne se retrouve pas littéralement dans le texte actuel. L'article 114 alinéa 2 indique plus prosaïquement que la partie plaidant la nullité d'un acte de procédure pour vice de forme doit « *prouver le grief que lui cause l'irrégularité* ». Il s'agit bien de la même institution, le Code de 1975 s'inscrivant parfaitement dans la ligne de son prédécesseur²⁵⁰². Doctrine et jurisprudence s'alignent largement sur cette politique législative et limitent en principe l'application de l'adage « *pas de nullité sans grief* », et donc la guérison des vices de procédure, aux nullités pour vices de forme (1). Néanmoins, et afin d'assouplir le formalisme de la procédure, d'autres sanctions se voient appliquer, par la bande, le bénéfice de la guérison (2).

1) La nullité pour vice de forme

718. Lorsque nous avons examiné, dans la partie précédente, les caractéristiques générales du Code de procédure civile de 1975, nous avons déjà eu l'occasion de relever que le vice de forme n'y était pas défini²⁵⁰³, quand bien même cela avait potentiellement une grande influence sur l'application de l'adage « *pas de nullité sans grief* », et les allègements procéduraux qui l'accompagnent. Malheureusement, aucune définition complète n'a été élaborée jusqu'à maintenant (a), même s'il ressort de la doctrine et de la jurisprudence que le vice de forme constitue une catégorie résiduelle en faveur de laquelle existe une présomption (b).

a) L'absence de définition du *vice de forme*

719. L'absence de définition du *vice de forme* se constate tout particulièrement dans la jurisprudence. La Cour de cassation²⁵⁰⁴, et dans son sillage les juridictions

²⁵⁰² Voy. parmi tant d'autres : PARODI, p. 71.

²⁵⁰³ Cf. supra, n° 219.

²⁵⁰⁴ Parmi les arrêts récents : Cass. 2^{ème} civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-12017, publication prévue ; Cass. 2^{ème} civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 11-15334 ; Cass. com., 13 mars 2012, pourvoi n° 10-25534 ; Cass. soc., 29 février 2012, pourvoi n° 10-18442 ; Cass. soc., 23 novembre 2011, pourvoi n° 10-18186...

d'appel²⁵⁰⁵, se contentent d'indiquer que tel vice de procédure est un vice de forme sans se référer à une quelconque définition. Les juridictions du fond ne sont pas nécessairement plus précises lorsque la question est litigieuse²⁵⁰⁶, même si certains arrêts comportent une certaine motivation concernant la différence entre deux types de vices de procédure²⁵⁰⁷. Les précisions qui sont alors fournies ne permettent toutefois pas d'établir une définition claire du vice de forme.

720. La doctrine²⁵⁰⁸ critique le manque de clarté de la jurisprudence, déplorant que « *les concepts ne soient pas définitivement tranchés* »²⁵⁰⁹. Plus rares sont, en revanche, les définitions que les auteurs se risquent à donner. Le vice de forme est ainsi parfois défini comme une « *anomalie de l'écrit* »²⁵¹⁰ ou comme « *l'omission ou le non-respect d'une règle formelle de rédaction ou de notification d'un acte* »²⁵¹¹. Le renvoi à la distinction entre la forme et le fond des actes juridiques, connue en matière de droit matériel, se rencontre également²⁵¹², même si les irrégularités de fond « *portent sur le défaut de capacité ou de pouvoir d'un acteur du procès, ce qui ne concerne pas directement le fond de l'affaire.* »²⁵¹³ et si l'analogie entre l'acte de procédure et l'acte juridique est critiquée²⁵¹⁴. L'opposition entre le *negotium* et l'*instrumentum*²⁵¹⁵, elle aussi héritée du droit civil²⁵¹⁶, est également suggérée²⁵¹⁷, sans toutefois emporter la conviction de tous²⁵¹⁸. C'est peut-être à cause de cette confusion d'ailleurs que certains auteurs ne

²⁵⁰⁵ Toulouse, 9 mars 2011, RG n° 09/05045 ; Lyon, 19 novembre 2010, RG n° 10/00780 ; Fort-de-France, 26 février 2010, RG n° 06/00423 ; Lyon, 19 mars 2009, RG n° 07/08016 ; Caen, 24 janvier 2008, RG n° 06/1382.

²⁵⁰⁶ Lyon, 11 janvier 2011, RG n° 09/03681 ; Paris, 2 juillet 2008, RG n° 06/12438 ; Toulouse, 16 mai 2008, RG n° 07/02442 ; Caen, 11 mars 2008, RG n° 07/1424 ; Basse-Terre, 21 décembre 2007, RG n° 05/01963 ; Pau, 17 décembre 2007, RG n° 05/04037 ; Poitiers, 16 mai 2007, RG n° 95/00321 ; Agen, 15 mai 2007, RG n° 06/01640 ; Montpellier, 6 février 2007, RG n° 06/7561.

²⁵⁰⁷ Bordeaux, 12 janvier 2010, RG n° 08/01728 (fin de non recevoir vs. nullité pour vice de forme) ; Colmar, 3 juillet 2008, RG 06/05746 (référence à « *la jurisprudence de la Cour de cassation* », sans autre précision, sur la nature du vice de procédure causé par la violation de l'art. 29 de la Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse) ; Riom, 30 janvier 2008, RG n° 07/00063 (citation d'un arrêt précis de la Cour de cassation sur la question de la qualification) ; Montpellier, 15 janvier 2008, RG n° 05/3928 (nullité pour irrégularité de fond vs. nullité pour vice de forme) ; Dijon, 13 novembre 2007, RG n° 06/01744 (fin de non-recevoir vs. nullité pour vice de forme) ; Lyon, 29 mars 2007, RG n° 06/06913.

²⁵⁰⁸ La critique porte parfois directement sur le texte légal : PUTMAN, Nullités, n° 100.

²⁵⁰⁹ GUICNHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 664 à propos de la distinction entre *vice de forme* et *irrégularités de fond*.

²⁵¹⁰ TOMASIN, p. 858 ; Gérard CORNU, Note sous Cass. 2^{ème} civ., 15 octobre 1975 et 20 mai 1976, D. 1977. 125.

²⁵¹¹ JUNILLON, Le formalisme, p. 439, n° 164.50. Presque identique : CADIET/JEULAND, p. 367.

²⁵¹² Sur cette question de l'application des concepts de droit civil aux actes de procédure : GAMBIER, pp. 21 ss ; MAYER, pp. 71 ss.

²⁵¹³ Emmanuel JEULAND, Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure, in Marc PUECH/Dominique D'AMBRA/Isabelle DESPRÉS/Yves STRICKLER (édit.), De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, Paris, 2009, p. 445.

²⁵¹⁴ BOLZE, Leçon de droit civil sur les nullités, p. 156-157.

²⁵¹⁵ CADIET, La sanction et le procès civil, p. 138 ; CLÉMENT, p. 439.

²⁵¹⁶ BOLZE, Leçon de droit civil sur les nullités, p. 156.

²⁵¹⁷ Voy. GAMBIER, pp. 20 ss.

²⁵¹⁸ Pour une critique, voy. MAYER, pp. 421 ss.

donnent aucune définition du vice de forme, préférant procéder par contrastes successifs, en distinguant la nullité pour vice de forme, de celle pour irrégularité de fond, ainsi que les nullités, les fins de non-recevoir et les autres sanctions du formalisme procédural²⁵¹⁹.

b) Une catégorie résiduelle au bénéfice d'une
présomption

721. L'absence de définition claire du vice de forme paraît de prime abord surprenante. S'agissant d'un concept destiné à jouer un rôle essentiel dans la régulation du formalisme procédural, le silence de la jurisprudence et le peu d'éléments apportés par la doctrine, laissent planer de nombreuses incertitudes²⁵²⁰. Si les besoins d'une définition claire du vice de forme s'étaient fait sentir, celle-ci aurait toutefois été élaborée depuis l'entrée en vigueur du Code de procédure civile de 1975. Le flou entourant la catégorie des vices de forme s'explique par le fait que ceux-ci, et la nullité qui en découle, constituent un concept résiduel²⁵²¹. L'article 116 du Code de procédure civile déclare ainsi le régime des nullités pour vice de forme applicable « *formalités de procédure antérieures aux débats* »²⁵²². Même si la disposition est rarement mentionnée par la doctrine²⁵²³, elle fait de la nullité pour vice de forme une sanction subsidiaire. La jurisprudence va dans la même direction. Selon la Cour de cassation, en effet, « *quelque soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure, soit les vices de forme faisant grief, soit les irrégularités de fond* »

²⁵¹⁹ Voy. COUCHEZ/LAGARDE, pp. 227 ss ; HÉRON/LE BARS, pp. 169 ss ; PÉTEL-TEYSSIE, Défenses, n° 20 ss.

²⁵²⁰ En ce sens : Gaëlle DEHARO, La mention d'une date à laquelle la juridiction ne siège pas entraîne-t-elle l'inexistence de l'acte, Note sous Cass. ch. mixte 7 juillet 2006, Gaz. Pal. 2006. 3305, spécialement p. 3308 : « *Si le régime des nullités est assez bien défini par le droit actuel, la question de la cause des nullités obéit à des règles plus ambiguës et parfois difficiles à mettre en œuvre.* »

²⁵²¹ Implicitement en ce sens : Gaëlle DEHARO, La mention d'une date à laquelle la juridiction ne siège pas entraîne-t-elle l'inexistence de l'acte, Note sous Cass. ch. mixte 7 juillet 2006, Gaz. Pal. 2006. 3305, spécialement p. 3308 : « *Aux nullités de forme, qui constituent le régime général des nullités procédurales [...], s'opposent les nullités de fond visées à l'article 117* » ; LEMÉE, p. 30 pour qui « *le régime des nullités décrit aux articles 112 et suivants, et donc la règle "pas de nullités sans grief", constituent le régime général des nullités procédurales* » rendant ainsi inutiles « *les discussions sur le contenu de la notion d'acte de procédure* » ; Roger PERROT, Note sous Cass. 3^{ème} civ. 24 octobre 2007, Procédures 2008, comm. 171 : « *Cette alternative entre vice de fond et vice de forme laisse entendre que, entre les deux, il n'y a pas de place à prendre. Elle relève la volonté de la Cour de cassation de s'en tenir à une dichotomie formelle soigneusement verrouillée entre nullité de fond et nullité de forme dont le critère réside non point dans la gravité du vice allégué, mais uniquement dans les dispositions de l'article 117 du Nouveau Code de procédure civile, entendues limitativement.* » Voy. par ailleurs Roger PERROT, Note sous Cass. 2^{ème} civ. 11 février 2010, Procédures 2010, comm. 116 : « *Et voilà pourquoi derrière cette distinction brutale qui consiste à voir un vice de forme toutes les fois que l'article 117 du Code de procédure civile n'y voit pas un vice de fond, il serait bon de ne pas négliger les finalités de certaines exigences procédurales qui, malgré les apparences exégétiques, relèvent plus du fond que de la forme.* »

²⁵²² Le texte légal est au singulier.

²⁵²³ Voy. par exemple : BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 406. Comme le laissent entendre ces auteurs, il semble que la Cour de cassation ait une approche pour le moins restrictive de la disposition, admettant ainsi de nombreuses exceptions : Cass. 3^{ème} civ., 5 février 1992, Bull. civ. III, n° 41 ; Cass. com., 11 juillet 1984, Bull. civ. IV, n° 227 ; Cass. 2^{ème} civ., 16 novembre 1983, Bull. civ. II, n° 181.

limitativement énumérées à l'article 117 du Code de procédure civile »²⁵²⁴. A la lecture de cette phrase, le rôle subsidiaire du vice de forme est évident, malgré les éventuelles dérogations que la jurisprudence a pu admettre postérieurement et sur lesquelles nous reviendrons d'ailleurs.

722. Le fait que le vice de forme constitue une catégorie résiduelle ne veut pas encore dire qu'il est amené à jouer un rôle de second plan. En effet, il existe une véritable présomption en sa faveur. Cela ressort de certains arrêts d'appel qui l'envisagent d'emblée, à la manière d'un réflexe judiciaire²⁵²⁵. Les raccourcis jurisprudentiels sont parfois révélateurs²⁵²⁶. La présomption se maintient quand bien même il serait raisonnable²⁵²⁷ d'hésiter dans certains cas entre le vice de forme et l'irrégularité de fond²⁵²⁸. Le choix en faveur du vice de forme est parfois justifiée par le caractère manifeste de l'erreur commise par une partie²⁵²⁹. La gravité de certaines erreurs procédurales ne remet pas nécessairement en cause l'existence d'un vice de forme. Ainsi, une déclaration d'appel ne comportant ni la profession, ni la nationalité, ni les dates et lieu de naissance de l'appelant, ni l'objet de l'appel demeure soumise au régime des nullités pour vice de forme, même si elle ne répond guère aux exigences légales²⁵³⁰.

723. Au vu de ces éléments, on comprend dès lors mieux pourquoi aucune définition claire du vice de forme ne s'est imposée au sein de la doctrine et de la jurisprudence²⁵³¹. Etant donné que les vices de procédure sont en principe rangés dans cette catégorie, il paraît moins nécessaire de s'interroger sur le sens à lui attribuer. Cette

²⁵²⁴ Cass. ch. mixte, 7 juillet 2006, Bull. ch. mixte, n° 6, Gaz. Pal. 2006. 3305 (note Deharo) ; JCP 2006 éd. G II. 10146 (note Putman), JCP 2006 éd. G I. 183 (obs. Sérinet), Procédures 2006, comm. 200 (note Perrot). Parfois la phrase est légèrement tronquée : Cass. 2^{ème} civ., 23 septembre 2010, pourvoi n° 09-69809 ; Cass. 3^{ème} civ., 16 juin 2010, pourvoi n° 09-14930 ; Cass. 2^{ème} civ., 7 janvier 2010, pourvoi n° 08-20206 ; Cass. soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-43331.

²⁵²⁵ Parmi tant d'autres : Bastia, 11 janvier 2012, RG n° 11/00500 ; Aix-en-Provence, 11 février 2009, RG n° 06/10948 (mentionne toutefois brièvement l'irrégularité de fond). Voy. également Cass. 2^{ème} civ., 7 janvier 2010, pourvoi n° 08-20206 (absence de signification préalable à l'avocat d'un jugement) ; Cass. 2^{ème} civ., 3 avril 2003, pourvoi n° 01-12488 (divergences entre la copie et l'original d'un exploit).

²⁵²⁶ Bastia, 26 janvier 2011, RG n° 09/01077 ; Nîmes, 10 novembre 2009, RG n° 07/01067 ; Bastia, 22 novembre 2007, RG 04/105 ; Versailles, 25 octobre 2007, RG n° 06/05030.

²⁵²⁷ Voy. CLÉMENT, p. 440, qui parle de « *caractère attractif* » du vice de forme, lorsque « *la condition de forme est étroitement liée au fond.* »

²⁵²⁸ Cass. soc., 22 mars 2011, pourvoi n° 09-72345 (absence d'indication de l'intimé) ; Cass. 3^{ème} civ., 27 janvier 2010, Bull. civ. III, n° 24 (doute sur le nombre d'appelants contre un jugement concernant plusieurs parties) ; Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 07-42051 (doute sur l'identité de l'appelant) ; Cass. com., 24 mars 2009, pourvoi n° 07-21692 (absence d'indication de l'intimé). Voy. toutefois : Cass. soc., 1^{er} avril 2009, pourvoi n° 07-44962 qui se montre nettement moins généreux.

²⁵²⁹ Paris, 27 septembre 2011, RG n° 11/07459.

²⁵³⁰ Cass. 2^{ème} civ., 13 novembre 2008, Procédures 2009, comm. 34 (note Perrot). Un raisonnement similaire peut être tenu en matière de désignation des organes d'une personne morale : Roger PERROT, Chronique sous Cass. 1^{ère} civ. 30 septembre 2008, RTD civ. 2008, pp. 720 ss et les arrêts cités.

²⁵³¹ CLÉMENT, p. 438 parle de « *qualification élastique* ».

approche est de nature à réduire le formalisme procédural, car les vices de forme sont soumis au mécanisme du grief, et donc susceptibles d'être guéris²⁵³².

2) L'extension du mécanisme du grief à d'autres vices de procédure

724. Après avoir déterminé le champ d'application du mécanisme du grief au travers du concept de *nullité pour vice de forme*, nous allons maintenant nous pencher sur les éventuelles extensions à d'autres vices de procédure. Nous constaterons, tout d'abord, qu'un tel procédé est, en principe, rejeté (a), mais qu'il refait néanmoins surface de manière implicite (b)

a) Le refus de principe de l'extension

725. Le texte du Code de procédure civile exclut lui-même le mécanisme du grief dans certains cas. Il s'agit des nullités pour irrégularités de fond et des fins de non-recevoir, dont l'admission ne présuppose pas la preuve d'un grief²⁵³³.

726. L'exclusion peut également être implicite. Tel est le cas de la nullité des débats²⁵³⁴ et des jugements²⁵³⁵. A la différence d'autres nullités, les dispositions pertinentes ne contiennent aucun renvoi aux articles 112 et suivants du Code de procédure civile. La doctrine en déduit que le mécanisme du grief n'est pas applicable aux nullités des jugements²⁵³⁶. En revanche, on ne retrouve aucun débat à ce sujet dans la jurisprudence. Cela s'explique, à notre avis, par le fait que la Cour de cassation ne fait que suivre, sur ce point, le texte légal à la lettre près. Elle n'éprouve donc pas le besoin de le justifier.

b) L'extension implicite

727. Il arrive que la jurisprudence suive un raisonnement qui présente de grandes similitudes avec le mécanisme du grief, sans toutefois se référer formellement à l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile. A notre avis, on se trouve alors en présence

²⁵³² En ce sens : BOLZE, *Leçon de droit civil sur les nullités*, p. 159 pour qui « la catégorie des nullités pour vice de fond étant close, celle des nullités pour vice de forme n'étant pas définie et la théorie de l'inexistence étant désormais écartée par la jurisprudence, l'efficacité dans le rejet du dilatoire est assurée. »

²⁵³³ Art. 119 et 124 CPC 1975 dont le texte est identique.

²⁵³⁴ Art. 430 et 446 CPC 1975.

²⁵³⁵ Art. 458 CPC 1975.

²⁵³⁶ CADIET/JEULAND, p. 494 ; EUDIER, *Jugement*, n° 326 ; HÉRON/LE BARS, p. 387 (estiment que le mécanisme du grief n'est pas applicable parce qu'« il ne s'agit pas d'actes adressés par l'une des parties à l'autre, mais d'obligations que la loi impose au juge dans le but d'assurer un bon déroulement du procès. ») ; PUTMAN, *Nullités*, n° 91 (se borne à indiquer que le régime des nullités de procédure n'est pas applicable sans s'étendre davantage).

d'une extension implicite du mécanisme du grief. Celle-ci permet d'éviter qu'une séparation trop nette entre les vices de forme et les autres vices de procédure ne conduise à un excès de formalisme.

728. Un premier cas de figure rencontré concerne la recevabilité des recours, où recevabilité et nullité se confondent souvent. En bonne doctrine, la nullité porte sur les actes de procédure, alors que la recevabilité concerne le droit de recours en tant que catégorie particulière d'action en justice²⁵³⁷ et est sanctionnée par une fin de non-recevoir. Il arrive cependant que les juridictions regroupent les différents arguments et rejettent, par exemple, un moyen d'irrecevabilité dirigé contre un acte d'appel au motif qu'aucun grief n'a été causé par l'irrégularité dénoncée²⁵³⁸. Ce raccourci procède d'une confusion entre la nullité et la fin de non-recevoir. Il révèle surtout que les juridictions ont, sur ce point, une approche globale, visant à déterminer si l'appel doit être examiné au fond ou s'il peut être rejeté pour de simples raisons de procédure.

729. Parfois, le mécanisme du grief est appliqué sous le couvert de la régularisation des vices de procédure. Cela ne peut, naturellement, se faire que moyennant une certaine confusion sur les concepts. Ainsi, la Cour de cassation²⁵³⁹ a considéré que l'irrégularité de fond résidant dans le fait que l'huissier de justice n'aurait pas dû instrumenter pour le demandeur²⁵⁴⁰, était « *couverte au moment où le juge a statué* » par la comparution du défendeur. L'expression employée se réfère implicitement à l'article 121 du Code de procédure civile relatif à la régularisation des nullités pour irrégularité de fond. On se trouve cependant en présence d'une guérison du vice de procédure, car aucun acte régularisateur n'a été accompli. La confusion permet ainsi à la juridiction suprême de valider l'assignation malgré le texte clair de l'article 119 du Code de procédure civile, selon lequel les nullités pour irrégularité de fond sont encourues « *sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief.* »

730. Dans d'autres espèces, l'application du mécanisme du grief semble aller au-delà de la simple absorption, ou confusion, entre diverses sanctions. On se trouve en présence d'une véritable requalification²⁵⁴¹. Lorsqu'une partie est désignée de manière

²⁵³⁷ Sur l'irrecevabilité pour cause de tardiveté : FERRAND, Appel, n° 812.

²⁵³⁸ Orléans, 3 juillet 2008, RG n° 08/0041 ; Toulouse, 13 octobre 2008, RG n° 08/00071.

²⁵³⁹ Cass. 2^{ème} civ., 17 décembre 2009, pourvoi n° 08-17528.

²⁵⁴⁰ Il avait, en effet, été précédemment sollicité pour une mesure d'exécution.

²⁵⁴¹ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND résumant très bien la situation, p. 668 : « ...il est tentant, pour le demandeur en nullité, pour échapper notamment à la preuve d'un grief, de qualifier vice de fond ce qui n'est qu'un vice de forme et, pour le juge, de requalifier en vice de forme des vices de fond pour sauver l'acte de la nullité. » Le

erronée, la stricte application du Code de procédure civile conduit à considérer que ce vice de procédure est une irrégularité de fond, la personne visée n'ayant aucune existence. Dans la foulée, on pourrait également soutenir que l'absence d'indication de l'identité du représentant d'une personne morale constitue également une irrégularité de fond, car elle ne permet pas de vérifier si la personne physique comparaissant possède le pouvoir de représentation²⁵⁴². Aucune de ces interprétations, si stricte soit-elle, ne se heurte au texte du Code de procédure civile. La jurisprudence²⁵⁴³ vient tempérer cette rigueur. Elle requalifie presque systématiquement l'irrégularité de fond tirée de l'absence de désignation correcte du représentant d'une personne morale en vice de forme²⁵⁴⁴ de manière à permettre l'application du mécanisme du grief²⁵⁴⁵. L'absence de signature, ou la signature illisible, du mandataire ne peuvent pas non plus être traitées comme des irrégularités de fond sous prétexte qu'elles empêcheraient de vérifier le pouvoir de représentation²⁵⁴⁶. Les erreurs dans la désignation des parties ne peuvent être interprétées

problème de la requalification pour des raisons d'opportunité est récurrent en droit judiciaire privé. Voy. pour d'autres exemples : Muriel SANTA-CROCE, De quelques difficultés de qualification en droit judiciaire privé, *in* Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité, Liber amicorum Cyrille David, Coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Vol. 8, L.G.D.J., Paris, 2005, pp. 409 ss, spécialement pp. 416 ss ; MAYER, pp. 438 ss (distinction entre le *vice de forme* et l'*irrégularité de fond*).

²⁵⁴² Un tel raisonnement est parfois suivi par les juridictions d'appel, voy. par exemple les motifs rappelés dans Cass. soc., 23 novembre 2011, pourvoi n° 10-18186 (« *Attendu que pour déclarer l'appel irrecevable, l'arrêt retient que l'acte d'appel n'a pas été signé par le déclarant et ne comporte aucune mention permettant de vérifier l'exactitude de l'identité qui a été déclarée, de sorte qu'il ne peut être déterminé si son auteur avait, à la date à laquelle le recours a été formé, pouvoir pour le faire, qu'il en déduit que cette irrégularité entraîne la nullité de l'acte d'appel pour vice de fond* »).

²⁵⁴³ Approuvée en cela par la doctrine, par exemple, voy. MAYER, p. 448.

²⁵⁴⁴ La jurisprudence de la Cour de cassation est constante depuis 2002 : Cass. 2^{ème} civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 11-15334 ; Cass. com., 7 juin 2011, pourvoi n° 10-23515 ; Cass. 3^{ème} civ., 23 mars 2011, pourvoi n° 10-13540 ; Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-15973 ; Cass. 2^{ème} civ., 24 juin 2010, pourvoi n° 09-13458 ; Cass. soc., 18 mai 2010, pourvoi n° 09-41093 ; Cass. com., 11 mai 2010, pourvoi n° 08-20666 et 08-20667 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-12639 ; Cass. 2^{ème} civ., 30 avril 2009, Bull. civ. II, n° 110 ; Cass. com., 7 avril 2009, pourvoi n° 08-10779 ; Cass. soc., 31 mars 2009, Bull. civ. IV, n° 100 ; Cass. com., 26 juin 2007, pourvoi n° 06-10830 ; Cass. 2^{ème} civ., 28 février 2006, Bull. civ. II, n° 55 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 décembre 2005, Bull. civ. I, n° 461 ; Cass. 2^{ème} civ., 3 novembre 2005, pourvoi n° 04-11164 ; Cass. 3^{ème} civ., 12 mars 2003, pourvoi n° 01-14900 ; Cass. com., 18 février 2003, pourvoi n° 00-11479 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 décembre 2002, pourvoi n° 01-02447 ; Cass. soc., 21 mai 2002, pourvoi n° 00-22389 ; Cass. ch. mixte, 22 février 2002, pourvois n° 00-19639 et 00-19742, Bull. ch. mixte, n° 1, RTD civ. 2002, p. 358 (chron. Perrot). *Contra* : Cass. com., 3 décembre 2002, pourvoi n° 01-00701. Elle est également suivie par les juridictions d'appel, qui toutefois s'efforcent de justifier le rejet de l'exception de nullité par l'absence de doute au sujet de l'identité du représentant : Orléans, 3 juillet 2008, RG n° 08/00441 ; Colmar, 13 mai 2008, RG n° 07/04584 ; Aix-en-Provence, 29 janvier 2008, RG n° 07/08968 ; Montpellier, 15 janvier 2008, RG n° 05/3928 ; Agen, 15 mai 2007, RG n° 06/01640 ; Montpellier, 6 février 2007, RG n° 06/7561. Pour plus de précision, notamment sur la situation avant 2002 : JUNILLON, Le formalisme, p. 449-450, n° 164.145 ; Roger PERROT, Chronique sous Cass. ch. mixte 22 février 2002, RTD civ. 2002, p. 358-359.

²⁵⁴⁵ Les largesses de la jurisprudence font toutefois l'objet de critiques, notamment en ce qu'elles favorisent le recours à une « *formule passe-partout* ("*prise en la personne de son représentant légal*") *qui traîne dans tous les formulaires et qui n'apprend rien au défendeur* » (Roger PERROT, Chronique sous Cass. 1^{ère} civ. 30 septembre 2008, RTD civ. 2008, pp. 720 ss, spécialement p. 721).

²⁵⁴⁶ Voy. Cass. 2^{ème} civ., 3 juin 2010, 09-13526 ; Cass. soc., 18 novembre 2009, pourvoi n° 08-42177 ; Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-41388 ; Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 07-42051 ; Cass. soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41511 ; Cass. soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41566 ; Cass. soc., 27 mai 2009, pourvoi n° 07-45445 ; Cass. com., 12 mai 2009, pourvoi n° 07-20462 ; Cass. soc., 12 mai 2009, pourvoi n° 08-40008 ; Cass. soc., 12 mai 2009, pourvoi n° 08-40283 ; Cass. soc., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-42142 ; Cass. soc., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-42143 ; Cass. soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-42073 ; Cass. soc., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-42285 ; Cass.

comme renvoyant à des personnes inexistantes et donc dépourvues de la capacité d'ester en justice²⁵⁴⁷, si bien qu'elles ne constituent pas non plus des irrégularités de fond.

731. La requalification est parfois appliquée aux fins de non-recevoir. Un arrêt récent de la Cour d'appel de Besançon a déclaré un appel « *recevable* » au motif que l'erreur dans la désignation de la qualité sous laquelle un des intimés était attrait devant la juridiction constituait une « *irrégularité [qui] ne fait pas grief* »²⁵⁴⁸. En réalité, on se trouve en présence d'un problème similaire à la désignation inexacte des parties en matière de nullité pour irrégularité de fond. L'ambiguïté des termes employés était destinée à éviter un long raisonnement juridique. Il n'est toutefois pas certain que le procédé trouverait grâce aux yeux de la Cour de cassation, celle-ci ayant implicitement souligné dans plusieurs arrêts la nécessité de distinguer la fin de non-recevoir du vice de forme²⁵⁴⁹.

732. Nous retrouvons également le mécanisme du grief dans certaines décisions concernant la nullité des jugements. Ainsi des motifs insuffisants ne sauraient ainsi entraîner la nullité du jugement s'ils sont surabondants²⁵⁵⁰ ou portent sur des questions dépourvues de pertinence pour la solution du litige²⁵⁵¹. Des motifs contradictoires n'entraînent pas la nullité du jugement s'ils n'ont exercé « *aucune influence* », notamment

soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-42314 ; Cass. soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 06-44962 ; Cass. soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-44206 ; Cass. soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-42370 ; Cass. soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 06-45913. *Apparemment contra* : Cass. soc., 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-45175 (« *Mais attendu qu'après avoir constaté que la signature apposée sur l'acte d'appel était illisible et ne permettait pas de déterminer l'identité et la qualité de son auteur, la cour d'appel a, par une appréciation souveraine des éléments produits, et sans inverser la charge de la preuve, estimé qu'il n'était pas établi que cette signature était celle d'un avocat ayant le pouvoir de représenter l'appelant.* »). Vu le renvoi à l'« *appréciation souveraine* » de la juridiction d'appel, il n'est pas exclu qu'un doute sérieux sur l'identité du signataire ait réellement existé. Voy. également : Cass. 2^{ème} civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19268 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 janvier 2006, pourvoi n° 04-14377 ; Versailles, 9 janvier 2003, RG n° 2000-5640. Certains arrêts se montrent particulièrement sévères et semblent en contradiction manifeste avec le reste de la jurisprudence : Cass. soc., 20 juin 2007, pourvoi n° 05-45560 ; Cass. com., 24 mars 2004, pourvoi n° 01-11404 ; Cass. com., 18 février 2003, pourvoi n° 00-13709.

²⁵⁴⁷ Cass. 2^{ème} civ., 14 mai 2009, Bull. civ. II, n° 121 (emploi d'une enseigne) ; Montpellier, 24 mars 2009, RG n° 07/7560 (id.) ; Cass. 2^{ème} civ., 5 mars 2009, pourvoi n° 07-21139 (désignation incorrecte d'une société commerciale étrangère) ; Cass. 3^{ème} civ., 26 novembre 2008, Bull. civ. III, n° 191 (erreur sur la forme sociale et sur le siège) ; Cass. 2^{ème} civ., 17 avril 2008, Bull. civ. II, n° 96 (emploi d'une enseigne) ; Paris, 13 septembre 2007, RG n° 07/10457 (désignation erronée d'une société étrangère) ; Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 2007, Bull. civ. II, n° 132 (emploi d'une enseigne) ; Versailles, 29 janvier 2004, RG n° 2002-08282 (désignation erronée) ; Cass. com., 23 avril 2003, pourvoi n° 01-12812 (désignation erronée de l'huissier instrumentant) ; Cass. com., 11 février 2003, Bull. civ. IV, n° 17 (désignation d'une personne morale par son enseigne) ; Versailles, 15 juin 2001, RG n° 1999-5517 (absence d'indication de l'huissier instrumentant, seule la SCP étant mentionnée). Voy. toutefois : Cass. com., 3 octobre 2006, Bull. civ. IV, n° 205.

²⁵⁴⁸ Besançon, 5 octobre 2011, RG n° 09/00857.

²⁵⁴⁹ Cass. soc., 21 juin 2011, pourvois n° 09-70517 à 09-70520 ; Cass. 2^{ème} civ., 7 avril 2011, pourvoi n° 10-17626 ; Cass. com., 17 décembre 2003, pourvoi n° 01-01228.

²⁵⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ., 13 mai 1985, Bull. civ. I, n° 147, JCP 1985 éd. G IV 257 ; Cass. 2^{ème} civ., 16 juillet 1976, Bull. civ. II, n° 246 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 1976, Bull. civ. II, n° 76. EUDIER, Jugement, n° 278.

²⁵⁵¹ Cass. com. 3 novembre 2004, pourvoi n° 03-11662 (faits dépourvus de pertinence).

s'ils portent sur une date qui n'est pas déterminante²⁵⁵². La nullité ne sera pas non plus encourue si on peut trouver dans le jugement d'autres éléments susceptibles de constituer une motivation suffisante²⁵⁵³. Un jugement n'est pas nul si une personne morale y est désignée de manière incomplète sans toutefois qu'il n'y ait de risque de confusion²⁵⁵⁴. Les exemples précités montrent suffisamment que même en l'absence de renvoi explicite à l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile, l'annulation des jugements est également soumise, dans certains cas, à la preuve du préjudice causé par l'irrégularité alléguée. La Cour de cassation ne s'explique absolument pas sur les raisons d'une telle application du mécanisme du grief. Il peut également s'agir d'une extension de la « *théorie de l'erreur causale* »²⁵⁵⁵ appliquée à la recevabilité des moyens de cassation²⁵⁵⁶, et qui présente une certaine parenté avec le mécanisme du grief²⁵⁵⁷.

B) Les consécutions marginales

733. Après nous être penché sur le mécanisme du grief dans le cadre des sanctions appliquées aux vices de procédure, dans le prolongement de la nullité pour vice de forme, nous allons maintenant examiner d'autres consécutions du mécanisme du grief qui ne présentent pas les mêmes liens avec l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile. Il s'agit du problème des conclusions tardives (1) et de la guérison des vices de procédure par l'exercice des voies de recours (2).

1) Les conclusions tardives

734. Aux termes de l'article 15 du Code de procédure civile, les parties doivent « *doivent se faire connaître mutuellement et en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.* » Cette disposition met à charge des parties une véritable obligation de « *loyauté au cours de*

²⁵⁵² Cass. com., 26 février 1980, Bull. civ. IV, n° 99. EUDIER, Jugement, n° 275.

²⁵⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 31 janvier 1974, Bull. civ. I, n° 37. EUDIER, Jugement, n° 270.

²⁵⁵⁴ Cass. soc., 8 juillet 1975, Bull. civ. V, n° 384. EUDIER, Jugement, n° 207.

²⁵⁵⁵ Sur cette notion : BORE/BORÉ, La cassation en matière civile, pp. 513 ss, n° 83.00 ss ; BORE/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 616 ss.

²⁵⁵⁶ Elle est également connue en droit suisse, voy. s'agissant des moyens portant sur la qualification juridique des faits : art. 97 al. 2 LTF. La jurisprudence l'applique également aux moyens de droit (par exemple : TF du 27 février 2009, 4A_36/2009, cons. 2.3) et aux recours devant les juridictions cantonales (par exemple : TF du 13 mars 2012, 5D_46/2012). En revanche cela n'empêche pas les tribunaux suisses de se livrer parfois à de longs *obiter dicta*.

²⁵⁵⁷ Tous deux partent du principe qu'une erreur sans conséquence ne doit pas entraîner l'annulation de l'acte vicié.

l'instance »²⁵⁵⁸. Cette obligation se traduit par la faculté reconnue au juge d'écarter les pièces communiquées tardivement²⁵⁵⁹. S'agissant de la procédure écrite appliquée devant le tribunal de grande instance et la cour d'appel, des règles plus précises existent. La mise en état de l'affaire est close avant la tenue de l'audience de plaidoirie devant la juridiction²⁵⁶⁰. La clôture de l'instruction crée donc une véritable « *scission des phases de l'instance* »²⁵⁶¹ et interdit aux parties de prendre de nouvelles conclusions ou de produire de nouvelles pièces²⁵⁶², à quelques exceptions près²⁵⁶³. Cela permet de s'assurer qu'aucune partie ne sera entièrement surprise par les éléments figurant dans les débats.

735. Malheureusement, l'ordonnance de clôture ne suffit pas à assurer le bon déroulement de la procédure, car il se peut que les parties déposent leurs conclusions *in extremis*, notamment dans le but de prendre leur adversaire par surprise en faisant évoluer le litige à la toute dernière minute. L'institution, en 2005, du calendrier de procédure²⁵⁶⁴, fixant d'emblée des délais précis pour conclure, permet le plus souvent d'empêcher ces manœuvres déloyales. Elle n'est toutefois pas suffisante, car elle n'interdit pas aux parties de prendre des conclusions supplémentaires ne figurant pas au calendrier arrêté par le magistrat chargé de la mise en état²⁵⁶⁵. Dès lors, se pose la question de l'admissibilité de telles conclusions au regard du principe du contradictoire. Celle-ci a donné lieu à une application du mécanisme du grief, application dont les modalités ont évolué au fil du temps. Cette évolution découle de la volonté de ménager un équilibre entre la souplesse de la procédure et la prévention des stratégies déloyales. Nous allons donc organiser notre exposé sur l'évolution historique. Nous examinerons tout d'abord la situation avant 2006 (a), puis celle suite à un arrêt de principe de la Cour de cassation adopté cette année-là (b).

²⁵⁵⁸ Sur cette notion : Marie-Emma BOURSIER, Un « nouveau » principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats, Note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2005, D. 2005. 2570 ss, spécialement p. 2572. Le concept est toutefois contesté, voy., par exemple : MINIATO, L'introuvable principe de loyauté, pp. 1035.

²⁵⁵⁹ Art. 135 CPC 1975. Pour plus de précisions, voy. DEVILLAIRS, pp. 674 ss ; AMRANI-MEKKI, pp. 241 ss.

²⁵⁶⁰ CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance, n° 209. Pour plus de précisions : GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, pp. 1236 ss ; COUCHEZ/LAGARDE, pp. 304 ss ; HÉRON/LE BARS, pp. 483 ss ; LACROIX-ANDRIVET, pp. 804 ss, n° 331.201 ss.

²⁵⁶¹ DOUCHY-OUDOT, p. 236 ; MAUGAIN, pp. 113 ss.

²⁵⁶² Art. 783 CPC 1975, applicable en degré d'appel par renvoi de l'art. 907 CPC 1975.

²⁵⁶³ Les exceptions sont mentionnées à l'art. 783 CPC 1975. Il s'agit des « *demandes en intervention volontaires* », des « *conclusions relatives aux loyers, arrérages, intérêts et autres accessoires échus et aux débours faits jusqu'à l'ouverture des débats* » et des « *conclusions qui tendent à la reprise de l'instance* ».

²⁵⁶⁴ Art. 764 al. 3 à 5 CPC 1975. Sur cette institution, voy. MAUGAIN, pp. 180 ss.

²⁵⁶⁵ La question n'a pas encore fait l'objet d'une jurisprudence claire. Voy. par exemple : GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 1221-1222 qui se fondent sur un arrêt antérieur à la consécration légale du calendrier de procédure. *Contra* : HÉRON/LE BARS, p. 473 (implicitement).

a) La situation avant 2006

736. Jusqu'en 2006, la Cour de cassation ne permettait aux juridictions d'appel d'écarter des conclusions de dernière minute qu'à la condition d'indiquer dans l'arrêt les « *circonstances qui avaient empêché les autres parties de répondre* »²⁵⁶⁶. Le rejet n'était pas non plus envisageable si la partie ne faisait que développer des moyens formulés précédemment au cours de la même instance ou au cours d'une instance précédente²⁵⁶⁷ ou si les moyens développés « *n'étaient pas de nature à appeler une réponse écrite* »²⁵⁶⁸. La jurisprudence était donc relativement favorable à l'admission des conclusions de dernière minute. Elle allait jusqu'à mettre à charge de l'adversaire l'obligation de solliciter la révocation de l'ordonnance de clôture, plutôt que de se plaindre uniquement de la tardiveté²⁵⁶⁹.

737. Ces arrêts partent donc du principe que des conclusions tardives ne causent pas de tort aux parties lorsque celles-ci peuvent y répondre ou si elles n'appellent pas de réponse faute d'élément nouveau²⁵⁷⁰. On se trouve en présence d'un cas d'application du mécanisme du grief, l'irrégularité n'étant pas sanctionnée lorsqu'elle ne cause pas de tort aux parties²⁵⁷¹. La Cour de cassation exerçait un contrôle minutieux sur les raisons ayant conduit les juridictions d'appel à rejeter des conclusions de dernière minute. La jurisprudence partait de l'affirmation implicite que de telles conclusions ne devaient pas être écartées si elles n'avaient causé aucun tort aux parties, soit parce qu'elles avaient pu

²⁵⁶⁶ Cass. 2^{ème} civ., 10 novembre 1982, JCP 1983 éd. G IV 32 ; Cass. 1^{ère} civ., 29 janvier 1985, Gaz. Pal. 1985 pan. 190 (obs. Guinchard et Moussa) ; Cass. 3^{ème} civ., 13 janvier 1999, RTD civ 2000, p. 156 ; Cass. 2^{ème} civ., 31 mai 2000, JCP 2000 éd. G IV 2273 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 janvier 2001, JCP 2001 éd. G IV 1373 ; Cass. 3^{ème} civ., 21 février 2001, D. 2001 jurisp. 3231 ; Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 2001, Bull. civ. II, n° 115 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 juin 2003, D. 2003 IR 2281 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 novembre 2003, Bull. civ. I, n° 223 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2004, Bull. civ. II, n° 53, D. 2004 jurisp. 1995 (note Bolze) ; Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 2004, Bull. civ. II, n° 91 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 mars 2004, pourvoi n° 02-16601 ; Cass. 2^{ème} civ., 2 décembre 2004, Bull. civ. II, n° 514. MINIATO, p. 240.

²⁵⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ., 2 juin 1982, D. 1983 IR 157 (Obs. P. Julien) ; Cass. 2^{ème} civ., 11 janvier 2001, Bull. civ. II, n° 5.

²⁵⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 6 juin 2000, Bull. civ. I, n° 174, Gaz. Pal. 4-5 janvier 2002, jurisp. 7 ; Cass. 2^{ème} civ., 26 septembre 2002, Gaz. Pal. 1^{er} avril 2002, pan. jurisp. 31 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 avril 2002, D. 2002 IR 1532 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 décembre 2003, pourvoi n° 02-12465.

²⁵⁶⁹ Cass. 3^{ème} civ., 5 avril 1978, D. 1978 IR 412 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 mars 1981, Bull. civ. I, n° 80, RTD civ 1981, p. 897 (chron. Perrot) ; Cass. 1^{ère} civ., 22 juillet 1986, Bull. civ. I, n° 220 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 novembre 1990, Bull. civ. I, n° 237, D. 1991 somm. 243 (obs. Fricero) ; Cass. 2^{ème} civ., 11 avril 2002, D. 2002 IR 1532 ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2003, pourvoi n° 00-21034. La demande de révocation de l'ordonnance de clôture s'appliquait également à la partie concluant tardivement, et dont les conclusions étaient écartées pour cause de tardiveté, qui entendait invoquer le fait qu'elle n'avait pas connaissance de la date de clôture : Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1998, Bull. civ. I, n° 215. En présence de conclusions tardives la demande de révocation de l'ordonnance de clôture devrait être systématiquement acceptée par le juge : Serge GUINCHARD / Tony MOUSSA, Note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janvier 1985, Gaz. Pal. 1985 pan. 191, *contra* : BLAISSE, n° 19. Par contre, la révocation de l'ordonnance de clôture pouvait être implicite : Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 1975, RTD civ 1976, p. 197 (chron. Perrot) ; Cass. com., 22 janvier 1979, Bull. civ. IV, n° 28 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 janvier 1982, Gaz. Pal. 1982 2. 455 (note Viatte) ; Cass. soc., 5 juillet 1978, RTD civ 1980, p. 614 (chron. Perrot) ; Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 1981, JCP 1981 éd. G IV 319.

²⁵⁷⁰ DEVILLAIRS, p. 684.

²⁵⁷¹ BLAISSE, n° 30 à 32 part du principe que la jurisprudence refusait l'irrecevabilité lorsqu'il avait été répondu aux conclusions de dernière minute.

y répondre, soit parce qu'elles ne révélaient aucun élément nouveau²⁵⁷². Les conclusions tardives suites à une injonction de conclure constituaient toutefois une exception à ce principe. Celles-ci étaient automatiquement déclarées irrecevables, la partie concernée ayant déjà été dûment avertie au préalable²⁵⁷³. A cela venaient s'ajouter quelques arrêts ayant traité de situations d'abus patents. Tel était le cas d'un plaideur qui déplorait le rejet de ses conclusions de dernière minute, alors que l'ordonnance de clôture avait déjà été repoussée²⁵⁷⁴, ou qui contestait l'irrecevabilité de celles-ci quand bien même il déposait pour la seconde fois des conclusions tardives au cours de la même instance²⁵⁷⁵.

b) L'arrêt du 3 février 2006 et son incidence

738. Un arrêt rendu en chambre mixte le 3 février 2006 est venu remettre en cause l'application du mécanisme du grief aux conclusions tardives²⁵⁷⁶. Dans l'affaire en question, la Cour de cassation a retenu que la Cour d'appel de Paris avait « *souverainement constaté* » que la production était tardive²⁵⁷⁷. Désormais, les juridictions ne sont plus obligées de justifier d'un éventuel grief pour rejeter les conclusions tardives. Il leur suffit d'établir qu'elles ont été prises postérieurement à l'ordonnance de clôture ou peu avant celle-ci. Comme l'indique PERROT, la Cour de cassation considère que la constatation des faits de nature à entraîner le rejet des pièces et conclusions tardives relève du pouvoir souverain des cours d'appel sans préciser si leur admission était totalement illégale²⁵⁷⁸. Un autre arrêt postérieur, rendu également en chambre mixte, est venu confirmer que les juridictions pouvaient librement continuer à accepter des conclusions de dernières minutes ne renfermant aucun élément nouveau²⁵⁷⁹. La liberté des juridictions du fond n'est toutefois pas absolue. Elles ne peuvent prononcer

²⁵⁷² Voy. pour plus de précisions : BLAISSE, n° 30-32 ; DEVILLAIRS, p. 684.

²⁵⁷³ Cass. 2^{ème} civ., 24 octobre 1990, Bull. civ. II, n° 218. Antoine BOLZE, Note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2004, D. 2004. 1995 et les autres références citées.

²⁵⁷⁴ Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 2004, Bull. civ. II, n° 91 (le fait de prendre de nouvelles conclusions à la toute fin d'un délai de clôture prolongé est de nature à empêcher les autres parties d'y répondre) ; Cass. 2^{ème} civ., 2 décembre 2004, Bull. civ. II, n° 514 (idem, mais en pire : l'ordonnance de clôture avait été repoussée à deux reprises !).

²⁵⁷⁵ Cass. 2^{ème} civ., 23 octobre 2003, Bull. civ. II, n° 326

²⁵⁷⁶ Cass. ch. mixte, 3 février 2006, Bull. ch. mixte, n° 2, D. 2006. 1268 (note Bolze), RTD civ. 2006, pp. 374 ss (chron. Perrot), JCP 2006 éd. G II 10088 (note Salati), Procédures 2006, comm. 70 (note Perrot). MINIATO, p. 240. Voy. déjà Cass. 2^{ème} civ., 28 avril 1982, Bull. civ. II, n° 65, D. 1983 IR 157 (obs. Julien), où la Cour de cassation avait retenu que le dépôt de conclusions le jour même de la clôture de la mise en état, alors que l'ordonnance était annoncée depuis plus d'un an, « *était de nature à empêcher le contradictoire et rendait donc les conclusions irrecevables* » ainsi que : Cass. 2^{ème} civ., 6 mars 1999, Bull. civ. II, n° 85 (le fait de prendre des conclusions avec sommation de communiquer des pièces cinq jours avant la clôture est de nature à empêcher la partie adverse d'y répondre).

²⁵⁷⁷ Arrêt précité du 3 février 2006 : « *...Mais attendu qu'il résulte des constatations souveraines de l'arrêt que les pièces n'avaient pas été communiquées en temps utile au sens des articles 15 et 135 du nouveau Code de procédure civile ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé...* ».

²⁵⁷⁸ Roger PERROT, Chronique de droit judiciaire privé, RTD civ. 2006, p. 376. Pour cet auteur il s'agissait surtout de mettre fin à une avalanche de pourvoi portant sur l'admissibilité de conclusions ou de pièces tardives.

²⁵⁷⁹ Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. ch. mixte, n° 3, D. 2006 IR 1564.

une irrecevabilité partielle²⁵⁸⁰. Par ailleurs, si elles écartent des conclusions de dernière minute sans apprécier leur impact sur le déroulement du procès, leur décision encourt la cassation pour défaut de base légale²⁵⁸¹.

739. Certains auteurs approuvent ce changement de jurisprudence²⁵⁸², parfois souhaité depuis longtemps²⁵⁸³, car il incite les parties à une plus grande rigueur, d'autres s'expriment faveurs du *statu quo*²⁵⁸⁴, notamment en raison du risque d'arbitraire²⁵⁸⁵. En tout état de cause, ce changement de jurisprudence n'a pas aggravé le formalisme de la procédure. Alors que la juridiction suprême a confirmé, dans plusieurs arrêts, la grande marge d'appréciation reconnues aux juridictions d'appel²⁵⁸⁶, ces dernières ont conservé leurs pratiques bien établies. Lorsqu'elles rejettent des conclusions de dernière minute pour cause de tardiveté, elles continuent de caractériser, même sommairement, le grief subi par les autres parties²⁵⁸⁷. Symétriquement des conclusions et des pièces tardives sont

²⁵⁸⁰ Cass. 2^{ème} civ., 14 février 2008, Bull. civ. II, n° 34, D. 2008. 698 ; LACROIX-ANDRIVET, p. 805-806, n° 331.213.

²⁵⁸¹ Cass. 2^{ème} civ., 20 février 2008, pourvoi n° 07-12676, Bull. civ. II, n° 57, RTD civ. 2008, p. 355 (chron. Perrot).

²⁵⁸² Antoine BOLZE, Note sous Cass. ch. mixte, 3 février 2006, D. 2006. 1268 qui intitule d'ailleurs sa note « *Victoire pour le contradictoire* » ; Renaud THOMINETTE, Procédure de mise en état^o : pour un respect efficace du principe de contradiction, D. 2006. 1764. Voy. également, mais de manière plus restrictive, CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance, n° 143 pour qui « ...si la décision du juge doit être motivée, la Cour de cassation n'exerce pas de contrôle sur la notion de dépôt en "temps utile". » ; LACROIX-ANDRIVET, p. 805-806, n° 331.213.

²⁵⁸³ Emmanuel DU RUSQUEC, Note sous Cass. 2^{ème} civ., 9 mai 1983, Gaz. Pal. 1984 jurisp. 298 ; BLAISSE, n° 40 ss suggérait la fixation d'un délai impératif de réponse de 15 jours, au risque de restaurer, de son propre aveu, la pratique de la mise en état *par renvois successifs* qui se pratiquait sous l'empire du Code de procédure civile de 1806 ; Antoine BOLZE, Note sous Cass. 3^{ème} civ. 21 février 2001, D. 2001, jurispr. p. 3231 proposait le recours plus fréquent à l'injonction de conclure ; Antoine BOLZE, Note sous Cass. 1^{ère} civ. 17 février 2004, D. 2004 jurisp. 1995, affine sa position et propose de ne plus examiner le contenu des nouvelles conclusions, mais ne se réfère qu'au moment où elles ont été prises ; Roger PERROT, chroniques de jurisprudence in : RTD civ 1981, p. 900 ; RTD civ 1982, p. 466 ; RTD civ 1983, p. 590 ; RTD civ. 1985, p. 447 appelait également à plus de rigueur.

²⁵⁸⁴ MINIATO, p. 240, considère qu'« il n'est pas certain que cette solution soit conforme au nouveau Code de procédure civile » sans donner plus de précisions. AMRANI-MEKKI, p. 249, bien qu'ayant traité du sujet avant que la Chambre mixte de la Cour de cassation ne se prononce, n'était pas non plus favorable à un changement. Voy. également GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 1239 estimant qu'« avant d'écarter les conclusions et pièces tardives, le juge doit s'assurer que le contradictoire a été violé » et HÉRON/LE BARS, p. 486 pour qui « aujourd'hui comme hier, on ne doit donc pas rejeter des écritures déposées le jour même de l'ordonnance de clôture, dès lors que, ne faisant pas état de moyens ni de prétentions nouveaux, elles n'appellent pas de réponse de l'adversaire. » A notre avis, cette approche revient à critiquer implicitement le courant jurisprudentiel issue des deux arrêts de 2006, au terme duquel le juge bénéficie d'une totale liberté en la matière.

²⁵⁸⁵ Comme l'indiquent fort à propos HÉRON/LE BARS, p. 486, « ...lorsque les documents sont volumineux ou complexes, le risque qu'ils soient rejetés par le juge augmente au fur et à mesure que le moment fatidique de la clôture se rapproche, sans qu'existe une méthode qui permettrait de connaître à l'avance la date ultime à laquelle il sera encore temps, de fait, d'effectuer le dépôt. »

²⁵⁸⁶ Voy. parmi tant d'autres : Cass. com., 27 mars 2012, pourvoi n° 11-10139 ; Cass. 2^{ème} civ., 6 janvier 2012, pourvoi n° 10-17004 ; Cass. com., 15 novembre 2011, pourvoi n° 10-10893 ; Cass. com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 09-70956 ; Cass. 3^{ème} civ., 10 mai 2011, pourvoi n° 10-17528 ; Cass. com., 7 décembre 2010, pourvoi n° 10-11883 ; Cass. com., 30 novembre 2010, pourvoi n° 10-12947 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, pourvoi n° 09-11979...

²⁵⁸⁷ Paris, 15 mars 2011, RG n° 09/25034 (présence d'éléments nouveaux) ; Paris, 22 février 2011, RG n°09/221777 (id. mais de manière implicite) ; Nîmes, 25 novembre 2008, RG n° 06/03909 ; Montpellier, 13 novembre 2008, RG n° 07/06812 (nouvelle pièce) ; Nancy, 22 octobre 2008, RG n° 00/00865 (nouveaux arguments discrètement insérés dans les conclusions présentées comme étant récapitulatives) ; TGI Paris, 11 avril 2008, RG n° 06/04961 (« conclusions contenant des développements nouveaux et des demandes nouvelles ») ; Toulouse, 25 mars 2008, RG n° 07/01138 (exposé « substantiellement modifié ») ; Toulouse, 18 mars 2008, RG n° 07/00714 (invocation pour la première fois de la prescription) ; Toulouse, 13 février 2008, RG n° 05/03251 (nouvelle prétention) ; Paris, 12 février 2008, RG n° 06/3690 (nouvelles pièces) ; Paris, 24 janvier 2008, RG n° 06/08416 (id.) ; Toulouse, 8 janvier 2008, RG

admises au motif qu'elles ne causent aucun grief²⁵⁸⁸. Seules quelques décisions se prononcent en faveur d'une irrecevabilité immédiate²⁵⁸⁹, surtout lorsque les conclusions ou les pièces litigieuses ont été communiquées sans raison apparente le jour même de la clôture²⁵⁹⁰. Demeure toutefois en suspens la question de savoir si une demande de report de l'ordonnance de clôture doit accompagner les conclusions de dernière minute, à peine d'irrecevabilité de celles-ci, ou si le juge doit, le cas échéant, l'accorder d'office²⁵⁹¹. Les juridictions s'attachent surtout à mettre fin aux manœuvres dilatoires²⁵⁹².

2) La guérison des vices de procédure par l'exercice des voies de recours

740. La guérison des vices de procédure par l'exercice des voies de recours repose sur l'idée que la décision rendue par la juridiction supérieure se substitue à la celle rendue par le tribunal de première instance lorsque le recours est pourvu de l'effet dévolutif. On en déduit que les vices affectant le précédent degré de juridiction ne présentent plus aucune importance, vu que la procédure de recours a débouché sur une nouvelle décision de justice remplaçant entièrement la précédente. La partie lésée par des irrégularités procédurales perd ainsi tout intérêt à s'en plaindre devant la juridiction de recours. De manière symétrique, les juridictions de recours peuvent se dispenser d'examiner certaines questions de procédure, du moment qu'elles sont en mesure de rendre une nouvelle décision sur le fond. C'est ainsi qu'une querelle procédurale concernant le déroulement de l'instance précédente sera tuée dans l'œuf. Par le jeu de l'effet dévolutif, elle apparaîtra comme une « *formalité dépourvue de sanction* »²⁵⁹³ dont la violation « *reste dès lors sans conséquence* »²⁵⁹⁴.

n° 06/04656 (nouvelle prétention et production d'« *écritures qui étoffent considérablement leur argumentation précédente puisque les conclusions passent de 58 à 106 pages* » ainsi que de nouvelles pièces « *qu'il n'est pas possible de lire* »). Voy. pour une affaire qui n'avait pas été soumise à la mise en état : Paris, 19 novembre 2008, RG n° 08/5179.

²⁵⁸⁸ Limoges, 29 juin 2011, RG n° 10/00996 ; Paris, 9 novembre 2010, RG n° 09/242727.

²⁵⁸⁹ Rennes, 2 juillet 2008, RG n° 07/05008 ; Bordeaux, 12 février 2008, RG n° 07/00017. Même dans ce cas une justification autre que le grief est fréquemment avancée : Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 11/00156 (insiste tout de même sur le fait que la mise en état avait duré dix mois) ; Paris, 14 juin 2011, RG n° 10/11282 (existence d'un injonction de conclure) ; Lyon, 18 avril 2011, RG n° 10/04668 (communication après la clôture) ; TGI Paris, 5 mars 2008, RG n° 07/02652 (la date de la clôture et de l'audience de plaidoiries était connue longtemps à l'avance et la partie a conclu après la notification du bulletin rappelant l'imminence de celle-ci) ; Rennes, 25 avril 2007, RG n° 05/07418 (partie qui atteint quatre mois avant de demander la communication de certaines pièces).

²⁵⁹⁰ Lyon, 10 janvier 2012, RG n° 10/01659 ; Fort-de-France, 26 février 2010, RG n° 06/00423.

²⁵⁹¹ Voy. sur cette question : CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance, 143 ; LACROIX-ANDRIVET, p. 805-806, n° 331.213.

²⁵⁹² LACROIX-ANDRIVET, p. 805-806, n° 331.213.

²⁵⁹³ HÉRON/LE BARS, p. 596.

²⁵⁹⁴ JUNILLON, Appel, p. 1358, n° 541.341

741. Ce nouvel instrument de lutte contre le formalisme excessif doit être distingué de la régularisation des vices de procédure que nous venons d'examiner. La procédure de recours n'a pas pour but de remédier aux vices de procédure affectant celle de première instance. Il s'agit d'adopter une nouvelle décision sur recours concernant le fond du litige. Un arrêt de la Cour de cassation permet d'ailleurs de bien comprendre la différence. Dans une procédure collective, un jugement de première instance avait été rendu sans audition du juge-commissaire, malgré le texte de la loi. La juridiction suprême a approuvé la Cour d'appel qui avait confirmé le jugement contesté en retenant que l'audition litigieuse ne s'imposait pas en degré d'appel²⁵⁹⁵. S'il s'était agi d'une régularisation, il aurait fallu que la juridiction d'appel procède à l'audition du juge-commissaire. En l'occurrence, aucun acte de la procédure d'appel n'avait eu pour but de remédier au vice de procédure. La guérison découlait simplement du fait que l'arrêt d'appel venait se substituer au jugement de première instance.

742. La guérison des vices de procédure par l'effet des voies de recours doit également être distinguée de l'application du mécanisme du grief aux conclusions tardives²⁵⁹⁶. Aucun examen détaillé du préjudice subi par les parties n'a lieu et la guérison découle du texte légal lui-même. La possibilité de comparaître devant la juridiction de recours fait présumer la guérison des vices de procédure affectant la procédure de première instance.

743. La guérison des vices de procédure par l'exercice des voies de recours est parfois contestée au motif qu'elle peut faire perdre à une partie le bénéfice du double degré de juridiction²⁵⁹⁷. Le procédé n'est cependant pas contraire au droit à un procès équitable. S'agissant de l'appel en matière civile, la Cour européenne des droits de l'Homme l'a admis dans deux décisions d'irrecevabilité rendues contre la France²⁵⁹⁸. Un arrêt considère que les débats devant la juridiction suprême hongroise peuvent guérir les vices affectant la procédure d'appel, même si le pouvoir d'examen de celle-ci est limité aux questions de droit²⁵⁹⁹. Cela étant, nous ne pensons pas que l'effet guérisseur attaché aux voies de recours s'impose aux juridictions nationales. Dans les affaires précitées, la

²⁵⁹⁵ Cass. com., 11 janvier 1994, pourvoi n° 91-21381.

²⁵⁹⁶ Cf. supra, n° 736 ss.

²⁵⁹⁷ HÉRON/LE BARS, p. 596.

²⁵⁹⁸ Il s'agit des affaires suivantes, que nous avons déjà mentionnées : CourEDH, *Kadouci c. France*, n° 48279/07, décision du 23 mars 2010 ; CourEDH, *Mograbi c. France*, n° 5544/02, décision du 19 septembre 2006.

²⁵⁹⁹ CourEDH, *Dallos c. Hongrie*, n° 29082/95, arrêt du 1^{er} mars 2001, §§ 50-53, Recueil des arrêts et décisions 2001-II. L'affaire était toutefois rendue en matière pénale, mais il nous paraît que le résultat pourrait être transposé à une procédure civile.

Cour de Strasbourg n'a fait qu'approuver les juridictions nationales, sans toutefois consacrer un quelconque droit à la guérison par l'effet des voies de recours. Ainsi, il nous apparaît impossible, malgré l'affaire hongroise, de reconnaître un quelconque effet guérisseur à la procédure devant la Cour de cassation française. Même s'il lui est arrivé de déclarer un appel recevable, après avoir cassé un arrêt en sens contraire, elle n'a jamais décidé de connaître du fond du litige en dépit d'irrégularités ayant affecté la procédure d'appel²⁶⁰⁰. De surcroît, la brièveté de ses arrêts ne lui permet pas de se livrer à un examen détaillé du fond du litige. Tout autre est, en revanche, le rôle de l'appel. Nous verrons qu'en principe ce recours possède un effet guérisseur complet en raison de son effet dévolutif (a), à moins que la validité de l'acte introductif d'instance ne soit en jeu (b).

a) La guérison des vices de procédure par l'effet dévolutif

744. En vertu de l'article 562 alinéa 2 du Code de procédure civile, « *la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible.* » Cela implique donc que l'appel destiné à obtenir la seule annulation du jugement de première instance confère *ex lege* le pouvoir à la juridiction d'appel de se prononcer « *sur le tout* », soit sur le fond du litige tel que jugé par le tribunal de première instance²⁶⁰¹. Il s'agit d'une exception au principe énoncé à l'article 562 alinéa 1, et au terme duquel « *l'appel ne défère à la cour que la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément ou implicitement et de ceux qui en dépendent.* »²⁶⁰² Le texte du Code de procédure civile retire donc aux parties le droit de limiter volontairement les débats d'appel à la seule

²⁶⁰⁰ Le procédé est fréquent, mais il reste confiné à la chambre sociale, voy., parmi tant d'autres : Cass. soc., 15 mars 2012, pourvois n° 10-28059 et 1028060 ; Cass. soc., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-10905 ; Cass. soc., 28 février 2012, Bull. civ. V, n° 79 ; Cass. soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-72825 ; Cass. soc., 2 février 2011, pourvoi n° 09-42377 ; Cass. soc., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-70485 ; Cass. soc., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-42341 ; Cass. soc., 18 mai 2010, pourvoi n° 09-40974 ; Cass. soc., 17 mars 2010, pourvoi n° 09-40944 ; Cass. soc., 17 mars 2010, pourvoi n° 09-40970 ; Cass. soc., 20 juin 2007, pourvoi n° 05-45900 et Cass. soc., 28 septembre 2005, pourvoi n° 04-43589.

²⁶⁰¹ L'effet dévolutif ne joue pas lorsque le jugement de première instance ne s'est pas prononcé sur le fond : Cass. 2^{ème} civ., 23 septembre 2010, pourvoi n° 09-69462. Dans ce cas, seule l'évocation du litige est possible (GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 857) En revanche si le juge sursoit à statuer sur une demande dont il est saisi, l'appel est dévolutif : Cass. 3^{ème} civ., 29 avril 2009, pourvoi n° 08-11332.

²⁶⁰² Ce principe est également connu sous la forme de l'adage latin « *tantum devolutum quantum appellatum* » : CADINET/JEULAND, p. 567 ; COUCHEZ/LAGARDE, p. 475 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 857 ; HÉRON/LE BARS, p. 594 ; LEFORT, pp. 95 ss.

validité formelle du jugement de première instance, car le juge n'est pas lié par leurs conclusions en ce sens²⁶⁰³.

745. Une jurisprudence constante²⁶⁰⁴ déduit de l'article 562 alinéa 2 du Code de procédure civile l'obligation pour la juridiction d'appel de se prononcer sur le fond et de ne pas s'arrêter aux conclusions en annulation²⁶⁰⁵. L'effet dévolutif est ainsi obligatoire²⁶⁰⁶. Les conséquences de cette obligation sont entendues de manière stricte²⁶⁰⁷. Les parties ne peuvent plus contester devant la Cour de cassation, faute d'intérêt, l'annulation du jugement de première instance et le réexamen au fond du litige²⁶⁰⁸. Le juge d'appel n'est même pas tenu d'inviter les parties à conclure sur le fond du litige si elles se sont limitées à plaider sur la question de la nullité²⁶⁰⁹. En règle générale, les moyens d'appel fondés sur des vices de procédure n'ont aucune chance d'aboutir, car les juridictions d'appel ne sont pas tenues de les examiner²⁶¹⁰. La doctrine²⁶¹¹ reprend à son compte cette guérison des vices de procédure. Sachant que l'effet dévolutif est généralement justifié par une « *volonté évidente de célérité, de simplicité et de rationalité dans l'organisation du rejugement des affaires* »²⁶¹², il est probable que les auteurs partent implicitement de l'idée qu'il serait excessivement formaliste d'obliger les parties à reprendre la procédure *ab initio*, si le recours est pourvu de l'effet dévolutif. Le résultat peut paraître surprenant, car il revient à faire largement abstraction des conditions dans

²⁶⁰³ LEFORT, p. 136 (critique).

²⁶⁰⁴ Cass. com., 11 avril 2012, pourvoi n° 11-16416 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 2011, pourvoi n° 10-16944 ; Toulouse, 16 mars 2011, RG n° 10/06433 ; Nîmes, 17 janvier 2011, RG n° 10/00017 ; Paris, 30 mai 2008, RG n° 06/15820 ; Cass. com., 30 septembre 2007, pourvoi n° 06-14796 ; Cass. com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 00-22148 ; Cass. com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 01-03738 ; Lyon, 15 mars 2002, RG n° 2000/05359 ; Agen, 13 novembre 2001, RG n° 00/00912 ; Cass. com., 15 mai 2001, pourvoi n° 97-19681 ; Lyon, 26 avril 2001, RG n° 2001/01367 ; Cass. com., 14 mars 2000, pourvoi n° 97-15674 ; Versailles, 20 mai 1999, RG n° 1997-4547 ; Cass. com., 16 février 1999, pourvoi n° 96-11313 ; Cass. soc., 13 janvier 1998, Bull. civ. V, n° 4 ; Cass. com., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-12405 ; Cass. com., 1^{er} octobre 1997, Bull. civ. IV° 232 ; Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 92-15163 ; Cass. com., 28 mai 1996, Bull. civ. IV, n° 150 ; Cass. 2^{ème} civ., 21 juin 1995, pourvoi n° 94-10251 ; Cass. 2^{ème} civ., 22 juin 1994, pourvoi n° 92-16713 ; Cass. 2^{ème} civ., 6 octobre 1977, Bull. civ. II, n° 195 ; Cass. 2^{ème} civ., 19 novembre 1975, Bull. civ. II, n° 301.

²⁶⁰⁵ LEFORT, p. 134.

²⁶⁰⁶ CADIET/JEULAND, p. 569 ; COUCHEZ/LAGARDE, p. 474 ; FERRAND, Appel, n° 886 et 899 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 856 ; LEFORT, p. 106-108.

²⁶⁰⁷ La partie lésée ne peut pas demander, en instance de cassation, l'annulation du jugement de première instance : Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 08-21566. Cette interdiction est parfois même étendue à une exception de nullité soulevée en première instance et rejetée : Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2009, pourvoi n° 07-17959.

²⁶⁰⁸ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 859 ; HÉRON/LE BARS, p. 596. Cass. soc., 28 septembre 2011, pourvoi n° 09-71485 ; Cass. com., 18 mars 2003, pourvoi n° 01-14470 ; Cass. soc., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-42555. Un arrêt approuve même une cour d'appel ayant refusé d'examiner le moyen de nullité pour statuer au fond : Cass. com., 13 juin 1995, pourvoi n° 92-12339. Voy. cependant DEVILAIRS, p. 300-302 et Georges BOLARD, L'invitation à conclure au fond et la nullité prétendue du jugement, Note sous Cass. 2^{ème} civ. 13 juillet 2000, D. 2001. jurispr. 499, spécialement p. 500-501 ; pour qui une invitation à conclure s'impose pour des motifs d'équité de la procédure.

²⁶⁰⁹ Cass. soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-40462 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 juillet 1999, pourvoi n° 96-12113 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 juin 1997, pourvoi n° 94-20249. Voy. également JUNILLON, Appel, p. 1357-1358, n° 541.241.

²⁶¹⁰ DEVILAIRS, p. 299-300.

²⁶¹¹ FERRAND, Appel, n° 933 ; JUNILLON, Appel, p. 1357-1358, n° 541.241.

²⁶¹² SALHI, p. 283.

lesquelles s'est déroulée la procédure devant les juridictions de première instance²⁶¹³. Nous ne pensons pas qu'il compromette les droits des parties. Les juridictions d'appel peuvent prendre toutes les mesures qui s'imposent pour remédier aux carences de la procédure de première instance. Il leur est ainsi loisible d'ordonner une seconde expertise destinée à suppléer aux carences de celle effectuée en première instance. La souplesse dont fait preuve le droit français en matière de nouvelles allégations de faits et de nouvelles offres de preuve²⁶¹⁴ permet aux parties de se défendre efficacement en degré d'appel en dépit des vices de procédure affectant le jugement de première instance.

b) Les limites à l'effet dévolutif en présence de vices de procédure affectant l'acte introductif d'instance

746. La jurisprudence²⁶¹⁵, suivie en cela par la doctrine²⁶¹⁶, admet une exception à la guérison des vices de procédure par le jeu de l'effet dévolutif. Il s'agit des procédures où la validité de l'acte introductif d'instance est remise en cause. Dans ce cas, ce dernier « *n'a pu introduire valablement l'instance, compromettant par là toute la procédure consécutive et son aboutissement que constitue le jugement annulé* »²⁶¹⁷, ce qui justifie de reprendre l'instance *ab initio*²⁶¹⁸. Jusqu'en 2000, la jurisprudence limitait l'absence d'effet dévolutif aux situations où le défendeur n'avait ni comparu, ni conclu sur le fond,

²⁶¹³ Tel est l'avis d'un auteur suisse qui s'est incidemment penché sur le problème de l'effet dévolutif en procédure civile française : BAUMANN, p. 105 qui estime qu'un tel procédé remet en cause « *l'efficacité mais surtout l'existence même du formalisme judiciaire* ». Un auteur français estime que la jurisprudence devrait limiter la guérison par le jeu de l'effet dévolutif aux situations où « *l'irrégularité n'a pas empêché les parties de débattre du fond de l'affaire et les premiers juges de statuer normalement sur le fond de la cause.* » (LEFORT, p. 603) En revanche, en présence de vices de procédure graves tels qu'un jugement reposant sur « *des motifs fantaisistes* » ou manifestement insuffisants, la guérison ne devrait pas être possible (LEFORT, p. 604).

²⁶¹⁴ Art. 563 CPC 1975.

²⁶¹⁵ Cass. com., 4 janvier 2005, Bull. civ. IV, n° 2 ; Cass. com., 28 janvier 2004, pourvoi n° 01-02870 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 décembre 2003, pourvoi n° 01-15243 ; Cass. 2^{ème} civ., 3 avril 2003, Bull. civ. II, n° 95 ; Aix-en-Provence, 14 janvier 2002, RG n° 99-16783 ; Cass. 2^{ème} civ., 18 décembre 1996, Bull. civ. II, n° 282 ; Cass. 2^{ème} civ., 22 mai 1995, Bull. civ. II, n° 148 ; Paris, 22 mars 1989, D. 1989 IR 117 ; Cass. 2^{ème} civ., 7 mars 1984, Bull. civ. II, n° 45, D. 1984. 421 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 1982, Bull. civ. II, n° 38, D. 1983 IR. 393 (obs. Julien) ; Cass. com., 3 mars 1981, Bull. civ. IV, n° 114 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 décembre 1979, Bull. civ. II, n° 280, D. 1980 IR 373 (obs. Julien), Gaz. Pal. 1980. 1. 213 (note J.V.) et 19880. 2. 446 (note Du Rusquec). *Contra* : Colmar, 27 février 2002, RG n° 00/02047 ; Cass. 2^{ème} civ., 6 octobre 1977, Bull. civ. II, n° 195.

²⁶¹⁶ CADIER/JEULAND, p. 569 ; FERRAND, Appel, n° 931 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 859 ; HÉRON/LE BARS, p. 596 ; JUNILLON, Appel, p. 1358-1359, n° 541.242 ; LEFORT, pp. 604 ss. Voy. également : SALHI, pp. 291 ss.

²⁶¹⁷ SALHI, p. 295.

²⁶¹⁸ DEVILLAIRS, p. 307-308.

en première instance²⁶¹⁹. Désormais, celui-ci peut continuer à se prévaloir de l'absence d'effet dévolutif même s'il a conclu devant la juridiction de première instance²⁶²⁰.

747. En l'absence d'effet dévolutif, le défendeur pourra alors demander à la juridiction du second degré d'annuler purement et simplement l'acte introductif d'instance et, dans la foulée, le jugement qui a été rendu²⁶²¹. La Cour de cassation interprète strictement cette exception. Elle estime ainsi que l'appel interjeté par un défendeur non comparant et invoquant la violation des « *droits de la défense* », sans conclure expressément à la nullité, est pourvu de l'effet dévolutif²⁶²². Un arrêt récent d'appel arrive cependant à une conclusion en sens opposé, s'agissant d'un appel à l'appui duquel il était allégué que le jugement de première instance avait été rendu « *en l'absence de convocation régulière de l'une ou l'autre des parties voire des deux parties* »²⁶²³.

748. Pour quelle raison la jurisprudence admet-elle une exception à un principe clairement formulé à l'article 562 alinéa 2 du Code de procédure civile, soit la dévolution pour le tout en cas d'appel aux fins d'annulation ? Il existe deux explications possibles. La première est purement conceptuelle. La nullité de l'acte introductif d'instance a pour conséquence sa « *disparition rétroactive* », d'où il découle que « *le premier juge est censé n'avoir jamais été saisi* »²⁶²⁴. En l'absence de jugement de première instance, l'effet dévolutif ne peut entrer en ligne de compte et la procédure d'appel est privée d'objet. La seconde explication découle des conditions draconiennes auxquelles est soumise l'adoption de jugements par défaut en droit français. Les multiples abus constatés sous l'empire du Code de procédure civile de 1806²⁶²⁵ ont poussé le législateur à adopter une

²⁶¹⁹ SALHI, p. 292-294. Sinon, l'effet dévolutif entrerait en considération : Cass. 2^{ème} civ., 9 décembre 1997, Bull. civ. II, n° 303, D. 1998. Jur. 229 (note Bolard). Même raisonnement, mais *a contrario* : Cass. 1^{ère} civ., 19 janvier 1999, Bull. civ. I, n° 19.

²⁶²⁰ Cass. 2^{ème} civ., 13 juillet 2000, Bull. civ. II, n° 121 et 125, D. 2001. 499 (note Bolard), RTD civ. 2001, p. 957 (obs. Perrot). FERRAND, Appel, n° 936 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 860 ; HÉRON/LE BARS, p. 597. *Contra* : CAIDET/JEULAND, p. 569 qui ne mentionnent pas l'arrêt du 13 juillet 2000.

²⁶²¹ Voy. les cas d'application suivants : Agen, 7 janvier 2008, RG n° 06/01703 ; Orléans, 20 décembre 2007, RG n° 07/01141 ; Lyon, 1 décembre 2005, RG n° 04/05989 ; Lyon, 1^{er} décembre 2005, RG n° 04/05989 ; Lyon, 27 mai 2004, RG n° 2001/05495 ; Lyon, 30 octobre 2003, RG n° 2002/05046 ; Lyon, 5 avril 2002, RG n° 2001/02154.

²⁶²² Cass. com., 29 novembre 2005, pourvoi n° 04-10515.

²⁶²³ Pau, 9 juin 2011, RG n° 10/04640. Il faut toutefois relever, et cela peut expliquer la différence, que l'appelant soutenait, avec succès, que le jugement de donné acte d'une transaction avait été rendu sans que la juridiction ait tenu d'audience pour entendre les parties et alors que leur audition était mentionnée dans le texte de la décision.

²⁶²⁴ HÉRON/LE BARS, p. 597.

²⁶²⁵ Les art. 149 et 154 CPC 1806 soumettaient à la procédure par défaut tant l'absence de réaction du défendeur qui ne constituait pas d'avoué (« *défaut faute de comparaître* ») que le silence des avoués qui ne prenaient pas de conclusions (« *défaut faute de conclure* »). Un défendeur pouvait ainsi tout d'abord se laisser condamner par défaut faute de comparaître, faire opposition, puis se laisser à nouveau condamner par défaut, mais cette fois-ci faute de conclure. Naturellement il était tout à fait possible qu'un défaut du défendeur entraîne, en réaction, un défaut du demandeur. Les nombreux abus ne furent pas l'apanage du barreau français, même si la réaction du législateur a été nulle part aussi radicale. Pour s'en rendre compte, il suffit de consulter la législation des pays ayant reçu, à un moment ou à un autre, le

approche radicale. Lorsque l'affaire est susceptible d'appel, le tribunal de première instance ne peut rendre un tel jugement, même si le défendeur ne s'est jamais manifesté. Le jugement est alors « *réputé contradictoire* » en vertu de l'article 473 alinéa 2 du Code de procédure civile et soumis aux mêmes voies de recours qu'un jugement rendu après comparution de toutes les parties. Cela signifie que le défendeur n'a pas d'autre possibilité que d'interjeter appel, même si le jugement a été rendu en l'absence totale d'assignation devant la juridiction de première instance²⁶²⁶. L'absence d'effet dévolutif de l'appel dans un pareil cas compense donc la rigueur dont fait preuve le Code de procédure civile²⁶²⁷. Elle décourage également le demandeur d'obtenir frauduleusement un jugement à l'insu du défendeur dans le but de lui faire perdre un degré de juridiction.

749. Cela étant, la jurisprudence sait également relativiser la portée de cette absence exceptionnelle d'effet dévolutif²⁶²⁸, toujours afin d'éviter qu'elle n'encourage les abus. Si le défendeur conclut spontanément au fond devant la juridiction d'appel, l'effet dévolutif est restitué²⁶²⁹ et permet ainsi au recours d'exercer son effet guérisseur sur les vices de procédure, y compris ceux frappant l'acte introductif d'instance. Jusqu'à récemment un courant jurisprudentiel considérait que des conclusions subsidiaires sur le fond, présentées pour le cas où la demande d'annulation du jugement serait rejetée, entraînaient le jeu de l'effet dévolutif²⁶³⁰. Désormais, les juridictions tiennent davantage

Code de procédure civile de 1806. Tous ont abandonné le système figurant dans la législation impériale, sans toutefois aller nécessairement aussi loin que le législateur français. Le Code judiciaire belge (art. 802 à 804) n'envisage plus que le défaut faute comparaître à l'audience d'introduction, tenue dans la foulée de la notification de l'acte introductif d'instance (citation). La défunte loi de procédure civile genevoise consacrait une solution similaire (art. 78 LPC GE). Elle excluait expressément le défaut après comparution à l'audience d'introduction (art. 94 et 96 LPC GE). Le droit luxembourgeois sanctionne le défaut illégitime du demandeur (art. 75 CPC lux.) ainsi que le défaut du défendeur ayant reçu personnellement la citation en justice (art. 79 al. 1 *a contrario* CPC lux.) par un jugement réputé contradictoire comme en droit français. La législation néerlandaise envisage uniquement le jugement par défaut si le défendeur ne comparaît pas ou s'il ne s'acquitte pas à temps des frais de greffe (art. 139 Rv).

²⁶²⁶ Voy. par exemple l'état de fait sommairement relaté dans l'arrêt suivant : Cass. 2^{ème} civ., 5 décembre 1979, Bull. civ. II, n° 280.

²⁶²⁷ MINIATO, p. 365.

²⁶²⁸ Sur les controverses doctrinales à ce propos : MINIATO, p. 366-367.

²⁶²⁹ LEFORT, pp. 616 ss. Voy. en jurisprudence : Toulouse, 14 décembre 2011, RG n° 10/05185 ; Cass. com., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-10589 ; Cass. com., 3 avril 2001, pourvoi n° 98-13786 ; Cass. com., 26 mai 1999, pourvoi n° 96-19709 ; Cass. com., 8 décembre 1998, pourvoi n° 94-22054 ; Cass. com., 27 octobre 1998, pourvoi n° 96-21822 ; Cass. 3^{ème} civ., 12 octobre 1994, pourvoi n° 92-14891 ; Cass. com., 12 novembre 1991, Bull. civ. IV, n° 338 ; Cass. 2^{ème} civ., 22 novembre 1984, Bull. civ. II, n° 173, Gaz. Pal. 1985. 1. pan. 83 (obs. Guinchard) ; Cass. 2^{ème} civ., 9 juillet 1981, Bull. civ. II, n° 154, RTD civ. 1982, p. 473 (chron. Perrot). Voy. pour des cas où il n'y avait pas de conclusions sur le fond : Cass. 2^{ème} civ., 23 novembre 2006, pourvoi n° 05-17207 ; Cass. 2^{ème} civ., 20 février 1991, pourvoi n° 89-16191. Naturellement, si la juridiction d'appel rejette la demande en annulation du jugement de première instance, au motif qu'elle n'est pas fondée, rien ne l'empêche de se prononcer sur des conclusions subsidiaires au fond : Cass. 2^{ème} civ., 25 février 2010, pourvoi n° 09-14556.

²⁶³⁰ Voy. Cass. com., 14 janvier 2004, pourvoi n° 02-11581 ; Douai, 5 décembre 2002, RG n° 1997/5117 ; Cass. com., 8 décembre 1998, pourvoi n° 94-22055, Cass. 2^{ème} civ., 9 décembre 1997, Bull. civ. II, n° 303 ; Cass. com., 11 juin 1996, pourvoi n° 93-16656 ; Cass. com., 16 janvier 1990, pourvoi n° 88-10915 ; Cass. com., 18 juillet 1989, Bull. civ. IV, n° 221 ; Cass. com., 18 avril 1989, Bull. civ. IV, n° 110.

compte de la volonté exprimée par les parties²⁶³¹ et refusent tout effet dévolutif aux conclusions en annulation complétées par des conclusions subsidiaires sur le fond²⁶³². Le juge peut-il enjoindre au défendeur de conclure sur le fond, de manière à imposer un jugement sur le fond ? Si l'on songe à l'évolution observée en matière de conclusions subsidiaires, une réponse négative s'impose²⁶³³. On ne peut toutefois s'empêcher de penser que, dans certains cas, les conclusions en annulation seront uniquement destinées à imposer des frais supplémentaires au demandeur en reprenant la procédure *ab ovo*. En revanche, si elle rejette les conclusions d'annulation du jugement pour irrégularité de l'acte introductif d'instance, la juridiction d'appel dispose des pouvoirs nécessaires pour imposer l'effet dévolutif en enjoignant aux parties de conclure sur le fond²⁶³⁴.

750. En pratique, nombreux sont les cas où des vices graves affectant la procédure de première instance sont guéris par le jeu de l'effet dévolutif. La violation des droits de la défense²⁶³⁵, ou le prononcé de la décision par un magistrat n'ayant pas participé au délibéré²⁶³⁶ peuvent ainsi être guéris par la procédure d'appel. Des limites existent toutefois. En matière de procédures collectives, l'effet dévolutif ne permet en principe pas de guérir les vices de procédure²⁶³⁷. A côté de cette exception, cantonnée à une matière précise, la jurisprudence reconnaît également que certains vices de procédure « *ne peuvent être couverts* »²⁶³⁸, comme l'absence de personnalité morale²⁶³⁹. On ne trouve pas d'autres précisions concernant leur définition. Nous sommes d'avis qu'il s'agit

²⁶³¹ CADIET/JEULAND, p. 569 ; FERRAND, Appel, n° 936 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 861 ; HÉRON/LE BARS, p. 597 ; JUNILLON, Appel, p. 1358-1359, n° 541.342 ; LEFORT, pp. 619 ss.

²⁶³² Cass. 2^{ème} civ., 17 décembre 2009, pourvoi n° 08-18646 ; Cass. com., 12 mai 2009, pourvoi n° 08-10278 ; Cass. 2^{ème} civ., 21 février 2008, Bull. civ. II, n° 38 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 octobre 2007, Bull. civ. I, n° 319 ; Cass. 2^{ème} civ., 14 octobre 2004, pourvoi n° 03-11715 ; Cass. 2^{ème} civ., 23 octobre 2003, Bull. civ. III, n° 317 ; Cass. 2^{ème} civ., 3 avril 2003, Bull. civ. II, n° 95, Procédures 2003, comm. 136 (note Perrot) ; Cass. 3^{ème} civ., 4 avril 2002, pourvoi n° 99-19581 ; Cass. com., 1^{er} octobre 2002, pourvoi n° 99-20477 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2001, Bull. civ. I, n° 167, D. 2001. somm. 2715 (obs. Julien), JCP 2001 éd. G I 362 (obs. Cadiet), RTD civ. 2001, p. 957 (chron. Perrot) ; Cass. 2^{ème} civ., 25 mai 2000, Bull. civ. II, n° 87, D. 2000. 819 (note Bolard), JCP 2000 éd. G. I 267 (obs. Cadiet), Procédures 2000, comm. 160 (note Perrot). *A fortiori*, le principe faut-il également lorsque seules des conclusions en annulation sont prises devant la juridiction d'appel : Cass. 2^{ème} civ., 3 octobre 2002, Bull. civ. II, n° 159.

²⁶³³ En ce sens : FERRAND, Appel, n° 937 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 861 (« *L'effet dévolutif joue seulement si l'appelant a conclu au fond à titre principal et volontaire* »).

²⁶³⁴ Cass. 2^{ème} civ., 14 octobre 2004, pourvoi n° 02-20916 ; Cass. com., 17 décembre 2003, pourvoi n° 01-10803 ; Cass. 2^{ème} civ., 26 juin 2003, Bull. civ. II, n° 209 ; Cass. 2^{ème} civ., 22 avril 1992, Bull. civ. II, n° 125 ; Cass. com., 9 février 1988, Bull. civ. IV, n° 63, D. 1988. Jur 409 (obs. Honorat et Mas).

²⁶³⁵ Cass. 2^{ème} civ., 24 février 1988, Bull. civ. II, n° 52. La juridiction de première instance avait prononcé la séparation de corps au tort de l'époux en retenant des faits qui n'avaient pas été invoqués par l'épouse.

²⁶³⁶ Cass. com., 24 mars 1980, Bull. civ. IV, n° 139. Il est vrai que les faits à la base de l'arrêt ne pourraient actuellement plus permettre la guérison, car les conclusions sur le fond n'étaient que subsidiaires. Toutefois la solution retenue est susceptible d'être transposée à une espèce où l'effet dévolutif est accepté.

²⁶³⁷ Voy. l'arrêt de principe opérant un revirement de jurisprudence : Cass. com., 4 janv. 2005, Bull. civ. IV, n° 2, D. 2005. AJ. 280 (obs. Lienhard) D. 2005, pan. 2012 (obs. Lucas), Gaz. Pal. 2005. 1. 105 (obs. Gerbay). Pour plus de précision : FERRAND, Appel, n° 938 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 861.

²⁶³⁸ L'expression originale est au singulier.

²⁶³⁹ Cass. soc., 11 novembre 2002, pourvoi n° 00-17176, RTD civ. 2003, p. 145 (chron. Perrot), Procédures 2003, comm. 2 (note Perrot).

des mêmes irrégularités que les vices de procédure qui ne peuvent être régularisés, soit une catégorie limitée.

§ 2 : Les vices de procédure guérissables en droit suisse – le pragmatisme judiciaire confus

751. Nous avons pu voir, au cours de notre examen du droit français, que le texte du Code de procédure civile consacrait la guérison des vices de procédure, à l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile et de manière plus marginale en matière d'exercice des voies de recours²⁶⁴⁰. Dans tous ces cas de figure, il était possible, certes à des degrés divers, de se raccrocher aux dispositions pertinentes du texte légal, que la doctrine et la jurisprudence viennent compléter.

752. L'identification des vices de procédure guérissables en droit positif suisse est soumise à d'autres règles. De prime abord, l'esprit du système est le même des deux côtés du Jura. On en veut pour preuve un arrêt du Tribunal fédéral où la juridiction suprême suisse fait le lien, à l'occasion d'un litige portant sur la reconnaissance en Suisse d'un jugement français, entre le principe « *pas de nullité sans grief* » et l'interdiction de se prévaloir abusivement d'un vice de procédure guérissable, tel qu'une notification viciée²⁶⁴¹. Un examen plus poussé nous montre toutefois que de nombreuses différences se retrouvent au niveau des modalités concrètes d'application de la guérison des vices de procédure. Celle-ci n'a pas autant attiré l'attention des tribunaux et de la doctrine suisse. Les débats n'ont jamais atteint en Suisse l'intensité qu'ils présentent en France. De surcroît, le législateur suisse a toujours préféré la régularisation à la guérison. Cette dernière n'est mentionnée nulle part. Il n'est donc pas possible de partir du texte légal, comme cela est le cas en droit français. La jurisprudence ne s'est jamais non plus souciée d'établir une définition du vice de procédure guérissable. La liste de ceux-ci est donc extrêmement vague, ce qui rend d'autant plus difficile de tracer le périmètre de la régularisation des vices de procédure (A). Nous nous efforcerons toutefois d'identifier les cas de figure les plus fréquents et d'examiner le traitement que leur réserve la doctrine et la jurisprudence la plus récente (B).

²⁶⁴⁰ Cf. supra, n° 745 ss.

²⁶⁴¹ TF du 29 octobre 2010, 5A_839/2010, cons. 4.3 où la portée de l'art. 114 al. 2 CPC 1975 est amplement analysée, jurisprudence et doctrine à l'appui.

A) L'absence de champ d'application clair

753. Les nombreuses incertitudes affectant le droit judiciaire privé suisse en matière de régularisation des vices de procédure ne sont pas une conséquence de l'unification récente de celui-ci. En fait, la situation était déjà problématique auparavant (1). L'unification du droit judiciaire privé constitue le parfait exemple d'un rendez-vous manqué sur ce point (2).

1) Situation antérieure à l'unification du droit judiciaire privé

754. Avant l'unification du droit judiciaire privé en Suisse, l'institution de la guérison des vices de procédure occupait une place ambiguë. Alors qu'elle ne constituait pas un élément central de la jurisprudence en matière de formalisme excessif (a), elle connaissait tout de même une consécration bien reconnue dans certains domaines précis (b).

a) La place limitée de la guérison des vices de procédure

755. A la différence de la régularisation, qui a fait l'objet d'une jurisprudence abondante du Tribunal fédéral, la guérison des vices de procédure n'a pas connu les mêmes faveurs de la juridiction suprême. Le nombre d'arrêts abordant le sujet est bien moins important. Avant 2006, seul un arrêt abordait la question en des termes généraux²⁶⁴² et une autre espèce, adoptée en matière de poursuite pour dettes et faillite, faisait expressément le lien entre la guérison des vices affectant la notification d'un acte de poursuite et l'interdiction du formalisme excessif²⁶⁴³.

²⁶⁴² TF du 6 février 2004, 4P.194/2003, cons. 4.1 : « *Un simile provvedimento [ie l'annulation de l'acte d'appel pour vice de forme] si giustificerebbe solamente nel caso in cui alla controparte fosse derivato un pregiudizio, in particolare qualora essa non avesse avuto l'opportunità di tutelare adeguatamente i propri diritti.* » En l'espèce, le Tribunal fédéral a approuvé le raisonnement de la juridiction cantonale, qui avait fait application de ce principe, et déclaré recevable l'appel interjeté par un adversaire du recourant. S'agissant du refus de la mainlevée définitive en raison d'une erreur dans la désignation du créancier dans la décision administrative présentée : TF du 22 décembre 2004, 5P.330/2004, cons. 2.2.

²⁶⁴³ ATF 112 III 81, cons. 2b : « *Trotz dieser gescheiterten bzw. mangelhaften Zustellungen steht im vorliegenden Fall nun aber fest, dass der Rekurrent mit der Aktenübermittlung an Rechtsanwalt Y. vom ganzen Inhalt des Zahlungsbefehls Kenntnis erhalten hat. Eine erneute und ordentliche Zustellung des Zahlungsbefehls am Wohnsitz des Rekurrenten würde diesem somit keine zusätzlichen Erkenntnisse über die angehobene Betreibung vermitteln und liefe daher auf einen überspitzten Formalismus hinaus.* » On se rappellera, en effet, qu'en matière de poursuites pour dettes et faillite, et ce jusqu'à l'entrée en vigueur de la LTF, l'ancien recours à la chambre des poursuites pour dettes et faillite ne permettait pas de faire valoir des griefs de nature constitutionnelle, qui devaient faire l'objet d'un recours de droit public. Cela explique peut-être que la jurisprudence publiée, et qui concernait donc uniquement l'application de la LP ne se réfère pas à la jurisprudence constitutionnelle, dépourvue de tout caractère déterminant.

756. La désaffection pour la guérison des vices de procédure est allée en s'aggravant au fil du temps. L'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral est symptomatique à cet égard. En 1990²⁶⁴⁴, dans une affaire d'assurance sociale, la juridiction suprême considéra qu'il était excessivement formaliste de déclarer un recours irrecevable, faute pour la partie recourante de produire la décision attaquée, malgré la demande expresse de la juridiction, si celle-ci figurait au dossier produit par l'administration. On peut déduire de cet arrêt qu'un vice de procédure peut être guéri, même si la partie concernée omet de le régulariser à l'invitation de la juridiction. La régularisation n'exclut donc pas la guérison. Quinze ans plus tard, le Tribunal fédéral adopta une toute autre approche s'agissant de la signature d'un mémoire de recours. Constatant que ce vice de procédure était régularisable, même passé le délai de recours, il considéra que « *dans l'intérêt de la clarté, il s'imposait désormais d'exiger une signature manuscrite sur l'acte de recours lui-même, si possible à la fin de celui-ci, et à défaut de fixer un délai à ce propos* »²⁶⁴⁵ Or, par le passé, la juridiction avait accepté que l'absence de signature ne puisse constituer une cause d'irrecevabilité si une lettre d'accompagnement, ou l'enveloppe postale, comportait la signature du recourant²⁶⁴⁶. L'arrêt de 2005 revient sur ce principe, en imposant le respect de la signature manuscrite sur l'acte de recours lui-même. En l'espèce, le Tribunal fédéral n'a pas déclaré le recours irrecevable, car l'absence de signature avait été régularisée à temps. Il ne fait toutefois pas l'ombre d'un doute qu'une telle issue serait désormais envisageable si le recourant n'obtempérait pas dans le délai qui lui est fixé, malgré la présence au dossier d'autres documents signés de sa main²⁶⁴⁷.

757. Le désintérêt de la jurisprudence pour la guérison des vices de procédure trouve son prolongement dans la doctrine. Parmi les auteurs publicistes, seuls MÜLLER et SCHEFER envisagent la guérison des vices de procédure, affirmant que « *si le but légitime d'une disposition a été atteint dans une situation concrète, il y a lieu d'examiner une requête ou un recours même si le justiciable a violé la disposition en question.* »²⁶⁴⁸ Il nous paraît également révélateur de constater que SCHMID, dans son étude consacrée à

²⁶⁴⁴ ATF 116 V 353, cons. 3.

²⁶⁴⁵ TF du 25 janvier 2005, 6P.150/2004 et 6S.408/2004, cons. 1 : « *Im Interesse der Klarheit drängt es sich vielmehr auf, eine handschriftliche Unterschrift auf der Rechtsschrift selber, in der Regel am Schluss, zu verlangen, und bei deren Fehlen eine Nachfrist [...] anzusetzen.* »

²⁶⁴⁶ Voy. parmi tant d'autres : ATF 83 II 510, cons. 1.

²⁶⁴⁷ Implicitement en ce sens : Laurent MERZ, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 107 ad art. 42 LTF.

²⁶⁴⁸ Traduction libre de MÜLLER/SCHÉFER, p. 836 : « *Wird der legitime Zweck einer Formvorschrift im konkreten Fall erreicht, obwohl der Rechtssuchende dagegen verstossen hat, ist auf das Gesuch oder die Beschwerde einzutreten.* »

l'interdiction du formalisme excessif, n'en parle absolument pas, alors qu'il traite, par exemple, de la régularisation des vices de procédure²⁶⁴⁹.

b) La consécration limitée de la guérison des vices de procédure par la jurisprudence

758. Si la guérison des vices de procédure ne jouait pas un grand rôle, elle était tout de même reconnue par la jurisprudence dans plusieurs domaines. La consécration a débuté en matière de droit judiciaire privé fédéral, avant d'être étendue au domaine de l'interdiction du formalisme excessif, mais toujours de manière ponctuelle.

759. L'application de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite a donné lieu à plusieurs hypothèses où un vice de procédure est considéré comme guéri. Nous avons déjà examiné une partie de cette jurisprudence dans la première partie²⁶⁵⁰. Certains courants jurisprudentiels, amorcés dans les premières années d'application de la loi, alors qu'il n'était pas encore question d'interdiction du formalisme excessif, se confirmèrent ultérieurement. Tel fut le cas de la pratique bien établie concernant la notification défectueuse des actes de poursuite²⁶⁵¹ ou les saisies effectuées sans avis préalable²⁶⁵². De même, les erreurs dans la désignation des parties ne purent jamais déployer de conséquence défavorable, en l'absence de tout doute quant à l'identité réelle. Ce principe valait aussi bien en matière d'exécution forcée²⁶⁵³ que pour la procédure devant le Tribunal fédéral²⁶⁵⁴ ou les juridictions cantonales²⁶⁵⁵. La guérison des vices de procédure était donc bien ancrée dans le droit judiciaire privé fédéral et cantonal, même si

²⁶⁴⁹ SCHMID, pp. 101 ss.

²⁶⁵⁰ Cf. supra, n° 471 ss.

²⁶⁵¹ TF du 22 mai 2006, 7B.48/2006 et 7B.49/2006, cons. 3.2 ; TF du 31 octobre 2005, 7B.161/2005, cons. 2.1 ; ATF 128 III 101, cons. 2 ; ATF 120 III 114, cons. 3 ; ATF 112 III 81, cons. 2 ; ATF 110 III 9, cons. 2 ; ATF 104 III 12, cons. 1 ; ATF 88 III 12, cons. 1 ; ATF 61 III 158, cons. 1 ; ATF 54 III 250. Voy. également TF du 20 octobre 2003, 5P.266/2003, cons. 3 où la guérison des vices de la notifications du fait de la réception effective, retenue par la juridiction cantonale, avait été contestée devant le Tribunal fédéral qui déclara le grief irrecevable faute d'être suffisamment motivé.

²⁶⁵² La jurisprudence considérait que l'absence d'avis de saisie n'entraînait pas l'annulation de celle-ci si le débiteur avait été en mesure d'y assister ou de se faire représenter : ATF 115 III 41, cons. 1 ; ATF 96 III 124, cons. 1 ; ATF 79 III 150, cons. 1 ; ATF 77 III 104, cons. 1 ; ATF 43 III 267, cons. 2. Voy. en doctrine :

²⁶⁵³ Trib. cant. GR, 17 août 2010, n° KSK 10 52, cons. 2c ; TF du 23 mars 2010, 5A_30/2010, cons. 3 ; TF du 24 juin 2004, 7B.91/2004, cons. 3.2 ; TF du 31 août 2004, 7B.150/2004, cons. 2.1 ; ATF 120 III 11, cons. 1b (poursuite exercée au nom d'une succursale) ; ATF 114 III 62, cons. 1a (poursuite au nom du « Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ») ; ATF 102 III 63, cons. 2 ; ATF 98 III 24 (poursuite au nom du « *sekrétariat communal* » (*Gemeindekanzlei*), au lieu de la commune elle-même) ; ATF 93 III 45, cons. 1 et 2 (désignation imprécise d'un cessionnaire au sens de l'art. 131 al. 2 LP dans la poursuite contre le tiers débiteur) ; ATF 90 III 10, cons. 1 (désignation erronée d'une entité administrative).

²⁶⁵⁴ ATF 90 I 8, cons. 2: « *Eine irrtümliche Bezeichnung der Gegenpartei in der Beschwerdeschrift könnte übrigens niemals zur Folge haben, dass auf die Beschwerde nicht eingetreten wird, zumal Art. 90 OG die Angabe der Gegenpartei nicht vorschreibt* ». A notre sens, il ne fait cependant pas l'ombre d'un doute que le principe vaudrait également pour un recours où l'indication du défendeur est rendue nécessaire par la loi. Tel était également l'avis de la doctrine : POUDRET/SANDOZ-MONOD, n° 1.2.3 ad art. 55 OJ.

²⁶⁵⁵ Trib. cant. GR, 12 mai 2003, cons. 1, PKG 2003, p. 39-40 ; Trib. cant. FR, 2 juin 1980, RFJ 1980, pp. 47 ss ;

elle ne faisait pas l'objet d'une reconnaissance explicite. En revanche, on ne trouve pas de précisions sur les liens entre guérison et régularisation, en dépit des hypothèses communes d'application²⁶⁵⁶.

760. La jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de formalisme excessif reconnaissait également la possibilité de guérir les vices de procédure. Les premiers arrêts concernent le sort d'actes de procédure adressés à la mauvaise section d'un tribunal. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré qu'il serait excessivement formaliste de déclarer irrecevable un recours adressé au « *Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel* », au lieu de l'être à l'« *Autorité tutélaire de surveillance* ». La seconde n'étant qu'une émanation particulière du premier²⁶⁵⁷, la juridiction suprême en déduisit que l'erreur avait eu pour seule conséquence que « *l'acte de procédure, déposé en temps utile auprès de l'autorité compétente pour le recevoir, port[ait] l'adresse d'une autorité incompétente pour statuer* »²⁶⁵⁸. Vu l'absence de conséquence sur le bon déroulement de la procédure, le vice de procédure devait être considéré comme guéri et la juridiction cantonale aurait dû déclarer le recours recevable. Cette approche fut confirmée dans une autre affaire, pénale cette fois-ci, où un acte de procédure avait été adressé à la « *Chambre des recours* » au lieu de l'être au « *Tribunal d'accusation* », l'un et l'autre étant des sections particulières du Tribunal cantonal du canton de Vaud²⁶⁵⁹.

761. La jurisprudence étendit, dans un second temps, la guérison des vices de procédure aux notifications adressées par les juridictions aux parties. A l'occasion d'un litige portant sur l'absence de notification d'un jugement²⁶⁶⁰, le Tribunal fédéral précisa que « *la protection des parties est suffisamment réalisée lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité* » et qu'« *il y a donc lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice* ». Même s'il arrive à la conclusion que de tels principes ne pouvaient s'appliquer en l'espèce, le jugement n'ayant jamais été porté à la connaissance des parties²⁶⁶¹, le Tribunal fédéral

²⁶⁵⁶ Notamment lorsqu'il s'agit de la désignation des parties.

²⁶⁵⁷ ATF 101 Ia 323. SCHMID, p. 113 y voit l'exemple même d'une interprétation trop littérale du texte légal, procédé constituant un « *cas typique* » (*typischer Fall*) de formalisme excessif. Les juridictions neuchâteloises n'étaient pas les seules à raisonner ainsi : Trib. app. TI, 1^{er} octobre 1969, REP 1969, pp. 292 ss.

²⁶⁵⁸ Seul un extrait de l'arrêt ayant été publié, nous n'avons pas de référence d'un considérant précis.

²⁶⁵⁹ ATF 113 Ia 94, cons. 2. SCHMID, p. 114.

²⁶⁶⁰ ATF 122 I 97, cons. 3a)aa), JdT 1997 I 31, SJ 1996, p. 672, RDAF 1997 I 467.

²⁶⁶¹ ATF 122 I 97, précité, cons. 3a)bb).

venait ainsi de poser les bases d'une reconnaissance expresse de la guérison des vices de procédure.

762. Ce n'est qu'à partir de 2006²⁶⁶² que la jurisprudence confirma la guérison des vices de procédure affectant une notification lorsque l'acte ainsi transmis est effectivement reçu. Dans la première affaire, la juridiction suprême reconnut la guérison des vices de procédure. L'affaire portait sur une demande en justice destinée à valider des mesures provisoires. En dépit des vices affectant la notification, l'acte était parvenu à la connaissance de son destinataire qui avait comparu en justice. Le Tribunal fédéral considéra que l'annulation de l'assignation en justice procédait d'un excès de formalisme, car les sanctions encourues pour un vice de procédure guéri « *ne peuvent pas consister dans des formalités inutiles et dilatoires, imposées à la partie en faute, ni dans la perte des mesures conservatoires que cette partie a éventuellement obtenues* »²⁶⁶³. Il semblait ainsi admettre *a contrario* que les vices de procédure affectant une notification ne puissent être guéris dans certaines hypothèses, notamment lorsque la demande en justice pouvait être réitérée sans préjudice. La guérison des vices de procédure n'avait été admise *in casu* qu'au terme d'une pesée d'intérêts, dans le parfait prolongement de la jurisprudence en matière d'interdiction du formalisme excessif. On peut donc en déduire que dans certains cas, la réception effective ne serait pas de nature à guérir les vices de procédure affectant la notification.

763. Depuis l'arrêt de 2006, le Tribunal fédéral n'a pas fait usage de la possibilité de préciser sa jurisprudence. Deux affaires idoines lui ont pourtant été soumises. Dans la première²⁶⁶⁴, une convocation à une audience devant le Procureur général du canton de Genève, en vue de l'exécution d'une décision d'évacuation d'un logement, avait été notifiée au mari de la personne concernée, alors qu'ils ne faisaient plus ménage commun. Après avoir rappelé qu'« *une notification viciée ne constitue pas un motif de nullité de la décision [et que] la protection des parties est suffisamment assurée lorsque la notification irrégulière a néanmoins atteint son but [si bien qu'] il faut donc examiner, d'après les circonstances de l'espèce, si la partie intéressée a été réellement induite en erreur par l'irrégularité et a, de ce fait, subi un préjudice* », le Tribunal fédéral arriva à la conclusion, au vu des circonstances de l'espèce, qu'« *aucune pièce du dossier n'établit de*

²⁶⁶² ATF 132 I 249, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp. 30 ss (note Rétornaz), RJB 144 (2008), p. 211 ss, spécialement p. 220 (chron. Walther).

²⁶⁶³ ATF 132 I 249, précité, cons. 7.

²⁶⁶⁴ TF du 19 mars 2007, 5P.24/2007, cons. 4, RSPC 2007, p. 265.

*façon indiscutable qu'elle en aurait eu connaissance avant l'audience, voire qu'elle aurait reçu elle-même le pli contenant la citation adressée à son époux »*²⁶⁶⁵. Ces éléments ne font que caractériser le grief permettant d'annuler la décision finale faute de convocation valable. Le Tribunal fédéral ne se référa plus à la pesée d'intérêt à laquelle il s'était livré dans l'arrêt de 2006. Nous ne pensons toutefois pas qu'il y ait totalement renoncé. Dans une autre affaire²⁶⁶⁶, jugée peu après, le Tribunal fédéral mentionna brièvement la pesée d'intérêts²⁶⁶⁷, avant de valider une notification effectuée à tort par voie édictale, constatant que le destinataire avait pris connaissance de l'ordonnance l'invitant à répondre à une demande en justice²⁶⁶⁸. On relève, à ce propos, que cinq ans auparavant le Tribunal fédéral avait annulé la notification par voie édictale d'un commandement de payer dont le poursuivi avait appris l'existence par hasard²⁶⁶⁹. Les circonstances de fait n'étaient pas totalement les mêmes dans les deux affaires, le destinataire de la publication officielle n'ayant absolument pas réagi lorsqu'il en avait appris l'existence²⁶⁷⁰, au contraire du débiteur poursuivi²⁶⁷¹. Il est toutefois douteux que cette circonstance ait eu une quelconque influence sur la guérison du vice de procédure. Il n'est donc pas impossible que le Tribunal fédéral ait maintenu une distinction selon que la jurisprudence concernait le droit fédéral ou l'interdiction du formalisme excessif.

764. S'agissant de la doctrine, elle adhérerait globalement à l'idée que des vices de procédure puissent être guéris. Parmi les auteurs ayant écrit sur la procédure civile en général, GULDENER se montrait favorable à la guérison des vices de procédure, citant même l'adage « *pas de nullité sans préjudice* »²⁶⁷². Il en admettait l'application aussi bien pour les actes du juge²⁶⁷³ que, par ricochet, pour ceux émanant des parties²⁶⁷⁴. La doctrine

²⁶⁶⁵ Arrêt précité du 19 mars 2007, cons. 4. La jurisprudence française a su se montrer stricte concernant les notifications faites à un époux pour le compte des deux : Jacques HÉRON/Georges WIEDERKEHR, *Chroniques-justice civile*, Justices 1996, n° 3, pp. 360 ss, spécialement p. 365. Il est toutefois difficile de savoir si cette approche est encore défendable actuellement.

²⁶⁶⁶ TF du 30 novembre 2007, 4A_367/2007, RSPC 2008, p. 139.

²⁶⁶⁷ Arrêt précité du 30 novembre 2007, cons. 3.2 : « *So erwog das Bundesgericht bezüglich einer unkorrekten Zustellung in einem Zivilprozess, um zu entscheiden, welche Wirkung einer mit einem bestimmten Formfehler behafteten Eröffnung zukomme, seien die Interessen, welche mit der verletzten Norm geschützt werden sollen und gegebenenfalls verletzt worden sind, in Betracht zu ziehen. Im allgemeinen werde mit den Bestimmungen über die Zustellung hauptsächlich bezweckt, sicherzustellen, dass die betreffenden Urkunden dem (richtigen) Adressaten zukommen.* »

²⁶⁶⁸ Arrêt précité du 30 novembre 2007, cons. 3.3.

²⁶⁶⁹ ATF 128 III 465.

²⁶⁷⁰ Arrêt précité du 30 novembre 2007, cons. 3.3.

²⁶⁷¹ Voy. l'exposé des faits de l'ATF 128 III 465 : « *Le poursuivi, qui en a pris connaissance en lisant ce journal dans un café, a fait opposition au commandement de payer dans le délai fixé à cet effet par l'office* »

²⁶⁷² GULDENER, *Zivilprozessrecht*, p. 281, note de bas de page n° 7. Les références citées montrent que l'auteur puisait ses sources auprès des auteurs vaudois, eux-mêmes influencés par le droit français.

²⁶⁷³ GULDENER, *Zivilprozessrecht*, p. 281 : « *Beschlägt die fehlerhafte Prozesshandlung das Verfahren, welches zum Urteil führt, so ist sie dann nicht anfechtbar, wenn sie ohne Folgen für das Verfahren geblieben ist.* »

relative au droit cantonal allait dans la même direction. La plupart des auteurs abordaient la question uniquement sous l'angle de la notification viciée²⁶⁷⁵. Il en allait de même concernant le droit judiciaire privé fédéral²⁶⁷⁶.

765. Certains auteurs francophones poussaient toutefois le raisonnement un peu plus loin et ébauchaient une véritable approche générale de la guérison des vices de procédure. Ainsi les commentateurs de la Loi genevoise de procédure civile estimaient qu'« *il convient de renoncer à annuler un acte dont l'irrégularité est sans conséquence aucune, alors même que la loi attacherait une telle conséquence à un vice de forme* »²⁶⁷⁷. Tout en se référant « à l'adage français "*pas de nullité sans grief*" », ces mêmes auteurs citaient également un arrêt du Tribunal fédéral concernant l'interdiction du formalisme excessif²⁶⁷⁸. Cette juxtaposition des sources constitue certainement la meilleure preuve des parallèles qui peuvent être établis entre les ordres juridiques suisse et français. En droit vaudois, s'il était acquis que la désignation erronée des parties, ou tout autre indication inexacte ou incomplète dans le mémoire de demande, n'entraînait pas invalidation du lien d'instance en l'absence « *d'équivoque sur l'identité des parties [ou] quant à l'objet de la signification* »²⁶⁷⁹ cela n'interdisait pas au juge de corriger lui-même les mentions incomplètes dans les actes subséquents²⁶⁸⁰.

766. La reconnaissance du principe de la guérison des vices de procédure, à tout le moins lorsqu'ils concernent une notification, ne reposait le plus souvent sur aucune base légale précise. A partir de 2007, les juridictions fédérales²⁶⁸¹, voire mêmes cantonales²⁶⁸², se sont fondées sur l'article 49 de la nouvelle Loi fédérale sur le Tribunal

²⁶⁷⁴ GULDENER, *Zivilprozessrecht*, p. 282 : « *Missachtet das Gericht die Fehlerhaftigkeit der Prozesshandlung einer Partei, indem es ihr Folge gibt, so sind die auf die fehlerhafte Partei-handlung sich stützenden Prozesshandlungen des Gerichts ihrerseits fehlerhaft und mit den Rechtsfolgen einer fehlerhaften Prozesshandlung des Gerichts verbunden.* »

²⁶⁷⁵ BOHNET, CPCN commenté, n° 3 ad art. 60 CPC NE ; BÜHLER/EDELMANN/KILLER, n° 3 ad § 91 ZPO AG ; COCCHI/TREZZINI, n° 8 ad art. 120 CPC TI ; MERZ, n° 20c ad § 58 ZPO TG ; Robert HAUSER/Erhard SCHWERTI, *Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976 mit den seitherigen Änderungen*, Schulthess, Zurich, 2002, n° 7 ad § 177 GVG ZH. Voy. également la présentation générale faite par DONZALLAZ, *La notification en droit interne*, p. 565-566 et RIO KAMBER, *Das Zustellungswesen im schweizerischen Zivilprozess*, thèse Zurich, Verlag P.G. Keller, Winterthur, 1957, p. 104.

²⁶⁷⁶ GILLIÉRON, n° 20 ad art. 72 LP ; POUDRET/SANDOZ-MONOD, n° 1.6 ad art. 32 OJF ; Roland RUEDIN, *in* DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, n° 9 ad art. 72 LP. Voy. au surplus l'étude détaillée de DONZALLAZ, *La notification en droit interne*, pp. 565 ss comprenant tant le droit cantonal que fédéral.

²⁶⁷⁷ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMID, n° 2 ad art. 35 LPC GE.

²⁶⁷⁸ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMID, *ibid.* Il s'agit de l'ATF 122 I 97 que nous avons précédemment examiné (cf. supra, n° 761).

²⁶⁷⁹ Art. 139 litt. a et b CPC VD. La disposition avait été introduite dans le Code de procédure civile de 1966 après la réception jurisprudentielle du principe « pas de nullité sans grief ».

²⁶⁸⁰ POUDRET/HALDY/TAPPY, n° 2 ad art. 139 CPC VD.

²⁶⁸¹ Voy. parmi tant d'autres : TF du 25 janvier 2011, 5A_637/2010, cons. 1.2 ; TAF du 13 octobre 2010, A-584/2010, cons. 4.1.2 ; TF du 9 août 2010, 5A_306/2010, cons. 2 ; TF du 21 juin 2010, 5D_39/2010, cons. 6.

²⁶⁸² Cass. ZH, 17 août 2011, n° AA100040, cons. 6.2c).

fédéral. Les commentateurs de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral défendaient également une pareille approche²⁶⁸³. Il s'agit d'un substitut à une véritable base légale, car la disposition en cause indique uniquement qu'«*une notification irrégulière, notamment en raison de l'indication inexacte ou incomplète des voies de droit ou de l'absence de cette indication si elle est prescrite, ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties.*» Elle ne dit donc rien du sort des actes de procédure en l'absence de préjudice et ne s'oppose pas directement à leur annulation pure et simple. Ce n'est qu'au prix d'une audacieuse interprétation *a contrario*²⁶⁸⁴ qu'on parvient à en tirer la guérison des vices de procédure en l'absence de préjudice.

767. En résumé, nous constatons que la guérison des vices de procédure était admise par la doctrine et par la jurisprudence en matière de droit judiciaire privé fédéral et cantonal. Elle ne faisait toutefois pas l'objet d'une théorie générale, ni même, le plus souvent, d'une base légale proprement dite²⁶⁸⁵. Partant du droit judiciaire privé fédéral, le Tribunal fédéral a ancré petit à petit le principe dans la jurisprudence en matière de formalisme excessif. Le processus a été relativement lent. Ainsi en matière de notifications, ce n'est qu'en 2006 que le Tribunal fédéral a affirmé de manière claire que la réception effective pouvait guérir les vices de procédure. Vu le sort ambigu réservé à la notification par voie édictale accomplie à tort, il n'est pas exclu que des divergences aient subsisté entre les deux courants de jurisprudence. Sur le plan doctrinal, la guérison des vices de procédure était également acceptée. La question n'était généralement abordée que sous l'angle des notifications viciées. En revanche, quelques commentateurs des codes cantonaux de la Suisse romande reprenaient à leur compte les principes du droit français et leur portée générale.

2) Le rendez-vous manqué de l'unification

768. Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer la manière dont l'unification de la procédure civile a été menée, notamment l'absence d'intégration dans le texte légal de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'interdiction du formalisme excessif²⁶⁸⁶. S'agissant de la guérison des vices de procédure, cette omission se fait tout particulièrement sentir. La nouvelle codification a purement et simplement ignoré la

²⁶⁸³ DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 1294 et n° 1297 ad art. 49 LTF ; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, n° 2 ad art. 49 LTF.

²⁶⁸⁴ Pour le retournement, voy. Kathrin AMSTUTZ/Peter ARNOLD, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 8 ad art. 49 LTF.

²⁶⁸⁵ A cet égard, l'art. 139 CPC VD constituait une exception notoire.

²⁶⁸⁶ Cf. supra, n° 465.

guérison des vices de procédure (a). Quant à la jurisprudence, marquée par une absence de prise de positions nettes, elle ne semble pas vouloir combler cette lacune (b).

a) Absence de mention dans le texte légal

769. Alors que la régularisation des actes de procédure fait l'objet d'une disposition topique dans le Code de procédure civile²⁶⁸⁷, suivant en cela l'exemple tracé par la Loi sur le Tribunal fédéral et, plus anciennement, par la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, la guérison des vices de procédure n'y est mentionnée nulle part. Cette absence s'explique certainement par le manque d'exemple dans le reste de la législation fédérale. Elle est également la conséquence de la préférence accordée par le législateur au modèle germanique privilégiant l'office du juge et donc la régularisation.

770. L'adoption du Code de procédure civile aurait certainement constitué une excellente occasion de consacrer formellement la guérison des vices de procédure, à l'instar des règles existant en France. Dans ce pays également, le principe « *pas de nullité sans grief* » est longtemps demeuré à l'état de construction jurisprudentielle. Mais le législateur a su le couler dans le moule de la loi dès 1933²⁶⁸⁸. Même si plusieurs incertitudes demeurent, il est incontestable que le droit positif français présente une plus grande clarté. Celle-ci se traduit par un élargissement des débats au sein de la doctrine. On ne retrouve pas une telle hauteur de vue en Suisse.

b) Absence de prises de position nette de la
jurisprudence et de la doctrine

771. Si le législateur n'a pas estimé utile de consacrer formellement la guérison des vices de procédure, il appartient alors à la doctrine et à la jurisprudence de combler cette lacune, de manière à assurer la continuité entre la situation préunitaire et le droit positif. Malheureusement, cette tâche n'est que très partiellement accomplie.

772. Sur le plan doctrinal, tout d'abord, un auteur considère que l'absence de signature des deux époux sur la requête en divorce par accord commun n'a aucune conséquence vu que ceux-ci ont signé la convention de divorce produite en annexe²⁶⁸⁹. Il s'agit d'un cas de guérison du vice de procédure par équipollent. Cette opinion demeure

²⁶⁸⁷ Art. 132 CPC 2008.

²⁶⁸⁸ Cf. supra, n° 158 ss.

²⁶⁸⁹ Roland FRANKHAUSER, in SCHWENZER, n° 17 ad art. 285 CPC 2008 ; Roland FRANKHAUSER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 17 ad art. 285 CPC 2008.

toutefois isolée²⁶⁹⁰. En revanche, la doctrine considère dans son ensemble que les vices de la notification sont guéris par la réception effective de l'acte²⁶⁹¹, sauf lorsqu'il s'agit de notifications internationales²⁶⁹².

773. La jurisprudence ne va pas plus loin que la doctrine. Elle semble même hostile à la guérison des vices de procédure, considérant qu'une régularisation est de toute façon préférable²⁶⁹³. La guérison des vices de procédure n'est jamais envisagée de manière générale et elle fait le plus souvent figure de simple argument. Le Tribunal fédéral a ainsi rejeté un recours portant sur la régularité d'une convocation à l'assemblée des créanciers, au motif que la partie recourante n'avait de toute façon pas assisté à l'assemblée litigieuse qui n'avait pu prendre aucune décision sur la liquidation de la faillite, faute d'avoir atteint le quorum suffisant²⁶⁹⁴. Il s'agit d'un cas évident de guérison des vices de procédure, le vice de procédure n'ayant causé aucun préjudice à la partie concernée. Pourtant le Tribunal fédéral ne le dit nulle part expressément. Seule la lecture des motifs, et plus particulièrement l'allusion faite à l'absence d'intérêt de la partie recourante²⁶⁹⁵, permet de le comprendre. Plus récemment, la juridiction suprême s'est prononcée en faveur de la guérison d'une notification viciée en caractérisant l'absence de préjudice, sans toutefois se prononcer de manière générale concernant tous les vices de procédure²⁶⁹⁶.

774. On rencontre dans la jurisprudence quelques tentatives limitées de donner une base légale à la guérison des vices de procédure. Dans ce contexte, l'article 49 de la Loi sur le Tribunal fédéral, est parfois invoqué *a contrario* par les juridictions cantonales

²⁶⁹⁰ Elle est implicitement contredite par Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 12 ad art. 285 CPC 2008.

²⁶⁹¹ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 27 ad art. 133 CPC 2008 et n° 14 ad art. 139 CPC 2008 ; Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 26 ad art. 138 CPC 2008 ; Lukas HUBER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 71 ad art. 138 CPC 2008 ; Reto M. JENNY, in GEHRI/KRAMER, n° 14 ad art. 138 CPC 2008 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 199 ; Eva-Maria STROBEL, in Baker&McKenzie, n° 34 ad art. 138 CPC 2008. *Evasif* : Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 584 (ad art. 138 CPC 2008) pour qui « ...dagli stessi [ie les erreurs commises par les employés de la poste] non deve derivarne alcun pregiudizio al destinatario, a meno che l'errore sia manifesto rispettivamente sa riconoscibile per quest'ultimo. »

²⁶⁹² Lukas HUBER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 90 ad art. 138 CPC 2008 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 200 (mentionnent l'impossibilité d'obtenir l'exequatur ou l'exécution interne au sens de l'art. 81 al. 2 LP). *Contra* : Roger WEBER, in OBERHAMMER, n° 5 ad art. 138 CPC 2008.

²⁶⁹³ Trib. cant. VD, 3 janvier 2012, n° Pron/2012/3. L'affaire portait sur l'absence de signature d'un acte de recours. La doctrine récente admet cependant qu'un équipollent puisse guérir le vice de procédure : STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 240.

²⁶⁹⁴ TF du 26 avril 2012, 5A_107/2012, cons. 3.

²⁶⁹⁵ Arrêt précité du 26 avril 2012, cons. 3.3.

²⁶⁹⁶ TF du 21 juin 2012, 5D_22/2012, cons. 3.1 : « Das bedeutet nichts anderes, als dass im konkreten Einzelfall zu prüfen ist, ob die betroffene Partei durch den gerügten Eröffnungsmangel tatsächlich irregeführt und dadurch benachteiligt worden ist. »

afin de valider une notification défectueuse par la réception effective de l'acte²⁶⁹⁷. Un tel renvoi se retrouve également chez des auteurs ayant abordé la question de la notification dans le Code de procédure civile²⁶⁹⁸. Un arrêt récent du Tribunal fédéral y fait implicitement allusion, l'obligation de se comporter de bonne foi étant également évoquée²⁶⁹⁹. Ces timides évolutions sont toutefois loin de constituer une consécration générale de la guérison des vices de procédure. Elles s'inscrivent davantage dans le prolongement de l'approche sectorielle suivie jusqu'alors en droit suisse. La liste des vices de procédure guérissables ne peut dès lors être définie de manière claire, faute de principes établis.

B) Les situations les plus fréquemment rencontrées

775. Après avoir constaté que le catalogue des vices de procédure guérissables n'était pas établi de manière précise, nous allons nous pencher sur les situations les plus fréquemment rencontrées. Notre démarche procède d'un certain empirisme, aussi nous baserons-nous essentiellement sur la pratique judiciaire, car nous avons déjà présenté les opinions doctrinales. Nous examinerons tout d'abord la guérison des vices de procédure au sein d'une même instance (1), notion définie de manière suffisamment large pour englober également les procédures civiles d'exécution. Ensuite, nous traiterons de la question, délicate, de la guérison des vices de procédure par l'exercice des voies de recours (2).

1) La guérison des vices de procédure en cours d'instance

776. En pratique, on rencontre deux catégories de situations où la jurisprudence admet la guérison des vices de procédure. Il s'agit de vices de procédure portant sur la rédaction des actes de procédure (a) et de ceux affectant leur notification (b).

a) Les vices de procédure portant sur la rédaction des actes du procès

777. Il arrive fréquemment que des erreurs rédactionnelles se glissent dans les actes du procès. En pareil cas, les juridictions ne procèdent pas à la régularisation des

²⁶⁹⁷ Trib. cant. FR, 24 janvier 2012, n° 101 2011-112, cons. 1c qui se réfère également à l'obligation de bonne foi.

²⁶⁹⁸ BOHNET/BRÜGGER, p. 331-332.

²⁶⁹⁹ TF du 21 juin 2012, 5D_22/2012, cons. 3.1 : « Aus dem Grundsatz, dass einer Partei aus einer mangelhaften Eröffnung keine Nachteile erwachsen dürfen [...] In diesem Sinne findet die Berufung auf Formmängel ihre Grenzen am Grundsatz von Treu und Glauben, der auch in diesem prozessualen Bereich gilt. »

actes viciés et laissent l'acte subsister sans procéder formellement à sa régularisation, considérant que le vice est guéri dès lors que l'erreur était vincible. On rencontre le procédé en procédure civile, s'agissant de la désignation erronée des parties²⁷⁰⁰ ou l'indication de leur domicile²⁷⁰¹.

778. Le procédé est également appliqué à la rédaction des décisions de justice. Dans un arrêt rendu peu après l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, la juridiction suprême a indiqué que son article 112 alinéa 3 « *ne saurait d'ailleurs être interprété en ce sens que le Tribunal fédéral n'aurait le choix qu'entre l'annulation de la décision ou son renvoi à l'autorité cantonale avec invitation à la parfaire même dans l'hypothèse où le vice affectant cette décision n'aurait eu aucune incidence sur les droits de la partie qui s'en prévaut.* »²⁷⁰² Depuis lors, le Tribunal fédéral considère régulièrement que des vices de procédure affectant une décision de justice sont guéris. Il a ainsi rejeté un recours au motif que la partie recourante se plaignait d'une erreur rédactionnelle n'affectant pas le sens de la décision critiquée²⁷⁰³. L'absence d'indication de la valeur litigieuse, en contradiction avec l'exigence formulée à l'article 112 alinéa 1 lettre d de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, ne conduit pas à l'annulation de l'arrêt cantonal si la juridiction suprême est en mesure de l'évaluer sur la base des éléments figurant au dossier²⁷⁰⁴ ou si elle n'exerce aucune influence sur son pouvoir d'examen²⁷⁰⁵. Il arrive également que le Tribunal fédéral rejette un moyen de recours tiré du défaut de motivation, au motif que la partie lésée a été en mesure de se défendre et de présenter des arguments détaillés sur le fond²⁷⁰⁶. Cela revient à considérer que le vice de procédure est guéri, car il n'a eu aucune conséquence sur le déroulement de

²⁷⁰⁰ Trib. cant. GR, 26 avril 2011, n° KSK 11 21, cons. 1c ; TF du 27 août 2007, 4C.447/2006, RSPC 2008, p. 19. La jurisprudence cantonale appliquait parfois la régularisation : Trib. cant. BL, 5 août 2003, mp 2005, pp. 186 ss.

²⁷⁰¹ TF du 19 mai 2004, cons. 2.3, SJ 2005 I 11.

²⁷⁰² TF du 11 juin 2007, 4A_85/2007, cons. 5.

²⁷⁰³ TF du 12 décembre 2011, 5A_475/2011, cons. 6.1.2 ; TF du 6 juillet 2011, 5D_109/2011 ; TF du 28 février 2007, 4P.329/2006, cons. 2.4. Le procédé existait déjà sous l'empire de l'ancienne Loi fédérale d'organisation judiciaire, même s'il était contesté par certains : MESSMER/IMBODEN, p. 209-210.

²⁷⁰⁴ Voy. parmi tant d'autres : TF du 24 décembre 2010, 5A_376/2010, cons. 2.2 ; TF du 25 mars 2010, 5A_600/2009, cons. 1.

²⁷⁰⁵ Tel est le cas en matière de mesures provisoires : TF du 7 mai 2010, 5A_98/2010, cons. 1.2.

²⁷⁰⁶ Voy. ATF 136 I 229, cons. 5.2, et les espèces suivantes, adoptées en matière civile : TF du 2 novembre 2010, 5A_225/2010, cons. 4.1 ; TF du 21 juillet 2010, 5A_236/2010, cons. 3.2 ; TF du 12 janvier 2010, 4A_203/2009, cons. 2.2 ; TF du 11 juin 2007, 4A_85/2007, cons. 5. La guérison de l'absence de motivation se rencontrait déjà sous l'empire de la défunte loi d'organisation judiciaire : TF du 21 septembre 2006, 7B.87/2006, cons. 1 ; TF du 23 novembre 2004, 5P.385/2004, cons. 2.1. Parfois il arrive que le Tribunal fédéral indique simplement que le défaut de motivation « *ne l'empêche pas de statuer* » ce qui consitue également un cas d'application de la guérison des vices de procédure : TF du 16 décembre 2011, 4A_219/2011, cons. 1.3 ; TF du 24 octobre 2007, 4A_267/2007, cons. 3.

la procédure de recours. Cette issue ne fait toutefois pas l'unanimité au sein de la doctrine²⁷⁰⁷.

b) Les vices de procédure affectant la notification
des actes du procès

779. Depuis un arrêt de principe rendu en 2006²⁷⁰⁸, la guérison des vices de procédure affectant une notification a été confirmée par la jurisprudence²⁷⁰⁹, y compris sous l'empire du Code fédéral de procédure civile²⁷¹⁰. Cette admission avec souplesse de la guérison des vices de procédure n'exclut toutefois pas que des débats puissent persister quand il s'agit d'évaluer la portée du grief prétendument subi. Les discussions ne remettent toutefois pas en cause le principe même de la guérison.

2) La guérison des vices de procédure par l'exercice des
voies de recours

780. A la différence du droit français, le Code fédéral de procédure civile ne contient aucune disposition concernant l'effet dévolutif des recours. Cette notion se retrouve dans la jurisprudence²⁷¹¹. La doctrine récente²⁷¹² lui préfère toutefois le concept de recours « *réformatoire* »²⁷¹³, sans doute pour éviter les débats épineux sur la portée du recours limité au droit.

781. Il n'existe pas en droit suisse de norme semblable à l'article 562 alinéa 2 du Code de procédure civile français, légitimant la guérison des vices de procédure devant la juridiction supérieure. Celle-ci est malgré tout envisagée par la doctrine, non sans critiques d'ailleurs²⁷¹⁴. Le débat à ce propos obéit à une logique purement publiciste²⁷¹⁵ et

²⁷⁰⁷ Voy. les termes sévères employés par DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 4492 ad art. 112 LTF. Voy. également Hansjörg SEILER, in SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, n° 28 ad art. 112 LTF.

²⁷⁰⁸ ATF 132 I 249, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp. 30 ss (note Rétornaz), RJB 144 (2008), p. 211 ss, spécialement p. 220 (chron. Walther).

²⁷⁰⁹ Voy. en matière civile : TF du 21 juin 2012, 5D_22/2012, cons. 3.1 ; TF du 20 février 2012, 5A_852/2011, cons. 5 ; Trib. cant. VD, 2 septembre 2010, n° ML/2010/159, cons. IIc ; TF du 21 avril 2010, 5A_37/2010, cons. 3.2 ; Trib. cant. VS, 15 septembre 2008, cons. 3f, RVJ 2009, pp. 313 ss ; TF du 5 décembre 2007, 4A_423/2011, cons. 2 ; TF du 30 novembre 2007, 4A_367/2007, cons. 3.2 ; Trib. cant. SG, 11 juillet 2007, GVP 2007, n° 105, pp. 299 ss ; Trib. cant. NE, 13 juin 2007, cons. 4, RJN 2007, pp. 118 ss ; TF du 19 mars 2007, 5P.24/2007, cons. 4.1, RSPC 2007, p. 265.

²⁷¹⁰ Trib. cant. VD, 3 janvier 2012, n° ML/2011/321, cons. IIId.

²⁷¹¹ Voy. parmi tant d'autres en matière civile : TF du 27 juin 2011, 5A_622/2011, cons. 4.

²⁷¹² Les études antérieures employaient ce concept : BAUMANN, pp. 104 ss.

²⁷¹³ La doctrine récente emploie l'expression « *voie de recours réformatoire* » qui se réfère surtout aux conséquences de l'effet dévolutif. Voy. par exemple : Peter REETZ, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 16 ad rem. prélim. art. 308-318 CPC 2008 ; Nicolas JEANDIN, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 10 ad art. intro. art. 308-334 CPC 2008.

²⁷¹⁴ BAUMANN, pp. 98 ss.

²⁷¹⁵ Jusqu'à l'adoption de la LTF, l'idée d'une garantie fédérale de la double instance sur le fond ne ressortait pas clairement de la jurisprudence du Tribunal fédéral (voy. parmi tant d'autres : BAUMANN, p. 123-127). Les choses ont désormais changé : SEILER, Die Berufung, p. 69-73.

se place sur le terrain des conséquences de la violation d'un droit fondamental de nature procédurale²⁷¹⁶. C'est dans ce contexte que la jurisprudence et la doctrine ont élaboré la théorie dite de la « *nature formelle* » des garanties de procédure, faisant obstacle à la guérison des vices de procédure (a). Nous verrons toutefois que les tribunaux et la doctrine admettent aussi de nombreuses exceptions à ce principe, de manière à permettre à la guérison des vices de procédure de déployer tous ses effets (b).

a) L'obstacle résultant de la *nature formelle* des garanties de procédure

782. Le Tribunal fédéral dut très tôt se pencher sur les conséquences d'une violation des garanties de procédure qu'il reconnaissait au titre de l'article 4 de la Consitution fédérale de 1874 ou de l'article 29 alinéa 2 de celle de 1999. Il arrivait fréquemment que le rejet d'un recours soit postulé au motif que la décision prise par les juridictions inférieures était parfaitement correcte, en dépit des vices de procédure qui pouvaient l'affecter. Le Tribunal fédéral rejeta très tôt cet argument, estimant que l'annulation était encourue indépendamment de l'issue du litige²⁷¹⁷. Un arrêt de 1903 indiqua ainsi lapidairement que « *le droit d'être entendu est de nature formelle et existe indépendamment des circonstances matérielles* »²⁷¹⁸. L'affaire portait sur la mise sous tutelle, dans des circonstances extrêmement douteuses²⁷¹⁹, d'un jeune adulte suite à un litige avec ses parents au sujet de ses intentions matrimoniales et de la gestion d'une indemnité qui lui avait été versée suite à un accident du travail²⁷²⁰. Le Tribunal fédéral confirma par la suite cette approche à de multiples reprises²⁷²¹.

²⁷¹⁶ BAUMANN, pp. 128 ss ; Bernhard RÜTSCHKE, Rechtsfolgen von Grundrechtsverletzungen – Mit Studien zur Normstruktur von Grundrechten, zu den funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit und zum Verhältnis von materiellem Recht und Verfahrensrecht, thèse Berne, Coll. Neue Literatur zum Recht, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich, 2002, pp. 153 ss et 391 ss.

²⁷¹⁷ Pour plus de précisions : ALBERTINI, pp. 449 ss ; BAUMANN, pp. 138 ss ; SCHINDLER, p. 171 ; SEILER, Abschied von der formellen Natur, p. 378 ; KNEUBÜHLER, p. 101 ; SCHMID, p. 37.

²⁷¹⁸ ATF 29 I 461, cons. 1 : « ...denn der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur und besteht ohne Rücksicht auf materielle Erwägungen. ».

²⁷¹⁹ D'ailleurs, après avoir relevé l'existence de vices formels, le Tribunal fédéral a également mis en doute l'existence d'un cas de tutelle au sens de la législation applicable, voy. le second considérant où la juridiction relève, dans le plus pur esprit de l'époque qu' « *il n'est pas contesté que le recourant est un travailleur consciencieux et habile qui a toujours pu se réjouir de la satisfaction de ses employeurs ; qu'il a gagné depuis bien des années de quoi s'entretenir et qu'il a remis une partie de ses gains à ses parents jusqu'à ses fiançailles. Actuellement il est marié et aucune des parties ne conteste que l'entretien de sa petite famille provient de ses gains et, peut-être, de ceux de son épouse.* » (Es is unbestritten, dass der Rekurrent ein fleissiger und tüchtiger Arbeiter ist, der sich stets der Zufriedenheit seiner Arbeitsgeber erfreut hat ; dass er seit einer Reihe von Jahren seinen Unterhalt erwirbt und bis zu seiner Verlobung einen Teil des Verdienstes den Eltern geliefert hat. Gegenwärtig ist er verheiratet, und es ist von keiner Seite behauptet worden, dass nicht der Unterhalt der kleinen Familie aus seinem und vielleicht der Ehefrau Verdienst bestritten werde.)

²⁷²⁰ Voy. le long exposé des faits aux considérants A, B et C de l'arrêt.

²⁷²¹ ALBERTINI, p. 449-450, et les arrêts cités.

783. Ainsi comprise, la *nature formelle* du droit d'être entendu ne fait pas obstacle à la guérison des vices de procédure. Cette particularité de la garantie constitutionnelle veut simplement éviter qu'un jugement obtenu en violation des droits des parties ne soit validé au motif qu'il est matériellement correct. La guérison des vices de procédure ne s'intéresse qu'à l'aspect formel du litige. Elle ne va donc pas à l'encontre de la nature formelle du droit d'être entendu. Un vice de procédure est considéré comme guéri si la position dans le procès de la personne concernée n'a pas été affectée ; qu'elle ait tort ou raison sur le fond n'y change rien²⁷²². Il n'est ainsi guère contesté en droit français qu'une partie peut se plaindre d'une violation du principe du contradictoire, même si elle a entièrement tort sur le fond du litige²⁷²³. Le débat est totalement étranger à la question de la guérison des vices de procédure en degré d'appel²⁷²⁴.

784. Les véritables difficultés découlent d'une évolution progressive du concept. C'est ainsi qu'on passa de la « *nature formelle du droit d'être entendu* », à la « *nature formelle des règles essentielles de procédure* »²⁷²⁵ et que cette « *nature formelle* » se transforma en une obligation d'annuler la décision de justice litigieuse et de renvoyer l'affaire à l'instance inférieure²⁷²⁶. Les problèmes rencontrés découlent donc de la radicalisation du concept²⁷²⁷.

b) L'admission de la guérison

785. Tout en se montrant intransigeant sur la « *nature formelle* » du droit d'être entendu, le Tribunal fédéral développa bien vite l'idée que certaines irrégularités procédurales ne devaient pas emporter annulation pure et simple de la décision adoptée à

²⁷²² Voy. pourtant BAUMANN, p. 145 et DARBELLAY, p. 438 pour qui « *c'est déjà prendre en considération un motif d'ordre matériel que de constater que l'injustice commise a été réparée par l'autorité supérieure et qu'elle n'entraîne aucun dommage pour l'intéressé.* »

²⁷²³ L'affirmation est si évidente qu'elle n'est généralement pas mentionnée, voy. toutefois BORE/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 404 constatant « *qu'il est fâcheux d'annuler, pour un vice de forme qui est souvent l'œuvre du greffier, des arrêts excellents au fond et que le bénéfice d'une telle cassation est souvent fort mince pour les justiciables, la solution de l'arrêt sur le fond étant généralement reprise par la juridiction de renvoi, après de nouveaux délais et de nouveaux frais.* »

²⁷²⁴ Voy. cependant SEILER, Abschied von der formellen Natur, p. 382-384 où l'auteur entend faire dépendre du bien fondé matériel l'admission d'un recours fondé sur la violation du droit de procédure.

²⁷²⁵ Sur cette évolution, voy. SCHINDLER, p. 171.

²⁷²⁶ Tels étaient les vœux d'une grande partie de la doctrine, voy. Thomas COTTIER, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV), recht 1984, pp. 1 ss, spécialement p. 9 ; DARBELLAY, p. 438-439 ; KNEUBÜHLER, p. 101-102 ; SCHINDLER, p. 172 et les auteurs cités. Notoirement opposé : SEILER, Abschied von der formellen Natur, p. 379-381.

²⁷²⁷ Voy. par exemple l'expression suivante d'ALBERTINI, p. 452 : « *In Berücksichtigung der formellen Natur der Gehörsanspruch bedeutet Gehörsverletzung Aufhebung des angefochten Entscheides ohne Rücksicht auf die materielle Sachlage. Dies bedeutet Kassation des angefochten Entscheides, was eine Reformation naturgemäss ausschliesst* » (c'est nous qui soulignons).

l'issue du procès²⁷²⁸. Un arrêt de 1920 indiqua ainsi que le droit d'être entendu préalablement à l'adoption de toute décision ne vaut que dans la mesure où aucune voie de recours ordinaire n'est ouverte pour se faire entendre²⁷²⁹. Cette approche, extrêmement favorable à la guérison des vices de procédure, fut maintenue quelque temps²⁷³⁰, avant d'être relativisée par un arrêt limitant la régularisation aux violations mineures du droit d'être entendu²⁷³¹. C'est ainsi qu'on passa d'un système proche du droit français, à un contexte beaucoup moins favorable à la guérison des vices de procédure.

786. La jurisprudence²⁷³² mit encore du temps à se fixer définitivement²⁷³³. Le Tribunal fédéral ne semblait guère se soucier des risques d'excès de formalisme créés par cette évolution, pas plus qu'il ne prenait en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme admettant que l'exercice des voies de recours permet de guérir les violations de l'article 6 § 1 de la Convention²⁷³⁴. Dans son état le plus récent, elle admet la guérison des vices de procédure par l'exercice des voies de recours, mais en la soumettant à plusieurs conditions aux modalités incertaines²⁷³⁵. La première d'entre elles ne fait pas l'objet de contestations. Il faut que la juridiction supérieure possède un pouvoir d'examen complet, en fait et en droit²⁷³⁶, à tout le moins qu'il soit aussi large que

²⁷²⁸ Pour une présentation de la jurisprudence ancienne : DARBELLAY, pp. 436 ss ; SEILER, Abschied von der formellen Natur, p 378.

²⁷²⁹ ATF 46 I 323, cons. 2 *in fine* : « ...Art. 4 BV garantiert ihm an und für sich nur die Möglichkeit sich verteidigen zu können, bevor eine endgültige Verfügung erlassen wird, die durch eine ordentliche – die Bestreitung des Tatbestandes ermöglichende – Weiterziehung nicht mehr angefochten werden kann. »

²⁷³⁰ ATF 94 I 102, cons. 3 *in fine* ; ATF 93 I 648, cons. 5 *in fine* ; ATF 87 I 337, cons. 4a ; ATF 76 I 177, cons. 2.

²⁷³¹ ATF 121 III 331, cons. 3c excluant la guérison de l'absence de motivation d'une sentence arbitrale. Cette approche semble désormais abandonnée : René WIEDERKEHR, Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei der Verletzung, ZBl 111 (2010), pp. 481 ss, spécialement p. 502-503.

²⁷³² Afin d'éviter l'hypertrophie des notes de bas de page, nous n'avons examiné de manière exhaustive que la jurisprudence rendue en matière civile. Nous pensons, par ailleurs, que le rôle joué par les voies de recours est différent en procédure pénale, en raison de l'importance accordée à la protection de l'accusé. Il en va de même dans les litiges administratifs, où le recours constitue le seul moyen d'accéder à un tribunal. Les références à la jurisprudence rendues dans ces autres domaines se réfèrent à des arrêts de portée générale.

²⁷³³ KNEUBÜHLER, pp. 102 ss et RÜTSCHKE, p. 153 qui soulignent les conflits de jurisprudence entre le Tribunal fédéral et le Tribunal fédéral des assurances. Selon SCHINDLER (p. 177-178), cette évolution permet également de tenir compte des critiques exprimées par la doctrine. Voy. également : MESSMER/IMBODEN, p. 209 qui admet la guérison, mais uniquement pour les voies de recours cantonales.

²⁷³⁴ Voy. les décisions d'irrecevabilité déjà mentionnées : CourEDH, *Kadouci c. France*, n° 48279/07, décision du 23 mars 2010 ; CourEDH, *Mograbi c. France*, n° 5544/02, décision du 19 septembre 2006. Voy. également CourEDH, *Stepinska c. France*, n° 1814/02, arrêt du 15 juin 2004, § 18 ; CourEDH [GC], *Helle c. Finlande*, n° 20772/92, arrêt du 19 décembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII, § 46 où la juridiction européenne approuve une rupture de l'égalité des armes dans la mesure où le recours interjeté par le requérant était manifestement voué à l'échec.

²⁷³⁵ Voy. les précautions prises par BAUMANN, p. 147 pour qui « on peut déduire que l'irrégularité fondamentale de la première instance n'exclut pas la dévolution du fond à l'autorité de recours. »

²⁷³⁶ TF du 24 février 2012, 5D_226/2011, cons. 4.2 ; TF du 24 novembre 2011, 5A_654/2010, cons. 5.2 ; TF du 29 septembre 2011, 5A_91/2011, cons. 4.2 ; TF du 28 mars 2011, 5A_503/2010, cons. 2.4 ; TF du 23 mars 2011, 5A_791/2010, cons. 2.6, SJ 2011 I 345 ; TF du 19 janvier 2011, 4D_111/2011, cons. 3.1 ; TF du 3 novembre 2010, 5A_538/2010, cons. 2.3.1 et 2.3.2 ; TF du 21 octobre 2010, 4A_405/2010, cons. 3.5 ; TF du 20 mai 2010, 5A_150/2010, cons. 4.3 ; TF du 16 février 2010, 5A_845/2009, cons. 3.1 ; TF du 28 octobre 2009, 4A_466/2009, cons. 3.2 ; TF du 11 août 2005, 2P.232/2002, cons. 3.2 ; TF du 10 novembre 2005, 5P.279/2005, cons. 3.3.

celui de l'instance inférieure²⁷³⁷. La deuxième et la troisième, en revanche, ne se retrouvent pas dans l'ensemble de la jurisprudence. A en croire certains arrêts, la guérison « *dépend de la gravité et de l'étendue de l'atteinte au droit d'être entendu et doit rester l'exception* »²⁷³⁸, la partie concernée ne devant en outre pas subir de préjudice important²⁷³⁹. Tantôt la guérison est refusée en présence d'un vice de procédure grave²⁷⁴⁰, tantôt elle est acceptée à condition que le renvoi à l'autorité inférieure ne se justifie absolument pas²⁷⁴¹. De nombreux arrêts récents du Tribunal fédéral proclament aussi la nature formelle du droit d'être entendu, sans toutefois exclure *expressis verbis*, la guérison des vices de procédure²⁷⁴². Celle-ci est parfois aussi passée sous silence alors qu'elle aurait pu entrer en ligne de compte²⁷⁴³. A l'opposé, un autre courant jurisprudentiel, admet très largement la guérison en partant de l'idée que si « *on ne voit pas quelle influence la violation du droit d'être entendu a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée* »²⁷⁴⁴. On comprend donc sans difficulté que la jurisprudence est loin d'être parfaitement cohérente²⁷⁴⁵, une majorité assez nette se distinguant toutefois en faveur de la guérison.

787. Les différents courants jurisprudentiels se retrouvent dans la doctrine processualiste. Une minorité d'auteurs paraissent défavorables, sans toutefois adopter une

²⁷³⁷ ALBERTINI, p. 461-462 ; SEILER, Abschied von der formellen Natur, p. 383.

²⁷³⁸ ATF 126 I 68, cons. 2, SJ 2000 I 514, RDAF 2001 I 586. Voy. également : TF du 13 octobre 2006, 4P.147/2006, cons. 3.1 : « *Una tale violazione può essere eccezionalmente sanata; in nessun caso, comunque, può essere ammesso che l'autorità pervenga attraverso una violazione del diritto di essere sentito ad un risultato che non avrebbe mai ottenuto procedendo in modo corretto.* »

²⁷³⁹ TF du 15 février 2008, 5A_682/2007, cons. 2.1.1 ; TF du 19 mai 2005, 5P.34/2005, cons. 1.4.

²⁷⁴⁰ TF du 7 octobre 2011, 5A_357/2011 et 5A_371/2011, cons. 3.1 (affirmation du principe ; considère toutefois que le vice de procédure en question n'est finalement pas grave) ; TF du 21 décembre 2001, 5A_18/2001, cons. 2c)aa) ; ATF 126 I 68, cons. 2, SJ 2000 I 514, RDAF 2001 I 586 ; ATF 124 V 180, cons. 4a et les références citées.

²⁷⁴¹ ATF 137 I 195, cons. 2.3.2, SJ 2011 I 345 ; ATF 133 I 201, cons. 2.2.

²⁷⁴² Il s'agit de fixer l'ordre d'examen des griefs présentés par le recourant. Le Tribunal fédéral estime alors que ceux portant sur le droit d'être entendu doivent être examinés en premier. La jurisprudence est aussi constante qu'abondante, voy. parmi tant d'autres en matière civile : TF du 24 novembre 2011, 5A_654/2011, cons. 4.1 ; TF du 30 septembre 2011, 5A_302/2011, cons. 3.3.1 ; TF du 13 septembre 2011, 4A_365/2011, cons. 2 ; TF du 21 juillet 2011, 5A_717/2010, cons. 3.1 ; TF du 3 mars 2011, 5A_859/2010, cons. 4 ; TF du 8 février 2011, 5A_13/2011, cons. 3.1 ; TF du 15 mars 2010, 4A_15/2010, cons. 3.1 ; TF du 2 novembre 2009, 5A_430/2009, cons. 2 ; TF du 19 juin 2009, 4A_110/2009, cons. 4.1 ; TF du 23 avril 2009, 5A_161/2009, cons. 3.1 ; TF du 6 septembre 2007, 4A_180/2007, cons. 3.1 ; TF du 25 mai 2007, 4A_25/2007, cons. 3.1 ; TF du 1^{er} décembre 2006, 5P.327/2006, cons. 2.1 ; TF du 4 septembre 2006, 5P.334/2006, cons. 2 ; TF du 22 juillet 2004, 5P.187/2004, cons. 2.2 ; TF du 24 mars 2003, 5P.464/2002, cons. 2 ; TF du 4 mars 2002, 5P.274/2002, cons. 2 ; TF du 13 septembre 2001, 5P.284/2001, cons. 2 et 4 ; TF du 3 octobre 2000, 5P.238/2000, cons. 3.

²⁷⁴³ TF du 7 décembre 2011, 5A_361/2011 ; TF du 29 mars 2007, 4P.228/2006, cons. 4 ; TF du 1^{er} décembre 2000, 5P.329/2000, cons. 4a. Voy. également : TF du 13 septembre 2001, 5P.284/2001, cons. 4b où le Tribunal fédéral s'est borné à indiquer, s'agissant d'une violation de l'obligation de motiver une décision de justice, qu'« *en raison de la nature formelle du droit d'être entendu, la décision attaquée doit ainsi être annulée sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés par la recourante [...], ni par conséquent, de se prononcer sur le mérite du recours quant au fond.* »

²⁷⁴⁴ TF du 1^{er} mai 2009, 4A_153/2009, cons. 4.1 ; TF du 23 mars 2007, 5P.456/2006, cons. 2.1.3, RSPC 2007, p. 361 (note Berti).

²⁷⁴⁵ En ce sens : Stephen V. BERTI, Note sous TF du 23 mars 2007, 5P.456/2006, RSPC 2007, p. 362. Pour une audacieuse tentative de synthèse sur un seul paragraphe, voy. Trib. cant. FR, 27 janvier 2011, n° 602 2010-44, cons. 3b.

position claire²⁷⁴⁶. Certains s'alignent sur le courant jurisprudentiel majoritaire, ne faisant dépendre la guérison que du pouvoir d'examen de la juridiction supérieure²⁷⁴⁷ ; d'autres admettent les conditions supplémentaires concernant la gravité du vice²⁷⁴⁸, l'absence de préjudice²⁷⁴⁹ ou les deux²⁷⁵⁰. Les publicistes sont, en revanche, globalement défavorables à la guérison des vices de procédure par l'exercice d'un recours²⁷⁵¹. Certains auteurs ne prennent toutefois pas position de manière claire²⁷⁵² et seul l'un d'entre eux souhaite que les tribunaux abandonnent la théorie de la naturelle formelle du droit d'être entendu, permettant ainsi la guérison de tous les vices de procédure²⁷⁵³.

788. Nous pensons que la pratique suisse gagnerait à s'inspirer du droit français. Nous observons, à ce propos, que l'article 318 alinéa 1 du Code de procédure civile ne prévoit pas le renvoi à l'instance inférieure en présence de vices de procédure²⁷⁵⁴. La procédure d'appel semble donc pourvue d'un effet dévolutif complet permettant la guérison des vices de procédure. D'ailleurs, la doctrine n'envisage le renvoi qu'en présence de vices graves permettant d'inférer que des pans entiers du litiges n'ont pas été jugés correctement²⁷⁵⁵, situation somme toute analogue à celle d'un appel aux fins d'annulation en droit français. Bien plus encore que la similitude des ordres juridiques,

²⁷⁴⁶ MEIER, Zivilprozessrecht, p. 36 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 101.

²⁷⁴⁷ Urs SCHENKER, in Baker&McKenzie, n° 23 ad art. 53 CPC 2008 (réserve toutefois l'annulation « *in besonders schweren Fällen der Verweigerung des rechtlichen Gehörs, wie z.B. dem Ausschluss einer Partei von Äusserungsrecht* »). SUTTER-SOMM, p. 107 qui ne semble poser aucune condition.

²⁷⁴⁸ Tarkan GÖKSU, in : BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 40 et 41 ad art. 53 CPC 2008 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 130 ; Paul OBERHAMMER, in OBERHAMMER, n° 13 ad art. 53 CPC 2008 ; Thomas SUTTER-SOMM/Marco CHEVALIER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 27 ad art. 53 CPC 2008.

²⁷⁴⁹ Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 109-110 (ad art. 53 CPC 2008).

²⁷⁵⁰ Myriam A. GEHRI, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 34 ad art. 53 CPC 2008 ; Jacques HALDY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 20 ad art. 53 CPC 2008 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 131 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 134.

²⁷⁵¹ Voy. les études ALBERTINI, p. 463-464 ; SCHINDLER (pp. 169, 177-178 et 195) et KNEUBÜHLER (p. 111-119) ; Arthur HAEFLIGER/Frank SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz – Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2^{ème} édition, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1999, p. 163. Les ouvrages plus généraux se font également l'écho de ce scepticisme : AUBERT/MAHON, n° 7 ad art. 29 Cst ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. 2, p. 615.

²⁷⁵² Mentionne la jurisprudence du Tribunal fédéral et les critiques du reste de la doctrine : Ulrich HÄFELIN/Walter HALLER/Helen KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7^{ème} édition, Schulthess, Zurich, 2008, p. 256 ; Michel HOTTELIER, Les garanties de procédure, in Jean-François AUBERT/Jörg Paul MÜLLER/Daniel THÜRER (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Schulthess Juristische Medien, Zurich, 2001, pp809 ss spécialement p. 813 ; Reinhold HOTZ, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 1^{ère} édition, n° 32-33 ad art. 29 Cst ; Gerold STEINMANN, in EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 2^{ème} édition, n° 26 ad art. 29 Cst. Hésitant : BIAGGINI, n° 9 ad art. 29 Cst (« *Die Rechtslehre mahnt zur Zurückhaltung, da eine (Rechtsmittel-) Instanz verlorengeht [...] Eine gewisse Zurückhaltung leuchtet ein, doch sollte der für die Betroffenen oft nicht minder wichtige Aspekt der Verfahrensbeschleunigung gebührend berücksichtigt werden.* »)

²⁷⁵³ SEILER, Abschied von der formellen Natur, p. 381-382. Il est intéressant de relever que ce même auteur propose, sous le couvert d'un test de causalité, d'examiner si le vice de procédure a eu une conséquence sur le bon déroulement, et notamment sur l'issue du litige (voy. p. 382-383). On retrouve ainsi le mécanisme du grief, mais dans une approche particulièrement stricte, en ce sens qu'elle prend en compte l'issue du litige.

²⁷⁵⁴ En ce sens : SEILER, Die Berufung, p. 631.

²⁷⁵⁵ SEILER, Die Berufung, *ibid.*

c'est surtout le pragmatisme des juridictions françaises qui devrait conduire à faire accepter cette solution en droit suisse. L'admission généralisée de la guérison des vices de procédure par la procédure d'appel n'a pas entraîné d'injustices criantes dans ce pays et elle a été approuvée par la Cour européenne des droits de l'Homme à deux reprises²⁷⁵⁶. Par ailleurs, la juridiction de Strasbourg a également approuvé, en matière pénale, l'application de la guérison des vices de procédure en degré d'appel devant les juridictions suisses²⁷⁵⁷. Cela devrait donc encourager l'application du procédé aux procès civils.

789. Le droit suisse connaît même un garde-fou procédural supplémentaire qui n'existe pas en droit français²⁷⁵⁸ et qui écarte tout risque de violation grave du droit d'être entendu. Lorsqu'un jugement a été rendu suite au défaut non fautif d'une des parties, qu'il soit initial ou subséquent²⁷⁵⁹, celle-ci peut demander la reprise de la procédure dans les dix jours suivant la disparition de l'empêchement²⁷⁶⁰, mais au plus tard dans les six mois suivant l'entrée en force du jugement²⁷⁶¹. L'acceptation d'une telle demande a pour effet de mettre à néant le jugement de première instance et d'entraîner la reprise de la procédure²⁷⁶². La partie dont le droit d'être entendu a été violé en première instance, et qui de ce fait ne peut se voir reprocher aucune faute, n'est ainsi pas tenue d'interjeter appel pour se prémunir contre le jugement adopté. Elle peut obtenir une nouvelle décision de justice de première instance et conserver ainsi le bénéfice des différents degrés de juridiction. La demande de reprise de la procédure joue ainsi un rôle similaire à l'opposition du droit français²⁷⁶³, mais sans être limitée aux décisions de justice rendues en dernier ressort²⁷⁶⁴. Cela rend ainsi superflu l'admission, en droit suisse, de l'exception prétorienne à l'effet dévolutif en présence d'un vice de procédure affectant l'acte

²⁷⁵⁶ Cf. supra, n° 743.

²⁷⁵⁷ Voy. la décision d'irrecevabilité suivante : CourEDH, *Gomez Cespon c. Suisse*, n° 45343/08, décision du 5 octobre 2008 où le requérant avait déclaré devant la juridiction d'appel avoir reçu des informations suffisamment précises.

²⁷⁵⁸ Une institution similaire existe certes, le relevé de forclusion de l'art. 541 CPC 1975, mais elle concerne uniquement le délai d'appel ou d'opposition (art. 541 al. 1 CPC 1975).

²⁷⁵⁹ Le texte de l'art. 148 CPC 2008 ne distingue, en effet, pas selon que le défaut est « *faute de comparaître* » ou « *faute de conclure* ». Sur ce point, le droit suisse présente donc une certaine analogie avec l'art. 152 CPC 1806. En revanche, la reprise de la procédure n'est possible qu'en l'absence de faute de la partie concernée, condition qui n'existait pas dans la législation française et qui avait ouvert la voie à tous les abus imaginables.

²⁷⁶⁰ Art. 148 al. 2 CPC 2008.

²⁷⁶¹ Art. 148 al. 3 CPC 2008.

²⁷⁶² Il n'existe pas encore de jurisprudence sur ce point, mais la doctrine est claire : Urs H. HOFFMANN-NOWOTNY, in OBERHAMMER, n° 11 ad art 148 CPC 2008 ; Samuel MARBACHER, in Baker&McKenzie, n° 17 ad art. 148 CPC 2008 ; Adrian STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 15 ad art. 148 CPC 2008 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 621 (art. 148 CPC 2008).

²⁷⁶³ Art. 571 ss CPC 1975.

²⁷⁶⁴ L'art. 571 CPC 1975 dispose que l'opposition « *tend à faire rétracter un jugement rendu par défaut.* » En vertu de l'art. 473 al. 1 CPC 1975, ceux-ci ne sont rendus que si « *la décision est en dernier ressort et si la citation n'a pas été délivrée à personne.* »

introdutif d'instance. La seule véritable difficulté rencontrée découle des restrictions en matières de nouvelles allégations de faits et de nouveaux moyens de preuve.

790. La guérison des vices de procédure ne devrait pas être limitée à l'appel. S'agissant du Tribunal fédéral, le recours est pourvu de l'effet dévolutif, la partie recourante ne pouvant prendre des conclusions cassatoires que si la juridiction suprême est dans l'impossibilité de se prononcer sur le fond²⁷⁶⁵. *A fortiori*, la jurisprudence favorable²⁷⁶⁶ à la guérison devrait être maintenue²⁷⁶⁷. Elle valait autrefois pour le recours de droit public, malgré la nature cassatoire de celui-ci. Elle a d'ailleurs été furtivement confirmée sous l'empire de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral²⁷⁶⁸, même si des arrêts allant dans le sens opposé se rencontrent également²⁷⁶⁹. Lorsque le débat devant le tribunal cantonal portait sur des questions purement juridiques, la procédure devant le Tribunal fédéral est suffisamment dévolutive pour permettre la guérison des vices de procédure²⁷⁷⁰. Cette solution est approuvée par la Cour européenne des droits de

²⁷⁶⁵ Voy. l'arrêt de principe en matière civile : ATF 133 III 489, cons. 3.1.

²⁷⁶⁶ Elle était toutefois critiquée en doctrine : MESSMER/IMBODEN, p. 209-210.

²⁷⁶⁷ ATF 126 I 68, cons. 2, SJ 2000 I 514, RDAF 2001 I 586, confirmé in : TF du 15 mars 2005, 5P.18/2005, cons. 4.4 ; TF du 31 janvier 2003, 5P.263/2002 et 5P.463/2002, cons. 3.1.

²⁷⁶⁸ TF du 28 mars 2011, 5A_503/2010, cons. 2.4 ; TF du 15 février 2008, 5A_682/2007, cons. 2.1.1 *in fine* : « La violation du droit d'être entendu peut être réparée, notamment, dans la procédure devant le Tribunal fédéral, lorsque le pouvoir d'examen de celui-ci n'est pas restreint par rapport à celui de la dernière autorité cantonale et qu'il n'en résulte aucun préjudice pour le justiciable... ». Se tournant vers les circonstances de l'espèce, la juridiction suprême avait ensuite constaté (cons. 2.1.2 *in fine*) qu'« au demeurant, le grief serait-il fondé que le vice serait de toute façon réparé, le Tribunal fédéral disposant à l'égard des critiques soulevées – à savoir la violation du principe de l'unité du jugement de divorce, en relation avec l'art. 148 al. 1 CC – d'un plein pouvoir d'examen. » Il existe un arrêt publié en matière administrative allant implicitement dans le même sens : ATF 133 I 100, cons. 4.9.

²⁷⁶⁹ TF du 21 mars 2011, 5A_42/2011, cons. 2.6 ; TF du 12 février 2009, 5A_835/2008 et 5A_24/2009, cons. 2.3 : « En l'occurrence, si le Tribunal fédéral devait conclure que l'autorité cantonale a, comme le prétend la recourante, violé le droit d'être entendue de celle-ci, il ne serait pas en mesure de statuer sur le fond, mais ne pourrait que renvoyer la cause au Tribunal de district. » La portée de cet arrêt est toutefois relativisée par le fait que la phrase citée est tirée du considérant traitant de l'admissibilité de conclusions purement cassatoires.

²⁷⁷⁰ Ce ne sera, en revanche pas le cas, si l'application du droit cantonal est contestée : TF du 22 septembre 2011, 4A_222/2011, cons. 2.2 ; TF du 9 avril 2003, 5P.58/2003, cons. 1.5. A en croire la juridiction suprême il en va de même pour les faits : TF du 8 mars 2011, 5D_8/2011, cons. 2.2 concernant la date à laquelle une partie a pris connaissance d'observations déposées par son adversaire. Dans ce dernier cas, nous sommes d'avis qu'on ne peut entièrement exclure la guérison, vu que le Tribunal fédéral pourrait administrer lui-même les preuves pertinentes que lui proposerait la partie concernée à l'appui de son grief tiré de la constatation manifestement inexacte des faits (cf. art. 97 al. 1, 99 al. 1 et 105 al. 2 LTF) et rendre un jugement sur le fond. Le fait que son pouvoir d'examen soit limité à la constatation manifestement incomplète des faits, ne nous paraît pas déterminant, car une fois que le Tribunal fédéral a relevé la lacune dans l'arrêt cantonal, et décidé d'administrer les preuves présentées par la partie, il retrouve son plein pouvoir d'examen quant au résultat de la procédure probatoire (*a contrario* : TF du 19 mars 2009, 5A_84/2009, cons. 2.1 relevant que « Die Befugnis des Bundesgerichts zur Überprüfung des Sachverhalts ist beschränkt; im Verfassungsbeschwerdeverfahren kann es nur eingreifen, wenn die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 116 BGG beruhen. Bei den von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen geht es auch um Sachverhaltsfragen, die den Ausgang des Verfahrens beeinflussen konnten, weshalb die Verletzung des rechtlichen Gehörs im bundesgerichtlichen Verfahren nicht geheilt werden kann. ») En effet, la juridiction suprême ne va pas se livrer à une appréciation superficielle des nouvelles preuves, sous prétexte que son pouvoir d'examen est bridé. Les limitations du pouvoir d'examen ne constituent que des seuils interdisant à la juridiction suprême de fonctionner comme une juridiction d'appel. Ils n'empêchent toutefois pas une nouvelle appréciation des faits, sitôt qu'est établi le caractère manifestement erroné des données figurant dans l'arrêt cantonal. La seule hypothèse contraire envisageable, serait une erreur résultant d'une appréciation arbitraire des preuves, au sens des articles 9 et 29 al. 2 Cst, sans pouvoir être considérée comme « *manifestement inexacte* » au sens

l'Homme²⁷⁷¹. Elle s'impose également s'agissant du recours limité au droit prévu par le Code de procédure civile, vu la parenté avec la procédure devant le Tribunal fédéral²⁷⁷². Cela signifie que si les faits du litige ne sont pas contestés entre les parties, la violation du droit d'être entendu commise en première instance ne portant que sur des arguments juridiques, le recours au Tribunal cantonal sera pourvu de l'effet guérisseur.

Section 2 : L'application du procédé de guérison

791. Après avoir identifié les vices de procédure guérissables, nous allons maintenant nous pencher sur le raisonnement suivi par les juridictions pour arriver à la conclusion que la guérison a eu lieu. Comme nous l'avons vu précédemment, celle-ci repose sur la constatation que le vice de procédure n'a eu aucune conséquence sur le déroulement du procès et peut être ignoré²⁷⁷³. Autrement dit, la guérison est la conséquence de l'*absence de grief*. Tout dépend donc de la définition de ce concept, ou plutôt du choix d'un critère d'évaluation. C'est ce que nous examinerons en premier lieu (§ 1). Plusieurs paramètres peuvent être retenus en fonction des divers intérêts en jeu dans le procès et ce choix élargit, ou restreint, les possibilités de guérison des vices de procédure. Nous examinerons donc les conséquences des solutions retenues par la jurisprudence et la doctrine (§ 2).

§ 1 : Le choix d'un critère d'évaluation de l'*absence de grief*

792. L'évaluation de l'*absence de grief* a donné lieu à un vaste débat en droit français, et, dans une mesure plus limitée, en droit suisse. Doctrine et jurisprudence s'opposent fréquemment sur ce point. Nous les aborderons donc séparément, en commençant par la première (A), avant d'examiner la seconde (B)

des art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF. Dans ce cas, le Tribunal fédéral ne pourrait que casser l'arrêt cantonal, vu qu'il y aurait violation du droit sans possibilité de revoir l'appréciation des faits. Il s'agit toutefois d'un cas d'école, vu la jurisprudence claire mettant sur pied d'égalité la constatation « *arbitraire* » et « *manifestement inexacte* » des faits (voy. ATF 133 III 193, cons. 7.1 et ATF 133 II 249, cons. 1.2.2 et surtout : TF du 11 novembre 2008, 4A_165/2008, cons. 3.2 : « *La definizione di "manifestamente inesatto" corrisponde a quella di arbitrario [...] e configura dunque a sua volta una violazione di un diritto fondamentale* »).

²⁷⁷¹ Voy. CourEDH, *Dallos c. Hongrie*, n° 29082/95, arrêt du 1^{er} mars 2001, §§ 50-53, Recueil des arrêts et décisions 2001-II.

²⁷⁷² Une opinion contraire se retrouve malheureusement souvent dans la doctrine : Dieter FREIBURGHaus/Susanne AFHELDT, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 11 ad art. 327 CPC 2008 (n'excluent toutefois pas complètement) ; Urs SCHENKER, in Baker&McKenzie, n° 23 ad art. 53 CPC 2008.

²⁷⁷³ Cf. supra, n° 708.

A) Les différentes conceptions doctrinales du grief

793. La doctrine française et suisse se distinguent nettement sur la question. Alors que les auteurs français ont développé une théorie complète (1), leurs collègues suisses se montrent bien plus réservés (2).

1) La position de la doctrine française

794. L'essentiel du débat au sein de la doctrine française s'articule autour de l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile, disposition qui constitue la « *pièce angulaire du système* »²⁷⁷⁴. Tout l'enjeu réside dans le sens qu'il convient de donner à l'expression « *prouver le grief que [...] cause l'irrégularité.* » Pour bien cerner la notion, il nous faut donc nous pencher plus en avant sur le sens du mot « *grief* », en gardant bien à l'esprit que cette disposition a pour but de « *repousser la tentative, presque naturelle, consistant à soutenir qu'un acte est nul parce qu'il contrevient à telle disposition du Code, prévue à peine de nullité.* »²⁷⁷⁵ La définition du « *grief* » est donc étroitement liée à la problématique de l'interdiction du formalisme excessif.

795. La nullité pour vice de forme doit ainsi « *préjudicier aux intérêts de la partie qui s'en prévaut* »²⁷⁷⁶. La partie concernée est « *empêchée ou limitée dans ses possibilités de défense* »²⁷⁷⁷, car l'irrégularité « *perturbe sérieusement le déroulement du procès.* »²⁷⁷⁸ La « *désorganisation des moyens de défense* »²⁷⁷⁹ peut aller jusqu'à « *l'impossibilité de faire valoir ses droits* »²⁷⁸⁰, une partie de la doctrine ne reconnaissant que cette situation comme constitutive d'un grief²⁷⁸¹. En dépit de ces précisions, le concept de « *grief* »

²⁷⁷⁴ LEMÉE, p. 29 ; MAYER, p. 38.

²⁷⁷⁵ HÉRON/LE BARS, p. 170.

²⁷⁷⁶ PUTMAN, Nullités, n° 142. En ce sens également : COUTANT, p. 182.

²⁷⁷⁷ LEMÉE, p. 43. L'idée se retrouve chez d'autres auteurs, voy. par exemple : GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 669 (« *...si celui qui l'invoque peut démontrer que c'est à cause de cette irrégularité qu'il n'a pas pu organiser sa défense dans les conditions prévues par la loi.* »). BEAUCHARD (Nullité des actes de procédure-Vices de forme, n° 70) estime qu'un grief est caractérisé en présence d'une « *entrave, ou même une simple gêne, à condition qu'elle soit bien réelle, à l'organisation de la défense de l'adversaire.* »

²⁷⁷⁸ L'expression se rencontre chez plusieurs auteurs : HÉRON/LE BARS, p. 171 parlent d'irrégularité qui « *perturbe sérieusement le déroulement du procès pour le plaideur qui l'invoque* » ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 669 mentionnent la situation du plaideur qui « *n'a pas pu organiser sa défense dans les conditions prévues par la loi.* »

²⁷⁷⁹ COUTANT, p. 182.

²⁷⁸⁰ CLÉMENT, p. 437.

²⁷⁸¹ Sur cette question : GAMBIER, pp. 176 ss ; COUTANT, p. 183-186. Tous deux critiquent cette approche. COUTANT finit par proposer sa propre approche, considérant (p. 186) « *qu'il y aurait grief lorsque les destinataires de l'acte n'auraient pas eu ou n'auraient pas pu prendre connaissance de l'acte qui leur était destiné ou qu'ils n'en n'auraient pris qu'une connaissance partielle.* » GAMBIER, quant à elle, se montre finalement plus hésitante, arrivant à la conclusion (p. 198) que « *la conception restrictive de la notion de grief conduit, dans la plupart des cas, à faire produire des effets juridiques normaux à des actes gravement irréguliers ou incomplets* », tout en reconnaissant que « *cette conception permet d'éviter que l'inadvertance de l'auteur d'un acte de procédure ne produise des conséquences disproportionnées.* »

demeure nimbé d'un voile de mystère. Pour le percer, il faut changer d'angle d'attaque et sortir du champ des définitions.

796. Une première piste serait d'approfondir les liens conceptuels entre le préjudice subi et la notion de « *grief* ». Outre le fait qu'elle débouche sur d'improbables spéculations théoriques²⁷⁸², elle se heurte à la jurisprudence postulant l'absence de différence entre les deux notions²⁷⁸³. Nous ne la suivrons donc pas. Il est, en fait, plus judicieux d'identifier les différents critères d'évaluation du « *grief* », soit les éléments factuels permettant d'arriver à la conclusion qu'un « *grief* » existe, ou non. Deux conceptions s'affrontent à ce propos : l'approche *concrète* et l'approche *abstraite* (a). Certains auteurs ont proposé une solution de compromis en développant une théorie mixte regroupant les deux tendances (b).

a) L'opposition entre l'approche *concrète* et
l'approche *abstraite*

797. La distinction entre les deux approches est antérieure au Code de procédure civile de 1975. Elle avait été élaborée par HÉBRAUD sous l'empire de la législation précédente²⁷⁸⁴ et s'est maintenue en doctrine depuis lors²⁷⁸⁵. La différence réside dans l'importance qu'il faut accorder à la gravité du vice de procédure commis pour évaluer le préjudice auquel est exposé la partie lésée.

798. L'approche *concrète* part de l'idée que le grief doit être uniquement évalué sur la base des données de l'instance dans laquelle l'acte vicié a été effectué²⁷⁸⁶. Le préjudice n'est établi que si la partie lésée parvient à persuader la juridiction saisie que « *la désorganisation de la défense [trouve] sa source dans le vice de forme allégué* »²⁷⁸⁷, étant entendu que l'acte de procédure « *tend dans la majeure partie des cas à informer son destinataire* »²⁷⁸⁸. Le juge examinera la situation au vu des « *éléments de l'espèce* »²⁷⁸⁹, en se penchant sur les « *circonstances de la cause au niveau des*

²⁷⁸² Pour plus de précisions, voy. parmi tant d'autres COUTANT, pp. 187 ss.

²⁷⁸³ Cass. 2^{ème} civ., 18 janvier 1989, JCP 1989 éd. G II 21286. Cette opinion est relayée en doctrine : GAMBIER, p. 177 ; JUNILLON, Le formalisme, p. 442, n° 164.71 (« *Le grief est constitué par le préjudice causé à la partie...* ») ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 669 (« *La notion de grief se confond avec le préjudice* »)

²⁷⁸⁴ Pierre HÉBRAUD, Note sous Cass. com., 18 nov. 1947, D. 1948.1.147.

²⁷⁸⁵ Voy. Jean-Pierre BROUILLAUD, Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées, D. 1996. chron. 98, spécialement pp. 99-100 ; COUTANT, pp. 191 ss ; GAMBIER, pp. 205 ss ; HÉRON/LE BARS, p. 171 ; LOBIN, pp. 233 ss ; TOMASIN, pp. 864 ss ; WIEDERKEHR, La notion de grief, pp. 165 ss.

²⁷⁸⁶ COUTANT, p. 192 ; GAMBIER, p. 206 ; LEMÉE, p. 44 ; WIEDERKEHR, La notion de grief, p. 167.

²⁷⁸⁷ CADIET/JEULAND, p. 368.

²⁷⁸⁸ COUTANT, p. 27.

²⁷⁸⁹ COUTANT, p. 191.

plaideurs »²⁷⁹⁰, de manière à vérifier « *s'il existe des faits de nature à établir l'existence réelle d'un grief* »²⁷⁹¹.

799. L'approche *abstraite* tient compte en revanche de la gravité du vice de procédure et de son impact sur le procès, sans s'arrêter uniquement au cas concret, mais en raisonnant de manière plus générale²⁷⁹². Certains vices de procédure sont ainsi sanctionnables malgré la persistance du débat contradictoire²⁷⁹³, car « *parfois, la gravité du vice est telle que l'on peut se demander si la preuve du grief n'est pas induite par la gravité du vice.* »²⁷⁹⁴ Se pose alors le problème de l'identification des vices de procédure suffisamment graves. La doctrine propose tantôt le critère traditionnel du « *bon père de famille* »²⁷⁹⁵, ou le fait de « *déranger le cour normal de la procédure* »²⁷⁹⁶.

b) Les théories mixtes

800. Certains auteurs proposent de combiner les deux approches. JUNILLON soutient ainsi que la distinction entre celles-ci est « *peut-être trop théorique, l'appréciation du grief se faisant en réalité au regard de la gravité du vice et de l'impact que celui-ci a ou peut avoir sur la procédure* »²⁷⁹⁷. Si la partie lésée a participé à la procédure, alors l'appréciation doit se faire de manière concrète. En revanche, si elle ne s'est pas manifestée, il faut tenir compte de la gravité du vice de procédure²⁷⁹⁸.

801. D'autres auteurs sont allés encore plus loin et ont tenté d'appliquer cumulativement les deux approches. GAMBIER se range du côté de l'appréciation *abstraite*, relevant toutefois que celle-ci « *est nécessaire mais elle n'est pas suffisante, une vérification cas par cas doit être effectuée pour éviter les exceptions de nullité purement dilatoires.* »²⁷⁹⁹ De manière symétrique, PUTMAN part de l'approche *concrète*, mais suggère d'« *alléger le fardeau de la preuve en présence d'une violation caractérisée des règles d'un procès loyal.* »²⁸⁰⁰ Quant à COUTANT, il estime que le grief se caractérise par une « *information [...] inexistante, partielle, déloyale ou présentée dans de très*

²⁷⁹⁰ COUTANT, *ibid.*

²⁷⁹¹ COUTANT, *ibid.*

²⁷⁹² COUTANT, p. 191 et pp. 198 ss. Ce critère d'évaluation est également mentionné par HÉRON/LE BARS, p. 171.

²⁷⁹³ GAMBIER, p. 211.

²⁷⁹⁴ Christophe LEFORT, Procédure civile, 2^{ème} édition, Dalloz, 2007, p. 155. En ce sens également : WIEDERKEHR, La notion de grief, p. 166.

²⁷⁹⁵ COUTANT, p. 200.

²⁷⁹⁶ WIEDERKEHR, La notion de grief, p. 167.

²⁷⁹⁷ JUNILLON, Le formalisme, p. 443, n° 164.83.

²⁷⁹⁸ JUNILLON, *ibid.*

²⁷⁹⁹ GAMBIER, p. 215.

²⁸⁰⁰ PUTMAN, Nullités, n° 157.

courts délais pour la bonne marche de la justice »²⁸⁰¹ et qu'il peut faire l'objet d'une présomption simple sur la base de critères abstraits²⁸⁰². Finalement, BEAUCHARD propose de « compléter l'appréhension des circonstances de l'espèce », de manière à tenir « compte de la nature des droits auxquels il a été porté atteinte ». Il en déduit qu'il est parfois envisageable d'« admettre que le grief est impliqué dans la violation », notamment lorsqu'« un huissier de justice pratique une saisie au domicile du débiteur, en dehors des heures légales ou, en l'absence du saisi, sans se faire assister de témoins », car dans ce cas « le grief qui en résulte est évident ; il fait corps en quelque sorte avec l'irrégularité et doit être admis sans difficulté. »²⁸⁰³

2) La conception dans la doctrine suisse

802. La conception de l'absence de préjudice dans la doctrine suisse est aux antipodes des débats existant en France. Il n'existe aucune théorie générale (a), même si on peut retrouver les éléments essentiels des débats animant la doctrine française (b).

a) L'absence de théorie générale

803. Nous avons vu précédemment que la guérison des vices de procédure ne fait l'objet d'aucune disposition législative précise en droit suisse. Même si elle est généralement admise, elle ne bénéficie pas d'un ancrage aussi fort qu'en droit français. La régularisation des vices de procédure lui est de loin préférée²⁸⁰⁴. Cette préférence se ressent lorsqu'il s'agit d'aborder la question de l'absence de préjudice. L'absence de base légale ne stimule pas les débats autour du concept.

b) Les débats implicites

804. En dépit du manque d'intérêt de la doctrine, on retrouve çà et là quelques allusions à la problématique longuement évoquée en droit français, à laquelle il n'est toutefois jamais fait référence en des termes explicites. Dans son commentaire de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, DONZALLAZ indique ainsi que la guérison des vices de procédure affectant la notification d'un acte de procédure permet de s'opposer à « toute revendication qu'une personne impartiale et intègre considérerait, au vu des circonstances de l'espèce comme contraire à l'objectif de la norme invoquée », car « la guérison des vices de notification, comme de ceux de procédure, d'une manière plus

²⁸⁰¹ COUTANT, p. 509.

²⁸⁰² COUTANT, p. 510.

²⁸⁰³ BEAUCHARD, Nullité des actes de procédure-Vices de forme, n° 72.

²⁸⁰⁴ Vu qu'elle fait l'objet d'une disposition dans le Code de procédure civile (art. 132).

générale, doit donc demeurer l'exception et ne saurait déboucher sur l'adoption de règles quasi-coutumières contraires aux codes »²⁸⁰⁵. Ces propos correspondent en substance à l'approche *abstraite* du droit français, car la gravité du vice de procédure est considérée comme plus importante que la réalisation du but assigné à la formalité violée. Quelques auteurs refusent ainsi la guérison des vices de procédure affectant la notification des actes de procédure en raison du risque d'atteinte au droit d'être entendu des parties. Il s'agit de STROBEL, proclamant que la violation des règles relatives à la notification des actes de procédure emporte *per se* violation du droit d'être entendu²⁸⁰⁶, et de WEBER pour qui les actes accomplis au cours d'une audience tenue sur une citation viciée sont inutilisables²⁸⁰⁷. La doctrine dans son ensemble se montre toutefois plus modérée. Elle n'exclut la guérison des vices procédure qu'en présence d'une notification par voie édictale abusive²⁸⁰⁸ ou d'une notification internationale²⁸⁰⁹.

805. Une approche plus souple se dessine ainsi concernant d'autres vices de procédure. Dans son ensemble, la doctrine se montre favorable à l'approche *concrète* du préjudice subi, considérant que la réception effective guérit les vices affectant la notification²⁸¹⁰. Certains auteurs vont même jusqu'à affirmer que le destinataire a l'obligation de se renseigner auprès des autorités compétentes afin de lever tout doute sur

²⁸⁰⁵ DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 1307, ad art. 49 LTF.

²⁸⁰⁶ Eva-Maria STROBEL, in Baker&McKenzie, n° 14 ad art. 136 CPC 2008.

²⁸⁰⁷ Roger WEBER, in OBERHAMMER, n° 1 ad art. 133 CPC 2008.

²⁸⁰⁸ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 16 ad art. 141 CPC 2008 ; Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 11 ad art. 141 CPC 2008 ; Reto M. JENNY, in GEHRI/KRAMER, n° 7 ad art. 141 CPC 2008 ; Roger WEBER, in OBERHAMMER, n° 6 ad art. 141 CPC 2008. Voy. également Eva-Maria STROBEL, n° 26 ad art. 141 CPC 2008 pour qui la fiction de la communication ne vaut pas lorsque la notification par voie édictale est abusive.

²⁸⁰⁹ Kathrin AMSTUTZ/Peter ARNOLD, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 5 ad art. 49 LTF ; Thomas BISCHOF, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- oder Handelssachen, thèse Saint-Gall, Coll. Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Vol. 31, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1997, pp. 392 ss (système de la Convention de Lugano) et p. 425-426 (droit international privé commun) ; François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 32 ad art. 133 CPC 2008 ; Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 16 ad art. 137 CPC 2008 ; DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 1290 ad art. 49 LTF ; Yves DONZALLAZ, Commentaire sous TF du 22 octobre 2002, AJP/PJA 2003, p. 856 ; Yves DONZALLAZ, La notification internationale des actes de poursuite, in Myriam A. GEHRI/Moritz W. KUHN/Hans Michael RIEMER/Dominik VOCK (édit.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht – Festschrift für Karl Spühler, Schulthess juristische medien AG, Zurich, 2005 ; pp. 55 ss, spécialement p. 69 ; GEHRI, Die Ediktalzustellung, p. 95 ; Lukas HUBER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 30 ad art. 133 CPC 2008 ; KREN KOSTKIEWICZ, p. 223 ; TREZZINI, Kürzere Wege, p. 165.

²⁸¹⁰ Paul ANGST, in STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, n° 23 ad art. 64 LP ; François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 27 ad art. 133 CPC 2008 ; Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 11 ad art. 136 CPC 2008 et n° 26 ad art. 138 CPC 2008 ; BOHNET/BRÜGGER, p. 331-333 ; Alfred BÜHLER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 36 ad art. 134 CPC 2008 ; DONZALLAZ, La notification en droit interne, pp. 565 ss ; GILLIÉRON, n° 20 ad art. 72 LP ; HOHL, vol. 2, 2^{ème} édition, p. 112-113 ; Lukas HUBER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 28 ad art. 133 CPC 2008 et n° 22 ad art. 137 CPC 2008 ; Charles JAQUES, De la notification des actes de poursuite, BISchK 2011, pp. 177 ss, spécialement p. 192-193 ; Yvan JEANNERET/Saverio LEMBO, in DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, n° 34 ad art. 64 LP ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 199 ; Adrian STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 6 ad art. 133 CPC 2008.

l'identité de la personne visée par une citation²⁸¹¹. Seul TREZZINI considère que l'absence de comparution empêche tout effet guérisseur et que le destinataire doit pouvoir, au vu des circonstances, soutenir que la réception effective de la citation en justice n'a pas remédié à la violation de son droit d'être entendu²⁸¹².

806. Parfois, la guérison des vices de procédure est admise selon une géométrie variable. Ainsi STAEHELIN considère que la notification d'un jugement à la partie directement au lieu de son représentant ne fait jamais courir le délai de recours²⁸¹³, tout en soutenant qu'il est abusif d'invoquer l'absence de pouvoir du récipiendaire d'un acte de procédure lorsque ce dernier est parvenu à son destinataire²⁸¹⁴. On voit cependant mal ce qui distingue les deux situations. Le problème est en fait le même. L'acte a été notifié à la mauvaise personne et il faut déterminer les conséquences de cette erreur sur l'écoulement du délai de recours. Si la réception effective guérit le vice de procédure, elle doit le faire dans les deux cas. On retrouve la même ambivalence chez JENNY, pour qui la réception effective guérit les vices affectant la notification²⁸¹⁵, sauf lorsqu'il s'agit d'une citation en justice²⁸¹⁶. La comparution des parties sur une citation viciée n'emporte, selon cet auteur, aucune guérison du vice de procédure²⁸¹⁷.

807. La complexité des opinions exprimées s'explique certainement par le manque de vue d'ensemble du problème. Afin de lever toute incertitude, la doctrine suisse ferait bien de s'inspirer des travaux de ses homologues français et d'ouvrir un véritable débat sur la question de la guérison des vices de procédure et de l'absence de préjudice. Cela permettrait certainement de mettre fin aux contradictions que nous avons identifiées et assurerait une application aussi large que possible de la guérison des vices de procédure à laquelle nous adhérons personnellement.

²⁸¹¹ Kathrin AMSTUTZ/Peter ARNOLD, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 13 ad art. 49 LTF ; François BOHNET; n° 27 ad art. 133 CPC 2008 ; BOHNET/BRÜGGER, p. 332 ; HOHL, Vol. 2, 2^{ème} édition, p. 113.

²⁸¹² Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 563 (ad art. 133 CPC 2008). Voy. déjà TREZZINI, *Kürzere Wege*, p. 164 : « Diese Lösung [ie la guérison des vices de la notification] scheint mir zumindest gewagt, da sie den weg zur vollständigen Abschaffung der für die inländische Zustellung geltenden Formalitäten... » Un argument similaire se retrouve en droit français. MAYER (pp. 443 ss) propose ainsi de soustraire à l'application de l'art. 114 al. 2 CPC 1975 les vices de procédure « dont l'impunité risqué de préjudicier au maintien d'une pratique professionnelle correcte. »

²⁸¹³ Adrian STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 4 ad art. 137 CPC 2008.

²⁸¹⁴ Adrian STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 6 ad art. 138 CPC 2008. Cet auteur n'est pas le seul à exprimer un tel avis, voy. également : Eva-Maria STROBEL, in Baker&McKenzie, n° 7 ad art. 137 CPC 2008.

²⁸¹⁵ Reto M. JENNY, in GEHRI/KRAMER, n° 14 ad art. 138 CPC 2008.

²⁸¹⁶ Reto M. JENNY, in GEHRI/KRAMER, n° 4 ad art. 136 CPC 2008.

²⁸¹⁷ Reto M. JENNY, in GEHRI/KRAMER, n° 3 ad art. 134 CPC 2008.

B) La position des juridictions nationales

808. Après avoir examiné la position de la doctrine, nous allons maintenant présenter celle des juridictions. Nous constaterons tout d'abord que les tribunaux refusent généralement les constructions doctrinales (1). Ensuite, nous verrons qu'ils optent pour une approche *concrète* de la question de l'absence de préjudice (2).

1) Le refus des constructions doctrinales

809. Le rejet des constructions doctrinales est une constante dans la jurisprudence. Il se retrouve aussi bien en droit français (a), que suisse (b).

a) Jurisprudence française

810. La position de la jurisprudence française à l'égard de la doctrine est marquée par le refus de toute construction abstraite autours du concept de « *grief* ». La motivation figurant dans les arrêts de la Cour de cassation est particulièrement laconique²⁸¹⁸. Lorsqu'elle rejette un pourvoi portant sur l'appréciation du grief, elle se réfère à l'appréciation souveraine de la juridiction d'appel sans donner d'autres précisions²⁸¹⁹, ou au fait que celle-ci « *a écarté à bon droit, le moyen tiré de la nullité de la procédure.* »²⁸²⁰ La motivation n'est pas plus étayée en cas de désaccord entre la juridiction suprême et les cours d'appel. Dans ce cas, elle relève les éléments de faits avancés par ces dernières et prononce la cassation pour défaut de base légale²⁸²¹. Les arrêts d'appel n'étant pas motivés de manière plus détaillée²⁸²², cela signifie que les constructions doctrinales sont rejetées par l'ensemble des juridictions. Tout au plus peut-on rencontrer des très vagues références aux concepts doctrinaux, sans jamais qu'un auteur précis ne soit cité. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Paris confirme l'annulation d'une assignation en relevant que « *l'absence de moyens de droit développés dans l'acte introductif d'instance a causé au syndicat un grief, puisqu'elle l'a empêché d'organiser utilement sa défense.* »²⁸²³ Il s'agit d'une allusion à la définition du grief.

²⁸¹⁸ Les exemples figurant dans les notes de bas de page qui suivent sont tirés de la jurisprudence la plus récente.

²⁸¹⁹ Cass. 2^{ème} civ., 16 mai 2012, pourvoi n° 09-71793 ; Cass. 2^{ème} civ., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-15604 ; Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-25751 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-30334.

²⁸²⁰ Cass. com., 12 juillet 2011, pourvoi n° 09-72406.

²⁸²¹ Cass. 2^{ème} civ., 8 décembre 2011, pourvoi n° 10-21572 ; Cass. 2^{ème} civ., 20 octobre 2011, Bull. civ. II, n° 194.

²⁸²² Voy. Lyon, 19 avril 2011, RG n° 10/00021 ; Limoges, 24 mars 2011, RG n° 10/00433 ; Toulouse, 9 mars 2011, RG n° 09/05045 ; Lyon, 21 janvier 2011, RG n° 09/02348 ; Lyon, 19 novembre 2010, RG n° 10/00780 ; Fort-de-France, 26 février 2010, RG n° 06/00423 ; Nîmes, 10 novembre 2009, RG n° 07/01067 ; Montpellier, 24 mars 2009, RG n° 07/7560 ; Toulouse, 16 mai 2008, RG n° 07/02442.

²⁸²³ Paris, 8 février 2011, RG n° 10/14099.

811. La jurisprudence française ne s'étend guère sur la définition du « *grief* » et par voie de conséquence sur l'évaluation de l'absence de préjudice consécutive à un vice de forme. On assiste donc à un véritable divorce entre les approches doctrinales et jurisprudentielles. La doctrine en est réduite à systématiser la masse des arrêts, de manière à identifier les orientations jurisprudentielles, avec le risque qu'une même décision de justice soit interprétée de manière divergente. Davantage de détails ne feraient ainsi pas figure de luxe inutile. Une motivation plus étayée apporterait également plus de clarté et permettrait de diminuer ainsi le nombre de recours. Dans ces circonstances, on comprend, sans grande difficulté d'ailleurs, que l'interdiction du formalisme excessif ne soit pas non plus mentionnée par les tribunaux, même si son implication serait de nature à simplifier le débat.

b) Jurisprudence suisse

812. Les arrêts du Tribunal fédéral sont davantage motivés que ceux de la Cour de cassation française et ressemblent plutôt à des arrêts d'appel français. La question de l'évaluation de l'absence de préjudice devrait donc faire l'objet d'un débat plus étayé. Tel n'est pourtant pas le cas. La guérison des vices de procédure occupe une nette position d'arrière-plan en droit suisse et elle est le plus souvent limitée à la question des notifications viciées. Dès lors, le besoin d'une théorie générale se fait moins sentir. Cela explique pourquoi les décisions des juridictions suisses ne sont pas motivées de manière détaillée. Pour s'en rendre compte, il suffit de se pencher sur quelques décisions récentes. La jurisprudence a péremptoirement affirmé à plusieurs reprises que le délai pour former opposition à un commandement de payer courait dès la réception effective et indépendamment des vices de procédure affectant la notification²⁸²⁴. Les arrêts pertinents ne contiennent aucune autre précision, malgré l'existence d'autres décisions moins catégoriques²⁸²⁵. En ce sens, ils ne sont pas davantage motivés que les arrêts de la Cour de cassation française qui se réfèrent uniquement à la composante factuelle du grief.

²⁸²⁴ TF du 20 décembre 2011, 5A_500/2011, cons. 2.1 ; TF du 20 septembre 2011, 5A_639/2011 ; Trib. cant. VS, 2 août 2011, cons. 3a)aa), RVJ 2012, pp. 196 ss ; Trib. cant. FR, 26 mars 2010, cons. 1b, RFJ 2010, pp. 56 ss ; TF du 22 mai 2006, 7B.48/2006, cons. 3.2 ; Aut. surv. BE, 12 mai 2006, cons. 5a), BLSchK 2007, pp. 187 ss ; La solution est plus ancienne, voy. les arrêts de principes ATF 128 III 201, cons. 2, JdT 2002 II 23 et ATF 120 III 114, cons. 3b, JdT 1997II 50.

²⁸²⁵ Voy. par exemple : Trib. cant. GR, 17 août 2010, KSK 10 52, cons. 2.b) ; Cour supr. TG, 7 juin 2010, cons. 2b, RBOG 2010, pp. 111 ss.

2) Choix de l'approche *concrète*

813. En dépit du rejet des constructions doctrinales, les juridictions, qu'elles soient françaises ou suisses, évaluent l'absence de préjudice en appliquant l'approche *concrète*. Des différences subsistent néanmoins. Les tribunaux français soumettent la preuve du « *grief* » à des conditions strictes, développant ainsi une approche *concrète absolue* (a). Les juridictions suisses, en revanche, se montrent plus modérées en admettant fréquemment des exceptions, au point qu'on peut parler d'une approche *concrète tempérée* (b).

a) L'approche *concrète absolue* des juridictions françaises

814. La jurisprudence ne donne aucune indication générale sur les critères d'évaluation du préjudice subi du fait du vice de procédure. La doctrine²⁸²⁶ ne s'y trompe pas, les tribunaux français évaluent l'absence de préjudice en suivant strictement l'approche *concrète*, même si certaines décisions isolées se réclament parfois de l'approche *abstraite*²⁸²⁷. Ce principe traverse l'ensemble de la jurisprudence, ce que nous allons voir dans les exemples qui suivent.

815. Le premier cas de figure envisageable est celui d'une réaction correcte de la partie intéressée en dépit du vice de forme. Si le défendeur a comparu, il ne peut plus demander l'invalidation de l'instance au motif que la signification de l'acte introductif d'instance ne respecterait pas les dispositions légales prévues à peine de nullité²⁸²⁸ ou que la juridiction saisie ne serait pas désignée correctement²⁸²⁹. Le non-respect du délai d'ajournement est guéri par la comparution²⁸³⁰, qui peut intervenir suite à plusieurs

²⁸²⁶ BEAUCHARD, Nullité des actes de procédure-Vices de forme, n° 71 ; BOLZE, Leçon de droit civil sur les nullités, p. 159 ; COUTANT, p. 193 ; GAMBIER, p. 176 ; HÉRON/LE BARS, p. 171 ; LEMÉE, p. 54 ; LOBIN, p. 234 ; TOMASIN, p. 864 ; WIEDERKEHR, La notion de grief, p. 167. Plus ambigu : GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 669. Quant à JUNILLON (Le formalisme, p. 385-386, n° 164.90), il estime que la jurisprudence suit son approche mixte.

²⁸²⁷ Voy. les exemples cités par COUTANT, pp. 200 ss.

²⁸²⁸ La jurisprudence est constante : Cass. 2^{ème} civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-16416 ; Aix-en-Provence, 11 février 2009, RG n° 06/10948 ; Nouméa, 28 août 2008, RG n° 08/221 ; Cass. com., 6 avril 1999, pourvoi n° 96-20048 ; Cass. 2^{ème} civ., 25 juin 1997, pourvoi n° 95-10208 (le fait de pouvoir déposer un dire avant l'audience éventuelle en matière de saisie immobilière couvre les vices relatifs à la notification du cahier des charges) ; Cass. soc. 20 fév. 1991, D. 1991. IR. 78 ; Cass. 2^{ème} civ., 26 nov. 1986, JCP 1987. éd. G. IV. 43 ; Cass. soc., 19 nov. 1986, Bull. civ. V, n° 531 ; Cass. soc., 22 juil. 1986, Bull. civ. V, n° 472 (procédure électorale) ; Cass. com., 20 nov. 1984, Bull. civ. IV, n° 315 (procédure fiscale) ; Cass. 2^{ème} civ., 7 janv. 1982, JCP. 1982. éd. G. IV. 106 ; Cass. com. 21 juin 1977, Bull. civ. IV, n° 187 ; Cass. 1^{ère} civ., 15 oct. 1975, Bull. civ. I, n° 275 (assignation d'une société dont le siège se trouve à l'étranger).

²⁸²⁹ Paris, 3 octobre 1986, D. 1987. somm. 357 (note. Julien).

²⁸³⁰ Versailles, 6 avril 2011, RG n° 10/01974 ; Lyon, 21 janvier 2011, RG n° 09/02348.

renvois d'audience²⁸³¹. De même, une signification à domicile, effectuée en réalité sur le lieu de travail du destinataire n'est pas susceptible d'être annulée, si l'acte a finalement été remis en mains propres²⁸³². Le choix d'un procédé erroné de communication, lors même qu'il offre moins de garanties, ne saurait entraîner la nullité si le destinataire comparaît²⁸³³. En cas de pluralités de parties à un litige, seules celles n'ayant pas comparu peuvent exciper des vices de la notification de la citation²⁸³⁴.

816. L'effet guérisseur attaché à la comparution vaut pour les mentions devant figurer dans un acte de procédure. La violation des articles R. 411-1 ch. 2 et R. 412-1 du Code des procédures civiles d'exécution n'entraîne pas la nullité du commandement d'avoir à libérer les lieux si le destinataire sollicite spontanément un délai judiciaire pour s'exécuter²⁸³⁵. Même des erreurs graves relatives à l'identité des parties, ou à l'objet du litige, peuvent être guéries²⁸³⁶. L'absence de mention de l'identité du défendeur, dans l'assignation en déclaration de jugement commun²⁸³⁷, ou la seule indication des coordonnées de l'avocat du demandeur dans une opposition à une ordonnance du juge-commissaire d'une procédure collective²⁸³⁸, sont guéries par la comparution en justice de toutes les parties qui peuvent ainsi apprendre l'identité de leurs contradicteur. La déclaration d'appel n'indiquant ni les nom, prénom, profession et domicile de l'appelant ne peut être annulée si l'intimé comparaît et n'a aucun doute sur l'identité de son contradicteur²⁸³⁹.

²⁸³¹ Cass. com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 00-18250. Voy. cependant : Cass. com., 22 décembre 1975, Bull. civ. IV, n° 311 (cassation pour défaut de réponse aux conclusions du défendeur d'un arrêt refusant d'annuler une assignation comportant un délai de comparution trop bref) et Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 2003, Bull. civ. II, n° 196 qui considère qu'on ne se trouve pas en présence d'un vice de forme.

²⁸³² TGI Clermont-Ferrand, 26 avril 1977, JCP 1977 éd. G. II 18176 (note Almairac) ; Aix-en-Provence, 29 mai 1990, RTD civ. 1991, p. 163 (chron. Perrot) ; Cass. com., 5 mai 2004, pourvoi n° 02-15281 (considère qu'il s'agit d'un vice de forme, tout en constatant que le destinataire n'allègue ni ne prouve l'existence d'un grief).

²⁸³³ Cass. com., 24 avril 2007, pourvoi n° 06-10273 (convocation sur le fondement de l'ancien art. L. 624-3 C. com. par courrier et non par exploit d'huissier).

²⁸³⁴ Cass. soc., 6 décembre 1995, pourvoi n° 94-60575.

²⁸³⁵ Cass. 3^{ème} civ., 30 septembre 2009, Bull. civ. III, n° 208 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 juillet 2006, Bull. civ. II, n° 212. Vu leur date, les deux arrêts ont été rendus au visa des art. 194 ch. 2 et 195 du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992, mais le contenu du droit positif est le même. Une solution identique se retrouve en matière de saisie-immobilière : Bastia, 11 janvier 2012, RG n° 11/00500.

²⁸³⁶ *A fortiori*, les erreurs moins graves sont guéries : Cass. 2^{ème} civ., 21 janvier 2010, pourvoi n° 09-11760 (absence d'indication de la décision attaquée) ; Riom, 2 octobre 2008, RG n° 08/00296 (absence d'indication quant à la forme juridique de l'office HLM) ; Nouméa, 2 mars 2006, RG n° 05/00336 (omission de la date de naissance de l'appelant et du nom de l'intimé).

²⁸³⁷ Cass. soc., 15 décembre 1999, pourvoi, n° 98-60497.

²⁸³⁸ Lyon, 19 novembre 2010, RG n° 10/00780.

²⁸³⁹ Cass. soc., 15 décembre 1999, pourvoi n° 97-43709.

817. Lorsqu'une assignation est signifiée à une enseigne commerciale, dépourvue de la personnalité juridique, elle n'est pas nulle si le tenancier comparaît²⁸⁴⁰. Si la comparution n'est pas de nature à éliminer toute incertitude, il appartient à la partie concernée de faire le nécessaire afin de dissiper les derniers doutes. Quand une assignation devant le tribunal d'instance n'indique pas clairement la nature, référé ou fond, de la procédure²⁸⁴¹, le défendeur doit prendre les devants et obtenir les éclaircissements nécessaires. Il ne saurait se plaindre qu'un jugement sur le fond a été rendu malgré l'intitulé « *assignation en référé-expulsion*. »²⁸⁴² De même, la procédure introduite au nom d'une prétendue société anonyme française, en fait l'établissement français d'une société allemande, n'est pas nulle si l'erreur pouvait être décelée à la lecture de l'extrait K^{bis} du registre du commerce²⁸⁴³. Une procédure introduite par une personne physique mentionnant sa qualité de représentant d'une personne morale ne saurait être annulée au motif qu'un doute subsisterait sur l'identité des parties²⁸⁴⁴. Les actes postérieurs peuvent également faire disparaître le préjudice. Le fait de ne pas mentionner de date précise de déguerpissement dans le commandement précédant l'expulsion ne cause ainsi pas de grief si un délai de quinze jours avant l'exécution est tout de même respecté²⁸⁴⁵. Des circonstances antérieures ou périphériques peuvent jouer le même rôle. L'existence de plusieurs procès pendants entre les parties guérit le vice de procédure tiré de l'indication erronée du domicile et de la profession d'une partie²⁸⁴⁶.

818. L'absence de réaction correcte ne veut pas encore dire que la partie concernée puisse automatiquement en déduire que l'informalité lui a causé un grief. Le fait d'avoir à comparaître en justice en réponse à une assignation frappée d'un vice de

²⁸⁴⁰ Montpellier, 24 mars 2009, RG n° 07/7560 ; Cass. 2^{ème} civ., 17 avril 2008, Bull. civ. II, n° 96 ; Cass. com., 11 février 2003, Bull. civ. IV, n° 17. Une solution identique existe en matière d'établissements commerciaux de personnes morales : Cass. soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-43310.

²⁸⁴¹ La confusion n'est guère susceptible de se produire devant le tribunal de grande instance. En effet, la procédure en référé s'introduit par assignation emportant convocation pour une audience devant le président de la juridiction (art. 486 et 808 ss CPC 1975), alors que la procédure au fond n'oblige le défendeur qu'à comparaître en désignant son avocat (art. 755-756 CPC 1975), la fixation d'une audience n'intervenant qu'à un stade ultérieur (art. 752 et 757-759 CPC 1975). L'assignation à une audience sur le fond n'est possible (*assignation à jour fixe*) que moyennant autorisation judiciaire préalable (art. 788 CPC 1975) reproduite dans l'assignation (art. 789 CPC 1975). A la lecture de l'assignation le défendeur est en mesure de connaître exactement la nature de la procédure. Tel n'est pas nécessairement le cas devant le tribunal d'instance où la procédure de référé et la procédure ordinaire commencent toutes deux par une audience (art. 837 et 848 CPC 1975).

²⁸⁴² Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 2012, pourvoi n° 11-14996.

²⁸⁴³ Cass. 2^{ème} civ., 5 mars 2009, pourvoi n° 07-21139, cassant Versailles, 25 octobre 2007, RG n° 06/05030.

²⁸⁴⁴ Le problème se pose en pratique pour les procédures introduites « *ès-qualité* » : Toulouse, 9 mars 2011, RG n° 09/05045 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 février 2005, Bull. civ. II, n° 29 ; Cass. com., 25 avr. 1977, Bull. civ. IV, n° 111

²⁸⁴⁵ Cass. 2^{ème} civ., 8 février 2007, pourvoi n° 05-20936.

²⁸⁴⁶ Cass. 3^{ème} civ., 13 juillet 2011, pourvoi n° 10-15338.

forme, ne saurait ainsi être considéré comme préjudiciable *per se*²⁸⁴⁷. Fidèles à leur appréciation *concrète* de la situation, les juridictions imposent une démonstration très serrée du préjudice subi, même lorsque le vice de procédure est intentionnel²⁸⁴⁸. Cela est particulièrement vrai en matière de voies de recours. Il arrive souvent que les parties tentent de justifier la tardiveté de leurs démarches en soutenant que la signification du jugement attaqué est entachée de nullité²⁸⁴⁹ et qu'elle ne pouvait, dès lors, faire courir de délai. La jurisprudence exige dans ce cas la preuve que la violation du Code de procédure civile rendait illusoire le respect du délai²⁸⁵⁰, la seule présence du vice de procédure ne suffisant pas²⁸⁵¹. Le plus souvent la simple connaissance du jugement suffit à faire courir le délai pour le contester²⁸⁵². Les tribunaux ne se satisfont donc pas de simples difficultés. Ils mettent à la charge des parties concernées une véritable obligation de collaborer au bon déroulement du procès en prenant toutes dispositions utiles pour comparaître²⁸⁵³ ou recourir à temps. Ainsi, la Cour de cassation a retenu que la remise d'un jugement à la secrétaire du destinataire ne pouvait en soi justifier un appel tardif, au motif que la signification serait nulle, à moins que le destinataire ne prouve que le jugement ne lui avait pas été transmis immédiatement²⁸⁵⁴.

²⁸⁴⁷ Cass. 2^{ème} civ., 8 décembre 2011, pourvoi n° 10-21572 ; Cass. ch. mixte, 22 février 2002, Bull. ch. mixte, n° 1. Voy. toutefois : Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-30334 où la juridiction suprême admet que le grief soit caractérisé par le fait de faire « *perdre à l'avocat une chance d'échapper aux poursuites* » disciplinaires.

²⁸⁴⁸ Voy. Cass. 2^{ème} civ., 10 novembre 2010, pourvoi n° 09-67483 où le destinataire avait indiqué à l'huissier, avant la signification, qu'il avait déménagé de Saint-Anne (Guadeloupe) à Sint-Maarten (Antilles néerlandaises). L'affaire présente une grande similitude avec celle ayant donné lieu en Suisse à l'ATF 132 I 249, cons. 7, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 30 ss (note Rétornaz), RJB 144 (2008), p. 211 ss, spécialement p. 220 (chron. Walther). Voy. également : Cass. 2^{ème} civ., 23 septembre 2010, pourvoi n° 09-69809 (procès-verbal de recherches infructueuses dressées alors que le demandeur connaît l'adresse du défendeur).

²⁸⁴⁹ Par exemple : Cass. com., 7 juillet 1998, pourvoi n° 96-14755 où il est expressément dit qu'une signification à mairie fait courir les délais de recours, lors même que l'huissier n'aurait pas indiqué toutes les démarches qu'il a accomplies afin de tenter la signification à personne ou à domicile, à moins que le destinataire ne démontre qu'il a subit un grief.

²⁸⁵⁰ Cass. 2^{ème} civ., 10 octobre 2002, pourvoi n° 01-03145 (pourvoi en cassation tardif justifié par le fait que dans l'exploit de signification de l'arrêt d'appel, seuls les avocats de la partie adverse étaient mentionnés, l'affaire étant plaidée devant la Cour d'appel de Colmar ; recours déclaré irrecevable dans la mesure où les époux n'ont pas subi de préjudice du fait de cette erreur, le jugement ayant été tout de même notifié à leur avocat) ; Cass. com., 16 avril 1996, pourvoi n° 93-10758 (le recourant invoquait le fait que l'exploit de signification était nul vu qu'il indiquait un délai de recours d'un mois au lieu de dix jours, mais le recours avait été interjeté quatre mois plus tard) ; Cass. 2^{ème} civ., 16 juillet 1982, Bull. civ. II, n° 107 : « *attendu qu'il ne résulte ni de l'arrêt ni des productions, que la société ait soutenu, dans ses conclusions, que les irrégularités invoquées étaient liées à la tardiveté de son appel et leur avait causé un préjudice* ».

²⁸⁵¹ Voy. Cass. 2^{ème} civ., 18 octobre 2007, pourvoi n° 06-16668 concernant l'absence d'indication de la date du jugement dans l'exploit de signification.

²⁸⁵² Cass. 2^{ème} civ., 18 octobre 2007, pourvoi n° 06-16668.

²⁸⁵³ Voy. à propos de la mention des démarches à effectuer pour saisir la cour d'appel de renvoi après cassation, l'exploit de signification reproduisant simplement les art. 1032 à 1035 CPC : Cass. 2^{ème} civ., 31 janvier 1996, pourvoi n° 93-16139 : « *...que Mme X., apte à comprendre le sens des articles reproduits et, ainsi, à connaître la nature des démarches qu'il lui appartenait d'accomplir, ne justifiait pas du grief que lui aurait causé cette irrégularité...* »

²⁸⁵⁴ Cass. 2^{ème} civ., 13 décembre 1995, pourvoi n° 94-12805. Il s'agissait du cas d'un jugement remis à la secrétaire du destinataire qui n'avait pas prouvé que celle-ci l'avait réellement transmis tardivement à son supérieur hiérarchique.

819. Ce devoir de collaborer au bon déroulement du procès est entendu de manière stricte et permet de valider des actes de procédure frappés de vices graves. Quelques exemples supplémentaires permettent de s'en rendre compte. La désignation d'une juridiction d'appel qui n'existe pas ne saurait justifier la tardiveté d'un appel. Il appartient au destinataire de consulter un avocat à temps²⁸⁵⁵. Le défendeur recevant une assignation sans date d'audience ne peut ignorer celle-ci²⁸⁵⁶. Il doit prendre contact avec l'huissier²⁸⁵⁷ ou avec le greffe du tribunal²⁸⁵⁸ afin d'obtenir les informations manquantes. Le destinataire ne saurait s'abstenir de réagir à un acte obscur, comme une assignation dans laquelle figure un délai de comparution et des conclusions tendant à la désignation d'un expert, à l'allocation d'une provision « *et à ce que la responsabilité du défendeur soit engagée* », tout en emportant convocation devant « *Monsieur le Président du tribunal de grande instance statuant par voie de référé* »²⁸⁵⁹. Même si le demandeur a manifestement confondu la procédure ordinaire, le référé-instruction²⁸⁶⁰ et le référé-provision²⁸⁶¹, le défendeur ne peut rester absent du procès. Dans une espèce, similaire, la Cour d'appel de Lyon a jugé que la confusion entre le président de la juridiction et la juridiction en formation collégiale devait être corrigée par le défendeur au vu de l'objet de la demande²⁸⁶². Les erreurs relatives à l'identification du jugement frappé d'appel²⁸⁶³,

²⁸⁵⁵ Cass. 2^{ème} civ., 20 novembre 1985, Bull. civ. II, n° 175, Gaz. Pal. 1986. 2. somm. 322 (obs. Guinchard et Moussa). L'exploit de signification du jugement indiquait comme juridiction de recours la « *Cour d'appel de Joigny* », ce qui n'avait pas empêché la société appelante de porter l'affaire, tardivement certes, devant la Cour d'appel de Paris.

²⁸⁵⁶ Voy. toutefois : Cass. 2^{ème} civ., 12 juin 2003, Bull. civ. II, n° 196 où la juridiction suprême considère que le fait de ne pas respecter le délai de quinze jours pour comparaître devant le tribunal de commerce « *ne constitu[e] pas un simple vice de forme.* »

²⁸⁵⁷ Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 1974, Bull. civ. II, n° 189.

²⁸⁵⁸ Voy. Cass. com., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 08-15535 indiquant que « *...M. Y..., qui avait pu prendre connaissance de la requête au greffe de la juridiction et qui ne contestait pas utilement avoir été mis à même d'organiser sa défense, en droit et en fait, et de s'expliquer sur chacun des faits qui lui étaient imputés...* »

²⁸⁵⁹ Paris, 3 octobre 1986, D. 1987 somm. 357 (note Julien).

²⁸⁶⁰ Art. 145 CPC 1975. Une procédure similaire existe en droit suisse sous le nom de « *preuve à futur* » (art. 158 CPC 2008).

²⁸⁶¹ Art. 809 al. 2 CPC 1975. On ne retrouve pas d'équivalent direct en droit suisse. Le recouvrement simplifié des créances faisant l'objet d'une reconnaissance écrite de dette se fait par la voie de la « *mainlevée provisoire* » (art. 82 LP) qui permet d'obtenir l'exécution forcée directement sans présentation d'un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée. Il est également possible d'agir en procédure sommaire sur le fondement de l'art. 257 CPC 2008 en établissant que la situation factuelle et juridique est claire. Le jugement ainsi rendu sera toutefois pourvu de l'autorité de la chose jugée. Sur les relations entre les deux institutions, voy. Rachel CHRISTINAT, *Cas clair ou mainlevée de l'opposition en procédure civile suisse : que choisir ?*, RSPC 2011, pp. 267 ss ; Hans REISER, *Die eidgenössische Zivilprozessordnung – Auswirkungen auf das SchKG*, BLSchK 2010, pp. 229 ss, spécialement p. 236.

²⁸⁶² Lyon, 30 mars 1978, JCP 1978 éd. G II. 18963.

²⁸⁶³ Cass. 2^{ème} civ., 17 juill. 1974, Bull. civ. II, n° 232, RTD civ. 1975, p. 157 (chron. Perrot). Deux jugements avaient été rendus par le tribunal paritaire des baux ruraux le même jour ; le premier déboutait le bailleur de son action en résiliation du bail pour cause d'inculture, le second ordonnait, avant dire droit, une expertise dans la cause où le bailleur avait signifié au locataire un congé aux fins de reprise personnelle de l'exploitation. Le bailleur interjeta appel, mais sans préciser quel jugement était concerné. Il indiqua cependant dans son acte d'appel « *qu'il était nécessaire d'examiner au cours de la même audience le litige relatif à la reprise personnelle et celui se rapportant à l'inculture de l'exploitation* ». La Cour de cassation en déduisit que la Cour d'appel de Montpellier avait pu s'estimer saisie d'un appel contre les deux jugements lors même qu'un seul jugement était formellement mentionné. Voy. également : Cass.

doivent également être corrigées par les parties spontanément lorsque cela est possible ; elles ne sauraient être considérées comme causant un grief susceptible de justifier l'annulation de l'acte de procédure.

b) L'approche *concrète tempérée* des juridictions suisses

820. Nous avons vu dans les paragraphes qui précèdent que les tribunaux français se livraient à une application stricte de l'évaluation concrète du préjudice subi en raison d'un vice de forme. L'approche suivie par le Tribunal fédéral est loin d'être aussi claire. La juridiction suprême ne veut manifestement pas se laisser enfermer dans des catégories strictes.

821. Dans un premier temps, on observe que la jurisprudence suit, en principe²⁸⁶⁴, l'approche *concrète* adoptée par les juridictions françaises. Le Tribunal fédéral a confirmé depuis lors à de multiples reprises que la réception effective d'un acte guérit les vices de procédure affectant sa notification²⁸⁶⁵ ou que la présence du débiteur lors de la saisie de ses biens guérissait l'absence d'avis de saisie²⁸⁶⁶. Il est suivi sur ce point par les décisions publiées des juridictions cantonales²⁸⁶⁷.

822. Si le destinataire ne réagit pas de manière adéquate, il ne peut se prévaloir du vice de procédure qu'à la condition de prouver que l'erreur n'était pas surmontable par la simple consultation du texte légal²⁸⁶⁸. S'agissant du niveau de diligence attendu des parties, la juridiction suprême suisse se montre aussi sévère qu'inconstante. Dans une

²⁸⁶⁴ 2^{ème} civ., 17 mars 2011, pourvoi n° 10-17296 (absence d'équivoque) ; Cass. 2^{ème} civ., 21 avril 2005, pourvoi n° 03-16145 : un acte d'appel a été déclaré irrecevable car il « *comporte une erreur sur la date de la décision frappée d'appel de sorte qu'il vise une décision inexistante, ne permet pas l'identification du jugement critiqué et fait grief à l'intimée* », la Cour de cassation a annulé l'arrêt parce « *qu'en statuant ainsi, par un motif général inopérant, sans rechercher si la Société générale justifiait d'un préjudice résultant de difficultés à identifier le jugement déféré, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

²⁸⁶⁴ ATF 132 I 249, cons. 7, SJ 2007 I 85, pp 30 ss (note Rétornaz), RJB 144 (2008), p. 211 ss, spécialement p. 220 (chron. Walther).

²⁸⁶⁵ TF du 20 février 2012, 5A_852/2011, cons. 5 ; TF du 20 décembre 2011, 5A_500/2011, cons. 2.1 ; TF du 20 septembre 2011, 5A_639/2011 ; TF du 2 septembre 2011, 5A_408/2011, cons. 2.2 ; TF du 22 mai 2006, 7B.48/2006, cons. 3.2. La jurisprudence en matière de poursuite pour dettes et faillite est largement antérieure à 2006, voy. TF du 17 février 1998, cons. 1a, BISchK 2003, p. 116 et les arrêts cités.

²⁸⁶⁶ TF du 15 septembre 2003, 7B.201/2003, cons. 3 ; ATF 115 III 41, cons. 1.

²⁸⁶⁷ Voy. pour la notification : Trib. cant. VS, 12 août 2011, RJV 2012, pp. 196 ss ; Trib. cant. FR, 26 mars 2010, cons. 1b, RFJ 2010, p. 56-57 ; Cour supr. ZG, 11 janvier 2008, cons. 1.1, GVP 2008, p. 221, BISchK 2010, p. 130 ; Trib. cant. SZ, 9 juillet 2007, cons. 7d, EGV-SZ 2007, n° A 6.2, pp. 65 ss, spécialement p. 67 ; Aut. surv. BE, 12 mai 2006, cons. 5, BISchK 2006, p. 187-189 ; Trib. cant. VD, 25 juillet 2005, cons. b)aa), BISchK 2006, p. 198 (note Peter) ; Cour supr. LU, 15 octobre 2000, cons. 5.4, BISchK 2002, p. 52 ; Cour supr. UR, 29 avril 1987, cons. 3, RB 1986/1987, n° 13, p. 60.

²⁸⁶⁸ TF du 12 décembre 2011, 5A_536/2011, cons. 4.4.1 ; TF du 1^{er} novembre 2011, 4A_507/2011, cons. 2.2 ; ATF 135 III 374, cons. 1.2.2 ; TF du 9 novembre 2007, 5A_531/2007, cons. 4.2 ; ATF 117 Ia 119, cons. 3a ; . Ce principe se retrouve dans la jurisprudence cantonale : Trib. cant. SG, 29 avril 1993, cons. 1b, GVP 1993 n° 48, pp. 101 ss.

affaire de 2007, elle a laissé entendre que les parties devaient pallier les manquements des autorités, même lorsqu'elles ne sont pas représentées par un avocat, et qu'ils leur appartenait de vérifier systématiquement les informations fournies. Elle a ainsi considéré qu'une ressortissante étrangère ne pouvait se prévaloir de la mention erronée du délai ordinaire de recours²⁸⁶⁹ dans l'acte de notification de l'arrêt d'appel, mais qu'elle devait consulter elle-même la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral afin d'identifier un délai plus bref²⁸⁷⁰ applicable en matière d'enlèvement internationaux d'enfants²⁸⁷¹. En revanche, dans une affaire antérieure elle avait admis qu'un débiteur puisse se fier aux indications de l'office des faillites concernant le délai de recours contre le jugement de faillite²⁸⁷².

823. Ultérieurement, le Tribunal fédéral a renoué avec cette ancienne approche, plus souple, en considérant qu'un justiciable non représenté, et qui ne dispose d'aucune expérience juridique particulière, peut se fier à l'indication erronée du délai de recours²⁸⁷³. Le mandataire professionnel doit certes consulter les dispositions légales pertinentes, sans toutefois qu'on ne puisse attendre de lui qu'il se livre à une consultation de la jurisprudence et de la doctrine pertinentes²⁸⁷⁴. Ce retour à la normale a été confirmé depuis²⁸⁷⁵. Désormais, seul le mandataire professionnel doit procéder aux vérifications nécessaires²⁸⁷⁶. Il semble donc que l'arrêt de 2007 n'ait été qu'une regrettable erreur isolée. D'ailleurs, la doctrine plus récente n'en tient pas compte²⁸⁷⁷, si ce n'est pour souligner le changement de jurisprudence²⁸⁷⁸.

²⁸⁶⁹ Soit trente jours (art. 100 al. 1 LTF).

²⁸⁷⁰ Dix jours en vertu de l'art. 100 al. 2 litt. c LTF.

²⁸⁷¹ TF du 29 août 2007, 5A_401/2007, cons. 4.2, RSPC 2008, p. 21 (note Bohnet et Schweizer). L'affaire est actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'Homme et a été communiquée au Gouvernement suisse (affaire *Gajtani c. Suisse*, n° 43730/07, communication du 22 octobre 2009). Une question particulière a été posée sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention au sujet de la « *décision d'irrecevabilité du Tribunal fédéral* ». Toutes les informations pertinentes peuvent être obtenues à l'adresse électronique www.echr.coe.int/ECHR/FR/hudoc (lien visité le 20 juin 2012).

²⁸⁷² TF du 28 septembre 2005, 5P.220/2005, cons. 2.3.3, RSPC 2006, p. 35. Le Tribunal fédéral estime déterminant le fait que l'office des faillites ait vraisemblablement téléphoné au greffe du tribunal de première instance avant d'informer le failli. Voy. également : TF du 15 juillet 2005, 5P.158/2005, cons. 2.2 où le renseignement donné ne tenait pas compte de la jurisprudence de la cour suprême cantonale.

²⁸⁷³ ATF 135 III 373, cons. 1.2.2.2, SJ 2009 I 358, RJB 147 (2011), p. 520-521 (chron. Leuenberger).

²⁸⁷⁴ TF du 17 avril 2012, 5A_758/2011, cons. 5 ; TF du 23 février 2012, 5A_704/2011, cons. 8.3 ; TF du 12 décembre 2011, 5A_536/2011, cons. 4. Les arrêts cités concernaient tous des incertitudes entourant l'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile. On peut donc se demander si le Tribunal fédéral confirmera son approche libérale lorsque la jurisprudence sera fixée. Cela est souhaitable : Bernhard EHRENZELLER, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 18a ad art. 112 LTF.

²⁸⁷⁵ Trib. cant. FR, 24 janvier 2012, n° 101 2011-212, cons. 1c) ; TF du 21 décembre 2010, 5D_124/2010, cons. 1.2 ; TF du 17 août 2010, 5A_399/2010, cons. 3.3 et 3.4.

²⁸⁷⁶ Cour supr. LU, 1^{er} février 2012, n° 1B 11 20, cons. 7.4 ; TF du 1^{er} novembre 2011, 4A_507/2011, cons. 2.2.

²⁸⁷⁷ ABBET, p. 220-221 ; Kathrin AMSTUTZ/Peter ARNOLD, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 10 ad art. 49 LTF ; DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 1278 ad art. 49 LTF ; Markus KRIECH, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 15 ad art. 238 CPC 2008 (note de base de page n° 15) ; Mathias LERCH, in GEHRI/KRAMER, n° 12 ad art. 238 CPC 2008 ; Christoph LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des

824. A la différence toutefois de la pratique des tribunaux français, la jurisprudence suisse comporte plusieurs cas d'espèce où l'appréciation *concrète* du préjudice est relativisée. Les tribunaux n'ont jamais totalement exclu qu'une notification en matière de poursuite pour dettes et faillite soit annulée, même si son objet est parvenu à la connaissance du destinataire²⁸⁷⁹. Cela dit, nous n'avons pas rencontré de cas d'espèce où une telle annulation avait effectivement été prononcée. D'autres exceptions, plus substantielles, sont également admises par la jurisprudence. Il s'agit des situations où les parties apprennent par hasard l'existence de l'acte de procédure. Dans un arrêt de 2003, le Tribunal fédéral a déclaré qu'un jugement par défaut intervenu à l'insu du défendeur²⁸⁸⁰ est nul et non avenu sans qu'il soit nécessaire de l'attaquer par le biais d'un recours. Il suffit de faire valoir cette circonstance en tout temps, y compris au cours de l'exécution forcée²⁸⁸¹. Cette exception a été confirmée²⁸⁸² et même étendue aux citations²⁸⁸³. Une

Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2009 – 1. Teil : Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, pp. 513 ss, spécialement p. 521 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 390 ; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 525 ; Barbara MERZ, Entwicklungen in Zivilprozessrecht, pp. 31 ss, spécialement p. 38 ; Lorenz MEYER, Wege zum Bundesgericht – Übersicht und Stolpersteine, RJB 146 (2010), pp. 797 ss, spécialement p. 836-837 ; Manuel MEYER, in Baker&McKenzie, n° 14 ad art. 238 CPC 2008 ; Daniel STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 28 ad art. 238 CPC 2008 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 426 ; SPÜHLER/DOLGER/GEHRI, p. 377 ; SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozess, p. 335 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1060 (ad art. 238 CPC 2008). *Contra* : Jean-Maurice FRÉSARD, in CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n°11 ad art. 49 LTF ; Andreas GÜNGERICH, in SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, n° 3 ad art. 49 LTF. *Ambigu* : SPÜHLER/DOLGE/VOCK, n° 3 ad art. 49 LTF.

²⁸⁷⁸ Georg NAEGELI, in OBERHAMMER, n° 19 ad art. 238 CPC 2008 qualifiant l'arrêt de 2007 de « grotesk » et Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 12 ad art. 238 CPC 2008 renvoyant à l'art. 49 LTF et à la jurisprudence « *plutôt sévère malgré un récent assouplissement*. » Voy. cependant : Peter REETZ, Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht in den Jahren 2007 und 2008, in Walter FELLMANN/Tomas POLDNA (édit.), Aktuelle Anwaltspraxis/La pratique de l'avocat – 2009, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009, p. 1298 ss. Notons, finalement, que l'arrêt avait attiré l'attention du chroniqueur judiciaire de la *Neue Zürcher Zeitung* (voy. le texte reproduit in Markus FELBER, Auch Laien müssen ins Gesetzbuch schauen, Jusletter 1^{er} octobre 2007) et qu'il avait fait l'objet de deux notes critiques publiées à la revue suisse de procédure civile, l'une contestant que la partie recourante ait commis une faute grave justifiant l'irrecevabilité (François BOHNET, Note sous TF du 29 août 2007, 5A_401/2007, RSPC 2008, p. 22), l'autre pointant du doigt un durcissement de la jurisprudence qui « *atteint ici le comble du cynisme* » (Philippe SCHWEIZER, Note sous TF du 29 août 2007, 5A_401/2007, RSPC 2008, p. 22-23).

²⁸⁷⁹ Trib. cant. GR, 17 août 2010, n° KSK 10 52, cons. 2b (« *Wäre er der Ansicht gewesen, die Zustellung des Zahlungsbefehls sei fehlerhaft erfolgt, hätte er diese fehlerhafte Zustellung innert 10 Tagen seit Kenntnismahme bei der Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 17 SchKG anfechten müssen* ») ; Cour supr. TG, 7 juin 2010, cons. 2b, RBOG 2010, p. 113 (« *Für eine bloss anfechtbare, aber nicht nichtige Zustellung gilt dies nur, wenn ein Rechtsschutzinteresse des Schuldners vorliegt. Verschafft ihm die erneute und nun korrekte Zustellung des Zahlungsbefehls keine zusätzlichen Erkenntnisse über die angehobene Betreibung, und waren seine Rechte trotz der mangelhaften Zustellung gewahrt, fehlt ein solches Rechtsschutzinteresse. Entscheidend ist somit, ob der Schuldner trotz mangelhafter Zustellung in der Lage war zu entscheiden, ob er Rechtsvorschlag erheben wolle.* »)

²⁸⁸⁰ En revanche si la publication intervient parce que le destinataire ne va pas chercher des courriers recommandés, il ne peut s'en plaindre : TF du 17 janvier 2012, 5A_755/2011, cons. 2.1.3 ;

²⁸⁸¹ ATF 129 I 361, cons. 2.3, JdT 2004 II 47, RSJ 100 (2004), p. 16, RJB 141 (2005), p. 32 (chron. Leuenberger) et p. 852 (chron. Walther), RDT 2004, p. 87. Le Tribunal fédéral réserve toutefois le cas où il en découlerait une incertitude prolongée pour les autres parties.

²⁸⁸² TF du 10 décembre 2008, cons. 3, 5A_555/2008, RSPC 2009, p. 273. La recourante s'était vu reprocher par la Cour suprême du canton de Lucerne d'avoir tardé à contester deux autorisations habilitant son conseil légal à répudier une succession, ainsi qu'un jugement ordonnant la liquidation officielle de cette dernière, alors qu'elle n'avait appris l'existence de la procédure qu'en consultant son dossier personnel tenu par l'autorité tutélaire. Voy. également les *obiter dicta* suivants : TF du 9 juillet 2008, 5A_369/2008, cons. 2.4 ; TF du 13 décembre 2007, 5A_518/2007, cons. 7 ; Trib. cant. GR, 20 août 2007, n° ZF 06 89, cons. 2 ; Trib. cant. SG, 26 juillet 2006, GVP 2006, n° 112, p. 307-308 ;

approche similaire se retrouve en matière d'exécution forcée, sans toutefois que les principes suivis soient strictement identiques. Le débiteur peut demander l'annulation d'un commandement de payer notifié par voie édictale, malgré une opposition déposée à temps, si la publication de l'acte dans un journal officiel lui a causé un tort moral ou un préjudice matériel particulier²⁸⁸⁴. Bien que la publication de l'acte dans un journal officiel ait précisément pour but de le communiquer au destinataire, la prise de connaissance relève du hasard, ce qui justifie l'analogie avec les espèces précédemment mentionnées. La jurisprudence demeure toutefois ambiguë, car le Tribunal fédéral admet que la notification des actes d'exécution forcée postérieurs remédient à l'absence de notification du jugement de mainlevée de l'opposition²⁸⁸⁵. Dans la même veine, les juridictions cantonales considèrent que les actes de poursuite subséquents au commandement de payer peuvent valablement porter le contenu de celui-ci à la connaissance du débiteur²⁸⁸⁶. La guérison des notifications viciées n'est donc pas admise sans réserves, même si la portée de celles-ci n'est pas entièrement claire.

825. A cette première relativisation de l'approche *concrète*, vient s'ajouter une seconde en relation avec les notifications internationales. Le Tribunal fédéral refuse catégoriquement tout effet guérisseur attaché à la réception effective de l'acte dans ce contexte. Cette position radicale²⁸⁸⁷ se rencontre très tôt dans les arrêts du Tribunal fédéral concernant des notifications prévues par le droit judiciaire privé fédéral²⁸⁸⁸. Elle se traduit par le refus de reconnaître, ou d'exécuter, en Suisse la décision de justice

Cour supr. LU, 2 juillet 2006, cons. 5.3.2, LGVE 2006 I n° 33 ; TF du 3 mai 2006, 5P.18/2006, cons. 3 ; TF du 14 février 2006, 4P.317/2005, cons. 10.

²⁸⁸³ TF du 19 mars 2007, 5P.24/2007, cons. 3 : « *En l'occurrence, la recourante déclare ce qui suit: "Juste avant son entrée à la clinique, mon mari a trouvé une nouvelle convocation pour lui, pour le 14 décembre 2006. Je n'étais toutefois pas convoquée !". Il est constant que la recourante n'a pas été convoquée à l'audience en question, la citation du 30 octobre 2006 n'ayant été adressée qu'à son mari [...] ainsi qu'à l'huissier judiciaire. D'après le Procureur général, le passage reproduit ci-dessus démontre qu'elle a, à tout le moins, "pris connaissance de cette convocation". Outre le fait que celle-ci ne lui était pas destinée - même s'il est vrai que l'intéressée devait s'attendre à être convoquée -, aucune pièce du dossier n'établit de façon indiscutable qu'elle en aurait eu connaissance avant l'audience, voire qu'elle aurait reçu elle-même le pli contenant la citation adressée à son époux. Le grief apparaît, dès lors, fondé.* ».

²⁸⁸⁴ TF du 10 juillet 2009, 5A_305/2009, cons. 3 ; ATF 128 III 465, cons. 1, JdT 2003 II 27, BJSchK 2003, p. 70, AJP/PJA 2003, p. 853 (comm. Donzallaz), RJB 139 (2004), p. 376 (chron. Gasser). Le simple intérêt au constat de l'illégalité n'est cependant pas suffisant : TF du 15 mars 2011, 5A_776/2011, cons. 3.3.3. Cette jurisprudence s'inscrit certainement en réaction à la pratique des offices des poursuites de procéder à une notification par voie édictale à la moindre difficulté, notamment lorsque le débiteur est domicilié à l'étranger : GEHRI, Die Ediktalzustellung, p. 89.

²⁸⁸⁵ TF du 16 février 2012, 5A_135/2012 ; TF du 17 janvier 2012, 5A_755/2011, cons. 2.1.1 ; TF du 17 juin 2011, 5A_570/2010, cons. 3.3.3.

²⁸⁸⁶ Trib. cant. VD, 25 juillet 2005, cons. b)aa), BJSchK 2006, p. 198 (note Peter) ; Aut. surv. BS, 25 août 2003, BJSchK 2004, p. 184 ; Cour supr. LU, 15 octobre 2000, BJSchK 2002, p. 51 ss, au terme duquel la participation du débiteur aux actes de l'exécution forcée impliquant la notification d'un commandement de payer guérit les vices affectant la notification de celui-ci s'il ne proteste pas. Pour plus d'informations : JAUQUES, p. 192.

²⁸⁸⁷ Sous réserve de la seule exception connue à ce jour, lorsque le vice de la notification réside dans le défaut de traduction de l'acte de procédure : TF du 15 septembre 2003, ATF 129 III 750, AJP/PJA 2004, p. 330 (comm. Donzallaz).

²⁸⁸⁸ ATF 131 III 448, JdT 2006 II 143 ; ATF 94 III 35 ; ATF 82 III 63 ; ATF 57 III 30.

étrangère adoptée suite à un vice de procédure²⁸⁸⁹ affectant l'acte introductif d'instance²⁸⁹⁰. Ce principe vaut même lorsque le défendeur domicilié en Suisse a comparu devant la juridiction étrangère, concluant au rejet de la demande en raison de l'absence de notification en bonne et due forme²⁸⁹¹. Le Tribunal fédéral a même refusé de reconnaître un jugement anglais rendu contre un défendeur domicilié au Liban, car la notification n'avait pas été effectuée conformément au Code de procédure civile de ce pays²⁸⁹².

826. Peut-on déduire un principe commun de toutes ces exceptions à l'appréciation concrète du préjudice causé par un acte de procédure vicié ? Il nous semble que la jurisprudence tend, en fait, à exclure la guérison des vices de procédure lorsque ceux-ci sont graves. En tout cas, il est possible d'établir un lien entre la gravité de certains vices de procédure et le refus de toute guérison de ceux-ci. Les notifications internationales soulèvent des questions de respect de la souveraineté nationale et de territorialité du pouvoir juridictionnel. C'est pourquoi le Tribunal fédéral se montre particulièrement strict. Lorsque le destinataire apprend par hasard l'existence d'une décision de justice parce que la notification de l'acte introductif d'instance était vicié, l'erreur a eu tant de conséquences que toute guérison est exclue. La jurisprudence suisse applique donc dans certains cas l'approche *abstraite* préconisée par une partie de la doctrine française²⁸⁹³ et qui tend à confondre le préjudice subi avec la gravité du vice de procédure. Sachant que d'autres vices graves de procédure, tels que l'absence de notification d'un commandement de payer ou d'un avis de saisie, peuvent être guéris, on ne peut pas parler d'une application généralisée de l'approche *abstraite*. C'est pour cette raison que nous préférons l'expression approche *concrète tempérée*.

²⁸⁸⁹ A condition que le défendeur n'ait pas agi de manière fautive : TF du 19 mai 1989, cons. 4c, SJ 1989, p. 605-605 : « La partie qui s'est elle-même mise dans le cas de ne pouvoir être atteinte par la citation à l'audience introductive ne saurait se prévaloir de garanties consacrées par un traité à des fins autres que celles voulues par les Etats signataires. Qu'elle s'étende à toutes les audiences ou à la seule audience introductive d'instance, la garantie de citation régulière a pour but d'assurer à chaque partie le droit de ne pas être condamnée sans avoir été mise en demeure de défendre ses intérêts [...] et non de lui permettre de se prévaloir de l'irrégularité de la citation à des audiences postérieures alors qu'elle s'est elle-même mise dans la situation de ne pouvoir être atteinte par l'assignation à l'audience introductive. » Voy. également ATF 58 I 187.

²⁸⁹⁰ Voy. l'arrêt de principe : ATF 135 III 623, SJ 2010 I 211, RtiD 2010 I 836, AJP/PJA 2010, p. 110 (comm. Schwander), RJB 147 (2011), p. 545 (chron. Walther). Cette position a été confirmée depuis lors : TF du 1^{er} novembre 2010, 4A_400/2010.

²⁸⁹¹ TF du 4 février 2008, 5A_544/2007, FamPra 2008, p. 597. Un jugement de divorce prononcé par le Tribunal d'arrondissement de Belgrade n'est pas susceptible d'être reconnu en Suisse si la demande a été notifiée par courrier DHL à l'épouse résidant en Suisse, lors même qu'elle a comparu devant la juridiction, son avocat concluant au rejet de la demande et au constat de l'irrégularité de la signification.

²⁸⁹² TF du 1^{er} juillet 2008, 4A_161/2008, SJ 2009 I 144.

²⁸⁹³ Cf. supra, n° 800.

§ 2 : Les conséquences du choix en faveur d'un critère d'évaluation

827. Le choix d'un critère d'évaluation du préjudice subi en raison d'un vice de procédure ne demeure pas sans conséquences²⁸⁹⁴. L'approche suivie jusqu'à présent était essentiellement descriptive. Nous avons, en effet, présenté le débat doctrinal et les solutions jurisprudentielles appliqués en droit français et suisse. Maintenant nous allons nous intéresser aux conséquences des choix opérés par la jurisprudence. A nouveau, droit suisse et droit français diffèrent considérablement. L'approche *concrète tempérée* reçue en droit suisse débouche sur de nombreuses incertitudes contraignant les juridictions à pratiquer une forme délicate de *pragmatisme incertain* (A). Quant au droit français, l'approche *concrète absolue* se traduit par une véritable *hypostase du contradictoire* (B).

A) Le *pragmatisme incertain* du droit suisse

828. Nous avons précédemment vu que la doctrine, suisse n'est pas préoccupée d'élaborer une théorie générale de la guérison des vices de procédure²⁸⁹⁵. Les solutions jurisprudentielles, cantonnées pour la plupart au domaine des notifications viciées, n'ont donc pas été adoptées par référence à un cadre dogmatique précis. Elles manquent, par voie de conséquence, de lisibilité (1). Il nous semble toutefois possible d'y remédier, moyennant certaines évolutions (2).

1) Le manque de lisibilité de la jurisprudence

829. Le manque de lisibilité de la jurisprudence relative à la guérison des vices de procédure est la conséquence de la conjonction de deux facteurs distincts : l'absence d'approche globale de la guérison des vices de procédure (a) et les contradictions conceptuelles (b).

a) L'absence d'approche globale de la guérison des vices de procédure

830. Le désintérêt de la doctrine concernant toute théorie des vices de procédure se traduit par une absence de vision globale de la question par les tribunaux. Ces derniers confinent intuitivement la guérison des vices de procédure aux seules notifications

²⁸⁹⁴ Voy. COUTANT, p. 187 : « *Le grief, tout comme l'intérêt à agir ou le préjudice, va donner au juge les moyens de contrôler l'admission des nullités de forme.* »

²⁸⁹⁵ Cf. supra, n° 813.

viciées²⁸⁹⁶, tout en admettant des exceptions en présence d'informalités graves²⁸⁹⁷. La question est traitée de manière routinière, presque mécanique.

831. Personne, en fait, ne semble vraiment faire le lien entre les différents courants jurisprudentiels. Cela se remarque aisément à la lecture de la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a commencé par affirmer, en 2003²⁸⁹⁸, que la prise de connaissance par hasard d'une décision de justice ne guérissait pas les vices affectant sa notification. Aucune mention n'est faite de cet arrêt dans celui adopté en 2006²⁸⁹⁹ concernant la guérison des vices de procédure affectant une notification. Il ne s'agit pas uniquement d'un manque d'attention, ou d'une motivation insuffisante. La première affaire concernait la force exécutoire d'une décision de justice rendue par défaut, soit une question de droit fédéral ; la seconde portait sur l'interprétation formaliste du droit cantonal de procédure civile. Cette différence de contexte était suffisamment importante pour que les deux affaires paraissent indépendantes l'une de l'autre.

b) Les contradictions conceptuelles

832. La jurisprudence concernant l'évaluation du préjudice subi en raison d'un vice de forme est également contradictoire. L'exemple le plus frappant est certainement celui des notifications internationales, où la gravité du vice de procédure fait obstacle à l'effet guérisseur. Le Tribunal fédéral se livre dans ce domaine à une approche unilatérale pour le moins surprenante.

833. Dans l'arrêt phare de 2006²⁹⁰⁰ concernant la notification, la juridiction suprême a validé sans sourciller la remise de l'acte introductif d'instance à un mandataire sans pouvoir afin d'éviter une notification internationale. Deux ans plus tard, elle refusait de reconnaître un jugement anglais sous prétexte que l'acte introductif d'instance avait été signifié au Liban par un huissier mandaté par l'avocat du demandeur, alors qu'il eût dû emprunter la voie diplomatique²⁹⁰¹. Le Tribunal fédéral se justifie, au regard de l'arrêt de 2006, en considérant que le respect de la souveraineté libanaise implique de ne pas

²⁸⁹⁶ Cf. supra, n° 768.

²⁸⁹⁷ Cf. supra, n° 825.

²⁸⁹⁸ ATF 129 I 361, cons. 2.3, JdT 2004 II 47, RSJ 100 (2004), p. 16, RJB 141 (2005), p. 32 (chron. Leuenberger) et p. 852 (chron. Walther), RDT 2004, p. 87.

²⁸⁹⁹ ATF 132 I 249, cons. 7, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 30 ss (note Rétornaz), RJB 144 (2008), p. 211 ss, spécialement p. 220 (chron. Walther).

²⁹⁰⁰ ATF 132 I 249, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 30 ss (note Rétornaz), RJB 144 (2008), p. 211 ss, spécialement p. 220 (chron. Walther).

²⁹⁰¹ TF du 1^{er} juillet 2008, 4A_161/2008, SJ 2009 I 144.

reconnaître d'effet guérisseur à la réception effective des documents²⁹⁰². S'il ne fait pas de doute, à notre avis, que le procédé employé pour notifier l'acte introductif d'instance violait la souveraineté du Liban, on peut toutefois se demander pourquoi le Tribunal fédéral y voit un obstacle insurmontable à la reconnaissance.

834. A notre avis, la prise en compte de la souveraineté étrangère ne suffit pas à expliquer ces différences de jurisprudence. Dans l'affaire de 2006, la notification ne violait certainement pas directement la souveraineté des Etats-Unis, car l'acte avait été officiellement remis à un avocat suisse dépourvu du pouvoir de représenter le défendeur. Néanmoins, celui-ci avait dû prévenir son client domicilié aux Etats-Unis et la transmission des documents venait se substituer à la notification officielle. On peut donc parler d'une atteinte indirecte, ou par ricochet, à la souveraineté américaine. En matière pénale, le Tribunal fédéral lui-même y voit une atteinte à la souveraineté nationale. Il a ainsi confirmé la condamnation d'un avocat pour avoir « *procédé sur le territoire suisse pour un Etat étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics* »²⁹⁰³ en prenant contact avec les employés d'une banque en vue d'obtenir leur audition par un tribunal australien dans une affaire pénale. La juridiction suprême a retenu qu'un « *acte qui relève des pouvoirs publics* » devait être défini comme « *tout acte qui, considéré pour lui-même, c'est-à-dire selon son essence et son but, se caractérise comme un acte officiel, indépendamment du fait qu'un fonctionnaire y participe.* »²⁹⁰⁴ Appliquée *mutatis mutandis* à notre affaire, il semble clair que la remise à un *falsus procurator* dans le but d'éviter une notification à l'étranger viole la souveraineté de l'Etat en question. Il n'est donc pas possible de justifier la position différente du Tribunal fédéral par le respect des principes fondamentaux du droit international public.

835. A cela vient s'ajouter une autre difficulté, directement en rapport avec notre approche comparatiste. Doit-on considérer une signification « *par remise au parquet* », appliquée dans de nombreux pays de tradition juridique française aux procès internationaux²⁹⁰⁵, comme une notification interne ou internationale ? Tout se passe sur le

²⁹⁰² Arrêt du 1^{er} juillet 2008 précité, cons. 4.1 : « *Toutefois, ledit principe [ie la guérison par la réception effective] ne saurait être transposé sans plus de discussion au cas où l'irrégularité consiste, comme en l'espèce, dans la violation de la souveraineté d'un Etat étranger.* »

²⁹⁰³ Art. 271 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937, publié au RS 311.0.

²⁹⁰⁴ ATF 114 IV 128, cons. 2b, JdT 1990 IV 15: « *...unbekümmert, ob ein Beamter dabei tätig wurde - jede Handlung, die für sich betrachtet, d.h. nach ihrem Wesen und Zweck sich als Amtstätigkeit charakterisiert...* »

²⁹⁰⁵ Voy. art. 684 ss CPC 1975 ; art. 40 du Code judiciaire belge du 10 octobre 1967 ; art. 143 du Codice di procedura civile italien du 28 octobre 1940 ; art. 55 du Wetboek van burgerlijke rechtsvordering néerlandais du 1^{er} octobre 1838. Le droit luxembourgeois adopte toutefois une solution différente, soit la notification par voie postale à l'initiative de

territoire de l'Etat en question, car la signification est réputée avoir été effectuée par la remise de l'acte au parquet²⁹⁰⁶. La connaissance effective par le destinataire n'est pas requise. Le Tribunal fédéral essaie tant bien que mal d'éviter la question, mais admet finalement la guérison des vices de procédure lorsqu'elle est prévue par le droit de l'Etat dans lequel le jugement a été rendu²⁹⁰⁷. Or le déroulement de la signification à parquet n'est guère différent que celui d'une remise à un avocat afin qu'il transmette l'acte ainsi communiqué.

836. Force est donc d'admettre que la jurisprudence du Tribunal fédéral présente un manque de cohérence sur ce point. Il serait tentant d'y voir la manifestation d'un certain chauvinisme, le Tribunal fédéral permettant aux juridictions suisses certaines entorses aux règles concernant la notification internationale, tout en se montrant sévère vis-à-vis des tribunaux étrangers. Nous ne pensons cependant pas que cela soit le cas, car dans l'affaire concernant la notification au Liban, les liens avec la Suisse étaient particulièrement faibles. Cela n'a pas empêché le Tribunal fédéral de refuser de reconnaître le jugement rendu par le tribunal anglais.

2) Evolutions souhaitables

837. Après avoir critiqué la jurisprudence et la doctrine concernant l'évaluation du préjudice subi en raison d'un vice de procédure, nous allons maintenant brièvement proposer notre propre solution. En règle générale, nous ne pensons pas que l'approche *concrète tempérée* suivie par les juridictions soit criticable. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de voir que l'approche *concrète absolue* mise en œuvre par les juridictions française débouche sur certaines difficultés qu'il convient d'éviter. En revanche, nous pensons qu'une approche plus globale du problème s'impose (a), de manière à faire le lien avec les principes fondamentaux tirés de l'interdiction du formalisme excessif (b).

a) Elaboration d'une approche globale

838. Doctrine et jurisprudence suisses devraient, tout d'abord, songer à développer une approche globale de l'évaluation du préjudice subi en raison d'un vice de

l'huissier (art. 156 du Nouveau Code de procédure civile). La signification par remise au parquet existait également en droit genevois (art. 15 LPC GE).

²⁹⁰⁶ Voy. art. 647-1 CPC 1975 : « La date de notification [...] d'un acte judiciaire ou extrajudiciaire [...] à l'étranger est, à l'égard de celui qui procède, [...] la date de réception par le parquet compétent. » L'art. 688 CPC 1975 soumet toutefois à des conditions supplémentaire l'adoption d'un jugement sur le fondement d'une notification internationale qui ne serait pas parvenue à son destinataire.

²⁹⁰⁷ Voy. les longs développements in TF du 29 octobre 2010, 5A_839/2010, cons. 3.2.2 et 4.3.2 au sujet du droit français.

procédure, voire plus généralement de la guérison des vices de procédure. Comme nous l'avons déjà indiqué²⁹⁰⁸, ce concept demeure relativement méconnu en Suisse, même s'il pratiqué de manière empirique par les juridictions. Les incertitudes ainsi créées doivent être tirées au clair. La doctrine suisse ferait bien de s'inspirer des concepts développés en France, cela d'autant plus que le Code fédéral de procédure civile est entièrement muet sur la question. A cette occasion, il serait également souhaitable d'intégrer à la réflexion le droit de l'exécution forcée qui n'a pas été inclus dans la codification de la procédure civile sur le plan fédéral. Une telle approche se rencontre parfois dans la jurisprudence²⁹⁰⁹, mais elle demeure exceptionnelle.

839. Ce changement d'optique n'impliquerait pas nécessairement un changement de toutes les solutions consacrées par la jurisprudence, en tout cas pas dans l'immédiat, mais il permettrait d'éviter les automatismes et obligerait les tribunaux à appliquer de manière consciente la guérison des vices de procédure et à s'interroger systématiquement sur le préjudice subi par les parties en raison des vices de procédure. Sur ce point également, la comparaison avec la France est éloquente. Indépendamment de tout débat sur le degré de précision des motifs fournis à l'appui des décisions de justice faisant application de l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile, il est indéniable qu'elles s'inscrivent dans le prolongement des débats doctrinaux que chaque magistrat connaît.

b) Retour aux principes fondamentaux de l'interdiction du formalisme excessif

840. Après avoir développé une approche générale, et surtout consciente, des questions relatives à l'évaluation du préjudice causé par un vice de procédure. Tous les acteurs concernés devraient s'en tenir aux principes fondamentaux, afin d'éviter la fragmentation de la jurisprudence. Nous avons d'ailleurs déjà eu l'occasion de faire cette proposition s'agissant de la régularisation des vices de procédure.

841. Nous avons vu dans la première partie de notre étude que l'interdiction du formalisme excessif repose sur une pesée de tous les intérêts en cause²⁹¹⁰. Celle-ci se retrouve dans l'arrêt emblématique de 2006 concernant la guérison des vices de procédure affectant une notification. Le Tribunal fédéral n'a validé l'opération qu'après être arrivé à

²⁹⁰⁸ Cf. supra, n° 804.

²⁹⁰⁹ Voy. ATF 132 I 249, cons. 6, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 30 ss (note Rétornaz), RJB 144 (2008), p. 211 ss, spécialement p. 220 (chron. Walther)

²⁹¹⁰ Cf. supra, n° 284 ss.

la conclusion que son annulation faisait courrir au demandeur le risque disproportionné de perdre le bénéfice d'un séquestre²⁹¹¹. Malheureusement, la jurisprudence postérieure part hâtivement, de l'idée que la guérison des vices de procédure doit être admise sans réserve²⁹¹², ce qui rend plus délicate la justification des exceptions retenues. A notre avis, la jurisprudence gagnerait en clarté si elle faisait systématiquement le lien, même brièvement²⁹¹³, entre la pesée d'intérêts et la guérison des vices de procédure. La guérison par la réception effective doit toutefois demeurer la règle. D'éventuelles exceptions ne seront admises qu'en présence de raisons sérieuses.

842. Même si dans l'ensemble nous n'avons en principe pas grand-chose à objecter aux exceptions retenues jusqu'à présent par le Tribunal fédéral, il nous semble cependant que l'interdiction absolue frappant les notifications internationales devrait être revisitée à l'aune des principes exposés ci-dessus. Nous constatons que les tribunaux français admettent sans autre la guérison dans un contexte international²⁹¹⁴. A notre connaissance, aucun Etat ne s'est jamais officiellement plaint de ce que les autorités françaises auraient ainsi empiété sur sa souveraineté. Le Tribunal fédéral devrait pouvoir leur emboîter le pas sans craindre que ses arrêts soient à l'origine d'incidents diplomatiques.

B) L'hypostase du contradictoire en droit français

843. L'approche *concrète absolue* suivie en droit français fait primer le respect du principe du contradictoire sur toute autre considération. Cette véritable *hypostase du contradictoire* se traduit par la recherche perpétuel d'un équilibre sans cesse manqué (1). Il nous semble toutefois possible de sortir du cercle vicieux ainsi engendré (2).

1) La recherche d'un équilibre impossible

844. La situation de perpétuelle tension dans laquelle se trouve la jurisprudence des tribunaux français trouve sa source dans la confusion entre *le bon ordre procédural* et le respect du principe du contradictoire (a). La pratique a tenté de surmonter de manière

²⁹¹¹ Voy. ATF 132 I 249, cons. 7, SJ 2007 I 85, RSPC 2007, pp 30 ss (note Rétornaz), RJB 144 (2008), p. 211 ss, spécialement p. 220 (chron. Walther): « Une nouvelle signification du même acte n'aurait donc aucune utilité; il n'en résulterait que des frais et un retard supplémentaires. Quant à l'invalidation de l'instance, elle n'a non plus aucune justification. Elle répond sans doute à un intérêt très important de l'intimé car celui-ci recouvrerait la libre disposition des biens placés sous séquestre; cet intérêt n'a cependant aucun rapport avec l'objet des dispositions transgressées. »

²⁹¹² Parmi tant d'autres : TF du 20 février 2012, 5A_852/2011, cons. 5.

²⁹¹³ Timidement dans cette direction : TF du 1^{er} juillet 2008, 4A_161/2008, cons. 4.1, SJ 2009 I 144 : « Le Tribunal fédéral a d'ailleurs souligné que l'irrégularité doit, d'abord, n'avoir lésé aucun intérêt public [...], de sorte que le but de la notification n'est pas seul déterminant. »

²⁹¹⁴ Voy. par exemple et concernant une signification franco-suisse : Douai, 22 janvier 2008, RG n° 05/03020.

maladroite cette difficulté en développant des stratégies de contournement. Celles-ci n'ont fait qu'aggraver la confusion (b).

a) La confusion entre *le bon ordre procédural* et
le caractère contradictoire de la procédure

845. L'application stricte de l'approche *in concreto* du grief a pour conséquence que la nullité pour vice de forme n'est que rarement prononcée²⁹¹⁵. Celle-ci n'est envisageable que si la partie lésée était entièrement dans l'incapacité de réagir à temps²⁹¹⁶, ou si elle demeure écartée du procès et doit interjeter un recours pour se faire entendre²⁹¹⁷. Pareille situation n'est envisageable que dans les cas les plus extrêmes, soit lorsqu'elle ne parvient pas à identifier le jugement faisant l'objet d'un recours²⁹¹⁸, ou si la désignation des parties au procès prête à confusion en raison de l'implication de personnes morales dont la raison sociale est proche²⁹¹⁹, telles que les différents acteurs d'un réseau de cabinets d'avocats internationaux²⁹²⁰. Les arrêts admettant l'existence d'un grief sont rares²⁹²¹. Plus nombreuses sont cependant les espèces validant une procédure au cours de laquelle le défendeur a comparu *in extremis* et dû se défendre à la dernière

²⁹¹⁵ Constat fréquent au sein de la doctrine : COUTANT, p. 196-197 ; GAMBIER, p. 180 ; LEMÉE, p. 46 ; MAYER, p. 39.

²⁹¹⁶ Voy. par exemple : Cass. 2^{ème} civ., 15 décembre 2005, Bull. civ. II, n° 333 (impossibilité de comparaître à une audience décisive) ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-15421 (l'huissier, en visant les dispositions du code de procédure pénale, signifia directement le jugement à parquet, sans entreprendre la moindre démarche en vue d'identifier le destinataire qui interjeta appel hors délai faute d'avoir pris connaissance à temps du jugement).

²⁹¹⁷ Cass. 2^{ème} civ., 13 mai 1981, Bull. civ. II, n° 121 (assignation en référé-expertise signifiée à mairie ; la défenderesse a dû faire appel pour se faire entendre) ; Cass. 2^{ème} civ., 21 oct. 1976, Bull. civ. II, n° 285, RTD civ. 1977, p. 633 (obs. Perrot) : « *assignation commerciale* » invitant une partie à comparaître devant le tribunal de grande instance alors que l'affaire était introduite devant le tribunal de commerce ; Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 1974, Bull. civ. II, n° 189 (assignation devant le tribunal de commerce ne contenant pas d'indication de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée, le défendeur devant interjeter appel pour pouvoir être entendu).

²⁹¹⁸ Cass. 2^{ème} civ., 11 oct. 1972, Bull. civ. II, n° 236, Gaz. Pal. 1972. 2. 895 (déclaration d'appel mentionnant uniquement « *le jugement rendu le 9 décembre 1969* » alors que deux jugements avaient été rendus entre les parties ce jour-là). D'autres arrêts se montrent cependant plus souples. Ainsi Cass. 2^{ème} civ., 28 février 1974, Bull. civ. II, n° 80 retient-il qu'un acte au terme duquel il est appelé « *du jugement avant dire droit rendu entre les parties susnommées par le tribunal en son audience du 19 juin 1969* » peut être interprété comme attaquant le jugement final rendu 23 juillet 1970 et le jugement avant dire droit du 19 juin 1969, dans la mesure où l'appel du jugement avant dire droit n'était pas possible séparément du jugement final. Un arrêt récent laisse même entendre que les erreurs relatives à la date d'un jugement frappé d'appel ne sauraient entraîner de grief : Cass. 2^{ème} civ., 21 avril 2005, pourvoi n° 03-16145. Voy. également : Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-25751.

²⁹¹⁹ Lyon, 21 janvier 2011, RG n° 09/02348 ; Cass. com., 16 novembre 1999, Bull. civ. IV, n° 202. Il s'agissait des sociétés « *Générale sucrière SA* » et « *Générale sucrière SNC* », qui faisaient l'objet d'une procédure fiscale pour avoir éludé le paiement de diverses taxes sur l'importation d'une cargaison de sucre.

²⁹²⁰ Cass. 2^{ème} civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-25751 (confusion entre deux avocats et la SCP Baker & Mc Kenzie) ; Cass. 2^{ème} civ., 24 mars 1993, JCP 1993. IV. 1337 (déclaration d'appel visant « *un jugement rendu le 2 novembre 1988 ou à toute autre date par le tribunal de grande instance de Paris, 1^{ère} chambre, 2^{ème} section, à l'encontre de la firme de conseils juridiques Davis, Polk and Wardwell* » alors que la 1^{ère} chambre, 2^{ème} section de ce tribunal a rendu deux jugements ce jour-là opposant l'appelant aux cabinets White and Case et David, Polk and Wardwell ainsi qu'à la firme de conseils juridiques Davis, Polk and Wardwell).

²⁹²¹ S'agissant de la désignation des organes d'une personne morale, on a ainsi pu dire que la jurisprudence « *n'hésite plus à laisser au défendeur le soin de résoudre une devinette* » (Roger PERROT, Chronique sous Cass. 1^{ère} civ. 30 septembre 2008, RTD civ. 2008, p. 721).

minute²⁹²², apprenant l'existence de l'assignation au détour d'une lettre portant sur un autre objet²⁹²³. Les vices de procédure intentionnels peuvent également être validés par ce biais²⁹²⁴.

846. Certains vices de procédure sont même ignorés, car on voit mal quel grief qu'ils pourraient causer. Il en va ainsi de l'absence de signature²⁹²⁵, de la signature au moyen d'un tampon humide²⁹²⁶, de la signature apposée par la secrétaire de l'avocat avec la mention « *p.o.* »²⁹²⁷, voire même de l'absence du cachet de l'huissier et de la date dans un exploit de dénonciation de surenchère²⁹²⁸. Aucune conséquence n'est attachée à la désignation erronée des parties lorsqu'elles comparaissent²⁹²⁹. La violation d'un délai de comparution demeure sans conséquence sitôt que le défendeur se présente à l'audience pour laquelle il est convoqué²⁹³⁰. Globalement, la jurisprudence est très souple. Un tel esprit se retrouve même dans des domaines socialement sensibles, où le formalisme est appelé à jouer un rôle protecteur, comme en matière d'évacuation forcée d'un appartement. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a ainsi jugé²⁹³¹ que l'absence de mention, dans le commandement d'avoir à libérer les locaux²⁹³², de la date de déguerpissement, l'exploit se bornant à intimer aux occupants de quitter les lieux « *immédiatement et sans délai* », constituait un vice de forme n'ayant causé aucun grief aux occupants dans la mesure où ils avaient été expulsés de l'immeuble quinze jours après la notification du commandement.

²⁹²² Voy. dans la célèbre *affaire de la Sainte Cène* : Cass. 1^{ère} civ., 14 novembre 2006, Bull. civ. I, n° 485 où la demanderesse en cassation soutenait, sans être vraiment contredite, ne pas avoir reçu d'exemplaire de l'assignation, remplacée par une communication du dossier entre avocats. Il arrive parfois que le défendeur reçoive l'assignation après la première audience, mais qu'il soit en mesure de se défendre utilement à la faveur d'un renvoi : Lyon, 21 janvier 2011, RG n° 09/02348.

²⁹²³ Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2007, Bull. civ. III, n° 184.

²⁹²⁴ Cass. com., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-10589.

²⁹²⁵ La jurisprudence de la chambre sociale est abondante, car la représentation n'est pas obligatoire pour les appels en matière prud'homale : Cass. soc., 29 février 2012, pourvoi n° 10-18442 ; Cass. soc., 23 novembre 2011, pourvoi n° 10-18186 ; Cass. soc., 23 novembre 2011, pourvoi n° 10-21611 ; Cass. soc., 4 octobre 2011, Bull. civ. V, n° 222 (4 arrêts) ; Cass. soc., 6 avril 2011, pourvoi n° 09-67005 ; Cass. soc., 23 mars 2011, pourvoi n° 10-60074 ; Cass. soc., 29 septembre 2010, Bull. civ. V, n° 202 ; Cass. soc., 15 juin 2010, Bull. civ. V, n° 137 ; Cass. soc., 15 juin 2010, pourvoi n° 08-43043. Voy. également : Cass. 2^{ème} civ., 9 septembre 2010, pourvoi n° 09-43163 ; Cass. 2^{ème} civ., 19 janvier 1977, Bull. civ. II, n° 13.

²⁹²⁶ Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 2004, pourvoi n° 02-15103 ; Cass. 2^{ème} civ., 16 mars 2000, pourvoi n° 98-14580 ; Cass. 2^{ème} civ., 3 juin 1999, pourvoi n° 96-10583. *Contra* : Cass. soc., 1^{er} avril 2009, pourvoi n° 07-44962.

²⁹²⁷ Cass. soc., 4 mai 2011, pourvoi n° 09-72570 ; Cass. soc., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-12096.

²⁹²⁸ Cass. com., 20 décembre 1988, pourvoi n° 87-16446.

²⁹²⁹ Cass. 2^{ème} civ., 8 février 2007, pourvoi n° 05-21704 (désignation d'une femme mariée par le nom patronymique de son mari) ; Cass. 3^{ème} civ., 24 janvier 2001, Bull. civ. III, n° 9.

²⁹³⁰ Parmi les exemples récents : Bastia, 16 mars 2011, RG n° 09/01054.

²⁹³¹ Cass. 2^{ème} civ., 8 février 2007, Bull. civ. II, n° 25. Voy. également : Cass. 2^{ème} civ., 13 juillet 2006, Bull. civ. II, n° 199.

²⁹³² Comme le prévoit l'art. R. 411-1 CPCE.

847. On l'aura compris sans difficulté, l'approche *concrète absolue* constitue un facteur sans pareil de déformalisation de la procédure. Elle conduit « à ne sanctionner que rarement les irrégularités formelles »²⁹³³ et permet ainsi d'éviter l'excès de formalisme. Elle possède également un effet préventif, dans la mesure où les parties ne sont pas encouragées à multiplier les incidents procéduraux. Il s'agit sans doute d'une des raisons pour lesquelles l'interdiction du formalisme excessif n'a pas encore fait l'objet de débats en France. Il serait cependant erroné de croire que l'approche *concrète absolue* se confond avec l'interdiction du formalisme excessif. En effet, tant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme²⁹³⁴, que dans celle du Tribunal fédéral²⁹³⁵, les formalités procédurales sont soumises à un examen de proportionnalité. Tel n'est pas le cas pour l'approche *concrète absolue*. Celle-ci empêche l'annulation des actes de procédure en raison de circonstances de fait qui interviennent indépendamment de toute pesée des intérêts en jeu. Il est donc possible de concevoir dans l'abstrait des situations où l'annulation ne peut être prononcée en raison de l'approche *concrète absolue* du préjudice subi, sans toutefois qu'elle n'apparaisse comme excessivement formaliste. La procédure ne se limite pas à un échange contradictoire d'observations orales ou écrites. Le respect de certaines règles procédurales peut être imposé aux parties, sans que le formalisme procédural ne devienne pour autant excessif. Il suffit que celles-ci soient justifiées par la prise en compte d'autres intérêts légitimes. On peut mentionner à ce propos les dispositions relatives au délai de comparution devant le tribunal d'instance et le tribunal de commerce²⁹³⁶. Si le demandeur ne s'y conforme pas au moment d'assigner son adversaire, la comparution de ce dernier va rendre la procédure contradictoire et donc empêcher l'annulation de l'assignation, car l'abréviation du délai sera compensée au cours de la procédure²⁹³⁷. En revanche, d'autres intérêts pourraient commander d'annuler un tel acte introductif d'instance, sans que cela paraisse ne excessivement formaliste²⁹³⁸.

²⁹³³ LEMÉE, p. 53.

²⁹³⁴ Cf. supra, n° 358.

²⁹³⁵ Cf. supra, n° 284 ss.

²⁹³⁶ Dans ce cas, l'assignation emporte convocation à une audience (cf. art. 837 et 855 CPC 1975). Il arrive fréquemment que par négligence, ou par dol, le défendeur soit convoqué à une audience sans que le délai de quinze jours (art. 838 et 856 CPC 1975) ne soit respecté. Ce genre de problème est certainement moins fréquent pour la procédure devant le tribunal de grande instance, où la comparution se fait par écrit, l'assignation ne comportant aucune date d'audience (art. 752 CPC 1975) et pour celle devant le tribunal paritaire des baux ruraux, où la convocation est expédiée par la juridiction elle-même (art. 886 CPC 1975).

²⁹³⁷ Comme le fait remarquer LEMÉE (p. 28), « La substitution au critère formaliste d'un critère téléologique pour déterminer la validité d'un acte suppose que l'on admet l'inutilité totale du formalisme en lui-même » avant d'ajouter immédiatement que « telle ne semble pas être la position des rédacteurs du nouveau code de procédure civile » qui s'ils voulaient « limiter le formalisme procédural [...] ne l'ont pas pour autant supprimé. »

²⁹³⁸ En ce sens : MAYER, p. 439 qui propose de ne pas appliquer le mécanisme du grief à certains vices de forme.

On songe, par exemple, à la célérité du procès. Si le tribunal souhaite limiter le nombre de renvois d'audience, il est indispensable que le défendeur ait bénéficié d'un délai de comparution entier afin de préparer une défense complète, de manière à ce que la juridiction soit en mesure de prendre immédiatement les bonnes décisions quant à la suite du procès. Dans ce cas, l'annulation de l'assignation ne serait pas la conséquence d'un éventuel préjudice subi par le défendeur, mais de la désorganisation de l'instance. L'approche *concrète absolue* procède, à notre avis, d'une confusion entre le *bon ordre procédural* et le respect du *principe du contradictoire*.

b) La confusion créée par les stratégies de contournement

848. La jurisprudence a été très vite consciente des limites de l'approche *concrète absolue*, notamment du risque de fraude qu'elle crée involontairement²⁹³⁹. Nous avons vu que sous l'empire du Code de procédure civile de 1806 déjà la jurisprudence avait immédiatement restreint le champ d'application de l'adage « *pas de nullité sans grief* » en refusant d'y soumettre certaines catégories de nullités²⁹⁴⁰. Les auteurs du Code de procédure civile de 1975 avaient tenté de mettre fin à la confusion qui s'était installée en précisant, à son article 114 alinéa 2, que le prononcé de la nullité est conditionné à la preuve d'un grief « *même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public* »²⁹⁴¹. Ce changement de régime ne mettait toutefois pas fin aux problèmes soulevés par l'approche *concrète absolue*. Aussi la jurisprudence se chercha d'autres exutoires et procéda à d'audacieux « *déplacements de contentieux* »²⁹⁴². Un des plus célèbres et plus fréquents d'entre eux²⁹⁴³ fut la reprise de la théorie de l'inexistence des actes de procédure. Dès les premières années d'application de la nouvelle codification, la Cour de cassation érigea certains vices de procédure en « *omission d'un acte* » dont les conséquences se faisaient sentir indépendamment de tout grief²⁹⁴⁴. De même, la catégorie

²⁹³⁹ Voy. les soucis exprimés par LEMÉE, p. 53-54.

²⁹⁴⁰ Cf. supra, n° 171.

²⁹⁴¹ LEMÉE, p. 26.

²⁹⁴² L'expression est de TOMASIN, p. 869.

²⁹⁴³ Voy. COUTANT, pp. 453 ss ; GAMBIER, pp. 111 ss ; MAYER, pp. 381 ss et Maria-Luisia YALAOUI, La sanction de l'inexistence en procédure civile, Mémoire de DEA Aix-Marseille III, dactyl., 1993, p. 12.

²⁹⁴⁴ Voy. MAYER, pp. 56 ss ; TOMASIN, p. 869-871. Un des cas les plus spectaculaires d'application de ce concept était l'appel en matière d'incident de saisie immobilière introduit selon les règles du droit commun, soit par déclaration au greffe, avant la réforme de 2006. Or le Code de procédure civile de 1806, applicable jusqu'alors en la matière, imposait le recours à l'assignation (art. 456 CPC 1806), ce que ne faisait que répéter l'art. 732 CPC 1806. Nombreux étaient les plaideurs à tomber dans ce piège, la Cour de cassation considérant en pareil cas que la juridiction d'appel n'avait pas été valablement saisie (Pour plus de précision, voy. Jacques HÉRON/Georges WIEDERKEHR, Chroniques-justice civile, Justices 1996, n° 4, pp. 254 ss, spécialement p. 260-262).

des « nullités pour irrégularité de fond »²⁹⁴⁵ et celle des « fins de non-recevoir »²⁹⁴⁶ ont pu abriter en leur sein certains vices de forme afin de les exempter de la preuve d'un grief²⁹⁴⁷.

849. Un arrêt adopté en 2006 par la chambre mixte de la Cour de cassation²⁹⁴⁸ est venu partiellement mettre de l'ordre dans le système. L'affaire portait sur la validité d'une assignation devant le tribunal de commerce indiquant un jour férié comme date d'audience. La Cour d'appel de Versailles en avait déduit que l'acte « *était impuissant à saisir les premiers juges* » et qu'il devait « *être tenu pour inexistant.* »²⁹⁴⁹ La Cour de cassation annula cet arrêt en considérant, de manière lapidaire, que « *quelle que soit la gravité des irrégularités alléguées, seuls affectent la validité d'un acte de procédure, soit les vices de forme faisant grief, soit les irrégularités de fond limitativement énumérées à l'article 117 du nouveau code de procédure civile.* » La portée de cet arrêt est double. En premier lieu, il exclut l'inexistence, comme sanction d'un tel vice de forme. Elle confère, en second lieu, un caractère limitatif à la liste des irrégularités de fond figurant à l'article 117 du Code de procédure civile. Elle prive ainsi les tribunaux de deux possibilités de contourner les règles relatives à l'appréciation concrète absolue du préjudice subi en raison d'un vice de procédure. Ce changement de jurisprudence a été confirmé à multiples reprises depuis lors²⁹⁵⁰, parfois avec des mentions explicites²⁹⁵¹.

850. Il faut toutefois se garder de conférer une portée trop absolue à l'arrêt précité de 2006. La décision est certainement catégorique pour ce qui est du caractère limitatif de la liste des irrégularités de fond figurant à l'article 117 du Code de procédure. Cela

²⁹⁴⁵ COUTANT, pp. 229 ss ; MAYER, p. 50-53 et pp. 385 ss.

²⁹⁴⁶ COUTANT, p. 174-175 et pp. 442 ss ; MAYER, p. 53-55.

²⁹⁴⁷ GAMBIER, p. 107. Voy. MAYER, (p. 48), pour qui « *la jurisprudence a choisi une voie de contournement* ». Plus loin, MAYER (p. 392) propose de limiter le nombre de causes d'inexistence, tout en excluant certains vices de procédure de la qualification de vices de forme.

²⁹⁴⁸ Cass. ch. mixte, 7 juillet 2006, Bull. ch. mixte, n° 6, D. 2006 IR. 1984, JCP 2006 éd. G I 183 (obs. Sérinet), JCP 2006 éd. G II 10146 (note Putman), Gaz. Pal. 2006. 3305 (note Deharo), Procédures 2006, comm. 200 (note Perrot).

²⁹⁴⁹ Les parties pertinentes de l'arrêt d'appel sont reprises dans le « *moyen de cassation* » produit par l'avocat au Conseils des demandeurs et publié sur www.legifrance.gouv.fr au pied de l'arrêt.

²⁹⁵⁰ Cass. soc., 22 mars 2011, pourvoi n° 09-72345 ; Cass. 2^{ème} civ., 16 décembre 2010, pourvoi n° 10-10625 ; Cass. 2^{ème} civ., 24 juin 2010, pourvoi n° 09-13458 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 février 2010, pourvoi n° 09-11756 ; Cass. 3^{ème} civ., 27 janvier 2010, Bull. civ. III, n° 24 ; Cass. soc., 18 novembre 2009, pourvoi n° 08-42177 ; Cass. soc., 17 juin 2009, pourvoi n° 08-41388 ; Cass. soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41511 ; Cass. soc., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-41566 ; Cass. soc., 27 mai 2009, pourvoi n° 07-45445 ; Cass. soc., 12 mai 2009, pourvoi n° 08-40283 ; Cass. soc., 12 mai 2009, pourvoi n° 08-40008 ; Cass. com., 24 mars 2009, pourvoi n° 07-21692 ; Cass. soc., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-42143 ; cass. soc., 3 décembre 2008, pourvoi n° 07-42142 ; Cass. soc., 2 décembre 2008, Bull. civ. V, n° 237 ; Cass. soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-42073 ; Cass. soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-42285 ; Cass. soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 07-42314, Cass. soc., 2 décembre 2008, pourvoi n° 06-45913 ; Nîmes, 8 avril 2008, RG n° 05/03769 ; Cass. soc., 4 mars 2008, pourvoi n° 06-44462 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 janvier 2008, Bull. civ. I, n° 13 ; Cass. 3^{ème} civ., 24 octobre 2007, Bull. civ. III, n° 06-19379.

²⁹⁵¹ Cass. 2^{ème} civ., 23 septembre 2010, pourvoi n° 09-69809.

suscite, au demeurant, des critiques de la part de la doctrine²⁹⁵². Malgré ce que certains auteurs ont pu croire dans l'immédiat²⁹⁵³, la Cour de cassation est loin d'être aussi claire concernant la théorie de l'inexistence des actes de procédure. Elle n'exclut textuellement que la requalification d'un vice de forme en un cas d'inexistence. On ne saurait en déduire que le recours à ce dernier concept, ou à celui d'omission, d'un acte de procédure, soit exclu lorsque l'acte de procédure est « *tellement déficient qu'il n'est plus que l'ombre de l'acte requis.* »²⁹⁵⁴ La jurisprudence continue d'ailleurs de se référer discrètement à l'inexistence. Ainsi l'absence de désignation du curateur dans l'acte d'appel²⁹⁵⁵ ou la signification d'une ordonnance sans qu'elle soit accompagnée d'une copie de la requête²⁹⁵⁶ entraînent la nullité de l'acte sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un grief. Dans les deux hypothèses, l'acte concerné était uniquement affecté d'une lacune qui ne remettait pas en cause son existence, au sens ontologique du terme. Nous nous trouvons donc bien en présence d'une résurgence de la théorie de l'inexistence²⁹⁵⁷.

851. Par ailleurs, l'arrêt de la Cour de cassation de 2006 ne s'est pas prononcé sur la question de la requalification d'un vice de forme en fin de non-recevoir. La jurisprudence continue d'admettre que certains vices de procédure puissent être ainsi qualifiés, quand bien même ils ne concernent pas directement le droit d'action en justice tel que défini à l'article 30 du Code de procédure civile. Ainsi, le choix d'un mode d'introduction d'instance erroné est assimilé à un « *défaut de saisine régulière* »²⁹⁵⁸

²⁹⁵² Voy. par exemple : HÉRON/LE BARS, p. 179 pour qui « *l'édifice est condamné à s'effriter et l'on ne peut que voir apparaître des décisions qualifiant d'irrégularités de fond, des vices non visés à l'article 117 du Code de procédure civile.* »

²⁹⁵³ Emmanuel PUTMAN, En procédure civile, l'inexistence n'existe plus, Note sous Cass. ch. mixte 7 juillet 2006, JCP 2006 éd. G II 10146 : « *Le présent arrêt évince la théorie de l'inexistence afin de maintenir rigoureusement l'économie du système des nullités de procédure* » ; Yves-Marie SÉRINET, De la distinction entre inexistence et nullité d'un acte de procédure, Observations sous Cass. ch. mixte 7 juillet 2006, JCP 2006 éd. G I 183 n° 12 : « *Conforme aux souhaits de l'avocat général, la solution met "met fin à la notion jurisprudentielle de l'inexistence"* ».

²⁹⁵⁴ En ce sens : MAYER, p. 63-64. Voy. également BEAUCHARD, Nullité des actes de procédure-Généralités, n° 19 : « *Il doit au surplus être reconnu des limites à l'équivalence des formes, voire aux fantaisies procédurales (sinon pourquoi ne pas admettre par exemple l'appel par lettre au président de la République et, pourquoi pas, par déclaration à la télévision...l'intimé aura bien du mal à prouver que l'irrégularité lui cause un grief).* »

²⁹⁵⁵ Cass. 2^{ème} civ., 25 février 2010, pourvoi n° 08-20345.

²⁹⁵⁶ Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-13498.

²⁹⁵⁷ Voy. MAYER, p. 64 qui se réfère à l'arrêt du 4 juin 2009. Plus loin, l'auteur propose (p. 388-391) d'admettre un nombre limité d'hypothèses d'inexistence en adoptant une approche « *fonctionnelle* » du concept.

²⁹⁵⁸ Sur cette notion : MAYER, p. 382-383 ; PÉTEL-TEYSSIE, Défenses, n° 44. Parfois, la Cour de cassation parle d'« *irrégularité du mode de saisine du tribunal.* » : Cass. com., 22 mai 2007, pourvoi n° 06-12174. COUTANT, p. 174, mentionne, de manière plus générale, les « *actes accomplis dans les formes différentes de celles prévues par la loi* ». Parfois, ce vice de procédure a été considéré comme une cause d'inexistence des actes de procédure (MAYER, p. 382-383), ce qui a été critiqué (MAYER, p. 383) au motif, bien fondé, qu'« *à partir du moment où l'acte accompli dans une autre forme que la forme requise possède tous les éléments constitutifs de l'acte juridique, il n'est pas objectivement inexistant* »

donnant lieu à une fin de non-recevoir²⁹⁵⁹. L'irrecevabilité est ainsi encourue lorsque le recours n'est pas adressé à la juridiction compétente pour le recevoir²⁹⁶⁰, et cela même si la déclaration de recours a été transmise par la juridiction saisie²⁹⁶¹. Il en va de même quand la signature illisible d'une déclaration d'appel ne permet pas de vérifier si son auteur est un avocat ayant pouvoir de représenter les parties²⁹⁶². L'envoi d'une

²⁹⁵⁹ Cass. 2^{ème} civ., 6 janvier 2011, Bull. civ. II, n° 5 (les locataires avaient voulu saisir le tribunal paritaire des baux ruraux par une déclaration orale au cours d'une audience de conciliation tenue dans le cadre d'une autre instance les opposant au bailleur) ; Cass. 2^{ème} civ., 25 mars 2010, pourvoi n°09-14910 (saisine de la cour d'appel après cassation par voie postale au lieu de procéder à une déclaration au greffe). Une jurisprudence similaire existait déjà avant 2006 en matière de baux ruraux : Cass. 3^{ème} civ., 2 oct. 1996, Bull. civ. III, n° 202 (« ...l'omission de la formalité de saisine du tribunal paritaire des baux ruraux selon les prescriptions de l'art. 885 constitue une cause d'irrecevabilité de la demande sanctionnée par une fin de non-recevoir et non pas un vice de forme ») ; Cass. 3^{ème} civ., 5 février 1992, Bull. civ. III, n° 41 (ne mentionne que l'irrecevabilité). Voy. également : Cass. 3^{ème} civ., 24 janvier 2001, Bull. civ. III, n° 6 ; Cass. 3^{ème} civ., 24 novembre 1999, Bull. civ. III, n° 224, Cass. 3^{ème} civ., 29 mars 2000, Bull. civ. III, n° 72, Procédures 2000, comm. 202 (note Junillon) et Cass. 3^{ème} civ., 21 décembre 1993, Bull. civ. III, n° 180 (« ...la cour d'appel, qui a retenu exactement, par motifs propres et adoptés, que le tribunal paritaire n'avait été régulièrement saisi ni par la lettre recommandée compte tenu de la nature de la demande ni par l'assignation, dès lors que M. Y... devait, selon l'article 885, alinéa 1, du nouveau Code de procédure civile, faire parvenir cet acte d'huissier au secrétaire de la juridiction afin que celui-ci convoque régulièrement les parties pour une nouvelle audience de conciliation, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision »). Pour plus de précisions à ce propos, voy. PÉTEL-TEYSSIE, Défenses, n° 45. Un raisonnement identique se retrouvait dans d'autres domaines : Cass. com., 6 juillet 1999, Bull. civ. IV, n° 154 (« ...c'est à bon droit que l'arrêt énonce, l'article 156 du décret du 27 décembre 1985 prévoyant, en matière de redressement et liquidation judiciaires, une forme particulière de tierce opposition dérogatoire au droit commun, dont les conditions de forme s'imposent aux tiers qui désirent l'utiliser, que la tierce opposition faite autrement que par déclaration au greffe est irrecevable ; qu'ainsi, et dès lors que celui qui invoque l'irrecevabilité de la tierce opposition n'a pas à justifier d'un grief, la cour d'appel a justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ») ; Cass. com., 9 avr. 1991, Bull. civ. IV n° 129 (« Mais attendu que l'arrêt retient que, faite par une lettre et non par une déclaration au greffe, la tierce opposition ne répondait pas aux exigences de l'article 156 du décret du 27 décembre 1985, texte d'ordre public dont les juges doivent faire respecter les dispositions à tout stade de l'instance ; que par ces seuls motifs, dont il résulte qu'à défaut d'avoir été exercée suivant la forme prévue à l'article 156 du décret du 27 décembre 1985, la tierce opposition était irrecevable et que cette fin de non-recevoir pouvait, conformément à l'article 123 du nouveau Code de procédure civile, être proposée en tout état de cause, l'article 112 de ce même Code étant dès lors inapplicable, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ») ; Cass. com. 30 juin 1981, Bull. civ. IV n°301 (« Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré irrecevable l'action engagée par M. Fernandez, au motif que celui-ci n'avait pas au préalable adressé un mémoire à l'administration compétente, alors que, selon le pourvoi d'une part, le défaut de mémoire préalable tel qu'exigé par l'article R. 161 du Code du domaine de l'Etat, constitue un vice de forme, que s'agissant d'un vice de forme, l'exception de nullité de la procédure ne peut être accueillie qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité [...] Attendu, en second lieu, que la Cour d'appel, en retenant que l'action intentée par M. Fernandez, sans recours préalable auprès du directeur de service compétent, était irrecevable, a considéré à juste titre que le défaut de droit d'agir qui en résultait constituait une fin de non-recevoir pouvant être relevée d'office, même après défense au fond, sans qu'il y ait lieu d'établir l'existence d'un grief. »)

²⁹⁵⁹ PÉTEL-TEYSSIE, Défenses, n° 44 envisage cependant la fin de non-recevoir uniquement lorsque le défaut de saisine valable trouve sa source dans une omission de la partie concernée. En revanche, lorsqu'un acte a été accompli, mais qu'il est vicié, la sanction devrait être la nullité pour irrégularité de fond.

²⁹⁶⁰ Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} décembre 2011, pourvoi n° 10-60411 (pourvoi en cassation adressé à la juridiction de première instance) ; Cass. 2^{ème} civ., 16 septembre 2010, pourvoi n° 09-69800 (recours contre une ordonnance de taxe adressé à la juridiction l'ayant rendu et non à la cour d'appel) ; Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-14459 (déclaration d'appel adressée à la juridiction de première instance et non à la juridiction d'appel) ; Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2010, Bull. civ. II, n° 134 (saisine d'une juridiction d'appel limitrophe sur le fondement de l'art. 47 CPC 1975 au lieu de demander le renvoi par la juridiction compétente) ; Cass. 2^{ème} civ., 9 juillet 2009, Bull. civ. II, n° 186 (saisine d'une cour d'appel incompétente) ; Cass. 3^{ème} civ., 16 mai 2001, Bull. civ. III, n° 63 ; Cass. soc., 11 février 1993, pourvoi n° 90-21226 (pourvoi en cassation adressé à la juridiction de première instance) ; Cass. 3^{ème} civ., 10 novembre 1987, pourvoi n° 86-70316 (pourvoi en cassation adressée à la Cour de cassation au lieu de l'être à la juridiction d'appel).

²⁹⁶¹ Cass. soc., 21 novembre 2001, pourvoi n° 00-44635 ; Cass. soc., 21 novembre 2001, pourvoi n° 00-44637 ; Cass. soc., 21 novembre 2001, pourvoi n° 00-44746 ; Cass. 1^{ère} civ., 23 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 301.

²⁹⁶² Cass. soc., 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-45175. Voy. également : Cass. soc., 7 novembre 2007, Procédures 2008, comm. 3 (signature « p.o. » non identifiée).

déclaration d'appel par télécopie est sanctionnée de la même manière²⁹⁶³. Le contenu des actes de procédure peut aussi donner lieu à des fins de non-recevoir. Tel est le cas lorsque la motivation de ceux-ci est prévue à peine d'irrecevabilité par le Code de procédure civile²⁹⁶⁴. L'irrecevabilité peut être prononcée même en l'absence de mention expresse, notamment si la partie concernée contrevient à une interdiction clairement formulée²⁹⁶⁵.

852. La requalification des vices de forme en fins de non-recevoir est fréquemment critiquée par la doctrine²⁹⁶⁶, qui s'élève contre ces « *fins de non-recevoir de procédure* »²⁹⁶⁷. La jurisprudence n'y renonce pas²⁹⁶⁸, même si certains arrêts isolés

²⁹⁶³ Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 2010, Procédures 2010, comm. 258 (note Perrot). Il s'agit de la continuation d'un courant jurisprudentiel remontant à 1995 : Jacques HÉRON/Georges WIEDERKEHR, Chroniques-justice civile, Justices 1996, n° 3, pp. 360 ss, spécialement p. 366-367 ; Cass. 2^{ème} civ., 8 juin 1995, Bull. civ. II, n°180. Le Tribunal fédéral suisse est également défavorable à l'utilisation de la télécopie, considérant qu'il ne s'agit pas d'un vice de procédure guérissable (cf. supra, n° 455).

²⁹⁶⁴ BLOCK, p. 41 ; COUTANT, p. 178 ; GAMBIER, p. 108-110 ; PÉTEL-TEYSSIE, Défenses, n° 49-50 ; PUTMAN, Nullités, n° 61-71. Pour quelques exemples jurisprudentiels adoptés avant 2006 : Cass. 2^{ème} civ., 9 novembre 2004, Bull. civ. II, n° 194 (« ...que le défaut de motivation constitue une fin de non-recevoir d'ordre public qui doit être relevée d'office par le juge ») ; Cass. 2^{ème} civ., 10 mars 2004, Bull. civ. II, n° 115 (Irrecevabilité prévue par l'art. 66 du Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992) ; Cass. com., 29 janvier 2002, pourvoi n° 99-12552 (« Mais attendu qu'aux termes de l'article R. 411-21, 1 a) du Code de la propriété intellectuelle, la déclaration de recours contre une décision du directeur de l'INPI doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, comporter, si le requérant est une personne physique, ses noms, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; qu'ayant constaté que la déclaration remise par M. X... ne comportait pas l'intégralité des mentions exigées par ce texte, c'est à bon droit que la cour d'appel qui n'avait pas à constater l'existence d'un grief, a déclaré irrecevable ce recours ; que le moyen n'est pas fondé ») ; Cass. com., 28 janvier 2003, pourvoi n° 01-10008 (« Attendu enfin, que l'article R. 411-21 du Code de la propriété intellectuelle disposant à peine, non pas de nullité de l'acte de recours, mais d'irrecevabilité de ce recours, l'article 114 du nouveau Code de procédure civile est sans application en la cause ») ; Cass. soc., 11 décembre 1990, Bull. civ. V, n° 628 (confirmation de l'arrêt du 7 juin 1974) ; Cass. 3^{ème} civ., 10 juill. 1978, Bull. civ. III n° 291 (« Mais attendu que la Cour d'appel qui constate que la demande tendait à la nullité d'une vente immobilière a fait une exacte application des dispositions de l'article 11 du décret du 22 décembre 1958, applicable en la cause, et de l'article 30-5 du décret du 4 janvier 1955, en décidant que cette demande devait, à peine d'irrecevabilité, être formée devant la juridiction de jugement par un acte d'huissier de justice qu'elle n'avait pas à répondre à des conclusions que cette décision rendait inopérantes ») ; TGI Nanterre, 4 mars 1975, JCP 1975. éd. G IV. 6524 (obs. J. A.) ; Cass. 2^{ème} civ., 7 juin 1974, Bull. civ. II n° 185, RTD civ. 1974, p. 853 (chron. Perrot), (« Et attendu que l'irrecevabilité de celui-ci entraînée par cette absence de motifs ne constitue pas, ainsi que l'a estimé à juste titre la Cour d'appel, la nullité pour simple vice de forme d'un acte de procédure, qui ne pourrait être prononcée qu'à la condition édictée par la disposition de l'article 53 alinéa 2, du décret du 20 juillet 1972 à laquelle se réfère le moyen »).

²⁹⁶⁵ Voy. concernant une requête initiale en divorce qui en énonce le motif : TGI Bordeaux, 22 novembre 2005, RTD civ. 2006, p. 288 (chron. Hauser). PUTMAN, Nullités, n° 75 parle en revanche d'un « simple refus d'examen tant que les indications utiles ne sont pas fournies », qu'il distingue de la fin de non-recevoir, lorsqu'une partie refuse de répondre à une sommation de faire connaître son domicile.

²⁹⁶⁶ GAMBIER (p. 105) et COUTANT (p. 451) parlent d'« erreur de qualification » s'agissant de l'irrecevabilité pour défaut de motivation.

²⁹⁶⁷ L'expression est de BLOCK, p. 43 et 266 ; CLÉMENT, p. 452-453 ; Emmanuel DU RUSQUEC, Nature et régime des nullités pour vice de forme dans les actes de procédure, Gaz. Pal. 1979. 1. doctr. 136, spécialement p. 138 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 660-662 ; JUNILLON, Le formalisme, p. 381, n° 164.33 et 164.34 pour qui la cour de cassation « ouvre plus largement le domaine de l'irrecevabilité » ; PÉTEL-TEYSSIE, Défenses, n° 56 parle d'« excroissance légale » en se référant à une opinion de Jacques NORMAND (Chronique de droit judiciaire privé, RTD civ. 1981, p. 685) ; Jean VIATTE, L'irrecevabilité en droit judiciaire privé, Gaz. Pal. 1980. 2. doctr. 470. En revanche, HÉRON/LE BARS, p. 118-120, et CADIET/JEULAND, p. 319, y voient tantôt la manifestation de la marge d'appréciation du législateur, tantôt la consécration d'une catégorie de vices de procédure particulièrement graves. Les avis sont donc partagés.

²⁹⁶⁸ Par exemple, s'agissant des art. 257-2 C. civ. et 1115 CPC 1975 : Cass. 2^{ème} civ., 6 janvier 2012, pourvoi n° 10-17824, publication prévue ; Lyon, 19 décembre 2011, RG n° 10/04399 ; Lyon, 5 février 2008, RG n° 07/01199. La continuité de la jurisprudence se retrouve également en matière de motivation du contredit de compétence : Cass. soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 11-17378, publication prévue ; Cass. soc., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-24751 ; Angers, 8 mars 2011, RG n° 10/00770 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 février 2011, Bull. civ. II, n° 31 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 février 2011, Bull.

semblent les exclure²⁹⁶⁹. Des nuances existent toutefois, signe que les juridictions veulent parfois éviter que des erreurs mineures n'aient de trop lourdes conséquences. L'utilisation d'une lettre simple au lieu d'une lettre recommandée avec avis de réception constitue un vice de forme nécessitant la preuve d'un grief²⁹⁷⁰, sauf s'il s'agit d'un pourvoi en cassation²⁹⁷¹. Il en va de même quand une déclaration d'appel faite au greffe de la juridiction est remplacée par une lettre recommandée reçue et enregistrée à temps²⁹⁷². Malgré ces quelques assouplissements, il arrive que la jurisprudence fasse preuve d'inconstance. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation estiment que l'absence de signature d'un acte d'appel constitue un vice de forme nécessitant la preuve d'un grief²⁹⁷³, mais l'irrecevabilité se rencontre également²⁹⁷⁴, à l'instar de ce qui est constamment appliqué pour le pourvoi en cassation²⁹⁷⁵.

853. On rencontre également quelques espèces isolées admettant d'autres sanctions que celles figurant dans le code de procédure civile. Une d'entre elles²⁹⁷⁶ se réfère à une

civ. I, n° 24 ; Cass. soc., 10 décembre 2008, pourvoi n° 08-40356. Explicite : Cass. com., 28 octobre 2008, Bull. civ. IV, n° 183.

²⁹⁶⁹ Cass. soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-43331 et Dijon, 13 novembre 2007, RG n° 06/01744 au terme duquel la liste des fins de non-recevoir dressée à l'art. 122 CPC 1975 est limitative. Ce dernier arrêt d'appel se heurte de manière frontale à la jurisprudence de la juridiction suprême admettant les fins de non-recevoir conventionnelles : Cass. ch. mixte, 14 février 2003, Bull. civ. ch. mixte, n° 1, D. 2003. 1386 (note Ancel et Cottin) et 2480 (obs Clay), RTD civ. 2003, p. 294 (chron. Mestre et Fages) et p. 349 (chron. Perrot), JCP 2003 éd. G I 128 (obs. Cadiet), JCP 2003 éd. G I 164 (note Seraglini), Procédures 2003, comm. 96 (note Croze).

²⁹⁷⁰ Cass. 2^{ème} civ., 19 mars 2009, Bull. civ. II, n° 76 ; Cass. 1^{ère} civ., 17 janvier 2008, Bull. civ. I, n° 13. La jurisprudence a parfois été plus souple par le passé, voy. l'exemple cité par GAMBIER, p. 161-162 (saisie-arrêt effectuée par lettre recommandée).

²⁹⁷¹ Cass. 1^{ère} civ., 30 janvier 2002, pourvoi n° 01-04092 ; Cass. soc., 5 décembre 2001, pourvoi n° 00-45390 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 mars 2000, pourvoi n° 99-04096 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 janvier 2000, pourvoi n° 98-04137.

²⁹⁷² Cass. 2^{ème} civ., 18 février 2010, pourvoi n° 09-65517.

²⁹⁷³ Cf. supra, n° 847.

²⁹⁷⁴ Voy. Cass. 2^{ème} civ., 24 décembre 2008, Bull. civ. II, n° 260, D. 2009. 107, JCP 2009 éd. G IV 1049 (acte d'appel). La jurisprudence plus ancienne estimait, à propos des conclusions, qu'« *qu'un document dépourvu de la signature de l'avocat n'a[vait] pas valeur de conclusions* » : Cass. 2^{ème} civ., 13 décembre 2001, Bull. civ. II, n° 185, JCP 2002 éd. G IV 1154 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 janvier 2000, Bull. civ. II, n° 6, D. 2000. IR. 36, JCP 2000 éd. G IV 1327. S'agissant d'une requalification en faveur de l'inexistence, nous pensons qu'elle se heurte désormais au changement de jurisprudence intervenu en 2006.

²⁹⁷⁵ Cass. soc., 14 juin 2005, pourvoi n° 03-46586 ; Cass. soc., 16 septembre 2003, pourvoi n° 01-47381 ; Cass. 1^{ère} civ., 20 décembre 2001, pourvoi n° 01-04031.

²⁹⁷⁶ Cass. 3^{ème} civ., 4 février 2009, Bull. civ. III, n° 29, D. 2009. 2657 (note Beauchard). HÉRON/LE BARS, p. 179, considèrent qu'on se trouve en présence d'une irrégularité de fond au sens de l'article 117 du Code de procédure civile. Le vice de procédure résidait dans l'absence de procédure préalable à la saisine du tribunal dans un litige portant sur un bail commercial (art. 29-1 et 30-1 du Décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre les bailleurs et les locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux, publié au *J.O.* du 1^{er} octobre 1953, pp. 8618 ss). La troisième chambre civile s'inscrit sur ce point dans la droite ligne de précédents adoptés avant l'arrêt du 7 juillet 2006 : Cass. 3^{ème} civ., 30 avril 2003, Bull. civ. III, n° 89 ; Cass. 3^{ème} civ., 24 juin 1998, Bull. civ. III, n° 88. Voy. toutefois : Cass. 3^{ème} civ., 22 janvier 1997, Bull. civ. III, n° 20 au terme duquel la saisine du tribunal par assignation, au lieu de la simple remise des mémoires, constitue un vice de forme et Cass. 3^{ème} civ., 4 octobre 1972, Bull. civ. III, n° 494 qui applique purement et simplement le régime de la nullité pour vice de forme. Cette forme particulière d'introduction d'instance a été reprise aux art. R. 145-23 ss C. com. par le Décret n° 2007-431 du 25 mars 2007 relatif à la partie réglementaire du code de commerce, publié au *J.O.* du 27 mars 2007, pp. 5648 ss. La jurisprudence conserve donc sa pertinence malgré les modifications intervenues. On observera que la régularisation de l'absence de mémoire est admise : Cass. 3^{ème} civ., 17 septembre 1998, Bull. civ. III, n° 134.

improbable « nullité de fond »²⁹⁷⁷, tandis que des autres semblent appliquer une sorte particulière de nullité ne nécessitant pas la preuve d'un grief, sans toutefois constituer une irrégularité de fond²⁹⁷⁸. Les termes employés sont parfois encore plus vagues²⁹⁷⁹ et il arrive même que la jurisprudence renonce à qualifier le vice de procédure. Ainsi, lorsque l'acte de notification d'un jugement à une partie n'indique pas la voie de recours ordinaire ouverte et le délai pour introduire celui-ci, la Cour de cassation considère que ce vice de procédure « a pour effet de ne pas faire courir le délai de recours »²⁹⁸⁰, sans passer par la nullité de l'exploit de signification prévue pourtant à l'article 693 du Code de procédure civile²⁹⁸¹. L'absence de procuration spéciale pour interjeter un pourvoi en cassation dans la procédure sans représentation obligatoire entraîne l'irrecevabilité du recours sans toutefois que la nature du vice de procédure ne soit discutée²⁹⁸². Bien qu'on ne rencontre plus de jurisprudence publiée postérieure à l'arrêt de 2006²⁹⁸³, il devrait en aller de même lorsque le demandeur en cassation suit les règles de la procédure sans représentation obligatoire, alors qu'il doit être représenté par un avocat aux Conseils²⁹⁸⁴. Le seul point commun de toutes ces constructions intellectuelles est précisément de ne pas être soumises à l'article 114 alinéa 2 du Code de procédure civile.

²⁹⁷⁷ Cet arrêt a ainsi été interprété comme revenant sur la solution consacrée en 2006 : Jean BEAUCHARD, Note sous Cass. 3^{ème} civ. 4 février 2009, D. 2009. 2657, spécialement p. 2658.

²⁹⁷⁸ Cass. 2^{ème} civ., 25 février 2010, pourvoi n° 08-20345 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-13498.

²⁹⁷⁹ Lyon, 21 janvier 2011, RG n° 09/02348 ; Versailles, 10 novembre 2009, RG n° 08/01300 ; Cass. soc., 1^{er} avril 2009, pourvoi n° 07-44962 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2008, Bull. civ. I, n° 87, D. 2008. 2042 (note Le Ninivin) ; Cass. 2^{ème} civ., 15 novembre 2007, pourvoi n° 04-11163 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 décembre 2008, n° 07-19775.

²⁹⁸⁰ Jurisprudence constante : Cass. soc., 13 mars 2012, pourvoi n° 11-10905 ; Montpellier, 10 mai 2011, RG n° 10/03304 ; Agen, 4 avril 2011, RG n° 09/01392 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 février 2011, pourvoi n° 10-10333 ; Limoges, 6 janvier 2011, RG n° 10/00363 ; Cass. com., 7 décembre 2010, pourvoi n° 10-10923 ; Cass. soc., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-43328 ; Cass. 2^{ème} civ., 15 avril 2010, pourvoi n° 09-14872 ; Cass. 2^{ème} civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-12134 ; Nîmes, 3 juin 2008, RG n° 08/00857 ; Paris, 13 mars 2008, RG n° 07/00873 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 février 2004, Bull. civ. II, n° 57, D. 2004. 1203 (obs. Julien), JCP 2004 éd. G IV. 1680.

²⁹⁸¹ Voy. Cass. 2^{ème} civ., 14 février 2008, Bull. civ. II, n° 33, RTD civ. 2008, p. 544 (chron. Théry) qui estime l'acte valable, faute de grief, et donc susceptible de valoir mise en demeure, tout en admettant que le délai de recours n'a pas couru. La doctrine y a vu une irruption de la « nullité partielle dans la théorie des actes de procédure », tout en concédant qu'elle « respecte l'esprit du code en évitant que les conséquences d'une irrégularité ne débordent au-delà de ce qui est nécessaire » (Philippe THÉRY, Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 14 février 2008, RTD civ. 2008, p. 545). Autrement dit, les difficultés conceptuelles doivent céder le pas devant le risque d'excès de formalisme.

²⁹⁸² Le pourvoi est déclaré irrecevable alors qu'on se serait attendu à une nullité pour irrégularité de fond, voire à une nullité pour vice de forme si la procuration existe, mais qu'elle n'a pas été produite à temps : Cass. soc., 23 janvier 2002, pourvoi n° 00-40551 ; Cass. soc., 7 février 2001, pourvoi n° 99-41242 ; Cass. 2^{ème} civ., 21 juin 1995, pourvoi n° 94-50029 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 décembre 1994, pourvoi n° 94-06005 ; Cass. soc., 26 octobre 1989, pourvoi n° 87-40743 ; Cass. soc., 18 octobre 1989, pourvoi n° 87-42366 ; Cass. soc., 7 juillet 1988, pourvoi n° 85-44298.

²⁹⁸³ Des vices de procédure aussi évidents entraînent la non-admissibilité du pourvoi sur le fondement de l'art. L. 431-1 al. 2 COJ. De telles décisions ne sont en principe pas publiées sur le site internet www.legifrance.gouv.fr.

²⁹⁸⁴ Cass. soc., 9 juillet 1998, pourvoi n° 97-13830 ; Cass. 2^{ème} civ., 25 mars 1998, pourvoi n° 94-17352 ; ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-11200 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-16941 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-13131 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-15158 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-16290 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, pourvoi n° 93-16291 ; Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1992, pourvoi n° 91-18941 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 avril 1992, pourvoi n° 91-16572 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 novembre 1991, pourvoi n° 91-11620 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 février 1991, pourvoi n° 88-17745 ; Cass. 1^{ère} civ., 22 janvier 1991, pourvoi n° 88-16749 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 juillet 1989, pourvoi n° 88-14555 ; Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 1989, pourvoi n° 88-11116 ; Cass. 3^{ème} civ., 20 janvier 1988, pourvoi n° 86-15787..

2) Les possibilités d'évolution

854. La situation actuelle, soit l'approche *concrète absolue* du préjudice subi en raison de vice de procédure et les nombreuses exceptions destinées à compenser certains déséquilibres, est loin d'être satisfaisante. Le constat ne date pas d'aujourd'hui. La doctrine propose depuis longtemps de passer à une approche *abstraite*²⁹⁸⁵ ou *mixte*²⁹⁸⁶ du préjudice. A notre avis, la reconnaissance explicite de l'interdiction du formalisme excessif par les tribunaux fournirait certainement un cadre adéquat permettant d'ouvrir un débat général, sans se cacher derrière les concepts et les demi-vérités. Ce n'est toutefois pas suffisant, car il reste encore à élaborer un système permettant de s'appliquer à des cas concrets. Sur ce point, nous avons vu que le droit suisse, reposant exclusivement sur l'interdiction du formalisme excessif²⁹⁸⁷, demeure largement imprévisible et contradictoire. Le grand mérite, à nos yeux, du droit français réside précisément dans la précision du raisonnement suivi. Cette particularité doit donc être conservée. Il nous faudra donc nous appuyer sur les concepts existants. Nous ne pensons pas que l'approche purement conceptuelle suivie par MAYER, qui veut assigner un domaine précis à chaque sanction en s'inspirant de la théorie de l'acte juridique²⁹⁸⁸, puisse résoudre le problème. D'une part, son système ne règle pas la question de la confusion entre fin de non-recevoir et nullité pour vice de forme²⁹⁸⁹ ; d'autre part, il ne tient pas directement compte des impératifs liés à l'interdiction du formalisme excessif. A vrai dire, il n'est même pas souhaitable de procéder à une refonte en bloc du droit positif, car la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme interdit de remettre en cause l'approche *concrète* (a). Seuls quelques changements de détails, pour partir déjà envisagés par la jurisprudence, nous paraissent recommandés. Nous pensons qu'il suffit de la débarrasser de son caractère absolu (b) pour mettre fins aux controverses.

²⁹⁸⁵ Cf. supra, n° 800.

²⁹⁸⁶ Cf. supra, n° 801.

²⁹⁸⁷ Cf. supra, n° 820 ss.

²⁹⁸⁸ Voy. MAYER, pp. 297 ss.

²⁹⁸⁹ Voy. MAYER, p. 298-299 (annonce de plan).

a) L'impact de la jurisprudence de la Cour
européenne des droits de l'Homme

855. Même si la Cour de Strasbourg n'a jamais abordé la question en des termes aussi explicites que les juridictions et la doctrine nationales, certaines tendances claires se dégagent tout de même de la jurisprudence. A l'occasion de l'affaire *Walchli*²⁹⁹⁰, qui concernait la procédure pénale française²⁹⁹¹, la juridiction européenne a eu l'occasion préciser la manière dont doit être évalué le préjudice subi en raison d'un vice de procédure. L'arrêt mérite qu'on s'y arrête. Le requérant avait demandé à la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Riom d'annuler certains actes d'instruction. Ce faisant, il s'était limité à déposer au greffe une requête que le greffier avait estampillée, sans toutefois accompagner cet acte d'une déclaration spéciale prévue à cet effet²⁹⁹². La demande fut déclarée irrecevable pour vice de forme²⁹⁹³. La Cour européenne des droits de l'Homme considéra que cette décision « *souffr[ait] d'un formalisme excessif* »²⁹⁹⁴, car « *la requête comportait les informations nécessaires à une identification simple et rapide de son objet, ainsi que l'ensemble des mentions requises* »²⁹⁹⁵. Un tel raisonnement repose sur une approche *concrète* du préjudice subi en raison du vice de procédure, car il s'intéresse uniquement à la transmission de l'information. Il a été confirmé dans une autre affaire pénale concernant la France²⁹⁹⁶. La requérante avait omis de motiver spécialement son appel contre une ordonnance du juge d'instruction. Son recours fut déclaré irrecevable. Relevant tout d'abord que « *l'obligation d'indiquer l'objet du recours* »²⁹⁹⁷ ne ressortait pas du texte légal, la Cour de Strasbourg arriva, ensuite, à la conclusion « *qu'à la lecture des informations contenues dans l'acte d'appel, le président de la chambre de l'instruction ne pouvait ignorer* »²⁹⁹⁸ celui-ci, si bien que l'irrecevabilité procédait d'un excès de formalisme²⁹⁹⁹.

²⁹⁹⁰ CourEDH, *Walchli c. France*, n° 35787/03, arrêt du 26 juillet 2007.

²⁹⁹¹ L'arrêt ayant été rendu au seul visa de l'art. 6 § 1 CEDH, le résultat est sans autre transposable à la procédure civile.

²⁹⁹² Affaire *Walchli*, arrêt précité, § 8.

²⁹⁹³ Affaire *Walchli*, arrêt précité, § 9.

²⁹⁹⁴ Affaire *Walchli*, arrêt précité, § 32.

²⁹⁹⁵ Affaire *Walchli*, arrêt précité, § 33. La Cour s'est d'ailleurs interrogée sur le rôle du greffier qui aurait pu inviter le requérant à régulariser son acte (§ 35).

²⁹⁹⁶ CourEDH, *Poirot c. France*, n° 29938/07, arrêt du 15 décembre 2011. De la même manière que dans l'affaire *Walchli*, seul la violation de l'art. 6 § 1 CEDH a été envisagé.

²⁹⁹⁷ Affaire *Poirot*, arrêt précité, § 42.

²⁹⁹⁸ Affaire *Poirot*, arrêt précité, § 43.

²⁹⁹⁹ Affaire *Poirot*, arrêt précité, § 44.

856. Il est toutefois difficile de dire si elle appelle de ses vœux une approche *concrète absolue* ou *tempérée*. La jurisprudence se montre sévère et met à la charge des requérants une véritable obligation de diligence³⁰⁰⁰, de manière à ce qu'ils remédient spontanément aux vices de procédure dont ils ne sont pourtant pas responsables. Quelques exemples le démontrent de manière indiscutable. Dans l'affaire *Kefala*³⁰⁰¹, la requérante se plaignait de ce qu'une décision de justice lui avait été signifiée par collage sur la porte de son domicile, sans que l'huissier ne mentionne la date de l'opération. Elle estimait que cette irrégularité justifiait la tardiveté de son appel. Il ressortait cependant de l'état des faits qu'au moment où elle avait pris connaissance de la décision, le délai n'était pas encore échu et qu'elle n'avait pas réagi immédiatement. La Cour en déduisit qu'elle « *n'a[vait] pas fait diligence pour déposer immédiatement son appel, ne serait-ce que par précaution* », si bien que l'irrecevabilité ne violait pas le droit d'accès à un tribunal³⁰⁰². Si le requérant a refusé de recevoir une demande en justice, il ne saurait se plaindre de la notification par voie édictale d'un jugement de défaut rendu subséquemment³⁰⁰³. Cela vaut même si la régularité de la première signification était sujette à caution³⁰⁰⁴. La Cour reprocha également à plusieurs requérants de ne pas s'être informés à temps de l'éventuelle perte d'un courrier adressé à un tribunal, de manière à pouvoir agir avant l'acquisition de la prescription de ses prétentions³⁰⁰⁵, de ne pas s'être inquiétés de

³⁰⁰⁰ La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question à moult reprises : CourEDH, *Bąkowska c. Pologne*, n° 33539/02, arrêt du 12 janvier 2010, § 54 ; CourEDH, *Loueslati c. France*, n° 36141/03, arrêt du 20 novembre 2008, §§ 44-58 ; CourEDH, *Vally c. France*, n° 39141/04, décision du 17 juin 2008 ; CourEDH, *Clinique Sainte Marie c. France*, n° 24562/03, décision du 29 avril 2008 ; CourEDH, *Teuschler c. Allemagne*, n° 47636/99, décision du 4 octobre 2001 ; CourEDH, *Paar c. Hongrie*, n° 40867/98, décision du 20 septembre 2001 ; CourEDH, *Mladenić c. Croatie*, n° 48485/99, décision du 14 juin 2001, CourEDH, *Stepowski c. Pologne*, n° 35461/97, décision du 15 juin 2000 ; CourEDH, *Stawicki c. Pologne*, n° 47711/99, décision du 10 février 2000 ; CourEDH, *Vaughan c. Italie*, n° 47129/99, décision du 24 août 1999 ; CommEDH, *Darnay c. Hongrie*, n° 36524/97, décision du 16 avril 1998 ; CommEDH, *Martins Coelho c. Portugal*, n° 36944/97, décision du 16 avril 1998 ; CommEDH, *Salinga c. Allemagne*, n° 22543/93, décision du 7 décembre 1994 ; CourEDH, *Hennings c. Allemagne*, n° 12129/86, arrêt du 16 décembre 1992, Série A n° 251-A, §§ 24-27-. Toutes les décisions et arrêts précités concernent le même grief : le requérant se plaint de ne pas avoir pu prendre connaissance à temps d'une décision de justice, alors qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour se faire remettre son courrier.

³⁰⁰¹ CourEDH, *Kefala c. Grèce*, n° 26941/03, décision du 5 juillet 2005.

³⁰⁰² Voy. également CourEDH, *Franquesa Freixas c. Espagne*, n° 53590/99, décision du 21 novembre 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-XI où le requérant se plaignait de ce que le *dies a quo* de son recours constitutionnel (*amparo*) avait été fixé à la date à laquelle l'arrêt de la juridiction d'appel avait été notifié à son avoué. La Cour déclare son grief irrecevable au motif qu'il n'a de toute façon pas respecté le délai de vingt jours, même si on prend en considération la date à laquelle il a eu connaissance de l'arrêt attaqué. Dans le même sens : CourEDH, *Chiriță c. Roumanie*, n° 37147/02, arrêt du 29 septembre 2009, §§ 114-121 concernant un détenu partie à un procès civil.

³⁰⁰³ CourEDH, *Palacios Garriz c. Espagne*, n° 46345/99, décision du 8 février 2001.

³⁰⁰⁴ CourEDH, *Weber c. Allemagne*, n° 30203/03, décision du 30 octobre 2007. Le requérant était domicilié au Paraguay, où il s'était enfui après la faillite de sa société, afin d'échapper à des poursuites pénales. Une procédure civile fut également ouverte contre lui. Après une tentative infructueuse de signification par voie diplomatique, l'ambassade d'Allemagne essaya de remettre de manière informelle la demande en justice à l'avocat du requérant lors d'un interrogatoire. L'avocat refusa de recevoir l'acte, vraisemblablement sur instruction du requérant lui-même. La Cour considéra que le requérant avait forcément connaissance de la procédure civile, si bien qu'il ne pouvait se plaindre d'une violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

³⁰⁰⁵ CourEDH, *Vogtmann c. Croatie*, n° 10543/07, décision du 17 juin 2010.

l'absence de signification d'une décision de justice³⁰⁰⁶ ou encore d'avoir tardé de manière générale dans leurs démarches³⁰⁰⁷. Le fait de déposer un recours le dernier jour du délai dans un bureau de poste prive le requérant du droit de se plaindre que la juridiction saisie ne prend en compte que la date de réception à son greffe³⁰⁰⁸. En revanche, lorsque le requérant n'a pas été informé correctement de toutes les modalités d'introduction d'un recours, car le droit interne ne le prévoyait pas, le fait de ne pas tenir compte d'un recours interjeté sous la forme d'une série de protestations maladroitement formulées viole l'article 6 § 1 de la Convention³⁰⁰⁹. Cette exception, récemment admise en matière civile³⁰¹⁰, nous montre que la Cour européenne des droits de l'Homme va dans la même direction que la jurisprudence des tribunaux français concernant le respect de l'article 680 du Code de procédure civile³⁰¹¹. Elle se distingue nettement de la position stricte que le Tribunal fédéral suisse a parfois défendue³⁰¹². Autrement dit, l'obligation de diligence mise à la charge du destinataire d'un acte de procédure incomplet³⁰¹³ ne s'applique plus en cas d'information insuffisante par les autorités. Il n'est donc plus nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice particulier subi en raison de la situation. On quitte donc la sphère d'application de l'approche *concrète*. D'autres affaires ultérieures ne manqueront pas de venir préciser la portée de cette exception qui n'est pas clairement revendiquée par la Cour européenne des droits de l'Homme.

³⁰⁰⁶ CourEDH, *Gurzhyy c. Ukraine*, n° 326/03, décision du 1^{er} avril 2008 ; CourEDH, *Blokhin c. Russie*, n° 11175/02, décision du 4 janvier 2007.

³⁰⁰⁷ CourEDH, *Baronchelli c. Italie*, n° 19479/03, décision du 7 septembre 2010 ; CourEDH, *Floquet c. Allemagne*, n° 50215/99, décision du 9 février 2006 ; CourEDH, *Maass c. Allemagne*, n° 71598/01, décision du 15 septembre 2005 ; CourEDH, *Cañete de Goñi c. Espagne*, n° 55782/00, arrêt du 15 octobre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-VIII, §§ 32-43.

³⁰⁰⁸ CourEDH, *Rodriguez Valin c. Espagne*, n° 47792/99, arrêt du 11 octobre 2001, §§ 23-28.

³⁰⁰⁹ CourEDH, *Assunção Chaves c. Portugal*, n° 61226/08, arrêt du 31 janvier 2012, §§ 82-88.

³⁰¹⁰ L'affaire *Assunção Chaves* a été précédée de deux affaires pénales portant sur des situations similaires : CourEDH, *Faniel c. Belgique*, n° 11892/08, arrêt du 1^{er} mars 2011, §§ 26-35 ; CourEDH, *Da Luz Domingues Ferreira c. Belgique*, n° 50049/99, arrêt du 24 mai 2007, §§ 54-59. L'arrêt *Faniel* est d'ailleurs cité dans *Assunção Chaves*.

³⁰¹¹ S'agissant d'une indication erronée des voies de recours en matière administrative et constitutionnelle, une précédente affaire avait déjà débouché sur un constat de violation de l'article 6 § 1 de la Convention, quand bien même le requérant était un candidat malchanceux à un poste de procureur et donc censé connaître toutes les subtilités du droit interne : CourEDH, *Majski (n° 2) c. Croatie*, n° 16924/08, arrêt du 19 juillet 2011, §§ 60-61 et 70-71. De même, une divergence entre la juridiction de première instance et celle d'appel quant au point de départ du délai peut violer l'art. 6 § 1 de la Convention même si le prévenu est assisté par un avocat : CourEDH, *Pijevski c. Portugal*, n° 6830/05, arrêt du 13 novembre 2008, §§ 36-44.

³⁰¹² Cf. *supra*, n° 827. On comprend maintenant pourquoi la requête *Gajtni c. Suisse*, 43730/07, a été communiquée au Gouvernement suisse.

³⁰¹³ On ne peut pas dire que l'acte de procédure était vicié, car le droit interne pertinent ne prévoyait pas l'indication des voies de recours.

857. Au vu de ces éléments, il ne nous paraît pas recommandable d'adopter une approche *abstraite* du préjudice subi en raison d'un vice de procédure. Certes, un changement de paradigme se traduirait dans certains cas par une admission plus large des recours tardifs en raison de l'accroissement des causes de nullité susceptibles d'affecter l'exploit de signification du jugement contesté. La nullité d'une assignation en justice, ou d'un acte de recours serait aussi plus facilement prononcée, ce qui s'avérerait problématique lorsqu'une nouvelle instance ne peut pas être introduite. C'est pour cette raison que nous estimons plus prudent de maintenir l'approche *concrète*.

b) Vers une définition plus large du préjudice subi

858. Nous avons vu que le principal problème de l'approche *concrète* réside dans le fait que la nullité n'est encourue que si la partie lésée a été dans l'impossibilité absolue de se défendre à temps, en dépit de toute la diligence dont elle aurait pu faire preuve. Cette règle conduit, en effet, à valider des instances au cours desquelles le bon déroulement du procès relève du hasard, ou d'un zèle tout particulier, quand il ne va pas à l'encontre des principes d'une bonne administration de la justice³⁰¹⁴. Pour obvier tel résultat, il suffit, à notre avis, d'admettre la nullité lorsque les efforts imposés à la partie lésée sont disproportionnés, indépendamment du fait qu'elle soit parvenue, ou non, à suivre le cour de l'instance. L'approche demeurerait ainsi *concrète*, car il ne serait pas question de se référer à la seule gravité du vice de procédure commis ni de dresser *a priori* un catalogue des vices de forme ne pouvant être guéris³⁰¹⁵. Elle serait doublée, en revanche, d'une pesée des intérêts en jeu dans chaque cas d'espèce³⁰¹⁶. Cette opération devrait également prendre en compte d'autres éléments que la seule position des parties. On retrouverait ainsi les traits essentiels de l'interdiction du formalisme, que ce soit en droit suisse ou dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

³⁰¹⁴ Voy. sur cette question, parmi tant d'autres : MAYER, pp. 443 ss.

³⁰¹⁵ Comme le fait MAYER (pp. 440 ss) en excluant expressément trois configurations : les vices qui ôtent toute authenticité à l'acte de procédure (p. 441-442), les vices qui consistent dans le non respect du mode de saisine d'une juridiction (p. 442-443) et, finalement, les vices dont l'impunité risque de préjudicier au maintien d'une pratique professionnelle correcte (p. 443-445).

³⁰¹⁶ Une telle approche est parfois implicitement envisagée. Voy. concernant l'effet de l'absence d'interruption de la prescription par une demande en justice affectée d'un vice de forme, avant la réforme de 2008, sur la qualification du vice de procédure : Roger PERROT, Chronique sous Cass. ch. mixte. 7 juillet 2006, RTD civ. pp. 820 ss, spécialement p. 821.

859. L'idée d'un changement de paradigme en matière d'appréciation du préjudice n'est pas nouvelle. Elle se rencontre dans la jurisprudence concernant les conclusions tardives ou de dernière minute. Alors que, pendant longtemps, la Cour de cassation imposait une démonstration serrée du préjudice subi par les autres parties au procès³⁰¹⁷, sa jurisprudence a évolué en 2006 en reconnaissant aux juridictions d'appel un pouvoir souverain en la matière³⁰¹⁸. Même si ces dernières n'ont guère modifié leur pratique³⁰¹⁹, il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation a envisagé une autre approche. D'ailleurs, les critiques antérieures au changement de jurisprudence avaient le même ton que celles adressées à l'approche *concrète absolue* suivie en matière de nullités³⁰²⁰.

860. A côté de cela, on observe également une évolution intéressante dans d'autres domaines de la jurisprudence. Ainsi, la dissimulation du domicile dans l'acte d'appel, ôtant à l'intimée la possibilité de procéder lui-même à l'exécution forcée de l'arrêt à intervenir, ou du jugement de première instance³⁰²¹, est considérée comme source d'un grief³⁰²². La jurisprudence la plus récente se réfère même à l'appréciation souveraine de la juridiction d'appel sans mentionner les difficultés liées à l'exécution forcée³⁰²³. La règle ne vaut toutefois pas lorsqu'une société commerciale indique un siège social fictif³⁰²⁴. Cela s'explique par le fait que les exploits peuvent être valablement notifiés à ce siège social, si bien que la dissimulation ne déploie pas les mêmes conséquences que pour une personne physique. On peut encore mentionner une autre espèce allant dans le sens d'une appréciation plus souple du grief. La Cour d'appel de Montpellier a ainsi jugé que

³⁰¹⁷ Cf. supra, n° 736.

³⁰¹⁸ Cf. supra, n° 738.

³⁰¹⁹ Cf. supra, n° 739.

³⁰²⁰ Dans les deux cas, la majorité des auteurs en appelle à plus de rigueur, en prétendant, à tort ou à raison, que la jurisprudence encourage les pratiques laxistes en refusant de sanctionner une erreur grave de procédure au motif qu'elle n'a pas eu de conséquences réelles : Roger PERROT, Chroniques de droit judiciaire privé *in* : RTD civ 1981, p. 900 ; RTD civ 1982, p. 466 ; RTD civ 1983, p. 590 ; RTD civ. 1985, p. 447 ; Antoine BOLZE, Note sous Cass. 3^{ème} civ. 21 février 2001, D. 2001. 3231 ; Antoine BOLZE, Note sous Cass. 1^{ère} civ. 17 février 2004, D. 2004. 1995.

³⁰²¹ Lorsque l'appel est dépourvu de l'effet suspensif, ou que celui-ci a été supprimé. En pareil cas cependant, la radiation prévue à l'art. 526 CPC 1975 devrait constituer un mode de pression suffisant.

³⁰²² Cass. 2^{ème} civ., 21 novembre 2002, Bull. civ. II, n° 262 ; Cass. 2^{ème} civ., 14 juin 2001 (deux espèces), Bull. civ. II, n° 117 et 118. La jurisprudence plus ancienne allait en sens contraire : Cass. 2^{ème} civ., 12 novembre 1997, pourvoi n° 95-18360 (admet qu'une assignation en référé aux fins de faire cesser l'exécution provisoire durant l'appel puisse contenir une indication erronée du domicile, car « *le premier président, qui n'avait pas à prendre en considération les difficultés d'exécution du jugement frappé d'appel, s'est prononcé sur la régularité de l'assignation en référé.* ») ; Cass. 2^{ème} civ., 11 juin 1997, pourvoi n° 95-14833 ; Cass. 2^{ème} civ., 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-21670 (indique expressément que les mentions figurant dans la déclaration d'appel ne doivent pas servir à faciliter l'exécution du jugement).

³⁰²³ Cass. 2^{ème} civ., 20 janvier 2011, pourvoi n° 09-73038 ; Cass. 2^{ème} civ., 25 février 2010, pourvoi n° 08-21136.

³⁰²⁴ Cass. 2^{ème} civ., 11 février 2010, pourvoi n° 09-11756.

la nécessité d'interjeter appel *in extremis* en raison d'un vice de forme affectant la signification du jugement de première instance causait un grief, car les parties ont le droit d'utiliser tout le délai utile pour déterminer leur stratégie procédurale avec leurs mandataires³⁰²⁵. Ces quelques exemples nous montrent qu'une autre approche du préjudice est possible. Cela étant, il ne suffira pas de les étendre à d'autres cas d'espèces, car cela risquerait de créer des situations d'excès de formalisme. Nous tenons à souligner la nécessité de procéder systématiquement à la pesée d'intérêts que nous avons exposée au paragraphe précédent.

³⁰²⁵ Montpellier, 17 mars 2009, RG n° 08/3780.

CONCLUSION DU TITRE I

861. La régularisation et la guérison des vices de procédure sont toutes deux connues en France et en Suisse. Nous avons pu identifier des similitudes entre les deux ordres juridiques, comme les difficultés liées à l'appréciation du préjudice découlant d'un vice de procédure guéri. Les termes du débat s'organisent autour des mêmes idées dans les deux pays, notamment sur l'opposition entre une évaluation *abstraite* et *concrète* du préjudice. Cela signifie que les différentes approches de l'interdiction du formalisme excessif n'imposent pas le choix d'une solution particulière, régularisation ou guérison.

862. Certaines différences existent toutefois et il ne faut pas les passer sous silence. On rencontre tout d'abord des divergences découlant du modèle procédural choisi. Le droit suisse imposant la communication de tous les actes de procédure des parties par la voie du greffe, le juge est en mesure d'inviter les parties à procéder à la régularisation des vices de procédure. La procédure civile française prévoyant la signification de l'assignation et des conclusions directement entre les parties, le tribunal est privé de cette possibilité. On comprend alors pourquoi la régularisation est surtout présentée dans le Code de procédure civile français comme un moyen de faire échec à une exception de nullité ou à une fin de non-recevoir. D'ailleurs, sitôt que les tribunaux français sont placés dans la même position que les juridictions civiles suisses, la législation leur reconnaît immédiatement la faculté, si ce n'est le devoir, de prendre l'initiative de la régularisation. On en veut pour preuve les solutions prévues par le Code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie, ou par le Code de justice administrative.

863. Mises à part ces différences liées à l'organisation du procès, les ordres juridiques suisses et français se distinguent également dans la manière d'aborder la question des vices de procédure. Le droit français est marqué par un sens poussé du détail. La régularisation n'est pas envisagée au-delà des hypothèses où elle est mentionnée dans le Code de procédure civile et il n'existe pas de principe général en la matière. La guérison des vices de procédure est intimement liée à la nullité pour vice de forme et à l'effet dévolutif de l'appel. La pratique a toutefois procédé à une timide extension des possibilités de guérison à d'autres vices de procédure et elle a introduit le concept en matière de respect du principe du contradictoire lors de la prise de conclusions de dernière minute. A côté de ces quelques exceptions, de portée limitée, doctrine et

jurisprudence demeurent profondément attachées au texte légal. Il s'agit d'une conséquence de l'approche privatiste, qui privilégie l'élaboration de solutions ancrées dans le droit positif. Afin d'échapper aux rigueurs qu'elle s'impose à elle-même, notamment en matière d'évaluation du préjudice subi, la jurisprudence requalifie fréquemment des vices de procédure afin qu'ils tombent dans la bonne catégorie. Ce procédé va, d'une manière paradoxale d'ailleurs, à l'encontre du texte légal. Il permet toutefois aux juridictions de ne pas avoir à justifier une éventuelle mise à l'écart des dispositions pertinentes. On retrouve ainsi une dialectique similaire à celle que nous avons évoquée dans la première partie concernant l'examen historique du droit français.

864. On rencontre, au contraire, en droit suisse, marqué par l'approche publiciste, une abondante jurisprudence fondée sur des principes généraux. Ceux-ci ne sont toutefois pas entièrement cohérents. Il suffit de se rappeler les nombreux louvoiements jurisprudentiels autour du concept de vice de procédure régularisable. S'agissant de la guérison des vices de procédure, doctrine et jurisprudence se sont d'ailleurs limitées au cas d'espèce des notification viciées sans jamais étendre le champ de leurs réflexions. L'élaboration du Code fédéral de procédure civile et de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral auraient pu être l'occasion de codifier les principes dégagés de la jurisprudence, tout en éliminant certaines contradictions. La plupart des questions problématiques furent passées sous silence. Une fois de plus, nous ne pouvons que constater les insuffisances de la nouvelle législation. Celle-ci ne dit mot de la guérison des vices de procédure et elle consacre une conception restrictive des vices de procédure régularisables. Nous avons d'ailleurs proposé un retour à l'approche publiciste afin de remédier à ces défauts.

TITRE II : L'INTERPRÉTATION RAISONNABLE EN PROCÉDURE

865. Comme nous l'avons déjà relevé³⁰²⁶, le procès n'est pas une fin en soi. Il sert à la réalisation du droit matériel. S'il y fait obstacle, on se trouve en présence d'un excès de formalisme³⁰²⁷. L'interprétation du droit judiciaire privé doit suivre ces principes³⁰²⁸, même si elle obéit, en principe, aux mêmes règles que le droit matériel³⁰²⁹. Il ne faut toutefois jamais perdre de vue le but ultime du procès, soit « *la résolution d'un litige, de manière rapide et sûre* »³⁰³⁰. Les dispositions pertinentes ne doivent pas être interprétées de manière trop stricte³⁰³¹, afin d'éviter tout risque de formalisme. Au moment d'exercer leur pouvoir d'appréciation, les juridictions sont tenues prendre en compte tous les intérêts en jeu et se livrer à une délicate pesée de ceux-ci³⁰³², car « *toute règle de procédure doit être vécue par les uns et les autres avec une intelligente souplesse.* »³⁰³³

866. Ces exigences trouvent leur écho dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Bien que l'expression *interprétation raisonnable* ne se rencontre jamais sous la plume de la Cour européenne des droits de l'Homme, celle-ci déplore régulièrement l'« *interprétation particulièrement rigoureuse* »³⁰³⁴, l'« *interprétation particulièrement formaliste* »³⁰³⁵, ou encore l'« *interprétation excessivement restrictive* »³⁰³⁶ à laquelle se seraient livrées les juridictions nationales. Ces trois expressions sont synonymes. La Cour de Strasbourg veille en fait à ce que les juridictions nationales interprètent leur droit interne de manière à éviter tout formalisme excessif³⁰³⁷. Elle leur interdit de reprocher aux parties de ne pas avoir respecté une

³⁰²⁶ Cf. supra, n° 229.

³⁰²⁷ Voy. la définition de l'excès de formalisme donné par le Tribunal fédéral suisse, supra, n° 284.

³⁰²⁸ En ce sens WALTHER, Die Auslegung des schweizerischen Zivilprozessrechts, p. 108-109 : « *Dabei ist aber dem Zweck des Verfahrensrechts besondere Beachtung zu schenken, da dieser bei der Auslegung einzelner Bestimmungen vorrangig zu berücksichtigen ist. Nach überwiegender schweizerischer Auffassung ist dabei der Prozesszweck in der Verwirklichung des materiellen Rechts zu sehen...* »

³⁰²⁹ GULDENER, Zivilprozessrecht, p. 52 ; SCHMID, p. 45 ; SCHÜPBACH, Traité de procédure civile, pp. 108 ss. Pour une présentation détaillée des diverses opinions doctrinales, voy. WALTHER, Die Auslegung des schweizerischen Zivilprozessrechts, pp. 91 ss.

³⁰³⁰ SCHMID, p. 46 : « *...die rasche und sichere Entscheidung...* » ; LEVIN, p. 823.

³⁰³¹ Voy. SCHMID, pp. 49 ss.

³⁰³² LEVIN, p. 824.

³⁰³³ BLONDEL, Les offices croisés, p. 168.

³⁰³⁴ CourEDH, *Turek c. République tchèque*, n° 73403/01, arrêt du 21 juin 2005, §§ 33 ; CourEDH, *Vodárenská akciová společnost, A. S. c. République tchèque*, n° 73577/01, arrêt du 24 février 2004, § 36 ; CourEDH, *Zvolský et Zvolská c. République tchèque*, n° 46129/99, arrêt du 12 novembre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, § 55 ; CourEDH, *Běleš c. République tchèque*, n° 42273/99, arrêt du 12 novembre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, § 51.

³⁰³⁵ CourEDH, *Bulena c. République tchèque*, n° 57567/00, arrêt du 2 avril 2004, § 35.

³⁰³⁶ CourEDH, *Díaz Ochoa c. Espagne*, n° 423/03, arrêt du 22 juin 2006, § 50.

³⁰³⁷ CourEDH, *Mesutoğlu c. Turquie*, n° 36533/04, arrêt du 14 octobre 2008, §§ 24-25 concernant la dessaisissement d'une juridiction civile au profit d'une juridiction administrative ; CourEDH, *Stone Court Shipping Company S.A. c.*

formalité alors que cela leur était impossible³⁰³⁸. Elle a ainsi conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de la fixation du *dies a quo* du délai pour demander la révision d'un jugement civil pour faux témoignage. Les juridictions grecques avaient retenu une date qui imposait à la partie concernée de déposer sa demande dans un laps de temps inférieur à la durée de la procédure pénale permettant d'obtenir l'indispensable condamnation pénale des témoins en question³⁰³⁹. L'interprétation raisonnable des règles de procédure se retrouve dans la doctrine relative à la Convention européenne des droits de l'Homme. Un commentateur relève ainsi qu'« *il faut dans la mesure du possible interpréter le droit de procédure de manière à permettre un accès effectif au tribunal* »³⁰⁴⁰. Le Tribunal fédéral suit la même voie et sanctionne l'interprétation excessivement formaliste du droit judiciaire privé³⁰⁴¹. Il existe donc une unité de l'approche publiciste sur ce point³⁰⁴².

867. Ces principes généraux fixés, il nous reste encore à tracer le cadre général de notre étude. Il serait envisageable d'analyser toutes les dispositions des Codes de procédure civile français et suisse de manière à en dégager l'interprétation la plus à même de mettre les parties à l'abri de tout risque de formalisme excessif. Comme annoncé dans l'introduction³⁰⁴³, nous ne souhaitons pas emprunter cette voie périlleuse. Nous suivrons une approche plus synthétique. Au cours de nos recherches, nous avons pu identifier deux manifestations particulières de l'interprétation raisonnable. Les juridictions nationales doivent ainsi tenir suffisamment compte du contexte général dans lequel se déroule le procès, de manière à éviter que l'interprétation du droit judiciaire privé ne soit pas adaptée aux circonstances particulières de chaque espèce (chapitre 1). Cela fait, l'interprétation du droit judiciaire privé doit se focaliser plus particulièrement sur les intérêts des parties au litige (chapitre 2).

Espagne, n° 55524/00, arrêt du 28 octobre 2003, §§ 33-43 concernant l'institution en droit espagnol du « *juge de garde* » auquel peuvent être remis les actes de procédure en dehors des heures d'ouverture des greffes.

³⁰³⁸ CourEDH, *Lesjak c. Croatie*, n° 25904/06, arrêt du 18 février 2010, §§ 35-42 où le requérant avait été sommé, à peine d'irrecevabilité, de produire une décision administrative inexistante ; CourEDH, *Sergey Smirnov c. Russie*, n° 14085/04, arrêt du 22 décembre 2009, §§ 22-33 et CourEDH, *Nowiński c. Pologne*, n° 25924/06, arrêt du 20 octobre 2009, §§ 33-36 tous deux traitant du refus d'examiner une demande en justice au motif que le requérant n'indique pas son domicile, alors que ce dernier n'en a pas et qu'il propose de fournir une adresse de contact. Voy. *a contrario* : CourEDH, *Itslyev c. Russie*, n° 34631/02, arrêt du 9 octobre 2008, §§ 31-38 où le requérant invoquait de manière inopérante la guerre en Tchétchénie pour justifier son inaction.

³⁰³⁹ CourEDH, *Melis c. Grèce*, n° 30604/07, arrêt du 22 juillet 2010, §§ 27-29.

³⁰⁴⁰ MEYER-LADEWIG, n° 21a ad art. 6 CEDH : « *Das Verfahrensrecht sollte nach Möglichkeit so ausgelegt werden, dass es einen wirksamen Zugang zum Gericht ermöglicht.* »

³⁰⁴¹ SCHMID, p. 43.

³⁰⁴² Cette unité s'étend en réalité au-delà de l'Europe occidentale, voy. les définitions données par SCHMID (p. 46) concernant le droit suisse, et LEVIN (p. 823) qui se fonde apparemment sur la jurisprudence de la Cour suprême israélienne.

³⁰⁴³ Cf. supra, n° 11.

Chapitre 1 : La prise en compte du contexte procédural

868. La prise en compte du contexte procédural commande d'interpréter le droit positif de manière à tenir compte de l'ensemble des circonstances de fait. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme a abordé la question. Il s'agit de l'affaire *Lacárcel Menéndez*³⁰⁴⁴. La requérante, une personne atteinte d'une maladie psychique³⁰⁴⁵, était propriétaire d'un appartement. Elle fut citée en justice par d'autres copropriétaires qui lui réclamaient le paiement des charges communes³⁰⁴⁶. Ne faisant encore l'objet d'aucune mesure tutélaire susceptible d'affecter sa capacité d'ester en justice, elle choisit de se défendre seule et comparut personnellement devant la juridiction saisie. Elle déclara alors être la fille illégitime du Roi Alphonse VIII et expliqua avoir été victime d'une substitution d'enfant avec la vraie Isabel Lacárcel Menéndez³⁰⁴⁷. En dépit du caractère manifestement délirant des propos, le tribunal la condamna à payer le montant réclamé et ordonna, au titre de l'exécution forcée, la vente de son appartement aux enchères³⁰⁴⁸. Elle fut ensuite placée sous tutelle et internée³⁰⁴⁹. Nommée tutrice, sa sœur tenta d'obtenir l'annulation du jugement, mais fut déboutée au motif que l'interdiction n'avait pas d'effet rétroactif et que la présomption de capacité civile était applicable pour la période comprenant la procédure ayant abouti à la vente forcée de l'appartement³⁰⁵⁰. La Cour européenne des droits de l'Homme fut saisie d'une requête dénonçant une violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Elle releva que les « *juridictions internes [avaient] certes interprété et appliqué le droit interne pertinent* »³⁰⁵¹, interprétation qui ne pouvait être en soi contestée en instance européenne. Elle observa cependant qu'« *une procédure judiciaire n'est pas seulement une simple succession ordonnée d'actes de procédure, mais aussi le reflet de la conduite de l'individu qui est affecté par ladite procédure, à savoir en l'espèce une personne dont les facultés mentales [étaient] par conséquent perturbées* »³⁰⁵². Elle en déduisit que « *le raisonnement fondé sur la non-rétroactivité d'une déclaration d'incapacité appara[issai]t comme étant trop formaliste et ne se concili[ait] pas avec l'internement de la requérante, contre son gré, dans un hôpital*

³⁰⁴⁴ CourEDH, *Lacárcel Menéndez c. Espagne*, n° 41745/02, arrêt du 15 juin 2006.

³⁰⁴⁵ Affaire *Lacárcel Menéndez*, arrêt précité, § 8.

³⁰⁴⁶ Affaire *Lacárcel Menéndez*, arrêt précité, § 10.

³⁰⁴⁷ Affaire *Lacárcel Menéndez*, arrêt précité, § 12.

³⁰⁴⁸ Affaire *Lacárcel Menéndez*, arrêt précité, §§ 16-17.

³⁰⁴⁹ Affaire *Lacárcel Menéndez*, arrêt précité, §§ 18 et 20.

³⁰⁵⁰ Affaire *Lacárcel Menéndez*, arrêt précité, § 21.

³⁰⁵¹ Affaire *Lacárcel Menéndez*, arrêt précité, § 38.

³⁰⁵² Affaire *Lacárcel Menéndez*, arrêt précité, *ibid.*

psychiatrique, décrété par deux autres juges de la même ville »³⁰⁵³ et conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention³⁰⁵⁴.

869. Même si la Cour européenne des droits de l'Homme mentionne l'interdiction du formalisme excessif dans l'affaire *Lacárcel Menéndez*, nous ne pensons pas que la violation du droit à un procès équitable soit réellement la conséquence d'une interprétation trop formaliste du droit judiciaire privé. L'absence d'effet rétroactif de la décision d'interdiction est un problème de droit matériel³⁰⁵⁵. D'ailleurs la Cour ne s'est plus référé à l'interdiction du formalisme excessif dans une affaire ultérieure portant sur le même problème. Elle a examiné la question sous l'angle de l'article 8 de la Convention et de l'article 1 du Protocole n° 1³⁰⁵⁶, estimant qu'aucune question distincte ne se posait concernant l'article 6 § 1 de la Convention³⁰⁵⁷. Il n'en demeure pas moins que les principes généraux dégagés de l'affaire *Lacárcel Menéndez* gardent toute leur validité. Nous avons simplement cherché à les appliquer à d'autres problèmes procéduraux plus en rapport avec l'objet de notre étude. Il nous est alors apparu que le contexte procédural, soit les circonstances particulières du cas d'espèce, est amené à jouer un rôle important dans l'identification des situations d'excès de formalisme. Premièrement, il influe sur la répartition des risques liés aux erreurs de procédure. Si seule une partie doit en subir les conséquences, indépendamment de son implication, elle devra assumer des erreurs qu'elle ne pouvait éviter³⁰⁵⁸, ou dont elle n'est que partiellement responsable³⁰⁵⁹. Une pareille

³⁰⁵³ Affaire *Lacárcel Menéndez*, arrêt précité, § 39.

³⁰⁵⁴ Affaire *Lacárcel Menéndez*, arrêt précité, § 40.

³⁰⁵⁵ Voy. en comparaison : art. 464 C. civ. L'application de cette disposition aux jugements rendus contre une personne mise sous tutelle ne nous paraît pas possible, vu l'art. 460 CPC 1975 interdisant les actions en nullité. En revanche, l'incapacité de procéder constitue, à notre avis, un motif suffisant pour octroyer le relevé de forclusion au sens de l'art. 540 CPC 2008 afin d'ouvrir la voie de l'appel ou du pourvoi en cassation contre le jugement. Le droit suisse considère simplement que les actes accomplis par une personne incapable de discernement sont nuls (art. 18 CC), la jurisprudence appliquant ce principe aux actes d'exécution forcée (ATF 65 III 45, JdT 1940 II 15). S'agissant d'un jugement, la procédure de restitution serait envisageable (art. 147 ss CPC 2008), comme en droit français, à moins que l'incapacité ne constitue un fait pertinent que la partie n'a pu invoquer à temps, ce qui ouvre la voie à la révision (art. 328 al. 1 litt. a CPC 2008). Une éventuelle action en nullité ne semble pas nécessaire.

³⁰⁵⁶ CourEDH, *Zehenter c. Autriche*, n° 20082/02, arrêt du 16 juillet 2009, §§ 65 et 79.

³⁰⁵⁷ Affaire *Zehenter*, arrêt précité, § 82.

³⁰⁵⁸ En ce sens : CourEDH, *Ern Makina Sanayi ve Ticaret A. Ş c. Turquie*, n° 70830/01, arrêt du 3 mai 2007. L'affaire concernait une procédure d'exequatur d'une sentence arbitrale internationale. La procédure s'était entièrement déroulée à l'insu de la requérante, tous les actes de procédure ayant été notifiés à son ancien siège social, malgré la modification de l'inscription au registre du commerce. La Cour relève que la « défaillance n'est pas imputable » à la requérante (§ 32), car le bureau du registre du commerce d'Ankara avait égaré son dossier (§ 13) et la chambre du commerce de cette ville avait transmis des informations erronées (§ 14).

³⁰⁵⁹ CourEDH, *Bačić c. Croatie*, n° 43595/06, arrêt du 19 juin 2008. La requérante avait entamé une procédure civile contre son ancien employeur qui était tombé en faillite en cours de procédure (§ 5). Alors que le droit croate prévoyait la reprise du procès par l'administrateur de la faillite, la procédure avait été poursuivie en première instance et en appel comme si de rien n'était (§ 6). La requérante avait ensuite tenté d'obtenir le règlement des sommes dues par la masse en faillite qui lui avait opposé l'absence de production de sa créance à temps. La requérante avait effectivement omis de l'annoncer suite à la publication du jugement de faillite dans la Gazette Officielle de la République de Croatie (§§ 9-12). La Cour estima, non sans hésitation, que la faute de l'administrateur de la faillite, qui ne s'était pas renseigné sur

issue constituera souvent une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal et donc un excès de formalisme. Il est donc impératif de veiller à ce que le fardeau du risque soit réparti équitablement (section 1). On observe, par ailleurs, que les termes du litige ne sont pas toujours figés. Il arrive que les parties ne soient pas en mesure de désigner d'entrée de cause un adversaire ou de préciser immédiatement leurs prétentions. Dans ce cas, l'interprétation du droit de procédure doit tenir compte des éventuelles assymétries d'information (section 2).

Section 1 : Les risques liés aux erreurs de procédure

870. Les risques liés aux erreurs de procédure trouvent leur sources dans deux situations différentes. L'erreur peut être liée à la transmission des actes de procédure (§ 1) ou à l'urgence dans laquelle il a fallu introduire instance (§ 2).

§ 1 : Le risque d'erreurs dans la transmission des actes de procédure

871. La bonne transmission des actes de procédure est primordiale, car elle « réalise un contradictoire officiel »³⁰⁶⁰ et met en oeuvre le « droit à l'information en procédure civile »³⁰⁶¹ des parties. Néanmoins les aléas sont nombreux, notamment lorsque l'émetteur et le destinataire ne se trouvent pas au même endroit et que les voies de communication sont ralenties ou totalement bloquées. Cette circonstance n'est pas problématique lorsque la notification ne doit pas être effectuée dans un délai précis. L'émetteur peut procéder aux démarches nécessaires quand bon lui semble et il suffit d'attendre que l'acte parvienne à la connaissance du destinataire pour la suite de la procédure. Le cas échéant, les parties et le tribunal ont alors tout loisir de se rendre compte du problème et de procéder aux régularisations qui s'imposent. On voit mal que cela puisse déboucher sur un cas de formalisme excessif. La situation est différente lorsque la notification fait courir un délai ou lorsqu'un acte doit être porté à la

l'existence de procès pendants, était prépondérante et que le refus litigieux d'admettre la créance au passif de la masse en faillite emportait violation de l'article 6 § 1 de la Convention (§§ 30-31).

³⁰⁶⁰ LEBORGNE, Actes de procédure, n° 250. Une opinion similaire se rencontre en droit suisse : BOHNET/BRÜGGER, p. 295: « ...la notification poursuit deux buts principaux que son le respect du droit d'être entendu, garanti par les articles 6 CEDH, 14 Pacte II ONU et 29 al. 2 Cs., et son corollaire, la preuve de la remise de l'acte... » ; Eva-Maria STROBEL, in Baker&McKenzie, n° 1 ad art. 136 CPC 2008 : « Bei der Zustellung [...] handelt sich um einen förmlichen Akt der Gerichtsbarkeit, durch den einer Partei oder einem Dritten Gelegenheit gegeben wird, von einem gerichtlichen Schriftstück Kenntnis zu nehmen und seine Rechtsverteidigung oder -verfolgung darauf einzurichten. »

³⁰⁶¹ Sur cette notion : COUTANT, pp. 477 ss.

connaissance du tribunal, voire d'une partie, dans un certain délai. Nul n'étant tenu à l'impossible, l'interprétation des dispositions pertinentes doit tenir compte des démarches que les personnes impliquées sont en mesure d'accomplir réellement. Un délai ne doit pas commencer à s'écouler à l'insu de la personne concernée (A). Si la notification doit intervenir dans un délai précis, la date de la notification ainsi retenue doit dépendre au maximum des diligences de l'émetteur de l'acte, afin d'éviter que le respect du délai ne puisse être influencé par des circonstances indépendantes de sa volonté (B).

A) Le *dies a quo* du délai

872. D'emblée, nous observons que ni le droit français, ni le droit suisse d'ailleurs, ne font de la transmission effective une condition de validité de la notification. Celle-ci peut certes guérir une notification viciée, mais son absence ne permet pas d'en déduire que la notification en cause est invalide et n'a pas pu faire courir un délai. Cela ressort du texte de l'article 651 du Code de procédure civile français, aux termes duquel « *les actes sont portés à la connaissance des intéressés par la notification qui leur en est faite.* » L'expression employée, soit « *portée à la connaissance* », montre que le législateur ne voulait pas que le destinataire ait une connaissance effective de l'acte en question pour que la notification soit valable.

873. Même si la doctrine, qu'elle soit française³⁰⁶² ou suisse³⁰⁶³, considère que la remise effective doit demeurer la règle, les deux ordres juridiques admettent que sous certaines conditions un délai peut courir à l'insu du destinataire de l'acte de procédure parce qu'il n'a pas pu prendre connaissance de l'acte. Après avoir examiné les principes posés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (1), nous examinerons les solutions consacrées en droit français (2), puis suisse (3), avant d'effectuer la synthèse du tout (4)

1) Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

874. Dans l'affaire *Tricard*, la Cour européenne des droits de l'Homme a constaté que le rejet d'un pourvoi en cassation pour cause de tardiveté violait l'article 6 § 1 de la

³⁰⁶² Voy. parmi tant d'autres : HÉRON/LE BARS, p. 135 : « *...tout doit être fait pour que le destinataire de l'acte en ait effectivement connaissance.* »

³⁰⁶³ BOHNET/BRÜGGER, p. 296, pour qui la « *notification doit permettre au destinataire d'un acte d'en prendre connaissance* », voy. également : Eva-Maria STROBEL, in Baker&McKenzie, n° 8 ad art. 138 CPC 2008 : « *Die Übergabe einer Urkunde an den Adressaten persönlich ist die Regel* ».

Convention, si l'inculpé avait reçu l'arrêt de la chambre de l'instruction après l'échéance du délai pour saisir la Cour de cassation³⁰⁶⁴. Le délai pour saisir la Cour de cassation courait, en effet, dès l'envoi de la lettre contenant l'arrêt de la chambre de l'instruction³⁰⁶⁵ et le requérant résidait en Polynésie française³⁰⁶⁶. Dans une affaire ultérieure, la Cour de Strasbourg a retenu qu'une réduction de moitié du délai de cinq jours pour se pourvoir en cassation portait également atteinte au droit d'accès à un tribunal³⁰⁶⁷. Rien ne laisse entendre que les solutions consacrées par ces deux arrêts soient limitées à la matière pénale. On peut déduire de ces deux arrêts que « *le délai de recours ne doit pas commencer à courir à l'insu du justiciable* » et qu'« *il ne doit pas être déraisonnablement court.* »³⁰⁶⁸.

875. Le meilleur moyen d'éviter un tel problème, consiste à retenir comme *dies a quo* la date à laquelle celle-ci a pris connaissance personnellement de l'acte. La Cour européenne des droits de l'Homme considère, en effet, que « *le respect du délai de recours [...] présuppose que l'individu lésé ait effectivement pris connaissance de l'acte litigieux pour qu'il puisse l'attaquer utilement en justice* »³⁰⁶⁹. Les juridictions ne peuvent spéculer sur la réception effective d'une décision sujette à recours, car cela constituerait une « *limitation au droit d'accès à un tribunal [qui n'est pas] proportionnée au but de garantir la sécurité juridique et la bonne administration de la justice.* »³⁰⁷⁰.

876. Cela ne signifie toutefois pas que le droit d'accès à un tribunal impose de remettre tout acte de procédure en mains propres. La Cour européenne des droits de l'Homme déboute constamment les requérants qui n'ont pas fait preuve de suffisamment de diligence pour prendre connaissance d'un acte qui ne leur aurait pas été personnellement remis. Ceux-ci ne peuvent donc se plaindre d'avoir été jugés par défaut parce qu'ils se sont absentés pour une longue période de leur domicile et n'ont pas pris connaissance à temps d'une lettre que leur avait envoyée un tribunal et dont la réception

³⁰⁶⁴ CourEDH, *Tricard c. France*, n° 40472/98, arrêt du 10 juillet 2001, §§ 29-34.

³⁰⁶⁵ Affaire *Tricard*, arrêt précité, §§ 15-24 (présentation du droit interne pertinent).

³⁰⁶⁶ Affaire *Tricard*, arrêt précité, § 11.

³⁰⁶⁷ CourEDH, *Gruais et Bousquet c. France*, n° 67881/01, arrêt du 10 janvier 2006, §§ 26-30.

³⁰⁶⁸ CHEN, p. 32. Dans la suite de son analyse (p. 33-34) l'auteur se réfère explicitement à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme rendu dans l'affaire *Tricard*.

³⁰⁶⁹ CourEDH, *Tsironis c. Grèce*, n° 44584/98, arrêt du 6 décembre 2001, § 27. Le recours en question était, en réalité, une action en annulation d'une vente sur saisie immobilière. Le requérant soutenait qu'il n'avait pas été averti de celle-ci, l'huissier ayant considéré à tort qu'il n'avait pas de domicile connu (cf. §§ 15 et 20). Cette jurisprudence a été confirmée ultérieurement, dans une autre affaire de saisie immobilière effectuée par les juridictions grecques : CourEDH, *Société anonyme Thaleia Karydi Axte c. Grèce*, n° 44769/07, arrêt du 5 novembre 2009, §§ 20-29.

³⁰⁷⁰ CourEDH, *Kamvyssis c. Grèce*, n° 2735/08, arrêt du 22 avril 2010, §§ 21-22.

faisait courir un délai³⁰⁷¹. Il en va de même lorsque le requérant omet d'aller retirer des courriers recommandés³⁰⁷² ou ne communique pas un changement d'adresse³⁰⁷³. Récemment, la Cour a rappelé qu'en présence d'un jugement rendu par contumace il lui appartenait de vérifier « *si le requérant avait pris les mesures nécessaires pour sauvegarder son droit d'accès à un tribunal* »³⁰⁷⁴. S'il peut s'attendre à la prochaine notification d'un jugement, parce qu'il a déjà été prononcé oralement, il lui appartient de faire suivre son courrier durant ses vacances estivales³⁰⁷⁵. Lorsqu'il reçoit une citation en justice à la toute dernière minute³⁰⁷⁶, s'il lui semble qu'une lettre importante a été égarée³⁰⁷⁷, ou que des pièces jointes annoncées manquent³⁰⁷⁸, il doit entreprendre sans tarder des démarches auprès des juridictions afin de prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde de ses droits.

877. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme n'entrevoit de violation de l'article 6 § 1 de la Convention que si le requérant a fait preuve de diligence³⁰⁷⁹ pour prendre connaissance des actes de procédure³⁰⁸⁰. Cette obligation est particulièrement étendue. Lorsque le droit interne prévoit la publication comme procédé

³⁰⁷¹ CourEDH, *Stepowski c. Pologne*, n° 35461/97, décision du 15 juin 2000 ; CommEDH, *Salinga c. Allemagne*, n° 22543/93, décision du 7 décembre 1994 ; CourEDH, *Hennings c. Allemagne*, n° 12129/86, arrêt du 16 décembre 1992, Série A n° 251-A, §§ 24-27.

³⁰⁷² CourEDH, *Maass c. Allemagne*, n° 71598/01, décision du 15 septembre 2005. Cela vaut même si la maladie empêche le requérant de se rendre au bureau de poste : CourEDH, *Teuschler c. Allemagne*, n° 47636/99, décision du 4 octobre 2001. L'affaire portait sur un litige administratif (validité de la vente d'un immeuble par les autorités de la RDA) avant la chute du Mur de Berlin) auquel l'art. 6 § 1 CEDH était applicable en son volet civil.

³⁰⁷³ CourEDH, *Mladenčić c. Croatie*, n° 48485/99, décision du 14 juin 2001 ; CourEDH, *Vaughan c. Italie*, n° 47129/99, décision du 24 août 1999. Il va de même si la négligence concerne l'avocat du requérant : CourEDH, *Loueslati c. France*, n° 36141/03, arrêt du 20 novembre 2008, §§ 44-58.

³⁰⁷⁴ CourEDH, *Gjurašin c. Croatie*, n° 51802/09, décision du 19 juin 2012, §§ 24-25.

³⁰⁷⁵ CourEDH, *Stawicki c. Pologne*, n° 47711/99, décision du 10 février 2000 ; CommEDH, *Darnay c. Hongrie*, n° 36524/97, décision du 16 avril 1998. Voy. toutefois CourEDH, *Mikulová c. Slovaquie*, n° 64001/00, arrêt du 6 décembre 2005, §§ 52-58 où la Cour constate une violation de l'art. 6 § 1 CEDH. La juridiction suprême avait toutefois appliqué de manière manifestement arbitraire les dispositions du droit interne relatives à la computation des délais, ce qui constitue un problème distinct de la question de la transmission effective.

³⁰⁷⁶ CourEDH, *Sukhorubchenko c. Russie*, n° 69315/01, arrêt du 10 février 2005, §§ 46-48.

³⁰⁷⁷ CourEDH, *Vogtmann c. Croatie*, n° 10543/07, décision du 17 juin 2010.

³⁰⁷⁸ CourEDH, *Teuschler c. Allemagne*, n° 47636/99, décision du 4 octobre 2001.

³⁰⁷⁹ Sur la diligence en procédure civile, voy. parmi tant d'autres : CourEDH, *Bąkowska c. Pologne*, n° 33539/02, arrêt du 12 janvier 2010, § 54.

³⁰⁸⁰ Le requérant peut devoir pallier spontanément à certaines lacunes des autorités. Dans l'affaire *Clinique Sainte-Marie c. France* (CourEDH, n° 24562/03, décision du 29 avril 2008), le parquet avait omis de citer le journaliste prévenu de diffamation à temps devant la cour d'appel. Le délit avait été déclaré prescrit, car le délai de trois mois avait été dépassé. La Cour a considéré qu'il appartenait à la partie civile, donc à la société requérante, de se renseigner auprès du greffe du tribunal correctionnel au sujet d'une éventuelle déclaration d'appel et de procéder elle-même à la citation par exploit d'huissier du prévenu relaxé et du parquet à une audience de la cour d'appel afin d'empêcher l'acquisition de la prescription. Faute de l'avoir fait, elle ne pouvait se plaindre de violation du droit d'accès à un tribunal. Concernant un problème similaire, mais en matière civile (inaction du juge de la mise en état dans un procès en diffamation) : CourEDH, *Vally c. France*, n° 39141/04, décision du 17 juin 2008, où le grief a été déclaré irrecevable pour défaut d'épuisement des voies de recours internes. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme est sévère sur ce point. Le requérant doit ainsi suivre son affaire et ne peut se plaindre de la négligence de son avocat commis d'office, s'il ressort du dossier qu'il s'est désintéressé du sort de la procédure finalement radiée du rôle parce que le mandataire avait fourni des informations erronées sur le domicile d'une des parties : CourEDH, *Muscat c. Malte*, n° 24197/10, arrêt du 17 juillet 2012, §§ 47-55.

de notification d'un jugement, il appartient aux parties à un procès de se renseigner régulièrement auprès des juridictions sur la date d'achèvement de la procédure³⁰⁸¹. Le requérant doit également épuiser les procédures disponibles en relevé de forclusion avant de venir se plaindre devant la juridiction européenne qu'une procédure toute entière s'est déroulée à son insu³⁰⁸².

2) Droit suisse

878. Le droit suisse privilégie la notification par courrier postal recommandé. La législation considère que l'acte est notifié quand il est « *remis au destinataire* »³⁰⁸³, respectivement lorsqu'il est « *placé dans la sphère de pouvoir personnelle* »³⁰⁸⁴ de celui-ci. Des exceptions existent toutefois, il s'agit des cas où un acte est « *réputé notifié* »³⁰⁸⁵. Ces présomptions de notification³⁰⁸⁶ causent problème lorsqu'elles sont trop fréquemment employées ou que le destinataire ne peut pas faire valoir à un stade ultérieur qu'il n'a pas été en mesure de prendre connaissance de l'acte. Nous allons donc examiner leur champ d'application (a). S'agissant des délais fixés par le juge, ils peuvent être prolongés en présence « *motifs suffisants* »³⁰⁸⁷, si bien que le destinataire pourra sans difficulté faire valoir qu'il n'a pas pris connaissance de l'acte qui lui était destiné. En revanche, la situation est plus délicate pour les délais fixés par la loi, qui ne peuvent être reportés³⁰⁸⁸. Il existe toutefois une procédure de restitution du délai qui permet de faire obstacle à la forclusion liée à l'écoulement du délai (b).

a) Les présomptions de notification

879. La première présomption de notification existe lorsque le destinataire refuse de recevoir un acte qui doit lui être remis personnellement. Elle figure dans le Code de

³⁰⁸¹ CourEDH, *LB Interfinanz A.G. c. Croatie*, n° 29549/04, arrêt du 27 mars 2008, § 32. L'affaire portait sur la publication de l'état de collocation des créances d'une faillite à laquelle participait une société suisse représentée par un avocat croate.

³⁰⁸² CourEDH, *Uruçi c. Albanie*, n° 6491/06, décision du 24 janvier 2012, §§ 47-54 ; CourEDH, *Société diffusion pédagogique calédonienne c. France*, décision du 12 octobre 2006.

³⁰⁸³ Art. 138 al. 2 CPC 2008. En matière d'exécution forcée, l'emploi du courrier postal est autorisé, sans être obligatoire (art. 72 al. 1 LP), mais il s'est imposé en pratique.

³⁰⁸⁴ DONZALLAZ, La notification en droit interne, p. 115.

³⁰⁸⁵ Art. 138 al. 2 et 3 ainsi que art. 141 al. 2 CPC 2008.

³⁰⁸⁶ Il ne s'agit en effet que de présomptions et non de fictions, car le destinataire peut faire valoir, en présentant une demande de restitution, qu'il n'a pas reçu l'acte. Voy. s'agissant de la notification par remise à un tiers : DONZALLAZ, La notification en droit interne, p. 441-444.

³⁰⁸⁷ Art. 144 al. 2 CPC 2008 et art. 47 al. 2 LTF. Les délais laissés à l'appréciation des autorités en matière de poursuite pour dette et faillite sont plus rares. Ils sont également susceptibles d'être prolongés (voy. par exemple : art. 123 al. 5 et 295 al. 4 et 5 LP).

³⁰⁸⁸ Art. 144 al. 1 CPC 2008, art. 47 al. 1 LTF. En matière de poursuite pour dettes et faillite, une prolongation est possible lorsque le destinataire habite à l'étranger ou que la notification édictale est employée : art. 33 al. 2 LP.

procédure civile³⁰⁸⁹, et a été introduite par la jurisprudence en matière d'exécution forcée³⁰⁹⁰. Au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, elle peut être appliquée sans que cela ne crée de problème³⁰⁹¹.

880. Vient ensuite la présomption de notification lorsque le destinataire ne va pas retirer un courrier recommandé durant les sept jours du délai de garde ordinaire au bureau de poste, lorsque la personne concernée «*devait s'attendre à recevoir la notification.*»³⁰⁹² La jurisprudence interprète strictement cette condition et n'admet la présomption qu'après la création du lien d'instance³⁰⁹³. Ainsi, la convocation à l'audience de mainlevée ou de faillite ne peut être réputée avoir été notifiée à l'issue du délai de garde³⁰⁹⁴. Par ailleurs, si une partie annonce au greffe du tribunal son absence, elle ne peut se voir opposer la fiction de notification à l'issue du délai de garde³⁰⁹⁵. Elle n'est pas non plus applicable à la notification des actes de poursuite³⁰⁹⁶. Le droit suisse se montre plus souple que la Cour européenne des droits de l'Homme, car cette dernière exige que les parties aillent retirer les courriers recommandés sans distinguer entre les actes créant le lien d'instance et ceux intervenant à un stade ultérieur³⁰⁹⁷. On observe, par ailleurs, que cette présomption n'est pas applicable à certains actes d'exécution forcée qui, tels le

³⁰⁸⁹ Art. 138 al. 3 litt. a CPC 2008.

³⁰⁹⁰ Pour ce qui est des actes de poursuite : Paul ANGST, *in* BAUER/STAEHELIN/BAUER, n° 22 ad art. 64 LP ; Myriam A. GEHRI, *in* HUNKELER, n° 4 ad art. 64 LP ; JAUQUES, p. 180 ; Yvan JEANNERET/Saverio LEMBO, *in* DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, n° 32 ad art. 64 LP ; GILLIÉRON, n° 12 ad art. 64 LP et les arrêts cités. *Opinion contraire* : KREN KOSTKIEWICZ, p. 209. La fiction intervient en dépit de l'art. 66 al. 4 ch. 2 LP prévoyant la publication. Le Tribunal fédéral a toutefois récemment soutenu que la LP ne connaît qu'une seule fiction de notification, soit celle figurant à l'art. 66 al. 4 LP, ce qui exclut la présomption de notification attachée au refus de recevoir un acte : TF du 26 avril 2007, 7B.1/2007, cons. 3.1, BLSchK 2007, p. 183.

³⁰⁹¹ CourEDH, *Weber c. Allemagne*, n° 30203/03, décision du 30 octobre 2007. Le requérant était domicilié au Paraguay, où il s'était enfui après la faillite de sa société afin d'échapper à des poursuites pénales. Une procédure civile fut également ouverte contre lui. Après une tentative infructueuse de signification par voie diplomatique, l'ambassade d'Allemagne tenta de remettre de manière informelle la demande en justice à l'avocat du requérant. Ce dernier refusa de recevoir l'acte, vraisemblablement sur instruction du requérant lui-même.

³⁰⁹² Art. 138 al. 3 litt. b CPC 2008.

³⁰⁹³ Parmi tant d'autres : TF du 3 mars 2011, 5A_98/2011, cons. 2.2.1 ; TF du 25 mars 2008, 5D_20/2008, cons. 3.1. La doctrine récente est plus nuancée sur ce point. Comp. François BOHNET, *in* BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 26 ad art. 138 CPC 2008 (la présomption vaut si le destinataire doit s'attendre à être attiré en justice) et Roger WEBER, *in* OBERHAMMER, n° 8 ad art. 138 CPC 2008 (l'auteur part implicitement de l'idée que chacun doit être atteignable à l'adresse où il est officiellement annoncé auprès des autorités). Lorsque le lien d'instance a été créé, la présomption déploie parfaitement ses effets : TF du 21 mai 2012, 5A_859/2011, cons. 3.3.2 ; TF du 9 février 2012, 4A_660/2011, cons. 2.4.1 ; TF du 6 août 2009, 4A_246/2009, cons. 3.2.

³⁰⁹⁴ TF du 21 juin 2012, 5A_120/2012, cons. 3.1 ; ATF 138 III 225, cons. 3 ; TF du 10 octobre 2011, 5A_552/2011, cons. 2.1 ; TF du 28 janvier 2011, 5A_710/2010, cons. 3.1 ; TF du 28 janvier 2011, 5A_738/2010, cons. 3.1 ; TF du 26 janvier 2010, 5A_179/2009, cons. 3.1 ; TF du 13 octobre 2006, 7B.153/2006, cons. 3.1 ; TF du 14 janvier 2005, 7B.240/2005, cons. 5.1 ; ATF 130 III 396, cons. 1.2.3, Pra 2004 121 674 (note Spühler), JdT 2005 II 87. La jurisprudence a été expressément confirmée au vu de l'art. 138 al. 3 litt. a CPC 2008 : TF du 22 septembre 2011, 5D_130/2011, cons. 2.1.

³⁰⁹⁵ TF du 9 février 2012, 4A_660/2011, cons. 2.4 et 2.5. Le recourant n'était pas assisté par un avocat. Il est difficile de dire si le Tribunal fédéral appliquera cette solution aux absences des mandataires professionnels.

³⁰⁹⁶ KREN KOSTKIEWICZ, p. 209.

³⁰⁹⁷ Cf. *supra*, n° 876.

commandement de payer, requièrent la notification en la forme qualifiée³⁰⁹⁸. Au vu de la jurisprudence stricte de la Cour européenne des droits de l'Homme, la présomption de notification découlant de l'issue du délai de garde ne soulève aucun problème de formalisme excessif, à condition que le destinataire puisse raisonnablement prouver que l'avis de dépôt du courrier recommandé au bureau de poste n'a pas été déposé dans sa boîte aux lettres³⁰⁹⁹. Notons toutefois que le Tribunal fédéral n'accorde aucune importance au fait que la poste a conservé plus longtemps l'envoi. En pareil cas, le délai commence également à courir dès le septième jour du délai de garde³¹⁰⁰.

881. Le droit judiciaire privé suisse connaît une présomption de notification au moment de la remise à un employé du destinataire ou à un membre de sa famille³¹⁰¹. Celle-ci est appliquée différemment en matière d'exécution forcée ou de procédure civile. La Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite part du principe qu'il faut d'abord tenter de notifier l'acte au destinataire personnellement, la remise à un tiers n'étant envisageable que si le destinataire est absent³¹⁰². Ce principe vaut également pour les notifications à des personnes morales, qui doivent être adressées à leurs organes³¹⁰³. En revanche, le Code de procédure civile met sur pied d'égalité la remise à un tiers et la communication personnelle, à moins que le tribunal n'ordonne la remise en mains propres³¹⁰⁴. Il ne prévoit aucune réglementation particulière pour les personnes morales. Cela signifie donc que la remise à un employé est toujours possible, même lorsque le destinataire est atteignable. A notre avis, il est délicat d'admettre qu'une demande en

³⁰⁹⁸ JAQUES, p. 183 et les références jurisprudentielles. La catégorie des actes assujettis aux art. 64 à 66 LP fait l'objet de controverses (JAQUES, p. 1, note de bas de page n° 1 ; KREN KOSTKIEWICZ, p. 204-207 ; Hansjörg PETER, Communication et notification en droit des poursuites, in Jean-Marc RAPP/Michel JACCARD (édit.), *Le droit en action – Recueil de travaux* publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion du Congrès commun de la Fédération Suisse des Avocats et de la Société Suisse des Juristes des 7 et 8 juin 1996, s.éd., Lausanne, 1996, pp.301 ss, spécialement p. 302-304), car ils ne sont mentionnés nulle part dans la loi.

³⁰⁹⁹ Ce point fait fréquemment débat au sein de la jurisprudence. Voy. récemment : TF du 21 mars 2011, 2C_780/2011 ; Cour supr. LU, 10 août 2009, LGVE I n° 27, pp. 65 ss. Pour plus de précisions : Stéphanie SCHWEIZER, Fardeau de la preuve de la notification d'une décision : la jurisprudence s'arrête résolument au milieu du gué, Note sous TF du 29 août 2008, RSPC 2009, pp. 25 ss.

³¹⁰⁰ TF du 16 janvier 2012, 4A_704/2011, cons. 3. La jurisprudence est fluctuante, voy. BOHNET/BRÜGGER, p. 316.

³¹⁰¹ Jurisprudence et doctrine semble interpréter strictement cette notion en matière d'exécution forcée. Ainsi les colocataires ou les sous-locataires ne forment pas une famille : Cour supr. SH, 1^{er} juin 2007, AB 2007, p. 92-93, RSJ 105 (2009), p. 227-228 ; Aut. surv. BE, 12 mai 2006, cons. 6, BISchK 2007, p. 188 ; Paul ANGST, in STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, n° 19 ad art. 64 LP ; Yvan JEANNERET/Saverio LEMBO, in DALLÈVE/FOËX/JEANDIN, n° 24 ad art. 64 LP. Une personne séjournant par hasard au domicile du destinataire ne fait pas partie de sa famille : Trib. cant. FR, 25 juin 2004, BISchK 2006, p. 20-21 ; Comm. just. ZG, 7 novembre 1997, GVP ZG 1997-1998, cons. 3c, p. 148. Pas plus que celle disposant des clés de la boîte aux lettres : TF du 7 février 2012, 5A_777/2011, cons. 3.2.1. Plus souple : Aut. surv. BS, 31 août 2004, BISchK 2006, p. 23-24. Le Tribunal fédéral a toutefois accepté que la notification soit réalisée par remise à l'employé d'un foyer de l'Armée du Salut où résidait le destinataire : ATF 117 III 5, cons. 1, JdT 1992 II 31. Voy. pour plus de précisions : BOHNET/BRÜGGER ; p. 314-315.

³¹⁰² Art. 64 al. 1 LP.

³¹⁰³ Art. 65 al. 1 et 2 LP.

³¹⁰⁴ Art. 138 al. 2 CPC 2008.

justice, ou une citation à une audience, soient confiées à un employé³¹⁰⁵ ou à un proche qui n'en comprendra pas toujours l'importance et ne les transmettra pas à temps au destinataire³¹⁰⁶. Ce mode de transmission ne devrait donc être envisagé que si la remise personnelle n'est pas raisonnable, par exemple parce que le destinataire est fréquemment absent de son domicile. On évitera ainsi qu'un chef d'entreprise, conscient de l'imminence d'un procès, doive sans cesse demander à ses employés s'ils ont reçu quelque courrier à ce propos³¹⁰⁷.

882. Dernière présomption de notification, la notification par voie édictale est sans doute celle qui présente le caractère artificiel le plus marqué. Elle se limite, en effet, à la publication d'un avis dans un journal que l'intéressé ne consulte pas nécessairement³¹⁰⁸. Dans les situation évoquées précédemment, il était assez probable que le destinataire prenne connaissance de l'acte en dépit de la présomption. Cette éventualité relève du pur hasard pour les significations édictales. Il est donc important de ne pas y recourir à la légère. Dans le cas contraire, on mesure sans difficulté les risques de formalisme excessif. Toute personne résidant en Suisse se verrait dans l'obligation de consulter à intervalles réguliers les journaux afin de prendre connaissance d'éventuelles communications à son attention. La doctrine s'attache à souligner le caractère exceptionnel de ce procédé de notification, qu'il s'agisse de procédure civile³¹⁰⁹ ou d'exécution forcée³¹¹⁰.

883. La Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite n'admet la notification par voie édictale que si « *le débiteur n'a pas de domicile connu* »³¹¹¹, s'il « *se*

³¹⁰⁵ Surtout quand on songe que la jurisprudence en matière d'exécution forcée considère comme valable une notification effectuée à un employé d'une autre société avec laquelle le destinataire partage ses bureaux : Comm. just. ZG, 11 janvier 2008, cons. 2.1, BJSchK 2010, p. 131 ; ATF 96 III 4, cons. 1.

³¹⁰⁶ Cela arrive plus souvent qu'on ne le pense, voy. les exemples en matière d'exécution forcée : TF du 13 décembre 2007, 5A_421/2007, RSJ 104 (2008), p. 176-177 (l'épouse du destinataire proteste oralement auprès de l'office des poursuites contre la notification du commandement de payer sans le transmettre à son époux).

³¹⁰⁷ On ne peut, en effet, se fier aux seules instructions générales, voy. TF du 28 avril 2011, 2C_82/2011 où l'employé avait agi contrairement aux instructions données par son employeur. Cette circonstance n'a pas remis en cause la validité de la notification.

³¹⁰⁸ Comme le relève un auteur avec beaucoup d'humour Philippe SCHWEIZER (Quelques remarques sur le découpage du temps dans le nouveau code de procédure civile neuchâtelois, in Henri-Robert SCHÜPBACH (édit.), Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1992, pp. 497 ss, spécialement p. 500) : « *Y a-t-il faite, quand on vit dans la brousse, à ne pas lire la feuille officielle du canton de Neuchâtel ?* »

³¹⁰⁹ BOHNET/BRÜGGER, p. 323-324 ; François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 2 ad art. 141 CPC 2008 ; GASSER/RICKLI, comm. unique ad art. 141 CPC 2008 ; Lukas HUBER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 1 ad art. 141 CPC 2008 ; Roger WEBER, in OBERHAMMER, n° 2 ad art. 141 CPC 2008.

³¹¹⁰ JAKUES, p. 187 ; GEHRI, Die Ediktalzustellung, p. 93-94. Tous deux parlent d'une « *ultima ratio* ».

³¹¹¹ Art. 66 al. 4 ch. 1 LP.

soustrait obstinément à la notification »³¹¹² ou s'il « *est domicilié à l'étranger et que la notification [par commission rogatoire] ne peut être obtenue dans un délai convenable.* »³¹¹³ Sous réserve que le délai raisonnable est convenablement apprécié, s'agissant de la dernière hypothèse³¹¹⁴, nous ne pensons pas que des problèmes particuliers puissent se poser.

884. Le Code de procédure civile obéit, en revanche, à une logique totalement différente. Il autorise la notification par voie édictale si « *le lieu de séjour du destinataire est inconnu et n'a pu être déterminé en dépit des recherches qui peuvent raisonnablement être exigées* »³¹¹⁵, si « *une notification n'est pas possible ou présente des difficultés extraordinaires* »³¹¹⁶ ou si « *la partie domiciliée à l'étranger n'a pas élu de domicile de notification en Suisse malgré l'injonction du tribunal.* »³¹¹⁷ Dans les travaux préparatoires, il n'existe aucune explication sur les différences entre le Code de procédure civile et la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite³¹¹⁸. Comme on peut le constater, il ne s'agit pas que de variantes rédactionnelles. Une des hypothèses envisagées nous semble particulièrement problématique. Il s'agit du cas où le recours aux procédés ordinaires de notification « *n'est pas possible ou présente des difficultés extraordinaires* ». La doctrine envisage « *l'état de nécessité en matière de notification* »³¹¹⁹, soit essentiellement le manque de collaboration des autorités étrangères dans le cadre de l'entraide judiciaire³¹²⁰ et les perturbations affectant les voies de communication³¹²¹. Elle souligne d'ailleurs que cette disposition n'est probablement pas applicable à la notification interne³¹²², sauf peut-être lorsque le destinataire demeure introuvable malgré plusieurs tentatives de notification³¹²³. Cette interprétation nous paraît

³¹¹² Art. 66 al. 4 ch. 2 LP.

³¹¹³ Art. 66 al. 4 ch. 3 LP.

³¹¹⁴ Sur cette question, voy. GEHRI, *Die Ediktalzustellung*, p. 95 ; JAKES, p. 192 et la référence à un arrêt du Tribunal fédéral considérant qu'un délai d'acheminement de la commission rogatoire de quinze mois n'était pas de nature à justifier la notification par voie édictale (ATF 129 III 556, cons. 4).

³¹¹⁵ Art. 141 al. 1 litt. a CPC 2008.

³¹¹⁶ Art. 141 al. 1 litt. b CPC 2008.

³¹¹⁷ Art. 141 al. 1 litt. c CPC 2008.

³¹¹⁸ Le Message (FF 2006 6918), se limite à indiquer que « *le projet énumère les cas typiques bien connus.* »

³¹¹⁹ Eva Maria STROBEL, in Baker&McKenzie, n° 17 ad art. 141 CPC 2008, comme un état de guerre : Adrian STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 2 ad art. 141 CPC 2008 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 594 (ad art. 141 CPC 2008).

³¹²⁰ BOHNET/BRÜGGER, p. 325-326 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 594 (ad art. 141 CPC 2008).

³¹²¹ Eva Maria STROBEL, in Baker&McKenzie, n° 17 ad art. 141 CPC 2008.

³¹²² Eva Maria STROBEL, in Baker&McKenzie, n° 16 ad art. 141 CPC 2008. Implicitement : François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 7 à 9 ad art. 141 CPC 2008.

³¹²³ Remo BORNATICO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 3 ad art. 141 CPC 2008 ; Eva Maria STROBEL, in Baker&McKenzie, n° 18 ad art. 141 CPC 2008. Cette situation n'est envisageable que dans les cas où la présomption

raisonnable, car la notification par voie édictale demeure ainsi une *ultima ratio*. Une incertitude demeure toutefois jusqu'à ce que la jurisprudence ait formellement adopté cette approche prudente. D'ici là, nul n'est à l'abri d'une interprétation extensive de l'article 141 du Code de procédure civile, autorisant le recours à la notification par voie édictale dans des situations où une notification ordinaire demeure concevable. On saisit sans peine les conséquences déraisonnables qui en découlent. Le risque d'excès de formalisme ne fait donc aucun doute.

b) La restitution des délais

885. A la différence du régime des présomptions de notification, qui joue un rôle essentiellement préventif, la restitution des délais écoulés intervient à titre curatif. Elle constitue donc le dernier rempart protecteur contre l'excès de formalisme causé par une interprétation déraisonnable des règles relatives à la notification. L'article 148 alinéa 1 du Code de procédure civile autorise toute partie à demander un délai supplémentaire lorsque « *le défaut ne lui est pas imputable ou n'est imputable qu'à une faute légère.* » La possibilité d'obtenir une restitution du délai en présence d'une faute légère constitue une véritable nouveauté introduite par le Code de procédure civile, bien qu'elle ait été envisagée par la doctrine depuis un certain temps³¹²⁴. La situation est plus délicate concernant les dispositions correspondantes en matière d'exécution forcée et de procédure devant le Tribunal fédéral. De manière regrettable, le législateur³¹²⁵ continue d'exiger de la partie ayant laissé s'écouler un délai qu'elle établisse n'avoir commis aucune faute, fût-elle légère³¹²⁶. Il n'y a aucune raison de soumettre ces procédures à des règles différentes de celles appliquées en procédure civiles. Malheureusement, l'interprétation raisonnable ne permet pas de remédier à cette erreur de politique législative³¹²⁷.

886. L'article 148 alinéa 1 du Code de procédure civile n'a pas encore donné lieu à de nombreuses décisions de justice et la doctrine est partagée à son sujet³¹²⁸.

de notification par écoulement du délai de garde n'est pas applicable, soit lorsque le destinataire ne devait pas s'attendre à recevoir l'acte : Lukas HUBER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 16 ad art. 141 CPC 2008.

³¹²⁴ Voy. SCHMID, p. 115 et 120. L'auteur s'inspire de la solution connue alors en droit zurichois (cf. § 199 GVG 1976 restreignant la possibilité de restituer un délai lorsque le retard est causé par « *la faute grave* » de la partie concernée)

³¹²⁵ La différence a été consciemment créée, mais elle n'est pas justifiée : Message FF 2006 6920.

³¹²⁶ Art. 33 al. 4 LP et art. 50 al. 1 LTF. GASSER/RICKLI, n° 2 ad art. 148 CPC 2008.

³¹²⁷ En guise de justification, on pourrait imaginer, à la rigueur, qu'en matière de saisie, la possibilité d'intenter une action en répétition de l'indu (art. 86 LP) permette de faire valoir après coup certains arguments qui n'auraient pas été présentés à temps, alors qu'un jugement entré en force ne peut pas être contesté par le biais d'une action en enrichissement illégitime fondée sur les art. 62 ss CO. Concernant la procédure devant le Tribunal fédéral, il suffirait d'avancer qu'une plus grande rigueur est de mise devant la juridiction suprême.

³¹²⁸ Tout dépend, en effet, du rôle joué par la négligence. Une partie de la doctrine estime qu'un comportement négligent constitue déjà une faute grave (Voy. Lukas BERGER/David RÜETSCHI/Florian ZIHLER, Die Behebung

Correctement interprétée, elle devrait empêcher tout risque de formalisme excessif³¹²⁹. Nous sommes plus sceptiques concernant les dispositions équivalentes en matière d'exécution forcée et de procédure devant le Tribunal fédéral. Celles-ci ne sont pas en soi contraires à l'interdiction du formalisme excessif, qui ne protège pas les parties négligentes. Les critères d'interprétation appliqués par le Tribunal fédéral sont néanmoins problématiques³¹³⁰. La restitution des délais est soumise à des règles strictes en présence d'une fiction de notification. Lorsque celle-ci a lieu par remise à un tiers, employé ou proche, la juridiction suprême considère que destinataire doit faire en sorte que les informations lui parviennent et qu'il lui incombe de « *supporter les conséquences juridiques défavorables si cette transmission n'a pas lieu à temps* »³¹³¹. Il ne peut donc demander la restitution du délai en invoquant une erreur du tiers en question³¹³², voire la violation d'une instruction qu'il lui aurait donnée³¹³³. Récemment, le Tribunal fédéral a également exclu la restitution du délai de recours lorsque l'arrêt de la juridiction cantonale est notifié par voie édictale à l'une des parties³¹³⁴. Ces deux aspects de la jurisprudence nous semblent difficilement compatibles avec l'interdiction du formalisme excessif. La Cour européenne des droits de l'Homme a blâmé les juridictions grecques pour avoir fait subir à une requérante les conséquences d'une erreur commise par un huissier de justice³¹³⁵. *Mutatis mutandis*, il devrait en aller de même si la notification ne parvient pas à son destinataire en raison d'une erreur commise par un tiers ou si elle est la conséquence d'une notification par voie édictale. Les termes catégoriques employés par le

von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 2012, pp. 1 ss, spécialement p. 25-26 ; Niccolò GOZZI, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 30 ad art. 148 CPC 2008 ; Urs H. HOFFMANN-NOWOTNY, in OBERHAMMER, n° 7 ad art. 148 CPC 2008 ; Samuel MARBACHER, in Baker&McKenzie, n° 7 ad art. 148 CPC 2008 ; Adrian STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 8 ad art. 148 CPC 2008 ; Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 16 ad art. 148 CPC 2008) D'autres auteurs se montrent plus souples (François BOHNET, Code de procédure civile, année une : premiers jalons en place, Plaidoyer 2011, pp. 10 ss, spécialement p. 11 : défaut à l'audience de conciliation du locataire demandant l'annulation du congé délivré par le bailleur ; GASSER/RICKLI, n° 2 ad art. 148 CPC 2008 : oubli suite à une surcharge de travail ; Reto M. JENNY, in GEHRI/KRAMER, n° 4 ad art. 148 CPC 2008 : « *Leichtes Verschulden liegt vor, sofern eine Partei nur das nicht beachtet, was ein sehr sorgfältiger Mensch unter gleichen Umständen auch nicht beachtet hätte.* ») Personnellement, nous privilégions la seconde approche, car la première confond l'absence de toute faute et la faute légère.

³¹²⁹ Certaines décisions sont encourageantes, voy. par exemple : Trib. com. ZH, 30 novembre 2011, ZR 111 (2012), p. 56.

³¹³⁰ Sentiment partagé par SCHMID, p 119-120.

³¹³¹ *Expressis verbis* : Aut. surv. BS, 6 septembre 2010, cons. d, BLSchK 2011, p. 208.

³¹³² TF du 2 juin 2009, 8C_345/2009, cons. 1.2, RSPC 2009, p. 374-376, RJB 147 (2011), p. 525-526 (chron. Leuenberger) ; Comm. surv. GE, 18 juillet 2006, cons. 4, BLSchK 2007, p. 64.

³¹³³ TF du 28 avril 2011, 2C_82/2011.

³¹³⁴ TF du 17 juillet 2012, 4A_368/2012 : « ...dass gegenüber einer Zustellung durch Publikation gestützt auf Art. 141 ZPO, wie sie vom Handelsgericht hier vorgenommen wurde, nicht eingewendet werden kann, die Adressatin habe keine Kenntnis vom publizierten Text gehabt, und deshalb solche behauptete Unkenntnis kein unverschuldetes Hindernis im Sinne von Art. 50 Abs. 1 BGG bildet ».

³¹³⁵ CourEDH, *Platakou c. Grèce*, n° 38460/97, arrêt du 11 janvier 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-I, § 39.

Tribunal fédéral pour exclure toute restitution du délai, nous paraissent hautement suspects. La procédure de restitution des délais prévue en droit suisse ne met donc pas les parties à l'abri de tout excès de formalisme.

3) Droit français

887. Le droit français connaît des règles similaires à celles existant en Suisse, si ce n'est que l'emploi du courrier postal n'est pas amené à jouer le même rôle. Il existe, en effet, une autre forme de notification, effectuée par un huissier de justice agissant à la demande d'une des parties. Appellée signification³¹³⁶, elle obéit à des règles qui lui sont propres³¹³⁷. Nous allons donc examiner successivement le domaine d'application de la notification par courrier postal et celui de la signification (a). Ensuite, et comme nous l'avons déjà fait pour le droit suisse, nous examinerons les possibilités de prolongation du délai. Il s'agit en l'occurrence de la procédure de relevé de forclusion (b)

a) Notifications et significations

888. La « notification en la forme ordinaire »³¹³⁸ se fait par lettre recommandée avec avis de réception³¹³⁹. Celle-ci prend date au moment de la réception par le destinataire³¹⁴⁰, plus particulièrement au moment de la date mentionnée dans le récépissé³¹⁴¹. Il n'existe pas en droit français de fiction de notification à l'issue du délai de garde³¹⁴² et la réception par un tiers ne vaut notification que si celui-ci dispose d'un pouvoir de représentation³¹⁴³, ce qui exclut la remise informelle à un proche ou à un employé. Si le destinataire ne peut être atteint par cette voie, le greffe de la juridiction

³¹³⁶ Voy. art. 651 al. 2 CPC 1975 : « La notification faite par acte d'huissier de justice est une signification. »

³¹³⁷ Art. 653 ss CPC 1975.

³¹³⁸ Art. 665 ss CPC 1975.

³¹³⁹ Art. 667 al. 1 CPC 1975. La remise directe est également possible : art. 667 al. 2 CPC 1975

³¹⁴⁰ Art. 668 CPC 1975. JUNILLON, Le formalisme, p. 423, n° 162.123.

³¹⁴¹ Art. 669 al. 2 CPC 1975. Si le courrier est envoyé par lettre simple au lieu de la lettre recommandée, le délai ne court pas, faute de récépissé : Cass. com., 10 juillet 2012, pourvoi n° 11-18867, publication prévue au Bulletin.

³¹⁴² Le passage du facteur au domicile ne vaut pas notification s'il n'a pas pu remettre la lettre à son destinataire : Cass. 3^{ème} civ., 3 mars 2003, pourvoi n° 01-17539 ; Cass. soc., 27 juin 2001, pourvoi n° 99-42288. Voy. toutefois : Bastia, 23 mai 2012, RG n° 11/00280 retenant que l'art. 670-1 CPC 1975 n'est pas applicable à la convocation d'un commerçant devant le tribunal de commerce siégeant en chambre du conseil pour l'entendre au sujet de l'ouverture d'une éventuelle procédure collective.

³¹⁴³ Implicitement : 670 al. 2 et 670-1 CPC 1975. L'existence d'un tel pouvoir de représentation n'est pas présumée : Angers, 20 septembre 2011, RG n° 10/02398 (remise au colocataire d'une personne hospitalisée). Voy. toutefois Besançon, 7 octobre 2009, RG n° 09/01220 admettant la remise aux parents du destinataire avec qui il habite, sans se prononcer sur la question du pouvoir de représentation. Pour les personnes morales, l'accusé de réception doit être signé par un représentant habilité, il ne peut être revêtu du seul cachet de la société : Paris, 20 septembre 2007, RG n° 07/00151.

saisie, voir la juridiction elle-même³¹⁴⁴, invite la partie la plus diligente à procéder par voie de signification³¹⁴⁵. Un éventuel délai ne court que dès cette signification³¹⁴⁶.

889. Outre les cas d'échec d'une notification par lettre recommandée, le droit judiciaire privé prescrit dans de nombreux cas que le recours aux actes d'huissiers. Il en va ainsi pour l'introduction d'instance et la notification du jugement³¹⁴⁷ lorsque la procédure ordinaire est appliquée devant le tribunal de grande instance, le tribunal de commerce et le tribunal d'instance. La signification est donc fréquemment employée en pratique. Dans l'esprit du législateur³¹⁴⁸, elle constitue en réalité le procédé ordinaire de notification.

890. Soumise à un formalisme strict³¹⁴⁹, la signification offre de nombreuses garanties destinées à éviter qu'un délai ne commence à courir à l'insu de la partie concernée, car « *les éléments recueillis à la suite des investigations de l'huissier sont généralement supérieurs aux informations que les services de la Poste peuvent offrir.* »³¹⁵⁰ Le Code de procédure civile favorise par ce biais la réception effective par le destinataire³¹⁵¹. Ainsi, l'acte signifié doit en principe être remis au destinataire lui-même (*signification à personne*)³¹⁵². La remise à une personne, rencontrée au lieu de domicile ou de résidence du destinataire, n'est admise que si l'huissier indique « *les diligences qu'il a accomplies pour effectuer la signification à la personne de son destinataire et les circonstances caractérisant l'impossibilité d'une telle signification* »³¹⁵³. S'il ne rencontre personne, il conserve l'acte en son étude durant trois mois³¹⁵⁴. Dans ces deux dernières hypothèses, on parle de *signification à domicile* ou à *résidence*, l'huissier doit en outre laisser sur place un avis de passage à l'attention du destinataire et l'en informer par

³¹⁴⁴ Voy. deux exemples d'arrêts avant dire droit invitant une partie à procéder par voie de signification : Versailles, 18 janvier 2012, RG n° 10/05224 ; Angers, 25 janvier 2011, RG n° 10/00612. Rien n'interdit toutefois de procéder à une nouvelle tentative de notification par voie postale : Colmar, 19 novembre 2007, RG n° 04/105345.

³¹⁴⁵ Art. 670-1 CPC 1975.

³¹⁴⁶ Aix-en-Provence, 11 février 2009, RG n° 08/12547.

³¹⁴⁷ Voy. le principe énoncé à l'art. 675 CPC 1975.

³¹⁴⁸ LEBORGNE, Actes de procédure, n° 285 et 406.

³¹⁴⁹ La nullité (art. 693 CPC 1975) encourue peut toujours être guérie par la réception effective de l'acte.

³¹⁵⁰ LEBORGNE, Actes de procédure, n° 290.

³¹⁵¹ En ce sens : JUNILLON, Le formalisme, p. 416, n° 162.70 mentionnant les majorations d'émolument destinées à inciter les huissiers à remettre les actes personnellement ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 633.

³¹⁵² Art. 654 al. 1 CPC 1975. La doctrine relève toutefois qu'il est difficile pour les huissiers de trouver le destinataire aux heures où ils accomplissent les significations : HÉRON/LE BARS, p. 137-138.

³¹⁵³ Art. 655 al. 1 CPC 1975 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 634. L'huissier ne peut toutefois « *se contenter de cocher une case correspondant à une phrase préétablie* » (HÉRON/LE BARS, p. 138 ; JUNILLON, Le formalisme, p. 417, n° 162.72).

³¹⁵⁴ Art. 656 al. 2 CPC 1975.

courrier, en indiquant l'identité de la personne à laquelle l'acte a été remis.³¹⁵⁵ Si le destinataire n'a ni domicile, ni résidence connus, l'huissier établit un « *procès-verbal de recherches infructueuses* », relatant « *avec précision les diligences qu'il a accomplies pour rechercher le destinataire de l'acte* », et en averti le destinataire par lettre recommandée avec avis de réception envoyée à la dernière adresse connue³¹⁵⁶. Toutes ces précautions, si louables soient-elles, ne doivent toutefois pas faire oublier que la date de la signification, et donc le *dies a quo*, du délai n'est pas nécessairement celui de la réception par le destinataire. Lorsque l'acte est notifié par signification à domicile, à résidence, ou par procès-verbal de recherches infructueuses, la date déterminante est celle des démarches accomplies par l'huissier de justice³¹⁵⁷. La réception par le destinataire n'est pas déterminante et un délai peut donc courir à son insu.

891. La situation est encore plus compliquée s'agissant de la signification à des personnes domiciliées à l'étranger³¹⁵⁸. Le Code de procédure civile ne contient aucune règle générale³¹⁵⁹ concernant les délais que la signification fait courir à l'égard du destinataire³¹⁶⁰. Des indications plus précises existent concernant l'acte introductif d'instance. En l'absence de « *connaissance en temps utile* », la juridiction saisie ne peut toutefois se prononcer sur le fond du litige que si trois conditions sont remplies. Il faut qu'il se soit écoulé un délai de six mois, que la notification ait été effectuée conformément au droit interne ou international pertinent et qu'aucun justificatif de remise n'ait pu être obtenu des autorités compétentes de l'Etat de destinataire³¹⁶¹. En dépit de ces précautions utiles, le risque d'une procédure menée en l'absence du destinataire n'est pas totalement écarté³¹⁶². S'agissant des autres actes de procédure, la jurisprudence de la Cour de cassation distingue selon les procédés de notification. Lorsque l'huissier n'est pas

³¹⁵⁵ Art. 655 al. 5 CPC 1975. Ces diligences sont destinées à augmenter les chances que l'acte parvienne bien à son destinataire: HÉRON/LE BARS, p. 139.

³¹⁵⁶ Art. 659 al. 1 et 2 CPC 1975.

³¹⁵⁷ Art. 653 CPC 1975. Ainsi, en cas de dépôt de l'acte en l'étude de l'huissier, la date déterminante est celle de l'avis de passage (GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 635), soit celle à laquelle l'huissier s'est présenté au domicile du destinataire (HÉRON/LE BARS, p. 141 et 147).

³¹⁵⁸ HÉRON/LE BARS, p. 147.

³¹⁵⁹ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 645. Jusqu'en 2006, la date déterminante était celle de la remise au parquet, indépendamment de la réception par le destinataire (voy. HÉRON/LE BARS, p. 147, note de bas de page n° 71).

³¹⁶⁰ Concernant l'auteur de la signification, il s'agit de la date de l'expédition par l'huissier, à défaut de la réception par le parquet (art. 647-1 CPC 1975). Voy. HÉRON/LE BARS, p. 147.

³¹⁶¹ Art. 688 CPC 1975. La disposition s'inspire directement de l'art. 15 al. 3 de la Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (publiée pour la Suisse in RS 0.274.131). L'art. 688 CPC 1975 est également applicable en degré d'appel : Lyon, 7 novembre 2011, RG n° 08/02351.

³¹⁶² Voy. récemment : Cass. 2^{ème} civ., 31 mai 2012, Bull. civ. II, n° 98 (procédure franco-marocaine). GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 645 considèrent malgré tout que le destinataire « *se trouve protégé par les dispositions de l'article 688.* »

habilité à transmettre directement les actes aux autorités étrangères, la juridiction suprême retient comme déterminante la date de la remise au parquet³¹⁶³. En revanche, si une communication directe est possible, elle considère que les délais d'appel³¹⁶⁴ et de pourvoi en cassation³¹⁶⁵ commencent à courir à la date à laquelle l'autorité étrangère requise informe l'huissier de justice qu'elle n'a pas pu remettre la décision de justice attaquant à son destinataire.

892. Le destinataire est donc protégé uniquement lorsque l'huissier peut communiquer directement avec les autorités étrangères. Nous ne pensons pas que le critère de distinction retenu soit justifié. Lorsque la notification doit passer par le parquet, puis par la voie diplomatique, les risques de retard sont d'autant plus élevés. Le destinataire devrait être davantage protégé dans ce cas, notamment en admettant que la notification prend date à son égard par la réception, à tout le moins par la tentative infructueuse de l'autorité étrangère de lui communiquer l'acte de procédure. Les règles applicables à la signification des actes introductifs d'instance assurent certes, une certaine protection, mais celle-ci est loin d'être suffisante. En effet, les actes d'exécution forcée impliquent souvent une signification par huissier de justice³¹⁶⁶, ainsi que de très brefs délais pour réagir³¹⁶⁷. Dans ce cas, une réaction à temps demeure illusoire, même en présence d'une augmentation de délai à raison de la distance³¹⁶⁸. Reste encore à voir s'il existe des possibilités de faire valoir, à un stade ultérieur, l'absence de réception effective.

b) Relevé de forclusion

893. A la différence du droit suisse, qui admet de manière générale la restitution des délais, le droit français cantonne le relevé de forclusion aux délais pour interjeter un recours ordinaire³¹⁶⁹, ce qui exclut, par exemple, le pourvoi en cassation³¹⁷⁰. Le relevé de forclusion n'est possible que si la décision de justice contestée a été rendue par défaut ou

³¹⁶³ Cass. com., 6 octobre 2009, Bull. civ. IV, n° 121.

³¹⁶⁴ Cass. 2^{ème} civ., 10 novembre 2010, Bull. civ. II, n° 182 (tentative de notifier en Suisse un jugement de divorce rendu par le Tribunal de grande instance de Mulhouse).

³¹⁶⁵ Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2011, Bull. civ. I, n° 120. Le demandeur en cassation débouté a vainement tenté d'obtenir le rabat de l'arrêt : Cass. 1^{ère} civ., 23 février 2012, pourvoi n° 09-11066.

³¹⁶⁶ Par exemple : art. R. 211-1 et R. 211-3 CPCE (saisie-attribution) ; art. R. 213-1 CPC (paiement direct des pensions alimentaires) ; R. 223-3 CPCE (signification au débiteur d'une déclaration de saisie d'un véhicule terrestre à moteur) ; R. 232-5 CPCE (saisie de droits incorporels) ; R. 321-1 CPCE (commandement de payer valant saisie immobilière).

³¹⁶⁷ Cass. 2^{ème} civ., 9 avril 2009, pourvoi n° 08-14246 : contestation tardive de la validité d'une saisie-attribution dénoncée à l'Emirat du Koweït par acte d'huissier remis au parquet.

³¹⁶⁸ Voy. art. 643 CPC 1975.

³¹⁶⁹ Art. 540 al. 1 CPC 1975.

³¹⁷⁰ Le demandeur au pourvoi ne peut alors qu'invoquer la force majeure, dont les conditions sont draconiennes : BORÉ/BORÉ, La cassation en matière civile, p. 244, n° 54.31 et 54.32.

par jugement réputé contradictoire. A l'exception de la matière gracieuse³¹⁷¹, il ne peut être demandé que par le défendeur³¹⁷². Cela signifie que le relevé de forclusion n'est pas possible dans toute une série d'hypothèses, ou il est pourtant excessivement formaliste d'opposer l'écoulement du délai. Si le demandeur tombe gravement malade après avoir fait signifier le jugement au défendeur³¹⁷³, ou après l'avoir reçu³¹⁷⁴, il ne peut demander le relevé de la forclusion. Cette restriction pose problème sous l'angle de l'interdiction du formalisme excessif. Les conditions du relevé de forclusion sont également sévères à l'égard du défendeur. Sitôt qu'il a comparu, le jugement sera contradictoire et il ne peut plus demander le relevé de forclusion³¹⁷⁵.

894. Il nous apparaît donc que dans l'esprit du législateur, le relevé de forclusion est conçu comme une protection supplémentaire, en sus de l'opposition, accordée au défendeur défaillant et non comme le moyen d'épargner à toutes les parties les rigueurs d'une forclusion contre laquelle elles ne pouvaient rien faire³¹⁷⁶. Cela explique également pourquoi aucune institution similaire ne se retrouve en matière d'exécution forcée. Certes, dans certains cas isolés, les parties sont admises à faire valoir qu'elles n'ont pas été en mesure d'agir à temps et qu'aucune faute ne leur est imputable³¹⁷⁷. Mais il n'existe aucune approche globale du problème³¹⁷⁸. Les juridictions ne se préoccupent donc pas de sauvegarder les intérêts des parties par voie d'interprétation.

³¹⁷¹ Art. 541 CPC 1975.

³¹⁷² Voy. le texte clair de l'art. 540 CPC 1975 : « *Si le jugement a été rendu par défaut ou s'il est réputé contradictoire, le juge a la faculté de relever le défendeur de la forclusion...* » La doctrine s'aligne sur le texte légal : FERRAND, Appel, n° 820 ; GUICNHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 813 ; JUNILLON, Appel, p. 1343-1344, n° 541.295.

³¹⁷³ En règle générale, les tribunaux ne signifient pas d'office les décisions de justice. Il appartient aux parties de faire le nécessaire (art. 675 al. 1 CPC 1975). Des délais sont prévus, afin de les inciter à faire preuve de diligence. Les jugements rendus par défaut, ou réputés contradictoires au seul motif qu'ils sont susceptibles d'appel, doivent ainsi être signifiés dans les six mois dès leur adoption, sinon ils sont considérés comme « *non avenues* » (art. 478 CPC 1975). Pour les jugements contradictoires, l'écoulement d'un délai de deux ans rend tout recours irrecevable (art. 528-1 CPC 1975), y compris le pourvoi en cassation (BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 208 et les arrêts cités).

³¹⁷⁴ A titre exceptionnel, la juridiction se charge elle-même de notifier le jugement, généralement par lettre recommandée avec avis de réception. Tel est, entre autres, le cas en matière gracieuse (art. 975 al. 2 CPC 1975) et prud'homale (art. R. 1454-26 C. trav.).

³¹⁷⁵ Le jugement par défaut et le jugement réputé contradictoire ne peuvent être rendus que si le défendeur ne comparaît pas (art. 473 al. 1 CPC 1975). FERRAND, Appel, n° 821 et 822 qui réserve, à juste titre, les règles particulières en matière gracieuse.

³¹⁷⁶ En ce sens : FERRAND, Appel, n° 819 pour qui le relevé de forclusion a remplacé l'ancienne procédure du permis d'exécution destinée à « *protéger les intérêts du défaillant qui n'avait pas retiré en mairie copie de la signification, ou qui n'avait pas pu être retrouvé en cas de signification à parquet.* »

³¹⁷⁷ Voy. par exemple, en matière de saisie-attribution : art. R. 211-5 CPCE qui condamne le tiers saisi aux causes de la saisie s'il ne fournit aucun « *motif légitime* » justifiant son absence de réaction. Cette disposition lui permet d'invoquer devant le juge de l'exécution qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité de répondre sans faute de sa part (CE, 29 juin 2000, D. 2000 IR 206). De même, les créanciers peuvent-il demander au juge-commissaire de les relever de la forclusion s'ils établissent que la déclaration tardive de leur créance « *n'est pas due à leur fait ou qu'elle est due à une omission volontaire du débiteur* » (art. L. 622-26 C. com.).

³¹⁷⁸ Si les créanciers peuvent obtenir le relevé de la forclusion frappant leur déclaration de créance (voir note de bas de page précédente), les tiers propriétaires sont définitivement forclos s'ils n'annoncent pas leur revendication dans le

4) Synthèse

895. La présentation des solutions reçues en droit français et suisse permet de mettre en lumière de nombreux parallèles. Les deux ordres juridiques consacrent plusieurs présomptions de réception effective, en recourant à la fiction de la notification. Un délai peut donc commencer à courir à l'insu de la personne concernée. En dépit des garde-fous existants, particulièrement développés en droit français, cette conséquence fait pointer une véritable épée de Damoclès sur les parties.

896. Le législateur suisse y a répondu en considérant que tout délai peut faire l'objet d'une restitution. Les conditions de celle-ci diffèrent selon que le délai est fixé par le Code de procédure civile, La loi fédérale sur le Tribunal fédéral ou celle sur la poursuite pour dettes et la faillite. Ces différences ne reposent sur aucune justification raisonnable et devraient être écartées. A tout le moins, les juridictions devraient s'efforcer de gommer les différences en adoptant une approche souple. Malheureusement, on peut avoir quelques doutes concernant leurs intentions à ce propos. La jurisprudence suisse se montre sévère à l'égard des parties. En vérité. Elle exclut la restitution de délai lorsqu'un acte de procédure est remis à un tiers ou notifié par voie édictale. Un tel résultat n'est, à notre avis, pas compatible avec l'interdiction du formalisme excessif. Le droit français est également problématique à cet égard. Le relevé de forclusion n'y est pas applicable à titre général, mais uniquement aux délais de recours. Le demandeur, ou le défendeur comparant, ne peuvent en bénéficier.

897. Ces restrictions, toutes motivées par une conception limitée du rôle des notifications, posent, à notre avis, problème sous l'angle de l'interdiction du formalisme excessif. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ne distingue pas selon que l'écoulement du délai frappe le demandeur, le défendeur ou un autre tiers. Elle ne précise pas non plus que la comparution au tout début de la procédure prive le défendeur de toute protection. Dans la mesure du possible, les juridictions devraient s'efforcer de pallier les lacunes du droit positif. Cela est tout particulièrement vrai pour la Suisse, sachant que les dispositions pertinentes comportent de nombreuses différences entre le Code de procédure civile et la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite. La question est, en revanche, plus délicate pour ce qui est du droit français. Nous avons déjà vu à plusieurs reprises que les juridictions françaises sont réticentes à l'idée de

délai prescrit (Cass. com., 5 décembre 1995, Bull. civ. IV, n° 278 ; les multiples révisions du droit des procédures collectives n'ont pas affecté la validité de cet arrêt).

s'écarter d'un texte légal clair et précis, même si cela serait justifié par la nécessité d'éviter un excès de formalisme.

B) La date de l'accomplissement des actes

898. Lorsque la notification doit être accomplie à distance, l'émetteur de l'acte n'est pas toujours en mesure de se rendre rapidement au domicile du destinataire ou au greffe de la juridiction saisie. Le plus souvent, la transmission se fait par courrier postal. Se pose alors le risque d'une perte de l'acte ou d'un retard dans l'acheminement. Si la notification doit intervenir dans un certain délai, alors il se peut qu'elle soit tardive pour cette seule raison. Le meilleur moyen d'éviter tout problème, consiste à prévoir que l'acte prend date à l'égard de son émetteur au moment de l'expédition. L'intervalle entre cet instant et la réception effective n'étant ainsi pas pris en considération, un éventuel retard ne peut avoir de conséquence néfaste. Tout au plus existe-t-il une légère incertitude pour le destinataire tant qu'il n'a pas reçu l'acte, mais il peut toujours demander à l'émetteur de lui prouver qu'il a fait diligence en temps utile. Retenir que la réception de l'acte est déterminante pour interrompre un délai de procédure peut déboucher sur des situations d'excès de formalisme, en raison d'imprévus qui ne sont pas imputables à l'émetteur de l'acte. Malheureusement, il arrive qu'un ordre juridique opte pour cette approche, obligeant la partie concernée à déployer un luxe de précautions si elle ne veut pas prendre de risque.

899. Afin de mieux évaluer les risques existants, nous commencerons par présenter la position de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le sujet (1). Ensuite nous nous tournerons vers les ordres juridiques suisse (2), puis français (3) et nous concluerons par une synthèse du tout (4).

1) Position de la Cour européenne des droits de l'Homme

900. La Cour européenne des droits de l'Homme s'est penchée sur la question du respect des délais pour agir en justice dans quatre affaires emblématiques concernant la procédure civile³¹⁷⁹. Dans ce contexte, elle a systématiquement évalué ce que la partie concernée était en mesure de faire réellement pour suivre la procédure prescrite par le

³¹⁷⁹ Voy. CourEDH, *Kaufmann c. Italie*, n° 14021/02, arrêt du 19 mai 2005 ; CourEDH, *Rodriguez Valin c. Espagne*, n° 47792/99, arrêt du 11 octobre 2001 ; CourEDH, *Leoni c. Italie*, n° 43269/98, arrêt du 26 octobre 2000 ; CourEDH, *Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne*, n° 28090/95, arrêt du 28 octobre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII.

droit interne. Elle a ainsi estimé qu'il était exagéré de lui imposer de parcourir quatre cents kilomètres pour interjeter un recours dans les trois jours dès la réception d'un jugement³¹⁸⁰. En revanche, si le requérant a attendu le dernier jour du délai pour expédier un acte de procédure, il ne saurait se plaindre que la juridiction l'a déclaré irrecevable au motif qu'il était parvenu avec quelques jours de retard au greffe³¹⁸¹.

901. La jurisprudence européenne n'exige cependant pas que le requérant agisse dans la plus grande hâte et dépose ses recours plusieurs jours avant l'échéance du délai. La Cour de Strasbourg a considéré que la transmission tardive par l'administration pénitentiaire de la déclaration d'appel présentée par le détenu le dernier jour du délai utile emportait violation de l'article 6 § 1 de la Convention³¹⁸². Une approche similaire se retrouve en matière civile. Dans une affaire italienne, le requérant souhaitait se pourvoir en cassation contre un arrêt d'appel. Le pourvoi devait parvenir à la Cour de cassation dans les vingt jours suivant la notification faite aux parties intimées par l'huissier de justice agissant à l'instance de la partie demanderesse au recours. L'acte ne pouvait cependant pas être directement déposé au greffe de la juridiction suprême. Le requérant devait le remettre au greffe de la cour d'appel, qui avait alors dix jours pour le transmettre à son tour³¹⁸³. En l'espèce, le requérant avait notifié son pourvoi le 21 décembre 1995 et l'avait déposé le 29 du même mois au greffe de la Cour d'appel de Rome qui ne l'avait transmis à la Cour de cassation que le 25 janvier 1996³¹⁸⁴. Le pourvoi fut déclaré irrecevable³¹⁸⁵. Relevant qu'« *on ne p[ouvait] reprocher au requérant d'avoir agi par négligence* » ni « *le tenir responsable d'un non-respect des formalités de procédure imputable à la Cour d'appel de Rome* »³¹⁸⁶, la Cour de Strasbourg conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, sans s'arrêter au fait que le requérant avait attendu huit jours après la notification pour déposer son acte.

902. Dans une autre affaire concernant l'Italie, le requérant s'était vu impartir, le 17 mars, un délai de quatre-vingt-dix jours pour notifier son pourvoi en cassation à trois personnes résidant en Allemagne³¹⁸⁷. Il ressort de l'état des faits que la copie authentifiée

³¹⁸⁰ Affaire *Pérez de Rada Cavanilles*, arrêt précité, §§ 45-50.

³¹⁸¹ Affaire *Rodriguez Valin*, arrêt précité, §§ 21-28. Voy. en matière pénale : CourEDH, *Lahlah c. France*, n° 66973/09, décision du 22 février 2011.

³¹⁸² CourEDH, *Barbier c. France*, n° 76093/01, arrêt du 17 janvier 2006, §§ 25-33.

³¹⁸³ Affaire *Leoni*, arrêt précité, § 15.

³¹⁸⁴ Affaire *Leoni*, arrêt précité, § 17.

³¹⁸⁵ Affaire *Leoni*, arrêt précité, *ibid.*

³¹⁸⁶ Affaire *Leoni*, arrêt précité, § 26.

³¹⁸⁷ Affaire *Kaufmann*, arrêt précité, § 12.

du pourvoi ne lui avait été délivrée que le 6 mai, soit après plus de deux mois³¹⁸⁸. La Cour européenne des droits de l'Homme n'indique pas si le requérant avait entrepris des démarches en ce sens immédiatement après avoir pris connaissance de l'ordonnance l'invitant à mettre d'autres parties en cause. La juridiction européenne a accordé davantage d'importance au fait que le requérant « *avait accompli toutes les tâches qui lui incombaient en temps utile, à savoir dix-sept jours avant l'expiration du délai* »³¹⁸⁹ et qu'il devait solliciter le concours de plusieurs autorités³¹⁹⁰. D'ailleurs, elle n'a pas manqué de souligner qu'une partie du processus de notification « *échappait au contrôle du particulier* »³¹⁹¹. Dans la même veine, la juridiction n'a pas hésité à proclamer qu'il y a violation du droit d'accès à un tribunal quand « *l'irrecevabilité d'un recours résulte de l'imputation d'une faute au requérant dont celui-ci n'était objectivement pas responsable* »³¹⁹² et que les parties ne doivent pas subir les conséquences de la signification tardive d'un acte de procédure par un huissier qui se trompe dans le calcul du délai utile³¹⁹³. A notre avis, la Cour européenne des droits de l'Homme a graduellement marqué sa préférence³¹⁹⁴ en faveur de la date d'émission de la notification. Un requérant est donc suffisamment diligent s'il accomplit les démarches en son pouvoir avant l'échéance du délai.

2) Droit suisse

903. En droit judiciaire privé suisse, il est unanimement admis qu'un délai est respecté si l'acte est remis à un bureau de poste suisse, ou à une représentation diplomatique suisse, le dernier jour utile. Ce principe est consacré aussi bien dans le Code

³¹⁸⁸ Affaire *Kaufmann*, arrêt précité, § 14.

³¹⁸⁹ Affaire *Kaufmann*, arrêt précité, § 37.

³¹⁹⁰ Le requérant avait dû, successivement, obtenir autant de copies certifiées conformes du pourvoi en cassation qu'il y avait de parties, les faire traduire en allemand, faire authentifier la traduction par le tribunal de Bolzano, puis les présenter à la Cour d'appel de Trente pour transmission en Allemagne. Maigre consolation, les autorités allemandes avaient fait preuve d'une grande rapidité : saisies le 2 juin par l'huissier de justice italien, elles avaient notifié l'acte le 20 du même mois à ses trois destinataires (Affaire *Kaufmann*, arrêt précité, § 14).

³¹⁹¹ Affaire *Kaufmann*, arrêt précité, § 38.

³¹⁹² CourEDH, *Examiliotis (n° 2) c. Grèce*, n° 28340/02, arrêt du 4 mai 2006, § 28.

³¹⁹³ CourEDH, *Platakou c. Grèce*, n° 38460/97, arrêt du 11 janvier 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-I, § 39.

³¹⁹⁴ Peut-être se laisse-t-elle inspirer par la procédure qu'elle applique. S'agissant du dépôt d'observations par les parties, la date déterminante est celle de l'expédition, à condition qu'elle soit certifiée, et à défaut celle de la réception (art. 38 § 2 du Règlement de la Cour). La jurisprudence applique une règle similaire concernant le respect du délai de six mois pour introduire instance, le cachet de la poste faisant foi (CourEDH, *Kipritci c. Turquie*, n° 14294/04, arrêt du 3 juin 2008, §§ 16-19). En revanche, lorsque la Cour demande à une partie de compléter sa requête, le délai de huit semaines court dès la date de la lettre et indépendamment de la réception effective par celle-ci (voy. l'art. 4 de l'Instruction de pratique « *L'introduction d'instance* »). Tant le Règlement de la Cour que les Instructions de pratique peuvent être consultés sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'Homme : <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights/> (lien consulté le 14 juillet 2012)

de procédure civile³¹⁹⁵, la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral³¹⁹⁶ que la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite³¹⁹⁷. Il vaut également pour l'interruption de la prescription³¹⁹⁸. A moins que le palais de justice soit plus proche que le bureau de poste, le recours aux services postaux s'est imposé en pratique, car l'émetteur de l'acte ne court aucun risque.

904. A côté de cela, la jurisprudence a même élargi la notion de « *bureau de poste* » en y assimilant la boîte aux lettres³¹⁹⁹, ce qui permet le dépôt des actes en dehors des heures d'ouverture. La date du timbre postal est alors présumée être celle de la remise à la poste. La partie concernée est toutefois admise à prouver qu'elle a déposé l'acte dans la boîte aux lettres à une date antérieure³²⁰⁰. Elle supporte le fardeau d'une telle preuve³²⁰¹ qui prend généralement la forme d'une attestation écrite fournie par un témoin³²⁰², parfois rédigée directement sur l'enveloppe contenant l'acte³²⁰³. La doctrine approuve ces principes³²⁰⁴ et le Tribunal fédéral en impose le respect aux juridictions cantonales au titre de l'interdiction du formalisme excessif³²⁰⁵. En matière de notification par voie électronique, la date de l'accusé de réception fait foi³²⁰⁶. Vu l'extrême rapidité des communications électroniques, cela ne devrait pas causer de problème³²⁰⁷.

³¹⁹⁵ Art. 143 al. 1 CPC 2008.

³¹⁹⁶ Art. 48 al. 1 LTF.

³¹⁹⁷ Art. 31 LP renvoyant aux dispositions pertinentes du Code de procédure civile.

³¹⁹⁸ L'introduction d'instance interrompt la prescription (art. 135 ch. 2 CO qui correspond à l'art. 2241 al. 1 C. civ. français) et l'instance est introduite dès la remise de la requête en conciliation ou de la demande introductive d'instance à la poste suisse, voy. Stephen V. BERTI, in OBERHAMMER, n° 9 ad art. 62 CPC 2008 ; François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 3 ad art. 62 CPC 2008 ; Dominik INFANGER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 13 ad art. 62 CPC 2008 ; Roger MORF, in GEHRI/KRAMER, n° 6 ad art. 62 CPC 2008 ; Markus MÜLLER-CHEN, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 19 ss ad art. 62 CPC 2008 ; Prisca SCHLEIFER MARAIS, in Baker&McKenzie, n° 4 ad art. 62 CPC 2008 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 140 ; Thomas SUTTER-SOMM/Martin HEDINGER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 9 ad art. 62 CPC 2008.

³¹⁹⁹ Voy. les premiers arrêts rendus en matière d'exécution forcée : ATF 97 III 12 ; ATF 82 III 101.

³²⁰⁰ Sous peine de commettre un déni de justice : TF du 28 septembre 2004, 1P.446/2004, cons. 2.

³²⁰¹ Parmi tant d'autres : TF du 8 septembre 2005, 1P.380/2005, cons. 2.2.

³²⁰² TF du 2 août 2004, 4C.150/2004, cons. 1 ; TF du 3 janvier 2000, 4C.245/1999, cons. 1a.

³²⁰³ Voy. le résumé des faits pertinents figurant dans l'ATF 115 Ia 8.

³²⁰⁴ Kathrin AMSTUTZ/Peter ARNOLD, in NIGGLI/UEBERAX/WIPRÄCHTIGER, n° 9 et 10 ad art. 48 LTF ; Juri BENN, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 13 ad art. 143 CPC 2008 ; DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 1248 ad art. 48 LTF ; Jean-Maurice FRÉSARD, in CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 30 ss ad art. 48 LTF ; Andreas GÜNGERICH, in GÜNGERICH/SEILER/VON WERDT, n° 2 ad art. 48 LTF ; Urs H. HOFFMANN-NOWOTNY, in OBERHAMMER, n° 7 ad art. 143 CPC 2008 ; Reto M. JENNY, in GEHRI/KRAMER, n° 6 ad art. 143 CPC 2008 ; KUSTER, p. 80 ; Samuel MARBACHER, in Baker&McKenzie, n° 3 ad art. 143 CPC 2008 ; Barbara MERZ, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 11 ad art. 143 CPC 2008 ; SEILER, Die Berufung, p. 329-330 ; Adrian STAEHELIN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 4 ad art. 143 CPC 2008 ; Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 12 ad art. 143 CPC 2008. *Sceptiques* : LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 202.

³²⁰⁵ Voy. en matière civile : TF du 16 octobre 2008, 5A_267/2008 ; ATF 109 Ia 183, cons. 3, JdT 1984 I 317, SJ 1984, p. 511-512.

³²⁰⁶ Art. 143 al. 2 CPC 2008 ; Art. 48 al. 2 LTF.

³²⁰⁷ En ce sens : Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 17 ad art. 143 CPC 2008.

3) Droit français

905. La situation est loin d'être aussi évidente en droit français, qui se montre globalement moins favorable à l'emploi du courrier postal que le droit suisse. L'article 668 prescrit certes que « *la date de notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition* »³²⁰⁸, mais la jurisprudence considère que cette disposition n'est pas applicable lorsque la lettre est égarée et ne parvient jamais à son destinataire³²⁰⁹. Les risques liés à la mauvaise transmission du courrier ne sont donc pas entièrement écartés. Le dépôt devant témoins dans la boîte aux lettres est également exclu, car le texte du Code de procédure civile français se réfère à l'oblitération faite par le bureau de poste³²¹⁰.

906. L'emploi du courrier postal pour la transmission des actes de procédure n'est ainsi pas universellement admis. L'acte introductif d'instance en procédure ordinaire devant le tribunal de grande instance³²¹¹, le tribunal d'instance³²¹² et le tribunal de commerce³²¹³ est une assignation signifiée par exploit d'huissier³²¹⁴. Le recours aux services postaux n'est envisageable, à titre général, que pour le conseil de prud'hommes³²¹⁵, le tribunal paritaire des baux ruraux³²¹⁶ et le tribunal des affaires de la sécurité sociale³²¹⁷.

³²⁰⁸ La disposition réserve toutefois l'art. 647-1 CPC 1975 qui concernait certaines hypothèses particulières. Pour quelques cas d'application de l'art. 668 CPC 1975 à des actes de procédure accomplis par des courrier postal : Cass. 2^{ème} civ., 22 février 2012, pourvoi n° 11-10208 (opposition à une injonction de payer) ; Cass. 2^{ème} civ., 10 novembre 2011, pourvoi n° 10-27358 (contestation en matière électorale) ; Cass. 2^{ème} civ., 16 décembre 2010, pourvoi n° 09-17291 (opposition à un jugement rendu par défaut) ; Cass. 2^{ème} civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 08-18866 (opposition à une injonction de payer) ; Cass. soc., 13 février 2008, pourvoi n° 07-60142 (remise du mémoire ampliatif au défendeur en cassation dans une procédure portant sur des élections professionnelles) ; Cass. soc., 28 septembre 2005, pourvoi n° 04-43787 (déclaration de pourvoi en cassation en procédure sans représentation obligatoire) ; Cass. 2^{ème} civ., 9 juin 2005, pourvoi n° 03-5733 (déclaration d'appel en procédure sans représentation obligatoire) ; Cass. 2^{ème} civ., 2 décembre 2004, Bull. civ. II, n° 511 (contestation en matière de dépens). Il arrive également que la date de l'expédition soit litigieuse, en pareil cas seule la date du cachet postal fait foi : Cass. soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-41144.

³²⁰⁹ Voy. Cass. 2^{ème} civ., 22 mars 2012, pourvoi n° 10-20747 ; Cass. 3^{ème} civ., 7 mars 2012, pourvoi n° 11-13243 ; Cass. 2^{ème} civ., 25 janvier 2007, pourvoi n° 04-20318.

³²¹⁰ La question n'a jamais été tranchée par la jurisprudence. Voy. toutefois concernant une machine à oblitérer : Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 1994, Bull. civ. III, n° 119 : « ...que les consorts X. ne produisaient aucun document de nature à démontrer que ce service public avait délégué à l'utilisateur de la machine le pouvoir d'authentification de la date du dépôt d'un pli faisant foi de l'envoi dans les délais légaux. » Les témoins n'étant pas non plus des délégataires du service public, ils ne peuvent *a fortiori* authentifier la date du dépôt. Une évolution similaire au droit suisse nous paraît être exclue.

³²¹¹ Art. 750 CPC 1975.

³²¹² Art. 829 CPC 1975.

³²¹³ Art. 854 CPC 1975.

³²¹⁴ Art. 55 CPC 1975.

³²¹⁵ Art. R. 1452-2 C. trav.

³²¹⁶ Art. 885 CPC qui indique de manière allusive que « *la demande est formée et le tribunal saisi par déclaration faite, remise ou adressée au greffe du tribunal...* »

³²¹⁷ Art. R. 133-3 al. 3 (opposition à une contrainte pour le recouvrement des cotisations) et R. 142-8 CSS.

907. S'agissant des actes d'huissiers, la date de la signification dépend des conditions de remise³²¹⁸. La transmission à l'huissier n'est cependant jamais prise en compte. Cela signifie que l'émetteur ne peut se contenter de se dessaisir de l'acte le dernier jour du délai, mais il doit veiller à ce que l'huissier de justice bénéficie du temps nécessaire pour effectuer toutes les démarches, notamment lorsqu'il existe des doutes sur le domicile du destinataire. Les aléas liés à de telles difficultés reposent entièrement sur les épaules de l'émetteur.

908. Le Code de procédure civile français connaît également l'institution de la *requête ou déclaration au secrétariat de la juridiction*, mentionnée à son article 54. La requête est utilisée dans la procédure de l'*ordonnance sur requête*³²¹⁹, non contradictoire, et, parfois, pour des procédures contradictoires concernant l'état-civil et les relations familiales³²²⁰. La déclaration peut être utilisée à certaines conditions devant le tribunal d'instance³²²¹ et elle constitue le mode ordinaire d'exercice des recours³²²². On la retrouve en matière d'injonction de payer, l'opposition étant annoncée par déclaration faite au greffe du tribunal compétent ou adressée par courrier recommandée³²²³.

909. Toutes les déclarations introductives d'instance ne sont pas soumises au même régime, alors que leur transmission au secrétariat-greffe de la juridiction par courrier postal semble aller de soi³²²⁴. L'article 843 du Code de procédure civile prévoit qu'en cas de saisine du tribunal d'instance ou de la juridiction de proximité par le biais d'une déclaration, « *la prescription et les délais pour agir sont interrompus par l'enregistrement* » de celle-ci, ce qui présuppose sa réception. L'application de l'article 668 du Code de procédure civile est donc implicitement exclue³²²⁵. Il en va de même dans

³²¹⁸ Pour plus de précisions, voy. l'art. 653 CPC 1975.

³²¹⁹ Art. 493 ss CPC 1975.

³²²⁰ Voy. art. 1061-1 (contestations relatives aux funérailles), 1106 (requête en conciliation en vue du divorce), 1136-3 (protection contre la violence conjugale), 1137 (procédure devant le juge aux affaires familiales), 1160 (demande en déclaration d'abandon d'un enfant), 1168 (demande en adoption), 1203 (demande en retrait total et partiel de l'autorité parentale) et 1217 CPC 1975 (procédure devant le juge des tutelles concernant la protection des majeurs).

³²²¹ Lorsque la valeur litigieuse est inférieure à 4 000 Euros : art. 843 CPC 1975.

³²²² Art. 900 (appel avec représentation obligatoire), 932 (appel sans représentation obligatoire), 974 (pourvoi en cassation avec représentation obligatoire) et 984 CPC 1975 (pourvoi sans représentation obligatoire). S'agissant de la vérification des dépens, le recours contre l'ordonnance de taxe est interjeté par une « *note exposant les motifs de recours* » (art. 715 al. 1 CPC 1975), il s'agit d'une variante de la déclaration de recours.

³²²³ Art. 1415 CPC 1975 (injonction ordinaire de payer) et art. 1424-8 CPC 1975 (injonction européenne de payer).

³²²⁴ On conçoit, en effet, que l'acte d'huissier soit réservé aux actes directement notifiés entre les parties. Il s'agit d'une garantie contre les abus de toute sorte. Si une partie prétend qu'elle a reçu une feuille blanche au lieu de l'acte que son adversaire prétendait lui transmettre, l'huissier peut toujours attester du contraire et, sauf forfaiture de sa part, garantir au tribunal saisi la régularité de la procédure.

³²²⁵ S'agissant, en revanche, de l'opposition à un jugement rendu par défaut par la juridiction de proximité ou par le tribunal d'instance, l'art. 668 CPC 1975 est applicable (voy. Cass. 2^{ème} civ., 16 décembre 2010, pourvoi n° 09-17291 ; Cass. 2^{ème} civ., 21 octobre 2004, Bull. civ. II, n° 469), quand bien même l'opposition devrait se faire « *dans les formes* »

le contentieux électoral porté devant le tribunal d'instance³²²⁶. En revanche, la déclaration de créance dans une procédure collective³²²⁷ ou l'annonce d'une revendication sur des biens³²²⁸, l'opposition à une injonction de payer³²²⁹ et l'opposition devant le tribunal des affaires de la sécurité sociale à une contrainte portant sur des cotisations sociales³²³⁰ prennent date au moment de leur remise à la poste.

910. On rencontre d'autres incohérences en matière de voies de recours. S'agissant de la déclaration d'appel en procédure avec représentation obligatoire, l'avocat est obligé de procéder par voie électronique à peine d'irrecevabilité³²³¹. En supposant que tout fonctionne correctement, l'emploi du courrier électronique permet de faire coïncider l'émission et la réception de l'acte. L'appelant sera donc placé dans une situation similaire à celle créée par l'application de l'article 668 du Code de procédure civile. Avant que l'emploi de la transmission électronique n'ait été rendu obligatoire, la jurisprudence considérait que l'appel avec représentation obligatoire était valablement interjeté par la présentation personnelle de l'avoué au secrétariat-greffe de la cour d'appel qui recevait la déclaration d'appel³²³². De même, le pourvoi en cassation avec représentation obligatoire doit être déclaré par comparution personnelle de l'avocat aux Conseils au greffe de la juridiction³²³³. Le pourvoi déclaré par courrier postal est irrecevable³²³⁴ de ce simple fait, indépendamment de toute considération sur la date à laquelle il a été reçu par le greffe de la juridiction. Lorsque la représentation n'est pas obligatoire, la déclaration d'appel peut être faite par courrier recommandé³²³⁵ et l'article 668 du Code de procédure civile est applicable³²³⁶. Il en va de même pour les rares

prévues pour la demande en justice devant la juridiction qui a rendu la décision. » Le renvoi ne vaut donc que pour la forme suivie et non pour les effets de la saisine, ce qui est tout de même bien curieux.

³²²⁶ Cass. soc., 20 avril 2005, pourvoi n° 04-60158 ; Cass. soc., 26 mars 2003, pourvoi n° 01-60809 ; Cass. soc., 18 décembre 2002, pourvoi n° 01-60806 ; Cass. soc., 9 juillet 1996, Bull. civ. V, n° 273.

³²²⁷ Cass. com., 28 avril 1998, Bull. civ. IV, n° 136 ; Cass. com., 28 janvier 1997, Bull. civ. IV, n° 30.

³²²⁸ Cass. com., 1^{er} octobre 1991, pourvoi n° 90-13482.

³²²⁹ Cass. 2^{ème} civ., 22 février 2012, pourvoi n° 11-10208 ; Cass. 2^{ème} civ., 10 septembre 2009, pourvoi n° 08-18866 ; Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} juillet 1992, Bull. civ. II, n° 187 ; Cass. 2^{ème} civ., 20 novembre 1991, Bull. civ. II, n° 312 ; Cass. 2^{ème} civ., 27 avril 1988, Bull. civ. II, n° 99.

³²³⁰ Cass. soc., 4 juillet 1997, pourvoi n° 95-14888.

³²³¹ Art. 930-1 CPC 1975.

³²³² Voy. GALLET, p. 95 ; TRAVIER/WATREMET, n° 41. La jurisprudence estimait que la déclaration d'appel envoyée par courrier constituait une saisine irrégulière : Cass. 2^{ème} civ., 10 février 2000, pourvoi n° 97-20537.

³²³³ FATTACINI, p. 1464, n° 553.211 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 1323.

³²³⁴ FATTACINI, p. 1464, n° 553.211. Cela vaut même lorsque le demandeur en cassation est dispensé du ministère d'avocat aux Conseils, mais que la procédure demeure régie par les dispositions relatives à la procédure avec représentation obligatoire (!) : Cass. soc., 19 janvier 1995, pourvoi n° 92-21716 ; Cass. soc., 2 juin 1994, pourvoi n° 92-16189 ; Cass. soc., 2 juin 1994, pourvoi n° 92-16190.

³²³⁵ Art. 932 CPC 1975.

³²³⁶ Jurisprudence presque constante : Bastia, 18 septembre 2007, RG n° 06/00202 ; Cass. 3^{ème} civ., 22 mai 2012, pourvoi n° 11-17065 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 octobre 2011, pourvoi n° 10-24469 ; Cass. 2^{ème} civ., 9 juin 2005, pourvoi n° 03-15733 ; Cass. soc., 17 mai 2001, pourvoi n° 99-17650 ; Cass. soc., 1^{er} février 2001, pourvoi n° 98-44800 ; Cass.

hypothèses de pourvoi en cassation où la représentation par un avocat aux Conseils n'est pas obligatoire³²³⁷.

911. Il serait cependant hâtif de déduire de cette présentation des différentes solutions que les recours interjetés sans l'assistance nécessaire d'un mandataire sont valablement introduits par remise à la poste, alors que la représentation obligatoire implique le déplacement au secrétariat-greffe de la juridiction. En effet, le contredit³²³⁸ formé contre un jugement de première instance statuant exclusivement sur la compétence³²³⁹ doit être parvenu au secrétariat-greffe dans le délai de quinze jours³²⁴⁰. Ce recours peut être cependant interjeté par les parties elles-mêmes³²⁴¹ et la procédure n'est pas organisée différemment selon qu'elles sont représentées ou comparaissent personnellement. L'obligation d'être représenté ne constitue donc pas un critère expliquant les différences de traitement entre les diverses voies de recours. D'ailleurs, il ne serait pas pertinent. Aucune raison impérieuse n'impose d'obliger un avocat à se déplacer au greffe de la juridiction, alors que son client pourrait se contenter d'envoyer une lettre par courrier postal. Cette différence de traitement est la source de nombreuses

3^{ème} civ., 9 décembre 1998, Bull. civ. III, n° 240 ; Cass. 2^{ème} civ., 23 septembre 1998, pourvoi n° 96-20248 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1995, Bull. civ. I, n° 344 ; Cass. soc., 30 juin 1993, pourvoi n° 90-45236 ; Cass. 2^{ème} civ., 14 février 1990, Bull. civ. II, n° 29 ; Cass. soc., 11 janvier 1989, Bull. civ. V, n° 9, Cass. soc., 5 novembre 1984, Bull. civ. V, n° 406 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 octobre 1983, Bull. civ. II, n° 158 ; Cass. 2^{ème} civ., 5 octobre 1983, Bull. civ. II, n° 157. *Contra* : Cass. soc., 8 mars 1979, Bull. civ. V, n° 225. Les recours contre l'ordonnance de taxe des dépens obéissent aux mêmes règles (Cass. 2^{ème} civ., 21 mars 2002, pourvoi n° 00-19560) de même que le recours contre les décisions du Bâtonnier ou du Conseil de l'ordre des avocats (Cass. 2^{ème} civ., 14 mai 1997, pourvoi n° 95-15468). Ces principes valent également lorsque la procédure de recours est soumise au droit local d'Alsace-Moselle : Cass. 2^{ème} civ., 23 novembre 1994, Bull. civ. II, n° 236.

³²³⁷ Qui étaient bien plus nombreuses autrefois : Cass. soc., 12 novembre 1987, Bull. civ. V, n° 643 (pourvoi en matière prud'homale).

³²³⁸ Il s'agit d'une voie de recours particulière (art. 80 ss CPC 1975), voy. SALHI, pp. 392 ss et les auteurs cités ; on a pu parler d'une « *voie de recours sui generis* » (Jacques BELLICHACH, *La face cachée du contredit*, D. 2009. 1914). Certaines décisions en matière de compétences sont toutefois contestables par le biais de l'appel. Les jugements relevant d'office la compétence de la juridiction administrative, les ordonnances du juge de la mise en état, les ordonnances de référé, les décisions du juge de l'exécution et les ordonnances du juge conciliateur en matière de divorce et de séparation de corps rendues sur ce point sont uniquement susceptibles d'appel (art. 98, 99 et 776 al. 4 ch. 2 CPC 1975 ; art. R. 121-3 CPCE). Le contredit n'est donc pas la seule voie de recours envisageable en matière de conflits de compétence. De manière symétrique, les recours contre certaines décisions relatives à d'autres exceptions de procédure que l'incompétence suivent la procédure prévue pour le contredit. Tel est le cas des jugements se prononçant sur l'exception de litispendance ou de connexité (art. 104 CPC 1975), voy. GALLET, p. 177-178.

³²³⁹ Art. 80 CPC 1975. Si le jugement se prononce simultanément sur le fond et sur la compétence, alors l'appel est seul envisageable (art. 91 CPC 1975 *a contrario*).

³²⁴⁰ Riom, 19 février 2008, RG n° 07/02448 ; Orléans, 13 septembre 2007, RG n° 06/03234 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 mai 2001, pourvoi n° 98-21947 ; Cass. 2^{ème} civ., 24 juin 1998, Bull. civ. II, n° 208 : « *et attendu que le contredit formé par lettre doit être reçu au greffe dans les 15 jours de la décision...* ». Implicitement en ce sens : Cass. soc., 15 novembre 1995, pourvoi n° 92-41854 ; Cass. soc., 11 décembre 1990, Bull. civ. V, n° 628 ; Cass. 2^{ème} civ., 23 janvier 1985, Bull. civ. II, n° 17 ; Cass. 2^{ème} civ., 19 mai 1980, Bull. civ. II, n° 116. Un arrêt d'appel isolé semble se satisfaire de l'expédition à temps : Amien, 30 janvier 2008, RG n° 07/03073. L'envoi postal n'est toutefois pas exclu, à condition que le document parvienne à temps : Paris, 12 février 1985, D. 1985 IR 185 ; Cass. soc., 3 mars 1983, Bull. civ. V, n° 129. La doctrine va dans la même direction : Didier CHOLET, *Contredit*, in Serge GUINCHARD (édit.), *Droit et pratique de la procédure civile droit interne-droit communautaire*, Coll. Dalloz action 2012/2013, Dalloz, Paris, 2012, p. 1238, n° 511.131 ; GALLET, p. 178-179.

³²⁴¹ Antérieurement à la suppression de cette profession, la doctrine mentionnait l'absence d'obligation de constituer un avoué : CADIET/JEULAND, p. 200 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 1156.

erreurs et elle procède, à notre avis, d'un excès de formalisme. Elle trouve son origine dans l'absence d'approche globale de la question par les juridictions qui se sont limitées à apporter des réponses différentes pour chaque recours sans se préoccuper du manque de cohérence de l'ensemble.

4) Synthèse

912. La présentation des législations suisse et française et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, nous montre que dans un domaine aussi technique que la détermination de la date pertinente d'une notification à distance, des solutions différentes peuvent être retenues par les législateurs nationaux. Le droit suisse s'est doté d'un système simple reposant sur le principe de l'émission des actes de procédure. Le risque d'excès de formalisme est totalement écarté.

913. En revanche, la multiplication des solutions en droit français expose inutilement les parties au risque d'erreur. Cette situation n'est pas satisfaisante, mais il est difficile d'y remédier sans modifier le texte du Code de procédure civile. En tout état de cause, la jurisprudence devrait également admettre l'application de l'article 688 du Code de procédure civile lorsque la lettre ne parvient pas à destination. Il serait aussi envisageable, en l'absence de dispositions claires dans le texte légal, de retenir une seule date pertinente pour l'introduction des recours et d'autoriser les parties à expédier la déclaration de recours par la poste, à moins que la voie électronique ne soit possible, ou obligatoire.

914. Même si la notification par acte d'huissier offre des garanties supplémentaires³²⁴², car l'huissier va se livrer à certaines vérifications en cas de doute sur l'adresse du destinataire, il nous paraît indispensable de veiller à ce que les parties n'aient pas à supporter les conséquences d'une négligence professionnelle ou d'un imprévu de dernière minute. La jurisprudence européenne est parfaitement claire sur ce point³²⁴³ et elle s'impose aux juridictions françaises. Il serait certainement judicieux d'étendre la procédure de relevé de forclusion à tous les délais de procédure. Sur ce point, on dépasse largement les limites de l'interprétation raisonnable, car il faudrait modifier le texte du Code de procédure civile français.

³²⁴² En ce sens : GUICNHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 630.

³²⁴³ Cf. supra, n° 886.

§ 2 : Les risques liés à l'urgence au moment d'introduire instance

915. Il arrive que l'instance doive être introduite en toute hâte, car un délai est sur le point d'arriver à son terme. Cette urgence est parfois le résultat d'une négligence de la part du demandeur, mais elle peut aussi provenir de circonstances indépendantes de sa volonté³²⁴⁴. Nous allons donc voir comment la législation tient compte de ce contexte, de manière à éviter l'excès de formalisme. Un des problèmes qui se pose fréquemment aux plaideurs est celui des doutes qu'ils éprouvent sur la compétence de la juridiction saisie. Le choix d'un for adéquat n'est pas toujours aisé. La difficulté peut tourner au cauchemar si l'introduction d'instance auprès d'une juridiction incompétente n'interrompt pas les délais pour agir en justice. Nous nous pencherons donc en premier lieu sur les problèmes qui se posent lorsque la compétence de la juridiction saisie est incertaine (A). Mis à part cela, le problème de l'assistance judiciaire se pose tout aussi fréquemment. Lorsque l'affaire est vraiment urgente, il est rare que les parties puissent se défendre seules, car l'assistance d'un avocat est indispensable pour agir au plus vite. Le bénéfice de l'assistance judiciaire permet d'éviter que l'impécuniosité d'une partie ne l'empêche de faire examiner ses prétentions par un tribunal, ou qu'elle ne puisse pas se défendre lorsqu'un procès lui est intenté. Il faut toutefois que la législation lui permette d'obtenir le bénéfice de l'assistance judiciaire à temps³²⁴⁵, sinon le droit d'accès à un tribunal ne sera pas effectif³²⁴⁶ (B).

A) L'interruption des délais par la saisine d'une juridiction dont la compétence est incertaine

916. La question de l'interruption d'un délai pour agir en justice³²⁴⁷ en cas d'incertitude sur le for a fait l'objet d'un arrêt de la Cour européenne des droits de

³²⁴⁴ Par exemple, parce qu'il doit introduire instance pour valider des mesures conservatoires. Voy., par exemple, l'art. 279 al. 1 LP et son pendant en droit français, l'art. R. 511-7 CPCE.

³²⁴⁵ En droit suisse, l'assistance judiciaire englobe aussi bien la désignation d'un avocat d'office que la dispense d'avoir à avancer certains frais de justice (voy. art. 118 al. 1 CPC 2008 et art. 64 al. 1 et 2 LTF).

³²⁴⁶ Sur cette notion, voy. CourEDH, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, arrêt du 9 octobre 1979, Série A n° 32, §§ 24-28.

³²⁴⁷ Nous utilisons volontairement une expression générale, car le droit interne connaît généralement plusieurs sortes de délais. Tant le droit français que le droit suisse opposent généralement la prescription extinctive à une autre catégorie de délais, nommée *délai de forclusion* (cf. art. 2220 C. civ.), ou *délai préfix* (art. 122 al. 1 CPC 1975) en France et *délais de déchéance* ou *délais de péremption* en droit suisse (voy. BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 305-306 ; Isabelle PÉTEL-TEYSSIÉ, Portée de l'article 2246 du Code civil, Note sous Cass. ch. mixte 24 novembre 2006, JCP 2007 II 1058) Cette seconde catégorie de délais est soumise, dans les deux pays, à un régime plus strict concernant leur interruption et leur suspension. La Cour européenne des droits de l'Homme n'accorde aucune importance à ces différences (voy. CourEDH, *Stagno c. Belgique*, n° 1064/07, arrêt du 7 juillet 2009, §§ 29-35 concernant une forme particulière de prescription propre au droit belge des assurances privées qui s'apparente à une forclusion du droit français ou à une péremption du droit suisse). La doctrine suisse admet l'application du principe dégagé de l'arrêt *Stagno c. Belgique* à tous les délais pour agir (voy. Philippe MEIER, Incapacité civile et prescription de la créance – à

l'Homme³²⁴⁸. Le requérant voulait obtenir la compensation d'une perte de valeur de ses actifs suite à la fusion de la compagnie d'assurance, dont il était l'actionnaire, avec une autre société qui l'avait reprise³²⁴⁹. Il soutenait que les titres de la société absorbante, qui lui avaient été remis en remplacement, avaient une valeur moindre que ceux qu'il détenait précédemment³²⁵⁰. Il ouvrit action à temps devant le Tribunal régional (*Landgericht*) de Hambourg³²⁵¹. La juridiction se déclara incompétente au profit de son homologue de Berlin qui reçut le dossier alors que le délai pour introduire instance était déjà passé³²⁵². L'action fut déclarée irrecevable pour cause de tardiveté, au motif que la compétence exclusive du Tribunal régional de Berlin ressortait clairement du droit interne pertinent³²⁵³ et que le strict respect du délai pour demander l'indemnisation du préjudice subi en raison d'une fusion était commandé par les circonstances³²⁵⁴. La Cour européenne des droits de l'Homme ne partagea pas cette approche. Elle releva que la fixation d'un délai pour agir en justice était en soi admissible³²⁵⁵ et que le requérant, rompu aux affaires, aurait dû être conscient de la nécessité d'agir à brève échéance³²⁵⁶. En revanche, elle observa que la transmission tardive du dossier était essentiellement la conséquence d'une prolongation du délai de réponse que le Tribunal régional de Hambourg avait accordée à la défenderesse, alors que la juridiction aurait dû tenir compte du fait que le délai pouvait expirer en cours d'instance³²⁵⁷. Elle estima, par ailleurs, qu'on ne pouvait exiger du requérant qu'il introduise simultanément instance devant les deux tribunaux, en raison du surcroît de frais que cela aurait occasionné³²⁵⁸. Au vu de ces éléments la Cour

la lumière de l'Arrêt de la CourEDH *Stagno c. Belgique* du 7 juillet 2009, in Andrea BÜCHLER/Markus MÜLLER-CHEN, *Private Law national-global-comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Vol. II, Stämpfli Verlag AG/Intersentia, Berne, 2011, p. 1229)

³²⁴⁸ CourEDH, *Freitag c. Allemagne*, n° 71440/01, arrêt du 19 juillet 2007.

³²⁴⁹ Affaire *Freitag*, arrêt précité, §§ 5-7 (*Background to the case*).

³²⁵⁰ Affaire *Freitag*, arrêt précité, § 9. Le droit suisse (art. 108 LFus) connaît une action similaire à celle existant en droit allemand.

³²⁵¹ Affaire *Freitag*, arrêt précité, § 9.

³²⁵² Affaire *Freitag*, arrêt précité, §§ 17-18.

³²⁵³ Affaire *Freitag*, arrêt précité, § 21.

³²⁵⁴ Affaire *Freitag*, arrêt précité, § 20 : « ...the Regional Court considered that only a strict application of sections 305 and 306 of the Law of Reorganisation guaranteed that the shareholders could have certain knowledge within a short period of time as to whether compensation would be paid. » Les motifs, à tout le moins leur résumé effectué par la Cour européenne des droits de l'Homme, sont critiquables. En effet, le délai était, en l'espèce, dépassé d'un peu plus d'un mois, ce qui n'était pas de nature à mettre en danger la sécurité juridique (voy. § 18). On ne voit, au demeurant, pas en quoi les actionnaires ont besoin de savoir si un dédommagement est réclamé, car il s'agit d'une éventualité inhérente à toute fusion.

³²⁵⁵ Affaire *Freitag*, arrêt précité, § 37.

³²⁵⁶ Affaire *Freitag*, arrêt précité, § 39.

³²⁵⁷ Affaire *Freitag*, arrêt précité, *ibid.*

³²⁵⁸ Affaire *Freitag*, arrêt précité, § 41.

européenne des droits de l'Homme conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention³²⁵⁹.

917. Il ressort de cet arrêt que la négligence du demandeur dans l'identification de la juridiction compétente ne doit pas conduire à la perte du droit d'agir en justice. Même si la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas employé de termes catégoriques, cela se déduit des motifs. L'incompétence du Tribunal régional de Hambourg était évidente et le requérant aurait dû s'en rendre compte³²⁶⁰. La Cour met donc à la charge des Etats une véritable obligation positive d'éviter que les litiges sur la compétence d'une juridiction n'entraînent la forclusion du demandeur par l'écoulement du temps. C'est pour cette raison qu'elle a souligné qu'il n'était pas question d'obliger l'intéressé à saisir plusieurs juridictions simultanément. Nous allons donc voir si cette obligation est respectée en droit national suisse (1) et français (2).

1) Droit suisse

918. En droit suisse, l'article 63 alinéa 1 du Code de procédure civile prévoit que si le tribunal se déclare incompétent, ou si la demande est retirée pour cette raison, et déposée à nouveau devant la juridiction compétente dans le mois³²⁶¹ qui suit, l'instance sera considérée comme « *introduite à la date du premier dépôt de l'acte.* »³²⁶² S'agissant des délais pour agir en justice, ils seront réputés avoir été interrompus à cette première date. Les exigences de l'arrêt *Freitag* de la Cour européenne des droits de l'Homme sont pleinement respectées pour les conflits de juridictions suisses, que le droit matériellement applicable soit la loi du for ou un droit étranger³²⁶³.

919. En revanche, lorsqu'une juridiction étrangère doit être saisie, ou que la juridiction suisse a été saisie suite à un déclinatoire de compétence à l'étranger, il est douteux que l'article 63 du Code de procédure civile trouve matière à s'appliquer. On ne peut que regretter³²⁶⁴ que le législateur ait abrogé l'article 139 du Code des obligations

³²⁵⁹ Affaire *Freitag*, arrêt précité, § 42.

³²⁶⁰ Voy. le résumé des observations présentées par le Gouvernement allemand, arrêt précité, §§ 32-33.

³²⁶¹ Sous réserve des délais plus brefs en matière d'exécution forcée : art. 63 al. 3 CPC 2008.

³²⁶² Nous avons déjà examiné le deuxième alinéa de cette disposition dans notre titre consacré à la régularisation des vices de procédure, cf. supra, n° 605.

³²⁶³ En tant que disposition de procédure, l'art. 63 CPC 1975 s'applique à toute procédure pendante devant les juridictions suisses.

³²⁶⁴ A titre de comparaison, le droit français a maintenu la dualité de règles : l'art. 2246 C. civ. est doublé des art. 96 et 97 CPC 1975 qui permettent de poursuivre l'instance devant la juridiction compétente après admission du déclinatoire de compétence (sur cette question : Valérie AVENA-ROBARDET, Observations sous Cass. ch. mixte 24 novembre 2006, D. 2006 IR 1984).

qui poursuivait le même but³²⁶⁵, tout en présentant le caractère d'une disposition de droit matériel³²⁶⁶. La disposition pouvait être appliquée sans autre dans les rapports juridiques internationaux ou en matière arbitrale³²⁶⁷, à tout le moins tant et aussi longtemps que le litige n'était pas soumis au droit étranger³²⁶⁸. A notre avis, il faudrait envisager une application par voie d'analogie de l'article 63 du Code de procédure civile afin de combler le vide laissé par l'abrogation de l'article 139 du Code des obligations, notamment lorsqu'une juridiction suisse est saisie après que le tribunal étranger a décliné sa compétence³²⁶⁹.

2) Droit français

920. La situation est un peu plus claire en droit français. Pendant longtemps, certains arrêts considéraient que l'interruption du délai de prescription par la saisine d'une juridiction incompétente³²⁷⁰ ne valait pas pour les délais préfix³²⁷¹. Des solutions contraires se rencontraient également³²⁷². En 2006, un arrêt fort remarqué³²⁷³ de la Cour de cassation avait affirmé qu'une action devant un juge incompétent interrompait tous les délais pour agir en justice³²⁷⁴. Cette solution jurisprudentielle, qui vaut pour tous les types

³²⁶⁵ Le texte de la disposition était rédigé en des termes très généraux : « Lorsque l'action ou l'exception a été rejetée par suite de l'incompétence du juge saisi, ou en raison d'un vice de forme réparable, ou parce qu'elle était prématurée, le créancier jouit d'un délai supplémentaire de soixante jours pour faire valoir ses droits, si le délai de prescription est expiré dans l'intervalle. »

³²⁶⁶ STACHER/WEHRLI, p. 93-96.

³²⁶⁷ Sur cette question : STACHER/WEHRLI, p. 96-97.

³²⁶⁸ L'art. 139 CO n'avait certainement pas le caractère d'une loi de police au sens de l'art. 18 LDIP, bien qu'il n'existe aucune décision de justice à ce propos. De ce point de vue, l'art. 63 CPC 2008 offre une meilleure protection aux plaideurs. La situation était optimale entre 2001 et 2011, soit quand l'art. 34 al. 2 LFors était applicable conjointement avec l'art. 139 CO. Telle est d'ailleurs la solution en droit français (art. 2246 C. civ. doublé des art. 96 et 97 CPC 1975).

³²⁶⁹ En ce sens : Thomas SUTTER-SOMM/Martin HEDIGER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 17 ad art. 63 CPC 2008 ; *apparemment opposés* : STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 145 ; *clairement opposé* : Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 216 (ad art. 63 CPC 2008). En revanche, il est douteux que les juridictions étrangères acceptent d'appliquer l'art. 63 CPC 2008 lorsqu'elles sont saisies d'une affaire où le droit matériel suisse est applicable (STACHER/WEHRLI, p. 98 ; Dominik INFANGER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 5 ad art. 63 CPC 2008). Comme un auteur le fait remarquer, il serait envisageable de régler la question dans le cadre de la réforme actuellement en cours du droit de la prescription : Christoph BERGAMIN, Vorentwurf zur Totalrevision des Verjährungsrechts – Eine erste Sicht der Bestimmungen über die Unterbrechung der Verjährung, HAVE 2012, pp. 84 ss, spécialement p. 87-88.

³²⁷⁰ Prévus alors par l'ancien art. 2246 C. civ. disposant que « la citation en justice, donné même devant un juge incompétent, interrompt la prescription. »

³²⁷¹ Voy. parmi tant d'autres : Cass. com., 7 octobre 1997, Bull. civ. IV, n° 249 ; Cass. com., 10 décembre 1991, Bull. civ. IV, n° 382.

³²⁷² HONTEBEYRIE, n° 56 et les arrêts cités.

³²⁷³ Voy., par exemple, les longues observations in Philippe THÉRY, Chronique sous Cass. ch. mixte 24 novembre 2006, RTD civ. 2007, pp. 169 ss.

³²⁷⁴ Cass. ch. mixte, 24 novembre 2006, Bull. ch. mixte, n° 11, D. 2006. 3012 (obs. Avena-Robardet), D. 2007. 1112 (note Wintgen), JCP 2007 éd. G I 139 (obs. Sérinet), JCP 2007 éd. G II 10058 (note Pétel-Teyssié), RTD civ. 2007, p. 169 (chron. Théry) et p. 175 (chron. Perrot).

d'incompétence³²⁷⁵, a été coulée dans la loi lors de la récente réforme du droit de la prescription³²⁷⁶. Le nouvel article 2241 du Code civil français prévoit désormais que l'interruption par l'introduction d'instance vaut pour « *le délai de prescription et le délai de forclusion.* »³²⁷⁷ Ce dernier correspond aux délais préfix³²⁷⁸ mentionnés à l'article 122 du Code de procédure civile. Désormais, il est incontestable que l'incompétence de la juridiction saisie ne fait plus obstacle à l'interruption du délai pour agir en justice.

B) L'octroi à temps de l'assistance judiciaire

921. L'assistance judiciaire³²⁷⁹, nommée aide juridictionnelle en droit français³²⁸⁰, comporte deux composantes : la dispense d'avoir à payer, avancer ou consigner certains frais de procédure³²⁸¹ et la désignation d'un avocat commis d'office afin d'assister la partie concernée aux frais de l'Etat³²⁸². Celles-ci ne présentent toutefois pas la même importance dans les deux pays. En droit suisse, la partie prenant l'initiative d'une action en justice ou d'un recours doit en avancer les frais par consignation au greffe de la juridiction saisie³²⁸³. Ce montant peut aller jusqu'à la totalité des frais présumés³²⁸⁴ dont les cantons arrêtent le tarif³²⁸⁵. Les montants retenus sont élevés, dépassant fréquemment le millier de francs suisses³²⁸⁶. La dispense de l'avance de frais constitue donc un aspect

³²⁷⁵ En ce sens : Isabelle PÉTEL-TEYSSIE, Portée de l'article 2246 du Code civil, Note sous Cass. ch. mixte 24 novembre 2006, JCP 2007 II 1058 ; Robert WINTGEN, Note sous Cass. ch. mixte 24 novembre 2006, D. 2007. 1112, spécialement p. 1113.

³²⁷⁶ Opérée par la Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, publiée au *J.O* du 18 juin 2008, pp. 9856 ss.

³²⁷⁷ En revanche, l'art. 2243 C. civ. supprime tout effet interruptif en cas de désistement d'instance. Le demandeur ne peut donc, comme en droit suisse, retirer sa demande s'il se rend compte de l'incompétence du tribunal saisi. La jurisprudence a évolué à ce propos. Un arrêt ancien admettait le désistement aux fins de reprise du litige (Cass. soc., 9 juillet 2008, Bull. civ. V, n° 158) et la solution était proposée pour le nouveau droit (HONTEBEYRIE, n° 423). Un arrêt récent est revenu en arrière : Cass. 2^{ème} civ., 8 septembre 2011, pourvoi n° 10-23813.

³²⁷⁸ HONTEBEYRIE, n° 35 et 56.

³²⁷⁹ Art. 117 ss CPC 2008 et art. 64 LTF.

³²⁸⁰ Voy. art. 2 Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 sur l'aide juridique (publiée au *J.O* du 13 juillet 1991, pp. 9170 ss). L'aide juridictionnelle du droit français n'est qu'une sous-catégorie de l'aide juridique qui comprend également « *l'aide à l'accès au droit* » et « *l'aide à l'intervention au cours de la garde à vue, de la médiation pénale et de la composition pénale.* » (art. 1 de la Loi précitée).

³²⁸¹ Le droit français dispense les parties des trois catégories de frais de procédure, à l'exception des droits de plaidoirie (art. 40 Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991), mais considère que la partie condamnée aux dépens doit les payer et que le juge peut mettre à sa charge une partie des frais que l'Etat a exposés, à l'exception de l'indemnité versée à l'avocat (art. 42 Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991). Le droit suisse connaît un système similaire (art. 118 al. 1 litt. a et b CPC 2008).

³²⁸² Art. 25 ss Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ; art. 118 al. 1 litt. c CPC 2008.

³²⁸³ Art. 101 CPC 2008.

³²⁸⁴ Art. 98 CPC 2008.

³²⁸⁵ Art. 96 CPC 2008.

³²⁸⁶ Les tarifs sont toutefois relativement proches, pour ce qui est des cantons de la Suisse romande. Ainsi en droit vaudois, l'émolument forfaitaire en procédure civile ordinaire se monte à 3 750 CHF lorsque la valeur litigieuse est inférieure ou égale à 30 000 CHF (art. 10 du Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, publié au *RSV* 270.11.5). A Neuchâtel, pour une valeur litigieuse comprise entre 8 000 CHF et 30 000 CHF, le même émolument est fixé par le tribunal entre 400 CHF et 3 000 CHF (art. 15 de l'Arrêté temporaire du 22 décembre 2010 fixant les tarifs des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative, publié au

non négligeable du dispositif d'assistance judiciaire. La situation est différente, sur ce point, en droit français. La partie demanderesse est uniquement tenue de s'acquitter de la contribution pour l'aide juridique, dont le montant³²⁸⁷ paraît dérisoire au regard des frais de procédure encourus en Suisse³²⁸⁸. L'enjeu essentiel de la procédure d'aide juridictionnelle en droit français sera donc la désignation d'un avocat commis d'office et c'est d'ailleurs cette désignation qui a fait l'objet de deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme.

922. A l'occasion d'une requête dirigée contre la France dans une affaire pénale³²⁸⁹, la Cour européenne des droits de l'Homme s'est penchée sur la question de la désignation à temps d'un avocat d'office. Plusieurs membres d'une même famille s'étaient constitués partie civile dans une procédure pénale dirigées contre des policiers ayant causé la mort d'un proche. L'avocat qui les représentait devant la cour d'appel avait lui-même déposé la déclaration de pourvoi en cassation³²⁹⁰ et un premier mémoire ampliatif³²⁹¹. Afin de déposer un second mémoire ampliatif³²⁹², les requérants demandèrent la commission d'office d'un avocat aux Conseils afin de les assister au titre de l'aide juridictionnelle³²⁹³. Après un premier refus³²⁹⁴, la désignation d'un avocat intervint alors que le délai pour déposer le mémoire ampliatif était dépassé³²⁹⁵. Il ne put donc étayer le pourvoi en cassation³²⁹⁶ des requérants qui furent déboutés, au motif que la procédure d'appel avait été parfaitement régulière et que la partie civile n'avait, en

RSN 164.11). A Genève, pour une valeur litigieuse comprise 10 000 CHF et 30 000 CHF, le même émoulement est compris entre 1 000 CHF et 3 000 CHF (art. 17 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010, publié au RSG E 1 05.10).

³²⁸⁷ Soit 35 € pour chaque instance (art. 1635 bis Q CGI) auquel s'ajoute un émoulement supplémentaire de 150 € pour la procédure d'appel avec représentation obligatoire (art. 1635 bis P CGI).

³²⁸⁸ La partie bénéficiant de l'aide juridictionnelle n'en est pas moins dispensée du paiement des deux contributions : art. 964 al. 2 et 3 CPC 1975 et art. 1635 bis Q al. III ch. 1 CGI.

³²⁸⁹ CourEDH, *Saoud c. France*, n° 9375/02, arrêt du 9 octobre 2007.

³²⁹⁰ Affaire *Saoud*, arrêt précité, § 44. L'art. 576 CPP dans sa version alors en vigueur prévoyait que la déclaration de pourvoi en cassation devait être faite auprès du greffier de la juridiction ayant statué et qu'elle devait « être signée par le greffier et par le demandeur en cassation lui-même ou par un avoué près la juridiction qui a statué, ou par un fondé de pouvoir spécial. » L'avocat pouvait dès lors interjeter le pourvoi en cassation pourvu qu'il bénéficie d'un pouvoir de représentation.

³²⁹¹ Possibilité ménagée par l'art. 584 CPP permettant au demandeur en cassation de déposer un mémoire en même temps que la déclaration de pourvoi, ou dans les dix jours suivants.

³²⁹² En vertu de l'art. 585 CPP, les autres parties que le demandeur en cassation condamné doivent être représentées par un avocat aux Conseils s'ils veulent déposer un second mémoire ampliatif passé le délai de dix jours.

³²⁹³ Affaire *Saoud*, arrêt précité, § 45.

³²⁹⁴ Affaire *Saoud*, arrêt précité, §§ 46-50 : le bureau d'aide juridictionnelle près la Cour de cassation avait, dans un premier temps, rejeté la demande d'aide juridictionnelle, faute de « moyen de cassation sérieux pouvant être relevé contre la décision critiquée », avant de se raviser et d'inviter l'Ordre des avocats aux Conseils à désigner un avocat d'office aux requérants.

³²⁹⁵ Affaire *Saoud*, arrêt précité, § 51.

³²⁹⁶ Affaire *Saoud*, arrêt précité, § 52.

l'espèce, pas qualité pour se pourvoir en cassation³²⁹⁷. La Cour de Strasbourg conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison de « *l'impossibilité matérielle pour l'avocat aux Conseils désigné pour assister l'un des requérants de déposer un mémoire ampliatif.* »³²⁹⁸ Cet arrêt est riche d'enseignements. L'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme n'étant mentionné nulle part, le résultat peut être transposé à la procédure civile sans difficulté. La Cour de Strasbourg n'évoque pas le fait que les requérants avaient été assistés par l'avocat qui les avait représenté jusqu'alors. Le raisonnement suivi par la juridiction européenne repose entièrement sur le manque de coordination entre les décisions du bureau d'assistance judiciaire près la Cour de cassation et l'écoulement des délais de la procédure de cassation. La juridiction européenne relève, en effet, que la décision d'octroi de l'aide juridictionnelle « *offrait à l'un des requérants une chance de voir son pourvoi défendu par un professionnel du droit spécialisé en la matière.* »³²⁹⁹ La violation du droit d'accès à un tribunal découle donc de ce seul manque de coordination, à l'exclusion de toute autre considération sur la qualité de la défense assurée par l'avocat qui avaient représenté les requérants devant la juridiction d'appel.

923. Une approche similaire se retrouve dans une affaire civile plus récente³³⁰⁰ où la Cour européenne a également conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention. Le requérant avait obtenu gain de cause devant la Cour de cassation qui avait renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel de Fort-de-France. Il devait donc saisir cette juridiction dans les quatre mois suivant la signification de l'arrêt de cassation³³⁰¹, signification à laquelle il avait procédé lui-même³³⁰². Après diverses péripéties³³⁰³, un avocat d'office ne lui fut désigné qu'une fois le délai échu³³⁰⁴. La Cour européenne des droits de l'Homme releva d'emblée le fait que la demande d'aide juridictionnelle n'interrompait pas le délai pour saisir la cour d'appel et que le requérant devait être représenté par un avocat³³⁰⁵. Elle insista longuement sur le manque de diligence de l'Ordre des avocats à la Cour d'appel de

³²⁹⁷ Affaire *Saoud*, arrêt précité, § 51.

³²⁹⁸ Affaire *Saoud*, arrêt précité, § 136.

³²⁹⁹ Affaire *Saoud*, arrêt précité, § 134.

³³⁰⁰ CourEDH, *Staszkow c. France*, n° 52124/08, arrêt du 6 octobre 2011.

³³⁰¹ Art. 1034 al. 1 CPC 1975.

³³⁰² Affaire *Staszkow*, arrêt précité, § 12.

³³⁰³ Affaire *Staszkow*, arrêt précité, §§ 11-17.

³³⁰⁴ Affaire *Staszkow*, arrêt précité, §§ 18 et 20.

³³⁰⁵ Affaire *Staszkow*, arrêt précité, § 45. Il n'existait, en effet, pas d'avoués devant les juridictions compétentes pour les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de la Réunion : art. 82 de la Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Fort-de-France³³⁰⁶. Elle ne dit rien du fait que le requérant avait fait lui-même courir le délai en procédant à la signification de l'arrêt de cassation, ce qui constituait une véritable imprudence de sa part, ou qu'il aurait peut-être pu temporairement avancer les frais de la procédure en attendant que son avocat soit désigné. L'absence de coordination entre le délai pour agir et la procédure d'aide juridictionnelle constitue le seul aspect que la Cour européenne des droits de l'Homme prend en compte.

924. Au vu de ces deux affaires, nous constatons que la juridiction de Strasbourg impose aux Etats parties à la Convention européenne des droits de l'Homme une véritable obligation de veiller à ce que la désignation d'un avocat d'office intervienne avant l'échéance d'un délai de procédure. Elle rejette implicitement l'idée que l'intervention de l'avocat, à titre précaire, permette de respecter le droit d'accès à un tribunal. Subrepticement, elle semble conseiller aux juridictions nationales de reconnaître que la demande d'aide juridictionnelle interrompt les délais de procédure. Nous allons donc voir comment il est tenu compte de ces suggestions en droit interne français (1) et suisse (2).

1) Droit français

925. En droit français, les articles 38 alinéa 1 et 39 alinéa 1 du Décret n° 91-1266 du 12 décembre 1991³³⁰⁷ prévoient que la demande d'aide juridictionnelle interrompt les délais pour saisir une juridiction de première instance ou pour se pourvoir en cassation. L'interruption vaut dès la remise à la poste de la demande d'aide juridictionnelle présentée par le justiciable, le cachet du bureau de poste faisant foi³³⁰⁸ et la transmission de la demande d'un bureau à l'autre maintient cet effet interruptif³³⁰⁹. Un nouveau délai identique au premier commence à courir dès la notification de la décision du bureau d'aide juridictionnelle, ou, si elle est subséquente, dès la désignation d'un auxiliaire de justice³³¹⁰.

926. La jurisprudence applique largement ces dispositions³³¹¹. Non seulement le délai de prescription est ainsi interrompu³³¹², mais également le délai pour demander la

³³⁰⁶ Affaire *Staszko*, arrêt précité, §§ 11-17.

³³⁰⁷ Ce décret a été publié au *J.O.* du 20 décembre 1991, pp. 16609 ss.

³³⁰⁸ Art. 40 Décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991. Voy. sur ce point : DESPAQUIS, n° 132.

³³⁰⁹ Cass. 2^{ème} civ., 15 février 2007, Bull. civ. II, n° 35.

³³¹⁰ Art. 38 al. 2 et 39 al. 2 Décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991.

³³¹¹ Pour une présentation générale des délais susceptibles d'être interrompus par une demande d'aide juridictionnelle : DESPAQUIS, n° 132.

³³¹² Bastia, 2 février 2011, RG n° 10/00002 ; Cass. 2^{ème} civ., 3 juillet 2008, pourvoi n° 06-14293.

révision d'une décision de justice³³¹³, pour s'opposer à une injonction de payer³³¹⁴, pour demander l'annulation d'une assemblée générale de copropriétaires³³¹⁵ ou pour intenter une action en recherche de paternité³³¹⁶. La demande d'aide juridictionnelle met donc le demandeur à l'abri de tout risque de forclusion s'agissant de la procédure de première instance et de celle de cassation. Concernant le défendeur, la demande d'aide juridictionnelle n'interrompt pas le délai de comparution³³¹⁷. L'écoulement de ce dernier n'emporte toutefois aucune forclusion³³¹⁸. La désignation tardive d'un mandataire d'office constitue même une cause valable de révocation de l'ordonnance de clôture³³¹⁹. La position du défendeur n'est donc pas préteritée, même si elle n'est pas aussi confortable que celle du demandeur.

927. La situation est plus délicate en matière d'appel³³²⁰. Le délai pour déclarer appel n'est pas interrompu par une demande d'aide juridictionnelle³³²¹, mais l'octroi de l'aide juridictionnelle en première instance vaut également pour la procédure d'appel³³²². Seules sont donc exposées à ce risque les parties ayant comparu seules en première instance, et qui doivent, ou souhaitent, être assistées en appel. Le délai pour signifier la déclaration d'appel à l'adversaire, ou pour conclure, est en revanche interrompu par la demande d'aide juridictionnelle³³²³. La Cour de cassation considère également que la juridiction d'appel ne peut statuer tant et aussi longtemps qu'une demande d'aide juridictionnelle n'a pas été examinée³³²⁴ et que la désignation tardive d'un avocat est une cause de révocation de l'ordonnance de clôture malgré le texte restrictif de l'article 784 alinéa 1 du Code de procédure civile³³²⁵ également applicable en degré d'appel³³²⁶. En

³³¹³ Cass. soc., 8 février 2005, Bull. civ. V, n° 49.

³³¹⁴ Cass. 2^{ème} civ., 19 novembre 2009, Bull. civ. II, n° 267.

³³¹⁵ Cass. 2^{ème} civ., 16 décembre 2011, pourvoi n° 10-17711, publication au Bulletin prévue ; Cass. 2^{ème} civ., 1^{er} décembre 2011, pourvoi n° 10-21586 ; Versailles, 14 janvier 2008, RG n° 06/01773. A moins que la demande n'ait été présentée avant l'assemblée générale en question : Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-17743.

³³¹⁶ Cass. 2^{ème} civ., 22 février 2007, Bull. civ. II, n° 44, JCP 2007 éd. G. IV. 1624.

³³¹⁷ CADIET/JEULAND, p. 46 et l'arrêt cité.

³³¹⁸ A tout le moins dans la procédure ordinaire : CAYROL, Procédure devant le tribunal de grande instance, n° 78. Voy. également : GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 1209.

³³¹⁹ Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, D. 2004. 2348, JCP 2004 éd. G IV 2898, Procédures 2004, comm. 201 (note Perrot) ; Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 2004, Bull. civ. II, n° 216, D. 2004. 1639, JCP 2004 éd. G IV 2302. LACROIX-ANDRIVET, p. 808, n°331.233.

³³²⁰ DESPAQUIS, n° 133 et les arrêts cités.

³³²¹ Art. 38-1 al. 1 Décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991. La Cour de cassation considère *in abstracto* que cela ne viole pas l'art. 6 § 1 CEDH : Cass. soc., 25 avril 2008, pourvoi n° 07-40496. La jurisprudence récente de la Cour de Strasbourg vient de lui infliger un démenti certain.

³³²² Art. 8 Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991.

³³²³ Art. 38-1 al. 2 Décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991.

³³²⁴ Cass. 2^{ème} civ., 18 janvier 2007, Bull. civ. II, n° 9, D. 2007. 380 (obs. Avena-Robardet) et 2336 (obs. Vigneau), JCP éd. G I 139 (obs. Cadiet) et I 151 (obs. G'Sell-Macrez), Procédures 2007, comm. 54 (note Perrot).

³³²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 20 février 2008, Bull. civ. I, n° 53, D. 2008. 791, JCP 2008 éd. G I 140 (obs. G'sell-Macrez) ; Cass. 3^{ème} civ., 7 mai 2003, Bull. civ. III, n° 98, D. 2003. 1476, JCP 2003 éd. G IV 2159 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 mars 1997, Bull.

dépôt de ces accommodements, destinés à « *donner son plein effet à l'aide juridictionnelle qu'une partie a obtenue, par une interprétation favorable des textes* »³³²⁷, nous pensons que l'absence d'effet d'une demande d'aide juridictionnelle sur le délai d'appel n'est pas conforme à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Un arrêt récent de la Cour européenne des droits de l'Homme, que nous avons présenté, vient étayer notre point de vue³³²⁸.

2) Droit suisse

928. Si le droit français ne respecte pas entièrement les préceptes de la Convention européenne des droits de l'Homme concernant la désignation à temps d'un avocat d'office, la situation est encore moins satisfaisante en droit suisse. Faute de créer la litispendance, la requête d'assistance judiciaire n'interrompt aucun délai légal pour agir en justice³³²⁹. Concernant la prescription, la liste des actes interruptifs de prescription est dressée de manière limitative dans le Code des obligations³³³⁰. L'article 135 chiffre 2 dudit Code indique que la prescription est interrompue « *par des poursuites, par une requête de conciliation, par une action ou une exception devant un tribunal ou un tribunal arbitral.* » Un vieil arrêt du Tribunal fédéral exclut qu'une requête d'assistance judiciaire puisse interrompre la prescription³³³¹. L'article 135 du Code des obligations étant applicable aux délais de péremption, ceux-ci ne sont pas non plus interrompus par une requête d'assistance judiciaire³³³².

929. La situation n'est pas différente en matière de délais de recours. Contrairement au droit français, où le bénéfice de l'aide juridictionnelle perdure au-delà de la procédure de première instance, le droit suisse oblige la partie concernée à réitérer sa demande pour chaque recours qu'elle introduit³³³³. La jurisprudence considère que le dépôt de l'acte de recours convenablement motivé doit intervenir dans le délai idoine et

civ. II, n° 74 et Cass. 2^{ème} civ., 12 mars 1997, pourvoi n° 95-10727. Le premier arrêt cité concernait la désignation d'un avoué. Pour plus de précisions, voy. CHEN, p. 25-26.

³³²⁶ Par renvoi de l'art. 907 CPC 1975.

³³²⁷ Jacques HÉRON, Chroniques-procédure civile, RGDP 1998, p. 88

³³²⁸ Voy. l'affaire *Staszko* précitée. Également en ce sens, mais de manière implicite : Vincent VIGNEAU, Observations sous Cass. 2^{ème} civ. 18 janvier 2007 (deux espèces), D. 2007. 2336, spécialement p. 2337 (« *La durée de l'examen de la demande et de la transmission à l'avocat désigné ne doit pas préjudicier à la partie requérante qui, dès lors qu'il a été jugé qu'elle justifiait des conditions d'octroi de l'aide juridictionnelle, doit être en mesure d'être défendue utilement par un défenseur avisé suffisamment à l'avance par les services compétents* »).

³³²⁹ FAVRE, p. 75.

³³³⁰ ATF 132 V 404, cons. 4.1.

³³³¹ ATF 46 II 90, JdT 1920 I 365.

³³³² ATF 126 II 97, JdT 2002 IV 26, SJ 2000 I 350.

³³³³ Art. 119 al. 5 CPC 2008 et art. 64 LTF.

qu'il ne suffit pas de demander le bénéfice de l'assistance judiciaire³³³⁴. Vu les délais mis généralement pour traiter une demande d'assistance judiciaire, il y a peu de chance que la partie recourante puisse obtenir une décision avant l'échéance du délai de recours³³³⁵. Lorsqu'elle est représentée par un avocat, celui-ci va donc introduire simultanément le recours et demander l'assistance judiciaire³³³⁶. Si cette dernière est refusée, il ne lui restera plus qu'à tenter de récupérer ses honoraires auprès de son client en difficulté financière. Cela revient donc à faire peser le risque d'un refus de l'assistance judiciaire sur l'avocat³³³⁷. Dans certaines situations, cela peut avoir un effet responsabilisateur, dans la mesure où l'avocat ne sera pas tenté d'introduire un recours en dépit de doutes sérieux sur son bien-fondé. Un mandataire peu scrupuleux n'hésitera cependant pas à prétendre systématiquement que le recours est dépourvu de chances de succès, afin de couper court aux discussions avec son client. Les risques d'abus existent, sans que des garde-fous adéquats n'aient été prévus.

930. Il y a vingt ans déjà, un auteur s'interrogeait sur la compatibilité de ce système avec le droit d'accès à un tribunal³³³⁸. Il estimait que les intérêts des parties concernées étaient suffisamment protégés par la possibilité reconnue par plusieurs ordres juridiques cantonaux d'obtenir l'assistance judiciaire sur le champ à titre provisoire³³³⁹. Cette possibilité n'a pas été maintenue sous l'empire du Code fédéral de procédure civile, ce qui fait encore plus douter de la conformité du système avec les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

931. Il est certes difficile d'admettre aujourd'hui par voie prétorienne que la requête d'assistance judiciaire interrompe les délais légaux pour agir en justice, alors que la solution contraire n'a jamais été contestée. Cela n'est toutefois pas totalement inconcevable, surtout si l'on se penche sur les raisons pour lesquelles le Tribunal fédéral a refusé qu'une requête d'assistance judiciaire puisse interrompre la prescription³³⁴⁰. La juridiction suprême s'était alors fondée sur les différences entre la procédure de

³³³⁴ Voy. pour la procédure devant le Tribunal fédéral : TF du 9 février 2011, 4A_689/2010 ; TF du 22 mai 2007, 4A_104/2007, cons. 3.

³³³⁵ Par exemple : TF du 19 avril 2005, 1P.220/2005, cons. 1.

³³³⁶ Peter REETZ, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 21 ad rem. prélim. art. 308-318 CPC 2008 ; Christoph LEUENBERGER, *Die neue Schweizerische ZPO – Die Rechtsmittel*, Anwaltsrevue 2008, pp. 332 ss, spécialement p. 333 ; Denis TAPPY, *in* BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 22 ad art. 119 CPC 2008 ;

³³³⁷ En ce sens : Christoph LEUENBERGER, *Die neue Schweizerische ZPO – Die Rechtsmittel*, Revue de l'avocat 2008, pp. 332 ss, spécialement p. 333.

³³³⁸ FAVRE, p. 76.

³³³⁹ FAVRE, *ibid.*

³³⁴⁰ ATF 46 II 90 précité.

conciliation et celle d'octroi de l'assistance judiciaire, plus particulièrement sur le fait que cette dernière ne constituait pas le préalable de toute action en justice, qu'elle présentait dans plusieurs cantons un caractère administratif, que la participation du défendeur n'était pas nécessaire et que le fond du litige n'était abordé qu'indirectement³³⁴¹. Désormais, l'octroi de l'assistance fait l'objet d'une réglementation unifiée, figurant dans le Code de procédure civile, et la requête est examinée par le tribunal en procédure sommaire³³⁴². L'adversaire est obligatoirement entendu si la requête d'assistance judiciaire porte sur l'exonération des sûretés pour les dépens³³⁴³. La décision peut faire l'objet d'un recours au sens des articles 319 et suivants du Code de procédure civile. Le caractère judiciaire, et contentieux, de la procédure ne fait, à notre avis, plus l'ombre d'un doute. Le fond du litige est également abordé, car l'assistance judiciaire n'est octroyée que si le requérant établit que « *sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès.* »³³⁴⁴ Au vu de l'ensemble de ces éléments, nous sommes convaincu que rien ne s'oppose désormais à ce que la requête d'assistance judiciaire interrompe le délai de prescription. Partant, il serait envisageable d'étendre la solution à tous les autres délais légaux³³⁴⁵, tels que les délais de recours. L'interprétation raisonnable des dispositions pertinentes permettrait ainsi de s'assurer que la partie concernée bénéficie de l'assistance judiciaire à temps. Nous pensons que les juridictions suisses feraient bien de s'inspirer des solutions consacrées en droit français³³⁴⁶.

932. Lorsqu'une partie introduit seule un recours et demande l'assistance d'un avocat, il serait également envisageable de considérer qu'un acte de recours même lacunaire saisit valablement la juridiction et que l'avocat pourra le compléter après avoir été commis d'office. Pour cela, il serait tout d'abord nécessaire d'admettre les nouveaux

³³⁴¹ ATF 46 II 90, p. 92-93 : « *Ma diversa è la situazione quando si tratti di una domanda tendente alla concessione del beneficio del povero. Mentre, nei Cantoni dove è prescritta, la domanda di conciliazione appare vero atto giudiziario, come quello che tende ad una procedura che dell'inizio della causa è condizione imprescindibile [...], la domanda di assistenza giudiziaria si appalesa come misura prevalentemente amministrativa e meramente facoltativa. In alcuni cantoni [...], non è precetto di legge che la domanda venga comunicata alla parte avversa ; il magistrato può dunque conoscerne senza avvisare la parte, nei cui confronti l'atto dovrebbe essere interruttivo di termine perentorio. In altri [...] il procedimento si svolge non solo senza l'intervento della parte avversa, ma davanti le Autorità amministrative [...], di modo che esso è, anche esteriormente, affatto indipendente dal procedimento giudiziario. Del resto, una domanda di assistenza giudiziaria non ha tratto, contrariamente a quanto avviene in sede di conciliazione, al merito della causa iniziata : il procedimento si svolge tra la parte istante e lo Stato e non concerne che indirettamente la sostanza stessa della causa per cui l'assistenza è richiesta.* »

³³⁴² Voy. l'art. 119 al. 3 CPC 2008.

³³⁴³ Art. 119 al. 3 CPC 2008.

³³⁴⁴ Art. 117 litt. b CPC 2008.

³³⁴⁵ On pourrait aussi envisager d'accorder systématiquement la restitution du délai (art. 148 CPC 2008) lorsque l'assistance judiciaire est accordée après l'échéance du délai de recours.

³³⁴⁶ Au besoin, le juriste suisse pourra se rassurer en constatant que le droit allemand admet également l'interruption de la prescription par la requête d'assistance judiciaire : § 204 al. 1 ch. 14 BGB.

moyens de recours présentés après l'échéance du délai, que ce soit en instance fédérale ou cantonale³³⁴⁷. Ensuite, le Tribunal fédéral devrait abandonner sa pratique stricte concernant le second tour d'écriture prévu à l'article 102 alinéa 2 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral³³⁴⁸. S'agissant des juridictions cantonales, le texte de l'article 316 alinéa 2 du Code de procédure civile admet sans difficulté un second tour d'écriture en appel³³⁴⁹. Une telle possibilité est également reconnue par la doctrine concernant le recours limité au droit³³⁵⁰. A nouveau, aucune modification législative n'est nécessaire. Il suffit de modifier l'interprétation des dispositions existantes afin de leur donner un sens raisonnable et adapté aux nécessités de la procédure.

933. Restent finalement les délais de procédure fixés par le juge au fil de l'instruction. Tel est le cas du délai pour payer l'avance des frais de justice³³⁵¹, pour répondre à la demande en justice³³⁵² ou à un recours au Tribunal fédéral³³⁵³. Ces délais pouvant être facilement prolongés³³⁵⁴, ils devraient être susceptibles d'aménagement par les juridictions afin de tenir compte d'une demande d'assistance judiciaire. La doctrine évoque ainsi la possibilité de déposer une requête d'assistance judiciaire en réaction à une ordonnance d'instruction invitant la partie concernée à payer une avance de frais³³⁵⁵. Elle considère également que le tribunal doit s'abstenir de fixer un délai pour répondre à la demande tant et aussi longtemps que la question de l'assistance judiciaire n'a pas été

³³⁴⁷ Ce que nous proposons. *supra*, n° 618 ss.

³³⁴⁸ Qui a d'ailleurs déjà été critiquée par la Cour européenne des droits de l'Homme concernant l'égalité des armes. Voy. à ce propos : Bernard CORBOZ, *in* CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 47 ad art. 102 LTF ; DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 4126 ss ad art. 102 LTF ; Ulrich MEYER/Johanna DORMANN, *in* NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 19 ss ad art. 102 LTF ; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, n° 4 ad art. 102 LTF.

³³⁴⁹ Même si une pratique restrictive semble se dessiner : Trib. cant. NE, 10 septembre 2012, n° CMPEA.2011.64, cons. 2 ; TF du 4 avril 2012, 4A_648/2011, cons. 2, RSPC 2012, p. 322-325 (note Bohnet).

³³⁵⁰ La doctrine est toutefois hésitante, au vu de la nature prétendument subsidiaire du recours limité au droit. Parfois le second tour d'écriture n'est admis que pour permettre au recourant de répondre aux observations de l'intimé : Dieter FREIBURGHANUS/Susanne AFHELDT, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 6 ss ad art. 327 CPC 2008 ; GASSER/RICKLI, n° 2 et 3 ad art. 322 CPC 2008 ; Nicolas JEANDIN, *in* BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 4 ad art. 322 CPC 2008 ; KUSTER, p. 144-145 ; LEUENBERGER, *Die Rechtsmittel*, p. 337 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 405 ; Philippe M. REICH, *in* Baker&McKenzie, n° 2 ad art. 327 CPC 2008 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 450 ; Francesco TREZZINI, *in* COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1419 (ad art. 327 CPC 2008).

³³⁵¹ Art. 101 al. 1 CPC 2008 et art. 62 al. 3 LTF.

³³⁵² Art. 222 al. 1 (procédure ordinaire), art. 245 al. 2 (procédure simplifiée) et art. 253 (procédure sommaire) CPC 2008.

³³⁵³ Art. 102 al. 1 LTF. Pour les recours adressés aux autorités cantonales, le délai de réponse est fixé par la loi : art. 312 al. 2 (appel) et art. 322 al. 2 (recours) CPC 2008.

³³⁵⁴ Art. 144 al. 2 CPC 2008 et art. 47 al. 2 LTF. La doctrine envisage ainsi la possibilité de prolonger un délai en raison de la surcharge de travail de l'avocat, de vacances, d'un voyage ou de la complexité de l'affaire (voy. parmi tant d'autres : Samuel MARBACHER, *in* Baker&McKenzie, n° 5 ad art. 144 CPC 2008 ; Adrian STAEHELIN, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 5 ad art. 144 CPC 2008 ; Denis TAPPY, *in* BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 8 ad art. 144 CPC 2008).

³³⁵⁵ Frank EMMEL, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 2 ad art. 119 CPC 2008.

définitivement tranchée³³⁵⁶. Sur ce point, la réglementation nationale nous semble donc en adéquation avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Section 2 : Les asymétries d'informations quant aux données du litige

934. Même lorsque les parties n'agissent pas dans l'urgence, le procès civil comporte toujours sa part de mystère. Il arrive fréquemment que, dans les premières étapes du procès, une partie n'ait qu'une idée limitée des données du litige. L'interprétation du droit judiciaire privé doit alors tenir compte de cette circonstance. Faute d'y parvenir, les formalités judiciaires pourraient se transformer en écueil infranchissable, ce qui serait alors constitutif d'excès de formalisme. Afin d'éviter cette issue, il faut tout d'abord qu'une partie puisse bénéficier d'allègements lorsque l'identification des données essentielles du litige cause problème (§ 1). Cet aménagement ne résout toutefois pas à lui seul le problème. Rien ne sert de se montrer souple au moment de l'introduction d'instance s'il est totalement impossible de changer de stratégie procédurale en cours de route. Il est donc nécessaire d'autoriser les parties à renouveler la matière litigieuse au cours de la procédure (§ 2).

§ 1 : L'identification des données essentielles du litige

935. Fortement marqué par l'idéologie accusatoire, le procès civil n'autorise pas les investigations officielles dans une mesure aussi étendue qu'en matière pénale. La police judiciaire ne travaille en principe³³⁵⁷ pas pour les tribunaux civils³³⁵⁸. Il serait toutefois erroné d'en déduire que la nécessité d'une véritable enquête judiciaire³³⁵⁹ ne se fait pas sentir. Celle-ci est d'ailleurs concevable en matière gracieuse, où le juge dispose

³³⁵⁶ BOHNET, Les défences en procédure civile, Christoph LEUENBERGER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 10 ad art. 222 CPC 2008 ; Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 14 ad art. 222 CPC 2008.

³³⁵⁷ Une intervention de la police dans l'urgence et à titre conservatoire est envisagée en droit suisse par la doctrine (GULDENER, Zivilprozessrecht, p. 574 ; Peter BREITSCHMID, Die Beanspruchung der Polizei zur Sicherung privater Rechte, ZBl 83 (1984), pp. 289 ss, spécialement pp. 303 ss) et par certaines décisions de justice (voy. TF du 8 mai 1991, cons. 3d, SJ 1991, pp. 602 ss). La tendance récente étant toutefois d'obliger le propriétaire d'un immeuble occupé de manière illégale à s'adresser préalablement aux tribunaux civils (TF du 22 juin 2006, 1P.109/2006). L'idée de confier une enquête à la police dans le cadre d'une procédure civile ne se rencontre nulle part.

³³⁵⁸ Il est toutefois possible qu'elle se charge de l'exécution de certaines mesures de contraintes, comme une expulsion (art. 343 al. 1 litt. d et al. 3 CPC 2008 ; art. L. 153-1 et L. 153-2 CPCE).

³³⁵⁹ L'audition des témoins porte en procédure civile française le nom d'« enquête » (art. 204 ss CPC 1975). Les parties étant en principe tenues de désigner dans leur demande les témoins qu'elles souhaitent faire entendre (art. 223 et 224 CPC 1975), cette mesure d'instruction ne présente aucun caractère investigateur. Elle est de surcroît totalement tombée en désuétude au profit des attestations écrites rédigées à la demande des parties (art. 200 à 203 CPC 1975).

des plus vastes pouvoirs³³⁶⁰, mais elle demeure toujours exceptionnelle. Une personne s'estimant lésée dans ses droits peut donc fréquemment se trouver face à une impasse. Faute de pouvoir formuler des prétentions étayées à l'encontre d'une autre personne³³⁶¹, elle ne sera pas en mesure de demander réparation selon les règles de la procédure civile. Le plus souvent, elle tentera de contourner l'obstacle en portant le litige devant les juridictions pénales. Des solutions ont cependant été parfois mises en place pour tenter d'apporter une réponse au sein du procès civil.

936. En France, la pratique judiciaire admet depuis longtemps qu'un huissier de justice puisse être désigné par ordonnance sur requête afin qu'il procède à des constats³³⁶². S'agissant d'actes authentiques, ceux-ci bénéficieront au cours d'un procès subséquent de la valeur probante particulière que leur reconnaît le droit français. La procédure n'étant pas contradictoire, le requérant n'est pas obligé de désigner un adversaire. Le constat peut servir à dissimuler une véritable *enquête privée*. Le procédé permet ainsi au demandeur d'identifier des défendeurs potentiels³³⁶³ ou d'étayer des prétentions. Certains arrêts admettent ainsi la désignation d'un huissier de justice pour qu'il se rende au siège d'une société « *aux fins de constatations, remise de documents et auditions de personnes* » afin d'identifier les auteurs d'actes de concurrence déloyale³³⁶⁴. La jurisprudence demeure toutefois le plus souvent défavorable³³⁶⁵ et il lui arrive aussi de refuser qu'un huissier se livre à l'interrogatoire de plusieurs personnes dans le cadre d'un constat³³⁶⁶. Elle rejette également l'idée que le constat puisse être effectué sous le couvert

³³⁶⁰ Voy. art. 25 à 29 CPC 1975 et surtout l'art. 1221 CPC 1975 autorisant le juge des tutelles à ordonner la tenue d'une « *enquête sociale* ». Le droit suisse comporte une réglementation plus succincte, mais similaire, de l'office du juge en matière gracieuse (art. 255 litt. b CPC 2008). L'art. 446 al. 2 CC prévoit également que l'autorité de protection de l'adulte se livre à une enquête.

³³⁶¹ Comme le fait remarquer VINCENS, p. 46, « *la procédure civile ignorant "les actions contre X", le moins qu'elle pouvait exiger était bien le nom et la demeure du défendeur.* »

³³⁶² Le constat (art. 249 à 255 CPC 1975) est considéré par le Code de procédure civile français comme une « *mesure d'instruction exécutée par un technicien*. » Celle-ci est ordonnée avant l'ouverture d'action sur le fondement de l'art. 145 CPC 1975 qui autorise le tribunal à ordonner des mesures d'instruction en dehors de toute procédure au fond « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.* » Une institution similaire existe d'ailleurs en droit suisse sous le nom de « *preuve à futur* » (art. 158 CPC 2008).

³³⁶³ S'agissant d'irrégularités commises dans le cadre d'un réseau de distribution : Versailles, 11 mars 2008, RG n° 07/01791. Voy. également : Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-15199 (identification des occupants d'un appartement loué).

³³⁶⁴ Cass. 2^{ème} civ., 2 juillet 2009, pourvoi n° 07-20968 ; Versailles, 8 novembre 2007, RG n° 07/1964. Voy. également : Paris, 25 janvier 2011, RG n° 10/12672 ; Cass. soc., 12 avril 2005, Bull. civ. V, n° 134 concernant uniquement la remise d'informations ou de documents. Parfois le recours à la procédure d'ordonnance sur requête est justifié par la nécessité d'agir par surprise : Cass. 2^{ème} civ., 23 juin 2011, pourvoi n° 10-18540 ; Lyon, 10 mai 2011, RG n° 10/01502.

³³⁶⁵ Cass. soc., 15 décembre 1998, pourvoi n° 97-13499 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 mars 1992, pourvoi n° 90-21086. Pour plus de précisions, voy. Roger PERROT, *Chronique sous Cass. soc.* 29 octobre 2002, RTD civ. 2003, p. 141.

³³⁶⁶ Cass. soc., 29 octobre 2002, Bull. civ. V, n° 326, D. 2002. 3188, JCP 2002 éd. G IV 3018, RTD civ. 2003, p. 141 (chron. Perrot). L'huissier ne peut pas non plus interroger des témoins en dehors de toute commission par un tribunal :

de l'anonymat³³⁶⁷. Elle oblige fréquemment le demandeur à procéder de manière contradictoire³³⁶⁸, ce qui implique qu'il ait identifié un défendeur au préalable.

937. Le droit suisse n'a pas connu d'évolution comparable à ce qui s'est produit en droit français. Il est certes possible d'administrer des preuves avant l'introduction d'instance et ce de manière non contradictoire³³⁶⁹, mais l'institution de l'huissier de justice n'existe pas, sauf à Genève³³⁷⁰. Même dans ce canton, le constat d'huissier ne s'est pas autant développé qu'en France et il n'a jamais été utilisé, à notre connaissance, pour identifier les données du litige. Plusieurs cantons alémaniques ont maintenu dans leur droit cantonal, l'institution du constat (*amtlicher Befund*) effectué par un fonctionnaire à la demande d'une partie³³⁷¹, à l'instar de ce que prévoyait le code cantonal de procédure civile aujourd'hui abrogé³³⁷². Il semble toutefois douteux que ce procédé, fût-il compatible avec la législation fédérale³³⁷³, puisse être utilisé pour se livrer à une véritable enquête avant introduction d'instance. Des auteurs ont récemment envisagé une application plus large de l'administration des preuves avant l'introduction d'instance, notamment pour évaluer les chances de succès d'un procès, mais ils ont clairement refusé

Cass. soc., 28 avril 2006, Bull. civ. V, n° 153, D. 2006. 1658 (note Mauger-Vielpau), JCP 2006 éd. G IV 2111. Voy. dans le cadre d'un litige portant sur un harcèlement moral : Toulouse, 11 février 2005, RG n° 2004/04320, l'arrêt admettant toutefois que l'huissier constate à la demande du salarié « la teneur ou l'absence des moyens mis à sa disposition dans le cadre de son contrat de travail »

³³⁶⁷ Cass. 2^{ème} civ., 10 février 2011, Bull. civ. II, n° 36.

³³⁶⁸ Cass. 2^{ème} civ., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-17229 ; Lyon, 21 février 2012, RG n° 10/08741 ; Cass. 2^{ème} civ., 11 mars 2010, Bull. civ. II, n° 53 ; Cass. com., 6 février 2007, pourvoi n° 06-10533 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 mai 1987, Bull. civ. II, n° 112.

³³⁶⁹ Il s'agit de la « preuve à futur » (art. 158 CPC 2008), à laquelle les dispositions sur les mesures provisoires sont applicables (art. 158 al. 2 CPC 2008), y compris en ce qui concerne la procédure superprovisoire (Walter FELLMANN, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 26 ad art. 158 CPC 2008 ; Peter GUYAN, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 9 ad art. 158 CPC 2008 qui toutefois n'admet la preuve à futur sans audition de l'adversaire « in seltenen Fällen » ; Hans SCHMID, in OBERHAMMER, n° 6 ad art. 158 CPC 2008 ; SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme, pp. 3 ss, spécialement p. 25). D'autres auteurs estiment qu'il n'est pas possible d'ordonner des mesures de preuve à futur sans audition de l'adversaire : GASSER/RICKLI, n° 6 ad art. 158 CPC 2008 ; Johann ZÜRCHER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 18 ad art. 158 CPC 2008. GASSER/RICKLI (*ibid.*) justifient leur refus par le fait qu'une destruction des preuves pourra être opposée à la partie concernée lors de l'instance principale. Cela ne remédie toutefois pas aux situations où le requérant souhaite administrer certaines preuves à futur dans le but d'avoir accès à d'autres moyens de preuve (par ex. production de documents permettant de découvrir l'existence d'autres documents). De surcroît, il faut que les autres parties soient conscientes de l'existence du document et de sa localisation avant qu'il soit détruit, sinon il suffira de nier son existence (SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme, p. 25).

³³⁷⁰ Le constat d'huissier est d'ailleurs admis, mais uniquement « à titre privé » : art. 1 al. 5 de la Loi du 19 mars 2010 sur la profession d'huissier judiciaire (publié in RSG E 6 15).

³³⁷¹ § 143 GOG ZH (publiée in *Loseblattsammlung* 211.1) ; § 20 EG ZPO AG (publiée in *Erlassammlung* 211.200) ; art. 16 EG ZPO GL (publiée in *Gesetzessammlung* III C/1) ; art. 81 GerG NW (publiée in *Nidwaldner Gesetzessammlung* 261.1). On remarquera qu'à Nidwald le fonctionnaire préposé aux constats porte le nom de « Gemeindeweibel », ce qui se traduit en français par « huissier communal » et qu'il est compétent pour procéder à la notification des sommations prévues par le droit civil (art. 82 GerG). Sa fonction se rapproche donc de celle d'un huissier de justice français ou genevois, à ceci près qu'il est fonctionnaire.

³³⁷² Voy. par exemple : § 234 ZPO ZH

³³⁷³ Sur cette question : SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme, pp. 22-23.

que cela se produise de manière non contradictoire³³⁷⁴. Il faudra donc que le demandeur ait au moins identifié un défendeur potentiel.

938. Après avoir exposé ces principes généraux, nous allons maintenant procéder à un examen plus précis de deux problèmes particuliers qui se posent fréquemment. Le premier porte sur l'impossibilité d'identifier un défendeur. Nous verrons comment la pratique a pu développer certaines stratégies afin de résoudre le problème sans passer par la procédure pénale (A). Le second problème concerne les mesures conservatoires portant sur le patrimoine. Il est souvent très difficile au créancier de localiser les biens de son débiteur et il faut tenir compte de cette circonstance sous peine de rendre ineffectives les mesures conservatoires créées par le droit interne (B).

A) L'absence de défendeur identifiable

939. Le droit français³³⁷⁵ connaît une forme particulière de décision de justice, rendue sans qu'un défendeur ne soit entendu³³⁷⁶ : l'ordonnance sur requête. La procédure se déroule de manière non contradictoire. Une requête est présentée³³⁷⁷ au juge compétent³³⁷⁸ qui, après en avoir vérifié le bien-fondé³³⁷⁹, se prononce par le biais d'une ordonnance directement exécutoire³³⁸⁰. Si le demandeur doit exposer l'objet de sa demande et les motifs de celle-ci³³⁸¹, il n'a toutefois pas besoin de désigner les personnes auxquelles l'ordonnance pourrait être opposée. Celle-ci peut être contestée par tout tiers intéressé³³⁸². La procédure dite de « rétractation » se déroule en référé³³⁸³ et oppose le

³³⁷⁴ Laurent KILLIAS/Michael KRAMER/Thomas ROHNER, Gewähr Art. 158 ZPO eine « pre-trial discovery » nach US-amerikanischem Recht ?, in Franco LORANDI/Daniel STAEHELIN (édit.), *Innovatives Recht – Festschrift für Ivo Schwander*, Dike, Zurich/Saint-Gall, 2011, pp. 933 ss, spécialement p. 946. Voy. également : SCHWEIZER, *Vorsorgliche Beweisabnahme*, pp. 13 ss ; Il est intéressant de relever que dans certains milieux helvétiques on préfère trouver son inspiration outre-Atlantique, alors que des solutions aisément transposables existent outre-Jura...

³³⁷⁵ Art. 493 ss CPC 1975.

³³⁷⁶ Voy. le texte de l'art. 493 CPC 1975 : « L'ordonnance sur requête est une décision provisoire rendue non contradictoirement... »

³³⁷⁷ Le requérant doit toutefois justifier de sa qualité pour agir et d'un intérêt suffisant : PIERRE-MAURICE, *Ordonnance sur requête*, n° 104 ss

³³⁷⁸ Il s'agit fréquemment du Président du Tribunal de grande instance (art. 812 CPC 1975) : PIERRE-MAURICE, *Ordonnance sur requête*, n° 119.

³³⁷⁹ Le juge doit, en effet, s'assurer qu'il est justifié de déroger au caractère contradictoire de la procédure, la référence à la nécessité d'agir dans l'urgence ne suffit pas : Cass. 2^{ème} civ., 11 mai 2006, Bull. civ. II, n° 128, *Procédures* 2006, comm. 154 (note Perrot).

³³⁸⁰ Art. 495 al. 2 CPC 1975. Un arrêt récent considère toutefois que l'ordonnance doit être notifiée avant d'être exécutée : Cass. 2^{ème} civ., 10 février 2011, Bull. civ. II, n° 36. *Contra* : PIERRE-MAURICE, *Ordonnance sur requête*, n° 130 ; HOONAKER, p. 755-756, n° 324.52)

³³⁸¹ Art. 494 CPC 1975.

³³⁸² Tout tiers auquel elle est opposée doit en recevoir une copie : art. 495 al. 3 CPC 1975. Cela lui permet de connaître le juge qui l'a rendue et l'identité du requérant.

³³⁸³ Sur la nature de cette procédure (recours ou procédure de première instance) : HOONAKER, p. 757, n° 324-71 ; PIERRE-MAURICE, *Ordonnance sur requête*, n° 141-142 et les auteurs cités.

tiers au requérant³³⁸⁴. Ce dernier n'a aucune obligation d'agir en justice sur le fond, en dépit du caractère provisoire de l'ordonnance, mentionné à l'article 493 du Code de procédure civile. Celle-ci peut donc constituer la seule décision de justice adoptée dans le cadre d'un litige³³⁸⁵.

940. Les conflits sociaux ont donné lieu à une application régulière de la procédure d'ordonnance sur requête. Lorsque le lieu de travail est occupé, l'employeur n'est pas toujours en mesure d'identifier les employés impliqués afin de les assigner en justice. Dans un célèbre arrêt de 1977, la Cour de cassation a considéré qu'il peut recourir à la procédure de l'ordonnance sur requête afin de faire expulser les personnes occupant une usine³³⁸⁶. Cette possibilité a été confirmée à plusieurs reprises depuis lors³³⁸⁷. D'autres cas d'application ont été envisagés. La jurisprudence accepte de désigner ainsi un administrateur provisoire à une succession dont les héritiers sont inconnus³³⁸⁸. Plusieurs arrêts d'appel ont confirmé des ordonnances sur requête autorisant l'expulsion de gens du voyage occupant illégalement un terrain³³⁸⁹. La doctrine envisage l'application de la procédure d'ordonnance sur requête à toutes les situations où l'identité du défendeur est inconnue³³⁹⁰. Le recours à la procédure d'ordonnance sur requête s'impose, car le demandeur doit pouvoir « *obtenir justice* », même s'« *il n'est pas possible d'appeler ceux contre lesquels la mesure est sollicitée* »³³⁹¹. Ces quelques exemples nous montrent que l'application extensive de la procédure d'ordonnance sur requête permet aux tribunaux

³³⁸⁴ Art. 496 al. 2 CPC 1975.

³³⁸⁵ La contestation par un tiers est plus ou moins probable selon les domaines envisagés : HOONAKER, p. 754-755, n° 324.31.

³³⁸⁶ Cass. soc., 17 mai 1977, Bull. civ. V, n° 327, D. 1977. 645 (note Jeanmmaud), JCP 1978 II 18992 (note Desdevises), RTD civ. 1978, p. 602 (obs. Normand). Sur le réception contrastée de cet arrêt en doctrine : PIERRE-MAURICE, Ordonnance sur requête, n° 68.

³³⁸⁷ Voy. parmi tant d'autres : Cass. 2^{ème} civ., 17 février 2011, pourvoi n° 10-16737 ; Cass. 2^{ème} civ., 22 janvier 1997, Bull. civ. II, n° 19 ; Cass. soc., 21 février 1978, Bull. civ. V, n° 127. Pour une liste complète : PIERRE-MAURICE, Ordonnance sur requête, n° 68.

³³⁸⁸ TGI Paris, 11 févr. 1982, Gaz. Pal. 1982. somm. 367 (obs. Barbier).

³³⁸⁹ On ne trouve pas de décision publiée sur www.legifrance.gouv.fr ; en revanche, le site internet www.dalloz.fr mentionne, au 11 août 2012, les arrêts suivants : Versailles, 2 août 2007, RG n° 07/05658 ; Agen, 7 février 2007, RG n° 06/01576 ; Nancy, 15 janvier 2007, RG n° 05/02733. Tous ont confirmé la possibilité d'ordonner l'expulsion par le biais d'une ordonnance sur requête. La procédure de référé est en revanche appliquée lorsque l'identité des occupants est connue : Lyon, 21 février 2012, RG n° 10/06857 ; Paris, 4 janvier 2011, RG n° 10/10375 (confirmé par Cass. 2^{ème} civ., 2 février 2012, pourvoi n° 11-14729) ; Versailles, 21 décembre 2010, RG n° 10/08688 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 1995, pourvoi n° 93-18089 (tous ces arrêts peuvent être consultés sur le site www.legifrance.gouv.fr). Cette approche s'inscrit dans le prolongement de l'approche doctrinale selon laquelle l'ordonnance sur requête est subsidiaire par rapport au référé (voy. GUICHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 1399-1400 ; CADIET/JEULAND, p. 457). S'agissant, finalement, des occupants d'immeubles d'habitation, ils peuvent être expulsés par le préfet en l'absence de toute décision de justice (art. 38 Loi n° 2007-209 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, publiée au *J.O.* du 6 mars 2007, pp. 4190 ss). Avant l'adoption de cette loi, l'application de la procédure d'ordonnance sur requête était envisagée : Pierre ESTOUP, La pratique des procédures rapides – référés, ordonnances sur requêtes, procédures d'injonction, Litec, Paris, 1990, p. 202.

³³⁹⁰ PIERRE-MAURICE, Ordonnance sur requête, n° 68-75.

³³⁹¹ HÉRON/LE BARS, p. 347.

français de protéger les droits des personnes concernées malgré l'absence de défendeur identifié.

941. La situation est bien différente en droit suisse. Sous l'empire du droit cantonal, plusieurs cantons alémaniques³³⁹² connaissaient une procédure nommée « *interdiction générale* » (*allgemeines Verbot*) qui permettait aux tribunaux de prendre des mesures à l'encontre d'un nombre indéterminé de personnes³³⁹³. Son champ d'application couvrait potentiellement tout le droit privé, même si la pratique semblait se limiter aux droits réels immobiliers³³⁹⁴. Un arrêt zurichois envisage, non sans hésitation, son application en matière de protection du droit d'auteur³³⁹⁵. Il n'aurait donc pas été impossible, si le besoin s'en était fait sentir, d'étendre le champ d'application de la procédure de l'interdiction générale de manière à ce qu'elle soit appliquée de la même manière que l'ordonnance sur requête du droit français.

942. Le Code fédéral de procédure civile ne connaît pas d'institution totalement identique à la procédure d'interdit du droit cantonal alémanique. Il nous faut donc rechercher d'éventuels équivalents fonctionnels. Il existe une procédure non contradictoire en matière de mesures provisoires urgentes³³⁹⁶, mais le juge convoque immédiatement les parties à une audience en même temps qu'il adopte l'ordonnance de mesures superprovisionnelles³³⁹⁷. Elle ne peut donc être utilisée lorsque le défendeur n'est pas identifiable. S'agissant de la propriété immobilière, le titulaire d'un droit réel peut obtenir du tribunal qu'il interdise à toute personne d'y porter atteinte sous peine d'être condamnée à une amende de deux milles francs suisses au maximum³³⁹⁸. Cette procédure particulière porte le nom de « *mise à ban générale* ». Elle se déroule dans un premier

³³⁹² Art. 209 al. 1 ZPO NW ; art. 154 al. 1 ZPO GR ; art. 298 litt. A ZPO SH ; § 179 al. 1 ZPO SZ ; § 166 ZPO TG ; § 225 ZPO ZH.

³³⁹³ Voy. le texte du § 225 al. 1 ZPO ZH : « *Verbote, welche sich gegen einen unbestimmten Personenkreis richten, besonders solche zum Schutz des Grundeigentums, werden erlassen, wenn der Kläger sein Recht und die Störung glaubhaft macht.* »

³³⁹⁴ TF du 21 décembre 2010, 5D_124/2010 ; Cour supr. ZH, 2 décembre 2009, ZR 109 (2010), n° 46 ; Trib. distr. ZH, 11 novembre 1998, ZR 98 (1999), n° 45 ; Cour supr. ZH, 28 novembre 1998, ZR 87 (1988), n° 131 ; Cour supr. ZH, 29 avril 1986, ZR 85 (1986), n° 99 ; Trib. distr. Hinwil, 28 juillet 1975, RSJ 72 (1976), p. 164 ; Cour supr. ZH, 4 octobre 1972, ZR 72 (1973), n° 2. Cette restriction était expressément prévue par le code de procédure civile dans la plupart des cantons alémaniques (voy. § 309 ZPO AG ; art. 247 al. 1 ch. 1 ZPO AI ; art. 282 al. 1 ZPO GL ; § 229 ZPO LU ; art. 257 ZPO OW ; § 275 al. 1 ZPO SO ; art. 226 ZPO UR ; § 129 ZPO ZG).

³³⁹⁵ Trib. cass. ZH, 13 novembre 1992, ZR 93 (1994), n° 26. L'arrêt se prononce uniquement sur la juridiction compétente pour décerner une telle interdiction.

³³⁹⁶ Art. 265 al. 1 CPC 2008.

³³⁹⁷ Art. 265 al. 3 CPC 2008. A moins qu'il ne fixe un délai pour se déterminer par écrit : BOHNET, La procédure sommaire, p. 302.

³³⁹⁸ Art. 258 CPC 2008.

temps sans désignation d'un défendeur particulier³³⁹⁹, le tribunal statuant uniquement sur la base des informations fournies par le requérant³⁴⁰⁰, sans entendre d'adversaire potentiel³⁴⁰¹. L'interdiction est ensuite publiée et affichée de manière visible sur l'immeuble³⁴⁰². Elle peut faire l'objet d'une opposition dans les trente jours, le requérant devant alors intenter un procès à l'opposant pour valider la mise à ban³⁴⁰³. La mise à ban générale constitue certainement la procédure qui se rapproche le plus de l'ordonnance sur requête du droit français. Elle n'est toutefois pas aussi souple et adaptable que cette dernière. Limitée aux droits réels immobiliers, elle est également encadrée par des formalités strictes, telles que la publication ou le délai d'opposition. Nous ne pensons pas qu'elle puisse être d'un grand secours face à un blocage d'usine ou à l'occupation illégitime d'un terrain vague.

943. Au vu de ce qui précède, nous arrivons à la conclusion que le droit positif suisse ne comporte aucune norme dont l'interprétation raisonnable permettrait de remédier aux situations où l'identité du défendeur est inconnue. Le constat est d'autant plus dérangeant que le droit cantonal, singulièrement le droit zurichois, comportait une institution qui aurait pu jouer un rôle similaire à l'ordonnance sur requête du droit français. Il serait souhaitable que le législateur se saisisse du problème et procède à une modification de la législation en vigueur.

B) L'identification du patrimoine du débiteur

944. La mise en œuvre de mesures conservatoires présuppose une certaine connaissance du patrimoine du débiteur afin d'éviter qu'elles ne tombent dans le vide. Agissant le plus souvent dans l'urgence, le créancier peut rarement fournir des informations précises, surtout lorsque le patrimoine du débiteur ne comporte aucun élément soumis à une certaine forme de publicité³⁴⁰⁴. L'interprétation trop stricte des

³³⁹⁹ BOHNET, La procédure sommaire, p. 311. L'interdiction s'adresse à un nombre indéfini de perturbateurs potentiels : HOFFMANN/LÜSCHER, p. 167 ; GEHRI/KRAMER, n° 3 ad art. 160 CPC 2008 ; Tarkan GÖKSU, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 3 ad art. 258 CPC 2008 ; Ingrid JENT-SØRENSEN, in OBERHAMMER, n° 3 ad art. 258-260 CPC 2008 ; Frano KOSLAR, in Baker&McKenzie, n° 12 ad art. 258 CPC 2008 ; Michaël LAZOPOULOS, in GEHRI/KRAMER, n° 1 ad art. 258 CPC 2008 ; Ivo SCHWANDER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 4 ad art. 258 CPC 2008.

³⁴⁰⁰ Michael LAZOPOULOS, in GEHRI/KRAMER, n° 4 ad art. 258 CPC 2008 ; BOHNET, La procédure sommaire, p. 313.

³⁴⁰¹ François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 3 ad art. 258 CPC 2008 ; Ivo SCHWANDER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 9 ad art. 258 CPC 2008 ; Luca TENCHIO/Kristina TENCHIO-KUZMIĆ, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 8 ad art. 258 CPC 2008.

³⁴⁰² Art. 259 CPC 2008.

³⁴⁰³ Art. 261 CPC 2008.

³⁴⁰⁴ Dans le cas contraire, le créancier peut se procurer assez facilement les informations nécessaires.

conditions d'octroi d'une mesure conservatoire peut donc rendre celle-ci totalement ineffective. Il s'agit à nos yeux d'un cas évident d'excès de formalisme.

945. Au niveau des principes, droit suisse et droit français présentent de nombreuses similitudes. Dans les deux pays le créancier doit, en principe³⁴⁰⁵, obtenir l'autorisation du tribunal³⁴⁰⁶ et indiquer les éléments sur lesquels la mesure conservatoire doit porter. L'autorisation est donnée sans audition préalable du débiteur³⁴⁰⁷, qui peut toutefois provoquer postérieurement un débat contradictoire³⁴⁰⁸. Le cadre juridique est donc essentiellement le même dans les deux pays³⁴⁰⁹, ce qui favorise la comparaison. Nous allons nous concentrer sur la précision attendue de la part du créancier lorsqu'il entame la procédure, en abordant le droit suisse (1), puis le droit français (2).

1) Droit suisse

946. Le droit suisse se montre souple concernant la désignation des biens susceptibles de faire l'objet d'une mesure conservatoire. La doctrine insiste sur la nécessité de ne pas être trop exigeant avec le créancier³⁴¹⁰. Les tribunaux admettent le « séquestre de genre » ou « séquestre générique », soit le fait que le créancier désigne les biens de manière générale³⁴¹¹ et en indiquant l'endroit où ils se trouvent³⁴¹². Le créancier

³⁴⁰⁵ Le droit français admet des exceptions dans certains cas où l'huissier de justice peut directement exécuter la mesures conservatoire (art. L. 511-2 CPCE), soit lorsque celle-ci garantit une dette découlant d'un titre exécutoire, d'une décision de justice qui n'a pas encore acquis la force exécutoire, d'une lettre de change acceptée, d'un billet à ordre ou d'un chèque impayé et d'une dette de loyer reposant sur un contrat de louage écrit. Le droit suisse n'admet comme seule exception que la possibilité d'obtenir un inventaire des meubles garnissant un immeuble faisant l'objet d'un bail commercial et leur réintégration s'ils ont été déplacés (art. 283 et 284 LP). Le créancier doit solliciter l'autorisation du tribunal pour procéder au séquestre, même s'il est au bénéfice d'un jugement exécutoire (art. 271 al. 1 ch. 6 LP).

³⁴⁰⁶ Art. 272 al. 1 LP ; art. L. 511-1 CPCE.

³⁴⁰⁷ Art. 272 al. 1 et 278 *a contrario* LP ; art. L. 511-3 et R. 511-1 CPCE.

³⁴⁰⁸ Art. 278 LP ; art. L. 512-1 et R. 512-1 CPCE.

³⁴⁰⁹ Des différences existent toutefois, mais elles ne sont pas pertinentes pour l'objet de notre étude. Ainsi, le droit suisse distingue entre les mesures conservatoires destinées à garantir le paiement d'une dette d'argent, réglementées par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, et les autres mesures conservatoires se rapportant à d'autres dettes soumises au régime du Code fédéral de procédure (voy. art. 269 litt. a CPC 2008). L'inscription provisoire d'un gage immobilier est régie par le Code de procédure civile (art. 262 litt. c CPC 2008) et le Code civil (art. 961 al. 2 et 3 CPC 2008). Le droit français a regroupé toutes ces mesures conservatoires dans le Code des procédures civiles d'exécution (voy. art. L. 511-2 al. 2 CPCE). Les conditions d'octroi ne sont pas les mêmes. En droit suisse, l'inscription provisoire d'une hypothèque légale n'est possible que si le requérant rend vraisemblable qu'il est titulaire d'un tel droit réel (voy. art. 961 al. 1 CC), ce qui n'est envisageable que dans certains procès. En revanche, le droit français autorise les sûretés judiciaires de manière générale (art. R. 531-1 CPCE). En effet, tout créancier sur la base d'un jugement bénéficie de l'hypothèque judiciaire (art. 2412 C. civ.) et est donc autorisé à en demander l'inscription à titre conservatoire. L'inscription provisoire d'une hypothèque est donc bien plus fréquente en France qu'en Suisse.

³⁴¹⁰ Nicolas JEANDIN, Aspects judiciaires relatifs à l'octroi du séquestre, JdT 2006 II 51, spécialement p. 64.

³⁴¹¹ TF du 4 juillet 2001, 7B.130/2001, cons. 1 ; ATF 100 III 25, cons. 1a ; ATF 90 III 93 ; ATF 80 III 86, cons. 2 ; ATF 56 III 44. Initialement la jurisprudence n'admettait pas ce genre de séquestre : ATF 51 III 117 ; ATF 50 III 192. En doctrine: GILLIÉRON, n° 53 ad art. 272 LP ; Walter A. STOFFEL, in STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, n° 35 ad art. 272 LP ; Walter A. STOFFEL/Isabelle CHABLOZ, in DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, n° 29 ad art. 272 LP. Pour plus de précisions sur l'évolution historique: Pierre-Robert GILLIÉRON, Le séquestre investigatoire: mythe ou réalité, RDS 106 (1987) I, pp. 41 ss, spécialement p. 42-46 ; Mathias PACHLATKO, Ausgewählte Fragen zum schweizerischen Arrestrecht, thèse Zurich, s. éd., Zurich, 1979, pp. 109 ss. et les arrêts cités

n'est donc pas tenu d'indiquer la succursale gérant les comptes du débiteur, ce qui laisse entrevoir la possibilité d'une saisie exécutée en Suisse sur des avoirs détenus par une succursale étrangère d'une banque suisse³⁴¹³. Le créancier peut ainsi demander le séquestre de tous les avoirs bancaires détenus par le débiteur auprès d'un certain établissement bancaire³⁴¹⁴. Le droit suisse ne va toutefois pas jusqu'à autoriser le « séquestre investigatoire », soit les mesures conservatoires générales sans références à des biens individualisables³⁴¹⁵ ou sans rendre vraisemblable l'existence de biens susceptibles d'être séquestrés³⁴¹⁶. La procédure de séquestre n'est pas destinée à explorer le patrimoine du débiteur³⁴¹⁷. Le Tribunal fédéral refuse ainsi le séquestre d'avoirs dont il est l'ayant-droit économique, sans que l'ordonnance ne désigne le tiers détenteur³⁴¹⁸. Cette restriction n'enlève toutefois rien au fait que les juridictions suisses font certainement tout ce qui est en leur pouvoir pour éviter l'excès de formalisme.

2) Droit français

947. La question de la désignation des biens faisant l'objet d'une mesure conservatoire ne soulève pas de vastes débats doctrinaux et jurisprudentiels en France.

³⁴¹² TF du 25 février 2002, 5C.291/2001, cons. 1b ; Aut. surv. BE, 22 mars 2000, BISchK 2001, p. 146 ; TF du 17 février 1999, cons. 5, BISchK 2000, p. 142 (note Mudry) ; Cour supr. ZH, 23 décembre 1968, ZR 68 (1969), p. 268.

³⁴¹³ Sur cette question : Georg ZONDLER, Schweizer Arrest auf Vermögenswerte im Ausland ? AJP/PJA 2005, pp. 573 ss ; Nicolas JEANDIN/Carlo LOMBARDINI, Le séquestre en Suisse d'avoirs bancaires à l'étranger : fiction ou réalité ?, AJP/PJA 2006, pp. 967, spécialement pp. 973 ss et les arrêts cités. Reste à savoir si cela est possible lorsque le débiteur est domicilié à l'étranger (voy. Jean-Yves DE BOTH/Vincent JEANNERET, Séquestre international, for du séquestre en matière bancaire et séquestre de biens détenus par des tiers, SJ 2006 II 169, spécialement p. 179-180 et Cour just. GE, 13 décembre 2007, SJ 2008 I 369 concernant le séquestre des biens du dictateur haïtien déchu Duvalier). Le Tribunal fédéral a admis un séquestre générique international en tant que mesure provisoire fondée sur le Code fédéral de procédure civile (TF du 31 mai 2012, 5A_262/2010 et TF du 31 mai 2012, TF du 31 mai 2012, 5A_431/2009), cela devrait donc être aussi possible pour le séquestre requis en tant que mesure d'exécution forcée.

³⁴¹⁴ Voy. par exemple, la formule « toutes valeurs mobilières, espèces, avoirs, titres, papiers-valeurs, bijoux, contenus de coffres etc. » suggérée par Michel OCHSNER, Exécution du séquestre, JdT 2006 II 77, spécialement p. 84 (voy. l'exemple figurant à l'ATF 100 III 25, cons. A). Cette formulation est toutefois contestée par certains auteurs (Kurt AMMON/Fridolin WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 8^{ème} édition, Verlag Stämpfli AG, Berne 2008, p. 464 n° 35) et il semble que la pratique de certaines juridictions ait été parfois restrictive : Rosmarie MÜLLER, Der Aufrechnungsbeweis – Eine Untersuchung zur Substanziierung des Beweithemas und zur Mitwirkungspflicht der Parteien bei Beweisnot im Zivilprozess, thèse Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1991, pp. 37 ss. Pour plus de détails voy. également : Bertrand REEB, Les mesures provisoires dans la procédure de poursuite, RDS 116 (1997), pp. 425 ss, spécialement p. 464 ; Louis DALLÈVES, Le séquestre, Fiche juridique suisse n°740, 1999, p. 6 ; Walter STOFFEL/Isabelle CHABLOZ, in DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, n° 32 ad art. 272 LP.

³⁴¹⁵ Cour supr. LU, 21 décembre 1986, cons. 4, LGVE 1987 I Nr. 28. Voy. sur l'état des débats en matière bancaire : Saverio LEMBO, Le séquestre des comptes des succursales requis au siège de la banque : une porte ouverte au séquestre investigatoire ? AJP/PJA 2004, pp. 801 ss ; Nicolas JEANDIN/Saverio LEMBO, Le séquestre civil et la localisation des avoirs bancaires, in Luc THÉVENOZ/Christian BOVET (édit.), Journée 2006 de droit bancaire et financier, Coll. Publication du Centre de bancaire et financier, Schulthess, Zurich, 2007, pp. 21 ss ; Walter STOFFEL/Isabelle CHABLOZ, in DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, n° 32 ad art. 272 LP.

³⁴¹⁶ Cour supr. ZH, 31 mars 2009, BISchK 2010, p. 82 ; TF du 15 décembre 2008, 5A_402/2008, cons. 3.1, SJ 2009

³⁴¹⁷ Sylvain MARCHAND, Poursuite pour dettes et faillite – Du palais de justice à la salle des ventes, Coll. Quid juris ?, Schulthess, Zurich, 2008, p. 190. Voy. TF du 4 octobre 2006, 5P.256/2006, cons. 2.4.

³⁴¹⁸ ATF 130 III 579, JdT 2005 II 99. La jurisprudence était apparemment plus souple autrefois : ATF 96 III 107, cons. 3.

L'article R. 511-4 du Code des procédures civiles d'exécution oblige le juge à « *précise[r] les biens sur lesquels* » la mesure conservatoire va porter. La disposition équivalente du droit antérieure n'avait pas donné lieu à une vaste jurisprudence³⁴¹⁹. Au vu du peu d'éléments que nous avons pu recueillir, il semble toutefois que le juge ne peut autoriser le séquestre générique des biens³⁴²⁰, ce qui implique *a fortiori* qu'il écartera une requête ne comportant pas des indications précises. Il ne serait peut-être pas totalement hors de propos que les praticiens français s'intéressent quelque peu aux pratiques développées en Suisse et aux multiples possibilités qu'elles leur offrent. La doctrine a déjà invité les juridictions à faire preuve de plus de souplesse³⁴²¹.

§ 2 : Le renouvellement de la matière litigieuse en cours d'instance

948. On observe généralement que le renouvellement de la matière litigieuse est soumis à des conditions plus souples en première instance et en appel (A), que devant la juridiction suprême (B).

A) Le renouvellement de la matière litigieuse en première instance et en appel

949. Droit suisse et droit français s'opposent sur la problématique. Alors que le Code de procédure civile français consacre une approche libérale (1), le droit suisse se montre beaucoup plus stricte (2).

1) L'approche libérale du droit français

950. La modification de l'objet du litige obéit à des règles différentes selon que la procédure est pendante en première instance, en degré d'appel ou devant la Cour de cassation. De manière générale, plus on avance dans l'instance, plus il est difficile de modifier l'objet du litige. Cela ne nous semble pas en soi contraire à l'interdiction du formalisme excessif. Nous examinerons donc successivement la procédure de première instance (a), puis l'appel (b).

³⁴¹⁹ Art. 212 Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992.

³⁴²⁰ Voy. concernant une saisie-conservatoire en vue de la revendication : Cass. 2^{ème} civ., 31 mai 2001, pourvoi n° 99-11107.

³⁴²¹ Pierre JULIEN, Note sous TGI Bastia, 1^{er} mars 1993, D. 1994 somm. 347 ; Jean-Michel SOMMER, Mise en oeuvre des mesures conservatoires, in Serge GUINCHARD/Tony MOUSSA, Droit et pratique des voies d'exécution, Coll. Dalloz action 2013/2014, Dalloz, Paris, 2012, pp. 574 ss, spécialement p. 579, n° 612.43 relevant expressément que les comptes bancaires n'ont pas besoin d'être identifiés de manière complète, car « *le créancier poursuivant n'a pas nécessairement une idée précise des éléments de patrimoine dont il va découvrir l'existence.* »

a) Procédure de première instance

951. Il n'existe aucune règle précise concernant les nouvelles allégations de faits, les offres de preuves supplémentaires ou la modification de l'argumentation juridique au cours de la procédure de première instance, sauf en ce qui concerne la procédure participative³⁴²². Cela ne veut toutefois pas dire que les parties sont libres de procéder comme bon leur semble. Certaines limites leur sont imposées, mais elles demeurent souples.

952. L'article 135 du Code de procédure civile autorise le juge à « *écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile.* » Cette disposition est applicable à toutes les procédures³⁴²³ et elle interdit la production de pièces à la toute dernière minute. En procédure écrite devant le tribunal de grande instance, l'ordonnance de clôture interdit de surcroît aux parties de déposer de nouvelles conclusions³⁴²⁴, et donc de modifier la matière litigieuse³⁴²⁵. S'agissant des procédures orales, le juge peut écarter les pièces et les conclusions qui seraient communiquées tardivement³⁴²⁶.

953. Concernant les prétentions des parties, le Code de procédure civile contient une réglementation extrêmement succincte. Son article 70 alinéa 1³⁴²⁷ prescrit que les demandes incidentes, soit la demande additionnelle, la demande reconventionnelle et l'intervention, sont recevables « *si elles se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.* »³⁴²⁸ Cette condition est destinée à maintenir « *l'unité de nature du différend* »³⁴²⁹. La doctrine³⁴³⁰ suggère de se référer à la notion de connexité figurant à

³⁴²² Art. 1561 al. 3 CPC 1975.

³⁴²³ Voy. pour la procédure orale : Cass. soc., 2 décembre 2009, pourvoi n° 07-44493 ; Dijon, 29 janvier 2004, Procédures 2005, comm. 149 (note Perrot).

³⁴²⁴ Art. 783 CPC 1975 qui réserve toute de même les « *demandes en intervention volontaires, les conclusions relatives aux loyers, arrérages, intérêts et autres accessoires échus et aux débours.* »

³⁴²⁵ Car les parties doivent exposer leurs moyens par écrit : Cass. com., 15 mai 1979, Bull. civ. IV, n° 159. La doctrine ne conteste pas cette nécessité : CADIET/JEULAND, p. 609 ; CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance, n° 124 ; COUCHEZ/LAGARDE p. 297 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 1197 ; HÉRON/LE BARS, p. 465.

³⁴²⁶ Art. 446-2 al. 4 CPC 1975. Il faut toutefois que la tardiveté ne repose sur aucun « *motif légitime* » et qu'elle « *porte atteinte aux droits de la défense.* »

³⁴²⁷ Auquel il faut ajouter la réglementation plus stricte en matière de procédure participative : art. 1561 al. 2 CPC 1975.

³⁴²⁸ A condition toutefois que la demande soit de la compétence *ratione materiae* de la même juridiction. Sinon, il est possible de réunir le litige devant le Tribunal de grande instance des demandes incidentes qui ne seraient pas de la compétence exclusive d'une autre juridiction. L'inverse n'est toutefois pas possible (art. 51 CPC 1975). Des restrictions existent également en matière de procédures collectives : Cass. com., 20 juin 1995, pourvoi n° 93-18218.

³⁴²⁹ DEVILLAIRS, p. 130. Selon cet auteur une demande en réduction du prix de vente formulée après une demande en nullité du contrat serait recevable en première instance, mais pas en appel, tout comme il serait possible de demander au cours de la même procédure de première instance tout d'abord le partage de la succession, puis la réduction d'une donation faite à un héritier réservataire.

³⁴³⁰ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 270-271 ; HÉRON/LE BARS, p. 104 ; DEVILLAIRS, p. 131 ; Isabelle PÉTREL-TEYSSIÉ, Demandes nouvelles, n° 55. Voy. s'agissant d'une condition similaire en appel : BEAUCHARD, p. 356-357.

l'article 101 du Code de procédure civile, mais sans fournir beaucoup de précisions à cet égard.

954. Les arrêts publiés sont rares, car la Cour de cassation reconnaît une large autonomie aux juridictions de fond sur ce point³⁴³¹, qui doivent toutefois motiver, même brièvement, leurs décisions³⁴³². A titre d'exemple, on mentionnera, le remplacement d'une action en paternité par une action aux fins de subsides³⁴³³, d'une demande tendant à l'exécution d'un contrat par une demande tendant à en prononcer la résolution³⁴³⁴, ou d'une demande en annulation d'une résolution prononçant la liquidation d'une société par une demande en réparation du préjudice né d'une faute de gestion³⁴³⁵. Les questions préjudicielles se rattachent également à la demande initiale par un lien suffisant³⁴³⁶. En revanche, il n'est pas possible de demander à titre incident l'élagage d'arbres plantés sur une ligne divisoire dans le procès portant sur l'existence d'un droit de passage³⁴³⁷. Les demandes nouvelles ne sont pas admises dans les procédures urgentes³⁴³⁸. Il ressort donc de ce bref panorama de jurisprudence que les demandes additionnelles sont acceptées avec bienveillance³⁴³⁹.

³⁴³¹ La jurisprudence est constante : Cass. 2^{ème} civ., 3 novembre 2011, Bull. civ. II, n° 201 ; Cass. com., 12 novembre 2008, pourvoi n° 07-17746 ; Cass. 3^{ème} civ., 4 avril 2002, Bull. civ. III, n° 79 ; Cass. 3^{ème} civ., 30 juin 1992, pourvoi n° 90-11700 ; Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 1992, pourvoi n° 88-15898 ; Cass. 2^{ème} civ., 4 octobre 1989, pourvoi n° 88-11771 ; Cass. 2^{ème} civ., 14 janvier 1987, Bull. civ. II, n° 12 ; Cass. com., 13 janvier 1987, Bull. civ. IV, n° 16 ; Cass. com., 23 février 1983, Bull. civ. IV, n° 83 ; Cass. com., 30 novembre 1982, Bull. civ. IV, n° 389 ; Cass. 2^{ème} civ., 25 juin 1981, Bull. civ. II, n° 142 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 novembre 1978, Bull. civ. I, n° 368. Le contrôle de la juridiction suprême est cependant plus étendu en matière arbitrale (Cass. 1^{ère} civ., 25 mars 2009, Bull. civ. I, n° 63 ; Cass. 1^{ère} civ., 6 mars 2007, Bull. civ. I, n° 92 ; Cass. 2^{ème} civ., 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n° 349 ; Cass. 2^{ème} civ., 8 avril 1999, Bull. civ. II, n° 67) et internationale (Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, pourvoi n° 98-16036).

³⁴³² Cass. 3^{ème} civ., 16 octobre 1991, pourvoi n° 89-15991.

³⁴³³ Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 1978, Bull. civ. I, n° 105. Un changement de jurisprudence est peut-être toutefois en train de se dessiner. Un arrêt récent de la Cour de cassation (Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-15224) a validé un arrêt d'appel (Toulouse, 9 janvier 2007, RG n° 05/06490) ayant écarté l'intervention volontaire de l'enfant aux fins de reconnaissance de paternité dans une action aux fins de subsides intentée par sa mère. L'action aux fins de subsides est prévue aux art. 342 ss C. civ. Elle est envisageable lorsque la paternité n'est pas légalement établie, le défendeur ayant toutefois entretenu des relations avec la mère de l'enfant pendant la période de la conception. Il n'existe plus d'action similaire en droit suisse depuis 1976. En revanche, la paternité est présumée lorsque le défendeur a cohabité avec la mère entre le trois centième et le cent vingt-quatrième jour avant la naissance de l'enfant (art. 262 al. 1 CC).

³⁴³⁴ Paris, 30 janvier 2008, RG n° 07/07475.

³⁴³⁵ Pau, 27 novembre 2007, RG n° 06/00518. On remarquera que les motifs pour lesquelles l'annulation de la résolution était demandée se confondaient largement avec ceux articulés à l'appui de la demande en indemnisation, la première étant devenu caduque du fait du dépôt de bilan de la société.

³⁴³⁶ Cass. 3^{ème} civ., 15 juin 1976, Bull. civ. III, n° 267.

³⁴³⁷ Saint-Denis de la Réunion, 21 mars 2008, RG n° 06/01360.

³⁴³⁸ Voy. concernant la « passerelle » entre le référé et la procédure à jour fixe : Cass. 2^{ème} civ., 7 décembre 2000, JCP 2001 éd. G II 10474 (note Croze), RTD civ. 2001, p. 209 (chron. Perrot).

³⁴³⁹ La doctrine suggère toutefois que la recevabilité des demandes additionnelles soit toujours appréciée au regard de l'acte introductif d'instance afin d'éviter que de proche en proche l'objet du litige ne soit trop étendu : PÉTEL-TEYSSIÉ, Demandes nouvelles, n° 57.

b) En degré d'appel

955. Concernant la procédure d'appel, la modification de l'objet du litige est soumise à des restrictions supplémentaires. Les moyens nouveaux de faits³⁴⁴⁰ et de droit³⁴⁴¹, ainsi que les preuves nouvelles sont admises sans restriction³⁴⁴², à moins qu'il ne s'agisse de prétentions nouvelles déguisées³⁴⁴³. En revanche, les prétentions nouvelles sont soumises à un régime plus restrictif qu'en première instance³⁴⁴⁴. Les défenses nouvelles et les nouvelles demandes reconventionnelles sont librement recevables³⁴⁴⁵, mais les demandes nouvelles³⁴⁴⁶ ne sont admises que si elles « *sont nées de l'intervention d'un tiers ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.* »³⁴⁴⁷ Afin d'éviter que la position du demandeur ne soit prétérîtée, le Code de procédure civile admet également les demandes qui « *tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent* »³⁴⁴⁸, les demandes qui sont « *virtuellement comprises dans les demandes et les défenses soumises aux premiers juges* »³⁴⁴⁹ et celles qui en sont « *l'accessoire, la conséquence ou le complément.* »³⁴⁵⁰ Nous n'étudierons pas en détail toutes ces dispositions, cela nous mènerait, en effet, bien au-delà de l'objet de notre étude. Même un examen sommaire permet de se rendre compte que la doctrine est favorable à la modification de l'objet du litige en degré d'appel³⁴⁵¹, car « *il ne faut pas que le plaideur soit bridé par la formulation trop précise et trop prudente de sa demande : il faut qu'il puisse exploiter toutes les potentialités de sa prétention et du litige, y compris celles qu'il n'aurait pas bien vues au départ.* »³⁴⁵²

956. La jurisprudence en matière de procédure de partage, reprenant une solution consacrée sous l'empire du Code de procédure civile de 1806³⁴⁵³, permet aux parties

³⁴⁴⁰ Les faits nouveaux sont admis qu'ils aient été portés à la connaissance de la partie concernée au cours de la procédure d'appel ou antérieurement : BEAUCHARD, p. 32-33.

³⁴⁴¹ BEAUCHARD, pp. 50 ss. On mentionnera l'exemple classique du passage de l'art. 1382 à l'art. 1384 C. civ. : BEAUCHARD, p. 247 ; HÉRON/LE BARS, p. 609.

³⁴⁴² Art. 563 CPC 1975. BEAUCHARD, pp. 37 ss.

³⁴⁴³ Sur cette question, voy. les exemples cités par BEAUCHARD, p. 45-47.

³⁴⁴⁴ Sauf en matière prud'homale : art. R. 1452-7 C. trav. afin de tempérer les rigueurs du principe de l'unicité de l'instance (voy. BEAUCHARD, p. 22-24 ; HÉRON/LE BARS, p. 612 ; ORIF, p. 270).

³⁴⁴⁵ Art. 564 et 567 CPC 1975.

³⁴⁴⁶ Sur la notion de demandes nouvelles : BEAUCHARD, pp. 242 ss.

³⁴⁴⁷ Art. 564 CPC 1975. Pour plus de précisions : BEAUCHARD, pp. 365 ss ; LEFORT, pp. 785 ss.

³⁴⁴⁸ Art. 565 CPC 1975. Sur cette notion : BEAUCHARD, pp. 253 ss ; LEFORT, pp. 773 ss ; MIGUET, pp. 536-537.

³⁴⁴⁹ Art. 566 CPC 1975. Sur cette notion : LEFORT, pp. 769 ss.

³⁴⁵⁰ Art. 566 *in fine* CPC 1975. Sur cette notion : LEFORT, pp. 781 ss.

³⁴⁵¹ Voy. déjà les considérations générales figurant dans les études de BEAUCHARD, p. 427 et MIGUET, p. 174.

³⁴⁵² BEAUCHARD, p. 331.

³⁴⁵³ Cf. *supra*, n° 135.

d'invoquer librement des prétentions nouvelles³⁴⁵⁴. Elle admet au titre des défenses nouvelles, recevables en appel la demande tendant à réduire une clause pénale³⁴⁵⁵, celle en expulsion des locataires, en réponse à leurs prétentions en maintien dans les lieux³⁴⁵⁶, et la demande en annulation de la délibération d'une assemblée générale sur laquelle se fondent les prétentions du syndic de copropriété³⁴⁵⁷. La notion de défense nouvelle est donc large³⁴⁵⁸. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'en matière d'opposition à une contrainte délivrée pour le recouvrement de cotisations sociales, l'assuré occupe la position du défendeur et peut ainsi faire valoir toutes les prétentions nouvelles³⁴⁵⁹.

957. S'agissant des demandes nouvelles au sens strict, le texte légal admet déjà les demandes « *qui tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge* »³⁴⁶⁰ et qui sont « *virtuellement comprises dans les demandes et défenses soumises au premier juge* »³⁴⁶¹. la jurisprudence se montre particulièrement souple³⁴⁶². Les « *demandes tendant aux mêmes fins* » englobent également les demandes ayant des résultats essentiellement identiques³⁴⁶³ ou qui peuvent se rattacher à une défense présentée en première instance³⁴⁶⁴. Le résultat factuel ou économique l'emporte sur les seules conséquences juridiques³⁴⁶⁵. Un époux peut demander en première instance la résolution d'un partage fait pour cause de changement du régime matrimonial et en appel la nullité de celui-ci pour donation déguisée, la Cour de cassation précisant même que la seconde demande tend « *aux mêmes fins que les prétentions antérieures, à savoir l'anéantissement de l'acte*

³⁴⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 2001, Procédures 2001, comm. n° 155 (note Croze) ; Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} octobre 1996, Procédures 1996, comm. n° 322 (note Perrot) ; Cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 1978, Bull. civ. I, n° 35.

³⁴⁵⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 décembre 1988, D. 1989 IR 4.

³⁴⁵⁶ Cass. 3^{ème} civ., 30 janvier 1991, Bull. civ. III, n° 40.

³⁴⁵⁷ Cass. 3^{ème} civ., 4 mars 1980, Bull. civ. III, n° 49.

³⁴⁵⁸ Elle ne s'étend toutefois pas aux « *prétentions qui sont seulement connexes à la prétention adverse et qui n'apporteraient qu'une atténuation morale à la condamnation prononcée au profit de l'autre plaideur.* » (BEAUCHARD, p. 303)

³⁴⁵⁹ Cass. soc., 23 janvier 2003, Bull. civ. V, n° 24.

³⁴⁶⁰ Art. 565 CPC 1975.

³⁴⁶¹ Art. 566 CPC 1975.

³⁴⁶² S'agissant des demandes tendant aux mêmes fins : PÉTEL-TEYSSIE, Demandes nouvelles, n° 40.

³⁴⁶³ DEVILLAIRS, p. 118-120. Peu après l'adoption du Code de procédure civile, BEAUCHARD, p. 244-246 proposait déjà une « *interprétation extensive ou subjective* » du concept de « *demandes tendant aux mêmes fins que celles soumises au premier juge* ».

³⁴⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 2 février 1999, Bull. civ. I, n° 33, D. 1999 somm. 217 (obs. Julien) : L'exception d'inexécution du contrat et l'action en résolution constituent deux demandes tendant aux mêmes fins. Cet arrêt est critiqué par HÉRON/LE BARS, p. 610-611.

³⁴⁶⁵ Georges WIEDERKEHR, Chroniques-procédure civile, RGDP 1999, p. 625-627 ; DEVILLAIRS, p. 128. Ce dernier auteur défend cette approche avec rigueur (pp. 117 ss) contre l'avis de l'avis de PERROT (Chronique trimestrielle de droit judiciaire privé, RTD civ. 1985, p. 450), pour qui l'identité des fins présuppose un résultat strictement identique. La jurisprudence va dans cette direction. Ainsi, l'action en nullité et l'action en inopposabilité poursuivent un but identique, car toutes deux visent à exclure tout effet d'un contrat à l'égard d'une partie : Cass. 3^{ème} civ., 4 mars 1992, Bull. civ. III, n° 67.

de partage »³⁴⁶⁶. Cette approche pragmatique explique pourquoi l'action en exécution et de l'action en résolution sont interchangeables en degré d'appel³⁴⁶⁷. Toutes deux peuvent être considérées comme les variantes d'une « *action en rétablissement de l'équilibre contractuel* »³⁴⁶⁸. Un raisonnement similaire se retrouve dans d'autres situations. La demande en exécution de travaux de démolition poursuit ainsi le même but que la demande en indemnisation du coût de ces travaux, car toutes deux sont destinées à faire cesser une atteinte au droit de propriété³⁴⁶⁹. Les demandes nouvelles ne sont en réalité exclues que « *lorsque leurs effets concrets sont radicalement opposés* »³⁴⁷⁰. La jurisprudence substitue donc un critère négatif, l'absence de contradiction, au critère positif des fins identiques figurant dans le Code de procédure civile. Cela entraîne l'admission de toutes les demandes nouvelles qui ne contredisent pas directement celles présentées en première instance, ou qui pourraient être cumulées sans contradiction flagrante³⁴⁷¹. Il existe d'ailleurs de nombreux recoupements entre les demandes virtuelles, accessoires et tendant aux mêmes fins, car les auteurs du Code de procédure civile de 1975 ont « *employé plusieurs termes voisins, qui n'excluent pas les chevauchements, pour offrir un ensemble sans faille de prétentions recevables, afin de permettre l'achèvement du litige.* »³⁴⁷²

958. Toute systématisation dans ce domaine s'avère cependant difficile³⁴⁷³, car le tableau final présente aussi des zones d'ombres. La Cour de cassation a ainsi refusé que la demande en rescision pour lésion puisse venir remplacer en appel une demande en nullité de la vente immobilière³⁴⁷⁴. Une telle substitution est par contre possible si l'objet de l'action n'est plus une vente immobilière, mais une donation-partage³⁴⁷⁵. La seule différence entre ces deux actions réside dans le fait qu'en matière de vente immobilière l'acheteur peut toujours paralyser l'action en rescision en payant un complément de

³⁴⁶⁶ Cass. 2^{ème} civ., 9 février 1994, Bull. civ. II, n° 48. Voy. GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 864.

³⁴⁶⁷ Cass. com., 16 janvier 2001, Bull. civ. IV, n° 10, D. 2001 AJ. 775 (obs. Avena-Robardet).

³⁴⁶⁸ Sur cette notion qui ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine, voy. DEVILLAIRS, pp. 120 ss ; BEAUCHARD, p. 257-258 et pp. 268 ss ; MIGUET, p. 149 ; PASSA, p. 118 ; WEILLER, p. 338 ; Christian ATIAS, *Le contentieux contractuel*, 4^{ème} édition, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 2008, pp. 155 ss.

³⁴⁶⁹ Cass. 3^{ème} civ., 10 novembre 2009, Bull. civ. IV, n° 248, JCP 2010 éd. G I 336.

³⁴⁷⁰ WEILLER, p. 355.

³⁴⁷¹ DEVILLAIRS, p. 119-120 ; PASSA, p. 113-114.

³⁴⁷² BEAUCHARD, p. 349.

³⁴⁷³ DEVILLAIRS, pp. 113 ss et les arrêts cités ; PASSA, p. 114.

³⁴⁷⁴ Cass. 3^{ème} civ., 21 mai 1979, Bull. civ. III, n° 110 ; Cass. 3^{ème} civ., 19 décembre 1977, Bull. civ. III, n° 452, RTD civ. 1978, p. 738 (chron Perrot).

³⁴⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1976, Bull. civ. I, n° 294.

prix³⁴⁷⁶, ce qui n'est pas possible en matière de partage d'ascendant³⁴⁷⁷. La pertinence de la différence est contestée en doctrine³⁴⁷⁸. La juridiction suprême a également jugé qu'une action en contrefaçon ne poursuivait pas le même but qu'une action en concurrence déloyale portant sur des faits identiques³⁴⁷⁹. En dépit de cette restriction inattendue, les possibilités de renouvellement du litige en degré d'appel sont globalement étendues, permettant de faire de ce recours une véritable voie d'achèvement³⁴⁸⁰.

2) L'approche stricte du droit suisse

959. Comme déjà annoncé, le droit suisse n'accepte pas facilement la modification de l'objet du litige en cours d'instance. La doctrine et les textes légaux ont longtemps été marqués par le concept de « *maxime éventuelle* »³⁴⁸¹, imposant aux parties de présenter simultanément et en une seule fois leurs moyens d'attaque et défense³⁴⁸², généralement avant l'administration des preuves³⁴⁸³. Il est généralement considéré qu'une telle construction du procès civil favorise le bon ordre procédural, la célérité de l'instance et la loyauté des débats³⁴⁸⁴. L'élaboration du Code de procédure civile aurait pu être l'occasion d'un changement de mentalité. Alors que deux auteurs proposaient de

³⁴⁷⁶ Voy. art. 1681 et 1682 (vente immobilière) C. civ. Une disposition similaire existait en matière de partage (voy. art. 891 ancien C. civ.) Depuis la réforme du droit des successions par la Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 (*J.O* du 24 juin 2006, pp. 9513), l'action en rescision pour cause de lésion a été remplacée par une action en complément de part (art. 889 ss. C. civ.) qui ne vise plus à l'anéantissement du partage, mais à son complément. On peut donc se demander si elle tend encore aux mêmes fins qu'une demande en nullité.

³⁴⁷⁷ Ancien art. 1075-1 C. civ. actuellement repris à l'art. 1075-2 C. civ. qui interdit l'action en complément de part pour cause de lésion lorsqu'elle remet en cause une donation-partage ou un testament-partage.

³⁴⁷⁸ Voy. BEAUCHARD, p. 270-271 au sujet de la rescision et de la nullité et PASSA, p. 116.

³⁴⁷⁹ Cass. com., 29 mars 2011, pourvoi n° 10-12046 ; Cass. com., 29 mars 2011, pourvoi n° 09-71990. Sur cette question : PASSA, p. 114.

³⁴⁸⁰ Sur l'histoire de cette notion : BEAUCHARD, pp. 6 ss ; HÉRON/LE BARS, p. 607-608.

³⁴⁸¹ Sur la réception de concept en Suisse alémanique : Raphaël KLINGLER, *Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, thèse Bâle, Coll. Basler Studien zur Rechtswissenschaft Reihe A : Privatrecht, Vol. 98, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2010, p. 11-16. La maxime éventuelle aurait été introduite par la procédure devant le *Reichskammergericht* : TROLLER, pp. 86 ss.

³⁴⁸² Voy. par exemple l'art. 261 CPC VD : « *Les parties sont tenues d'articuler en une fois autant que faire se peut, le demandeur dans la demande et le défendeur dans la réponse, tous leurs moyens d'attaque et de défense.* » L'idée se retrouve toujours dans la doctrine : Sylvia FREI/Daniel WILLISEGGER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 1 ad art. 229 CPC 2008 ; Mathias LERCH, in GEHRI/KRAMER, n° 1 ad art. 229 CPC 2008 ; Christoph LEUENBERGER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 1 ad art. 229 CPC 2008 ; Georg NÄGELI, in OBERHAMMER, n° 1 ad art. 229 CPC 2008 ; Eric PAHUD, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 1 ad art. 229 CPC 2008 ; Peter REETZ/Sarah HILBER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 9 ad art. 317 CPC 2008 ; SUTTER-SOMM, *Verfahrensgrundsätze*, p. 311 ; Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 19 ad art. 221 CPC 2008 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1023 (ad art. 229 CPC 2008). Parfois la maxime éventuelle est confondue avec la forclusion : FÜLLEMANN, p. 863 ss. .

³⁴⁸³ HOHL, *La réalisation du droit et les procédures rapides*, pp. 90 ss.

³⁴⁸⁴ HOHL, *La réalisation du droit et les procédures rapides*, p. 90 ; Fabienne HOHL, *L'immutabilité de l'objet du litige*, pp. 29 ss ; KLINGLER, p. 16-18. S'agissant plus particulièrement de la célérité : TREZZINI, *Celerità e lentezza*, pp. 58 ss.

remplacer la maxime éventuelle par des sanctions financières³⁴⁸⁵, la question a fait l'objet d'un débat nourri au sein du parlement³⁴⁸⁶. Le résultat est toutefois mitigé, le Code fédéral de procédure demeurant une législation de consensus³⁴⁸⁷. Nous traiterons tout d'abord de la procédure de première instance (a), puis des voies de recours devant les juridictions cantonales (b).

a) La procédure de première instance

960. Nous examinerons uniquement le déroulement de la procédure ordinaire, car il s'agit de celle présentant le plus haut degré de formalisme. L'instance est scindée en deux, à l'instar de ce qui existe en droit français³⁴⁸⁸. On ne retrouve toutefois pas en droit fédéral l'institution de l'ordonnance de clôture. L'audience consacrée aux débats principaux constitue le moment charnière. Le Code suit sur ce point le modèle germanique de l'audience unique au cours de laquelle toutes les preuves sont administrées et la cause est plaidée³⁴⁸⁹. Il s'agit d'un changement de paradigme³⁴⁹⁰ par rapport à ce qui se pratiquait dans certains cantons qui connaissaient un déroulement de l'instance plus proche du droit français³⁴⁹¹.

³⁴⁸⁵ Viktor RÜEGG, Das Interesse des Zivilrichters an einem liberalen Novenrecht, PCEF 2004, pp. 155 ss, spécialement p. 159 ; Ivo SCHWANDER, Neue Tatsachen und neue Rechtslagen, in Monique JAGMETTI GREINER/Bernhard BERGER/Andreas GÜNGERICH (édit.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung – Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2005, pp. 353 ss, spécialement p. 370. Les arguments de RÜEGG sont soigneusement discutés et réfutés par KLINGLER, p. 107-110, partisan d'une approche stricte.

³⁴⁸⁶ Voy. le résumé des échanges in KLINGLER, pp. 117 ss ; Christoph LEUENBERGER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 2 ad art. 229 CPC 2008 ; Peter REETZ/Sarah HILBER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 1 à 3 ad art. 317 CPC 2008.

³⁴⁸⁷ En ce sens : Thomas SUTTER-SOMM, Schwerpunkte und Leitlinien der Schweizerischen Zivilprozessordnung, in Giorgio A. BERNASCONI/Thomas SUTTER-SOMM/Stephen V. BERTI/Denis TAPPY/Mercedes NOVIER/Bruno COCCHI/Yves DONZALLAZ/Angelo OLGATI/Gerhard WALTER/Francesco TREZZINI, Il Codice di diritto processuale civile svizzero – Atti della giornata di studio dell'11 giugno 2010, Coll. Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, pp. 45 ss, spécialement p. 55.

³⁴⁸⁸ Sur cette question : DOUCHY-LOUDOT, p. 234-235 et 241 ; MAUGAIN, pp. 113 ss. L'idée n'est pas étrangère à la doctrine suisse, voy. par exemple : Christoph LEUENBERGER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 4 ad art. 229 CPC 2008 qui parle de « *Schnittstelle* » concernant l'ouverture de l'audience consacrée aux *débats principaux*. Voy. également HOHL, L'immutabilité de l'objet du litige, p. 32 ; Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 3 ad art. 229 CPC 2008 et leur notion de « *temps limite* », appelée également par HOHL « *Guillotine ou deadline* ».

³⁴⁸⁹ Voy. le § 272 de la ZPO allemande : « *Der Rechtsstreit ist in der Regel in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung (Haupttermin) zu erledigen.* »

³⁴⁹⁰ Le modèle germanique n'était pas limité à la Suisse alémanique. Il se retrouvait également en droit vaudois (voy. les art. 290 à 294 CPC VD).

³⁴⁹¹ Le droit neuchâtelois présentait de nombreuses similitudes avec le droit français. En procédure écrite, la clôture de l'instruction était prononcée par le juge instructeur au terme de l'administration des preuves (art. 325 CPC NE), la phase subséquente des débats devant la juridiction collégiale se limitait le plus souvent à l'échange de plaidoiries écrites, les « *conclusions en cause* » (art. 326 CPC NE). La juridiction pouvait également ordonner au cours du délibéré un « *complément d'instruction* » (art. 330 et 331 CPC NE). Le procès se déroulait dans sa phase finale d'une manière similaire à ce qui se fait en France sous le nom de « *dépôt du dossier* » (art. 779 al. 2 et 3 CPC 1975). Pour plus de précisions, voy. SCHWEIZER, Quelques remarques sur le découpage, p. 504-505.

961. Le législateur a laissé une très grande latitude aux juridictions dans l'organisation du procès³⁴⁹². Dans ce but, il a instauré une phase préparatoire³⁴⁹³ destinée à mettre le litige en état d'être débattu sans interruption lors des débats principaux. Celle-ci est composée d'un échange d'écritures, simple³⁴⁹⁴ ou double³⁴⁹⁵, et d'audiences préliminaires, nommées *débats d'instruction*³⁴⁹⁶, dont le nombre n'est pas limité³⁴⁹⁷. Le tribunal peut combiner ces deux éléments afin d'adapter le déroulement du procès aux particularités du litige. Il est ainsi envisageable d'intercaler une audience préliminaire entre deux échanges d'écriture³⁴⁹⁸ ou d'entendre par ce biais les parties avant même que le défendeur n'ait été invité à répondre par écrit³⁴⁹⁹. Durant cette phase préparatoire, les parties peuvent librement alléguer des nouveaux faits, proposer de nouvelles preuves ou modifier leur argumentation juridique³⁵⁰⁰. S'agissant des nouvelles prétentions, elles doivent être soumises au même type de procédure³⁵⁰¹ que celles auxquelles elles se rattachent et présenter un lien de connexité avec les prétentions présentées initialement,

³⁴⁹² GASSER, Checkliste für Tag 1, p. 257 parle de « *Grosse Flexibilität* ». Au sujet du rôle du juge dans l'apport des faits au procès : CHAIX, L'apport des faits au procès, p. 120-121.

³⁴⁹³ Art. 220 à 227 CPC 2008.

³⁴⁹⁴ Demande et Réponse : art. 221 et 222 CPC 2008.

³⁴⁹⁵ Demande, Réponse, Réplique, Duplique : art. 225 CPC 2008. Certains commentateurs excluent tout échange formel d'écriture au-delà de la duplique, ce qui exclut la duplique à demande reconventionnelle (Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 12 ad art. 225 CPC 2008). Le Tribunal fédéral des brevets l'admet : art. 7 al. 3 des Directives procédures du Tribunal fédéral des brevets du 28 novembre 2011 (publiées sur internet uniquement : http://www.bpatger.ch/assets/Dokumente/Richtlinien_zum_Verfahren_vor_dem_Bundespatentgericht_FR.pdf, lien visité le 14 août 2012). Egalement favorables : Sylvia FREI/Daniel WILLISEGGER, in° SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 9 ad 11 ad art. 225 CPC 2008.

³⁴⁹⁶ Art. 226 CPC 2008.

³⁴⁹⁷ Implicitement en ce sens : Christoph LEUENBERGER, Das ordentliche Verfahren, PCEF 2007, pp. 327 ss, spécialement p. 330 (« *Die Instruktionsrichterin oder der Instruktionsrichter kann eine Instruktionsverhandlung jederzeit ansetzen* »).

³⁴⁹⁸ Telle est la procédure suivie devant le Tribunal fédéral des brevets : art. 8 des Directives procédures du Tribunal fédéral des brevets du 28 novembre 2011.

³⁴⁹⁹ Afin de prendre, par exemple, l'avis des parties sur la meilleure organisation d'un procès complexe, voy. Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/TAPPY/SCHWEIZER, n° 7 ad art. 226 CPC 2008 (exemple manifestement inspiré de l'ancienne procédure civile genevoise) et Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1007 (ad art. 226 CPC 2008). D'autres auteurs considèrent qu'il faut attendre l'issue du premier échange d'écritures : Roger DÜRR, in Baker&McKenzie, n° 6 ad art. 226 CPC 2008 ; Sylvia FREI/Daniel WILLISEGGER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 4 ad art. 226 CPC 2008 ; Eric PAHUD, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 2 ad art. 226 CPC 2008.

³⁵⁰⁰ CHAIX, L'apport des faits au procès, p. 134 ; DIETSCHY, Les conflits du travail en procédure civile, p. 392 ; Sylvia FREI/Daniel WILLISEGGER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 9 ad art. 226 CPC 2008 ; FÜLLEMANN, p. 865-866 ; HOFFMANN/LÜSCHER, p. 145-146 ; GASSER/RICKLI, n° 3 ad art. 229 CPC 2008 ; Mathias LERCH, in GEHRI/KRAMER, n° 3 ad art. 229 CPC 2008 ; Christoph LEUENBERGER, Aktenschluss, Noven und Klageänderung, in Franco LORANDI/Daniel STAEHELIN (edit.), *Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Dike*, Zurich/Sankt Gallen, 2011, pp. 949 ss, spécialement p. 951 ; Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 11 ad art. 226 CPC 2008.

³⁵⁰¹ Sauf si la modification a lieu au moment du dépôt de la demande en justice, les nouvelles prétentions allant au-delà de celles présentées en conciliation : BOHNET, Les défenses en procédure civile, p. 265-266 ; DIETSCHY, Les conflits du travail, p. 398. Semblent exclure une telle modification : Christian LÜSCHER/David HOFMANN, La procédure ordinaire dans le Code de procédure civile, Revue de l'avocat 2010, p. 261 ss.

sauf accord de l'adversaire³⁵⁰². Les possibilités de modification sont donc aussi largement admises³⁵⁰³.

962. Passé la phase préparatoire, les possibilités de renouvellement de la matière litigieuse s'amenuisent³⁵⁰⁴. Les débats principaux s'ouvrent par les premières plaidoiries des parties. Si la phase préparatoire s'est limitée à un échange d'écriture, elles peuvent encore librement modifier les données du litige lors des premières plaidoiries³⁵⁰⁵, les restrictions ne valant que pour la suite de la procédure³⁵⁰⁶. Dans les autres cas, les nouvelles allégations de faits et les nouvelles offres de preuve ne sont recevables que dans deux situations : soit elles sont postérieures au seconde échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction³⁵⁰⁷ ; soit elles sont antérieures, mais la partie concernée ne pouvait les invoquer plus tôt malgré toute sa diligence³⁵⁰⁸. La modification des prétentions au cours des débats principaux n'est possible qu'en présence de faits nouveaux, ou de nouvelles preuves recevables³⁵⁰⁹. Une exception est toutefois admise pour les litiges soumis à la maxime inquisitoire. La modification de la matière litigieuse est, dans ce cas, possible jusqu'aux délibérations³⁵¹⁰.

963. La durée de la phase préparatoire détermine largement la marge de manœuvre des parties. L'extension maximale de celle-ci les met à l'abri de toute

³⁵⁰² Art. 227 al. 1 CPC 2008.

³⁵⁰³ LEUENBERGER, Aktenschluss, Noven und Klageänderung, p. 958-959.

³⁵⁰⁴ Comme le fait remarquer KLINGLER, p. 157-158, les parties doivent, en principe, avoir présenté toute la matière litigieuse au cours de la phase précédant les débats principaux.

³⁵⁰⁵ Art. 229 al. 2 CPC 2008 ; FÜLLEMANN, p. 866-867 ; KLINGLER, p. 193 ; LEUENBERGER, Aktenschluss, Noven und Klageänderung, p. 957. Au besoin il faut ordonner un renvoi d'audience afin de respecter le caractère contradictoire de la procédure : Sylvia FREI/Daniel WILLISEGGER, *in* SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 9 ad art. 230 CPC 2008 ; Mathias LERCH, *in* GEHRI/KRAMER, n° 9 ad art. 229 CPC 2008 ; LEUENBERGER, Aktenschluss, Noven und Klageänderung, p. 957.

³⁵⁰⁶ Mathias LERCH, *in* GEHRI/KRAMER, n° 9 ad art. 229 CPC 2008.

³⁵⁰⁷ Art. 229 al. 1 litt. a CPC 2008 ; KLINGLER, p. 160.

³⁵⁰⁸ Art. 229 al. 1 litt. b CPC 2008. Certains auteurs invitent les tribunaux à interpréter de manière souple cette notion, en admettant par exemple qu'une erreur (Mathias LERCH, *in* GEHRI/KRAMER, n° 4 ad art. 229 CPC 2008), la perte temporaire d'un document (DIETSCHY, Les conflits du travail, p. 392) ou les omissions d'une partie qui n'est pas représentée par un avocat (FÜLLEMANN, p. 870) ne constituent pas un manque de diligence. Dans cette perspective, l'art. 229 CPC 2008 peut également être lu à la lumière de l'art. 148 CPC 2008 qui admet la restitution d'un délai en présence d'une faute légère (en ce sens : KLINGLER, p. 162). D'autres auteurs se montrent plus stricts et considèrent que les manquements du mandataire sont intégralement imputables au mandant si bien qu'il y a lieu de se référer uniquement à des critères objectifs rendant l'omission excusable : Christoph LEUENBERGER, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 8 ad art. 229 CPC 2008. KLINGLER admet, quant à lui, de nombreuses exceptions eut égard aux particularités du contentieux, ce qui évacue progressivement le concept de faute subjective au profit d'une approche plus objective. Il considère que les faits révélés au cours de l'administration des preuves (p. 166), les erreurs des juridictions elles-mêmes telles que les conflits de jurisprudence (p. 167) ou les procès complexes comme les demandes en reddition des comptes (p. 167-168), voir le consentement des parties (p. 168-169), justifient l'admission d'éléments nouveaux au cours des débats principaux. Il appartiendra à la jurisprudence de trancher entre les différents modèles. Nous espérons que ce sera dans le sens de la souplesse. On rencontre également une querelle terminologique au sein de la doctrine alémanique, querelle à laquelle nous n'avons pas compris grand-chose. Pour un résumé des débats : FÜLLEMANN, p. 869.

³⁵⁰⁹ La condition de la connexité ou de l'accord de l'adversaire est maintenue : art. 230 al. 1 CPC 2008.

³⁵¹⁰ Art. 229 al. 3 et 230 al. 2 CPC 2008.

restriction, et donc de tout risque de formalisme excessif. Si le tribunal choisit d'administrer toutes les preuves pertinentes au cours de la phase préparatoire, les parties conserveront une marge de manœuvre totale. Elles pourront ainsi alimenter le procès au fur et à mesure de son instruction et ne courront pas le risque de se voir opposer une éventuelle forclusion. Les débats principaux pourraient même être supprimés³⁵¹¹ ou remplacés par des plaidoiries écrites³⁵¹², moyennant accord des parties. Une telle organisation de l'instance peut toutefois tourner à la pagaille. Si les parties modifient sans cesse leur exposé, en dépit des conséquences financières³⁵¹³, les débats d'instruction se multiplieront à l'infini³⁵¹⁴. Par précaution, le tribunal souhaitera dans certains cas privilégier la célérité de l'instance. Il lui suffira alors d'ordonner un second échange d'écriture, afin d'éviter toute surprise lors des débats principaux, puis d'appointer une seule audience-marathon consacrée à l'examen de l'ensemble du litige. Pour peu que les délais fixés pour produire les mémoires écrits soient brefs³⁵¹⁵ et que la citation aux débats principaux intervienne sitôt après la réception de la duplique³⁵¹⁶, le tribunal sera en mesure de rendre son jugement dans les deux ou trois mois suivant sa saisine³⁵¹⁷. Il existe un nombre infini de variantes procédurales entre ces deux extrêmes. Malheureusement, le Code de procédure ne met pas suffisamment en valeur cette diversité, pas plus qu'il n'oblige formellement les juges à adapter le cours de l'instance à la nature particulière du litige³⁵¹⁸. Cela peut certes se déduire de l'interdiction du formalisme excessif, mais le poids des habitudes et la fidélité au droit cantonal abrogé l'emporteront souvent sur toute autre circonstance³⁵¹⁹. Aux premières nouvelles, il semble que les juridictions ne se préoccupent guère d'organiser l'instance en fonction des circonstances du litige, mais qu'elles s'efforcent de conserver des pratiques locales découlant du droit cantonal

³⁵¹¹ Art. 233 CPC 2008.

³⁵¹² Art. 232 al. 2 CPC 2008.

³⁵¹³ KLINGLER, p. 233-234 propose de faire application de l'art. 108 CPC 2008 si les parties tardent à annoncer les modifications du litige sans qu'une forclusion ne leur soit toutefois opposable.

³⁵¹⁴ C'est ce qui s'est produit en droit français sous l'empire du Code de procédure civile de 1806, sous le nom de mise en état par renvois successifs : cf. n° 124.

³⁵¹⁵ Les art. 221 al. 1 et 225 CPC 2008 ne fixant pas de limite inférieure, on peut imaginer que le tribunal accorde, par exemple, quinze jours pour la réponse, puis cinq jours pour la réplique et la duplique.

³⁵¹⁶ Il suffit de respecter le délai minimal de dix jours (art. 134 CPC 2008).

³⁵¹⁷ Pour reprendre notre exemple précédent, l'échange d'écriture prendra un peu moins d'un mois (vingt-cinq jours), ce qui laisse un mois entier pour la tenue de l'audience et la rédaction du jugement.

³⁵¹⁸ KLINGLER, p. 193 critique ainsi le fait que le tribunal puisse fixer lui-même le moment où intervient la forclusion, simplement en ordonnant un second tour d'écriture.

³⁵¹⁹ En ce sens : GASSER, Checkliste für Tage 1, p. 257 ; KLINGLER, p. 193-194.

abrogé³⁵²⁰. Des situations d'excès de formalisme ne sont donc pas à exclure en dépit de la souplesse du texte légal.

964. Afin de préserver le caractère contradictoire de l'instance, il est indispensable que l'organisation du procès soit décidée de la manière la plus transparente possible. Les parties doivent pouvoir prévoir d'emblée le moment jusqu'où elle pourront modifier l'objet du litige. A ce propos, le législateur aurait été bien inspiré d'envisager ouvertement la contractualisation du lien d'instance, à l'instar de ce qui se pratique en France³⁵²¹. Une telle évolution lui était suggérée en doctrine³⁵²². Elle constitue le meilleur moyen d'éviter qu'une partie soit privée de la possibilité d'alléguer certains faits ou de faire administrer certaines preuves parce que le tribunal a renvoyé abruptement l'affaire à l'audience des débats principaux. A défaut de contrat de procédure, il est donc impératif que le tribunal porte à la connaissance des parties à l'avance tout changement envisagé dans le calendrier de la procédure.

965. Une partie de la doctrine considère que des modifications mineures apportées à l'état des faits, ou aux prétentions, ne constituent pas de véritables nouveautés tombant sous le coup des restrictions. TAPPY indique ainsi que la liste des blessures subie à la suite d'une rixe peut être modifiée sans que cela entraîne un changement dans l'objet du litige³⁵²³. FREI et WILLISEGGER estiment que les parties peuvent préciser leurs prétentions, ou réclamer des prétentions secondaires, tels que les intérêts moratoires, les frais de justice ou la mainlevée de l'opposition à un commandement de payer sans que cela ne constitue une modification de la demande³⁵²⁴. Cette interprétation est loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine³⁵²⁵. Elle peut pourtant se réclamer d'un arrêt du Tribunal fédéral. La juridiction suprême a ainsi admis qu'un demandeur agissant en revendication de biens saisis invoque dans son acte introductif d'instance un prétendu droit de propriété sur ceux-ci, puis en cours d'instance un droit de gage, sans qu'on ne lui

³⁵²⁰ BOHNET, Code de procédure civile, année une, p. 12. Pour une présentation détaillée dans les cantons de la Suisse alémanique : Barbara KLETT/Silvia JENNI, Es braucht noch eine Richtereneration, bis sich die kodifizierte Einheit durchsetzt, Plädoyer 2012, n° 1, pp. 70 ss.

³⁵²¹ Voy. art. 462-2 al. 2 et 764 al. 2 à 4 CPC 1975. Pour plus d'informations : MAUGAIN, pp. 178 ss.

³⁵²² Ivo SCHWANDER, Wie müsste eine moderne Zivilprozessordnung aussehen ? (7 Thesen), PCEF 2004, p. 7 : « *Die Forderung nach Privatautonomie der Parteien im Zivilprozess und damit nach verfahrensrechtlichen Vereinbarungen unter den Parteien ist mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Prozessrechts nicht unvereinbar.* »

³⁵²³ Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 15 ad art. 227 CPC 2008.

³⁵²⁴ Syliva FREI/Daniel WILLISEGGER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 9 ad art. 227 CPC 2008.

³⁵²⁵ Voy. concernant les demandes accessoires : Eric PAHUD, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 4 ad art. 227 CPC 2008.

oppose l'interdiction de modifier l'objet du litige prévue en droit cantonal³⁵²⁶. Un auteur estime toutefois que cette jurisprudence ne constitue pas un assouplissement, car le droit de gage n'est qu'une quantité moindre par rapport à la pleine propriété du bien³⁵²⁷. Cette interprétation a été expressément exclue par le Tribunal fédéral³⁵²⁸, qui préférerait y voir un « *adoucissement bienvenu* »³⁵²⁹ des rigueurs de la législation cantonale³⁵³⁰. Quoi qu'il en soit, la solution devrait être maintenue sous l'empire du Code fédéral de procédure civile³⁵³¹. La forclusion découlant de l'ouverture des débats principaux doit donc souffrir certains allègements. A notre avis, la pratique devrait suivre les avis de la doctrine et manier avec délicatesse les dispositions relatives à la modification de l'objet du litige au cours des débats principaux. Au besoin, elle pourrait également s'inspirer de la solution consacrée à l'article 783 alinéa 2 du Code de procédure civile français, concernant les demandes nouvelles recevables malgré le prononcé de l'ordonnance de clôture.

b) Les recours adressés aux tribunaux cantonaux

966. Les recours adressés aux tribunaux cantonaux ne constituent pas en droit fédéral une voie d'achèvement, à l'instar de ce qui se pratique en France pour la procédure devant les cours d'appel³⁵³² et qui existait dans le droit de certains cantons suisses³⁵³³. Concernant la procédure d'appel, les nouvelles allégations, les nouvelles offres de preuve et les nouvelles prétentions sont soumises aux mêmes conditions strictes

³⁵²⁶ ATF 84 I 221.

³⁵²⁷ KLINGLER, p. 59-60.

³⁵²⁸ Voy. ATF 84 I 221, 225 : « *Ein Pfandrecht kann allerdings im allgemeinen gegenüber dem Eigentum nicht in dem Sinn als ein geringeres Recht gelten, dass es in jenem begrifflich schon enthalten wäre und also jede Eigentumsklage eine Pfandrechtsklage in sich schliesse.* » L'arrêt ne comportant qu'un seul considérant, nous avons indiqué à la place la page pertinente. Cette précision permet de comprendre pourquoi une partie de la doctrine exclut que le juge reconnaisse un gage alors que le demandeur revendique la propriété : Daniel GLASL, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 20 ad art. 58 CPC 2008 ; Thomas SUTTER-SOMM/Reto VON ARX, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 11 ad art. 58 CPC 2008 qui se fondent tous sur : FRANK/STRÄULI/MESSMER, n° 18 ad § 54 ZPO ZH. S'il s'était agi, comme le prétend KLINGLER, d'une diminution des conclusions, le juge pourrait également la prononcer d'office.

³⁵²⁹ ATF 84 I 221, 226 : « *Es handelt sich um eine sinnvolle Milderung, nicht um eine willkürliche Missachtung dieses Verbotes.* »

³⁵³⁰ L'autre exemple cité par l'auteur, l'élagage d'arbres au lieu de leur abattage, constitue, en revanche, un cas clair de diminution des prétentions.

³⁵³¹ L'avis contraire n'est pas dénué de toute pertinence. En effet, dans l'ATF 84 I 221, la juridiction cantonale avait procédé elle-même à la modification des conclusions et son arrêt avait été attaqué pour arbitraire devant le Tribunal fédéral. Le recours ayant été rejeté, l'autorité intellectuelle attachée à la décision était limitée. Le Tribunal fédéral n'a qu'approuvé la solution cantonale, sans toutefois se prononcer sur son extension. Il est donc légitime de douter de sa validité sous l'empire du Code fédéral. A notre avis toutefois, ce doute doit être écarté en raison de la nécessité d'éviter tout excès de formalisme.

³⁵³² Cf. supra, n° 958.

³⁵³³ Voy. pour une brève présentation : Peter REETZ/Sarah HILBER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 5 ad art. 317 CPC 2008.

qu'au cours de l'audience des débats principaux en procédure ordinaire³⁵³⁴. S'agissant du recours limité au droit, le renouvellement de la matière litigieuse est encore plus restreint. Seuls les nouveaux arguments juridiques sont recevables³⁵³⁵, l'article 326 alinéa 1 du Code de procédure civile excluant les nouvelles allégations de faits, les nouvelles offres de preuve et la modification des conclusions³⁵³⁶. A la différence de l'article 99 alinéa 1 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, concernant la procédure devant le Tribunal fédéral, le Code de procédure civile n'admet pas d'exceptions à cette interdiction. Les parties ne peuvent donc se défendre utilement contre les décisions comportant une motivation surprenante qui appelle des explications factuelles supplémentaires. Certains auteurs proposent, par voie de conséquence, d'étendre aux recours cantonaux les exceptions prévues à l'article 99 alinéa 1 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral³⁵³⁷. D'autres, en revanche, plaident en faveur de l'obligation d'avertir les parties de tout élément retenu d'office et imprévisible³⁵³⁸. Néanmoins, la majorité se prononce en faveur d'un rejet pur et simple des moyens nouveaux³⁵³⁹. La jurisprudence semble également aller dans cette direction. Plusieurs arrêts récents des juridictions cantonales³⁵⁴⁰ ont ainsi déclaré

³⁵³⁴ Art. 317 al. 1 et 2 CPC 2008 dont le texte est proche de celui des art. 229 al. 1 et 230 al. 1 CPC 2008 (voy. Peter VOLKART, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 3 ad art. 317 CPC 2008). La seule différence réside toutefois dans le fait que les dispositions relatives à la procédure d'appel ne distinguent plus entre les éléments antérieurs, mais ignorés de manière excusable, ou les faits postérieurs. Certains auteurs en déduisent que seuls les éléments postérieurs au jugement (*echte Noven*) peuvent être invoqués en appel (Myriam A. GEHRI, in GEHRI/KRAMER, n° 2 ad art. 317 CPC 2008). Cette interprétation est fautive (voy. pour une opinion correcte : Nicolas JEANDIN, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 8 ad art. 317 CPC 2008 ; Beat MATHYS, in Baker&McKenzie, n° 7 et 8 ad art. 317 CPC 2008 ; Peter REETZ/Sarah HILBER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 58 à 61 ad art. 317 CPC 2008). Un arrêt du Tribunal cantonal de Neuchâtel exclut même les faits nouveaux postérieurs présentés au soutien d'un appel contre un jugement de mesures protectrices de l'union conjugale, considérant qu'ils doivent être invoqués par le biais d'une requête en modification (Trib. cant. NE., 17 juin 2011, RJN 2011, p. 210).

³⁵³⁵ Voy. art. 326 al. 1 CPC 2008 lu *a contrario* : Philippe M. REICH, in Baker&McKenzie, n° 2 ad art. 326 CPC 2008 ; GASSER/RICKLI, n° 1 ad art. 326 CPC 2008.

³⁵³⁶ Seul un auteur semble accepter, en dépit du texte légal, de nouvelles allégations de fait en instance de recours lorsqu'elles se fondent sur le dossier : Myriam A. GEHRI, in GEHRI/KRAMER, n° 1 ad art. 326 CPC 2008.

³⁵³⁷ Denis TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JdT 2010 III 115 ss, spécialement p. 159 qui se réfère aux problèmes liés à la preuve de la recevabilité du recours et renvoie à la jurisprudence rendue en application de l'art. 99 LTF ; CHAIX, Le recours, p. 267-268 ; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 492. Implicitement en ce sens : KUSTER, p. 44 pour qui la juridiction cantonale doit avoir au minimum le même pouvoir d'examen que le Tribunal fédéral. L'auteur ne tire toutefois pas toutes les conséquences de son idée, vu qu'il exclut toutes les nouvelles allégations de fait en instance de recours limité au droit (p. 137-138). Voy. également : BRÖNIMANN, Die Schweizerische Zivilprozessordnung, p. 92-93 qui proclame également l'alignement sur le recours en matière civile.

³⁵³⁸ Implicitement : CHAIX, Le recours, p. 268-269. C'est ce que prévoit le droit français pour la procédure devant la Cour de cassation (art. 1015 CPC 1975), sous réserve des moyens « nécessairement en la cause » (cf. infra, n° 971).

³⁵³⁹ HOFMANN/LÜSCHER, p. 202 qui semblent exclure de manière catégorique toutes nouvelles allégations de fait ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 450 ; Dieter FREIBURGHANUS/Susanne AFHELDT, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 4 ad art. 326 CPC 2008 pour qui « *das Novenverbot ist umfassend* » ; Nicolas JEANDIN, in BOHNER/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 2 ad art. 326 CPC 2008 ; Philippe M. REICH, in Baker & McKenzie – Stämpflis Handkommentar, n° 2 ad art. 326 CPC 2008 ; Alexander BRUNNER, in OBERHAMMER, n° 2 ad art. 326 CPC 2008 ; Peter VOLKART, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 3 et 4 ad art. 326 CPC 2008.

³⁵⁴⁰ Trib. cant. SG, 24 août 2011, n° BE.2011.25, cons. 3b (particulièrement catégorique) ; Trib. app. TI, 13 mai 2011, n° 14.2011.66 ; Trib. cant. GR, 4 mai 2011, n° ZK1 11 24 ; Trib. cant. VD, 18 avril 2011, n° HC/2011/198, cons. 3b ;

irrecevable la production de pièces nouvelles en instance de recours, sans se poser la question de leur éventuelle admissibilité. Un arrêt toutefois rejette les pièces nouvelles en expliquant sommairement que « *la recourante était au demeurant déjà à tard pour les produire devant la juge de paix saisie de la requête d'exécution* »³⁵⁴¹, ce qui laisse entendre vaguement qu'une solution contraire serait également envisageable.

967. En apparence, le droit suisse semble plus stricte que la législation française. C'est toutefois sans compter sur un courant jurisprudentiel ancien invitant les juridictions à faire preuve de souplesse. Un arrêt de 1956 est particulièrement éloquent à cet égard³⁵⁴². L'affaire mérite d'ailleurs qu'on s'y arrête quelque peu. Une société dont les créances avaient été séquestrées au profit d'un tiers³⁵⁴³ demanda à l'office des poursuites que les dividendes d'une procédure de faillite concernant ces créances lui soient remis. Face au refus, elle porta l'affaire par la voie de la plainte devant l'autorité inférieure de surveillance du canton de Glaris en concluant à ce « *qu'il soit ordonné à l'Office des poursuites de Glaris de retirer sa revendication portant sur le paiement au bénéfice de la recourante du dividende à elle échu dans la faillite de la société Mobiliare Verkehrs AG, Zurich* »³⁵⁴⁴. Déboutée, elle saisit l'autorité supérieure de surveillance en modifiant ses prétentions qui tendaient désormais à ce « *qu'il soit ordonné à l'Office des poursuites de Glaris de communiquer à l'Office des faillites de Zurich-Alstätten que sa communication, relative à la prétention de la requérante contre la masse en faillite de la société Mobiliare Verkehrs AG, est sans objet, respectivement qu'il y a lieu de consentir au paiement entre les mains de la recourante du dividende afférent à cette prétention* »³⁵⁴⁵. Le recours fut déclaré irrecevable, au motif qu'il comportait des prétentions nouvelles prohibées. Saisi de l'affaire, le Tribunal fédéral précisa que « *ce qui est déterminant, ce n'est pas simplement le libellé des conclusions, mais davantage la signification qu'on*

Trib. app. TI, 6 avril 2011, n° 14.2011.39 ; Trib. app. TI, 23 mars 2011, n° 14.2011.35 ; Trib. app. TI, 23 mars 2011, n° 14.2011.34 ; Trib. app. TI, 21 mars 2011, n° 14.2011.14.

³⁵⁴¹ Trib. cant. VD, 12 avril 2011, n° HC/2011/211, cons. 2c)aa).

³⁵⁴² ATF 82 III 145.

³⁵⁴³ ATF 82 III 145, cons. A. Nous résumons au maximum les données du litige. En fait, deux sociétés américaines avaient obtenu le séquestre de créances d'une société suisse contre une autre société suisse, au motif que les créances faisaient l'objet d'un contrat de fiducie au bénéfice de sociétés hongroises, dont les demandereses prétendaient être les créancières. Le séquestre fut contesté au motif que les créances en question ne faisaient l'objet d'aucun acte fiduciaire. Durant la procédure de contestation, la société débitrice des créances séquestrées tomba en faillite et la créance litigieuse fut produite au passif. La société suisse créancière demanda alors que les dividendes lui soient payés.

³⁵⁴⁴ Traduction en substance de : « *...das Betreibungsamt Glarus sei anzuweisen, seinen Anspruch auf die Auszahlung einer Konkursdividende auf das Guthaben der Beschwerdeführerin im Konkurs über die Mobiliare Verkehrs AG, Zürich, zurückzuziehen* » (ATF 82 III 145, cons B).

³⁵⁴⁵ Traduction en substance de « *...das Betreibungsamt Glarus sei anzuweisen, dem Konkursamt Zürich-Altstadt mitzuteilen, dass seine Notifikation vom 18. März 1954 mit Bezug auf die Forderung der Rekurrentin an die Konkursmasse der Mobiliare Verkehrs AG gegenstandslos ist, bzw. einer Auszahlung der auf diese Forderung entfallenden Dividende an die Rekurrentin zuzustimmen* » (ATF 82 III 145, cons. C)

peut leur attribuer raisonnablement au vu de l'ensemble des circonstances »³⁵⁴⁶. Se tournant vers les circonstances de l'espèce, il observa que le recours à l'autorité inférieure de surveillance, et celui à l'autorité supérieure de surveillance, poursuivaient le même but, car « *ce que la recourante voulait en définitive, et veut encore, c'est le paiement du dividende à sa créance de Fr. 496'801.30* »³⁵⁴⁷. Il en déduisit que l'irrecevabilité procédait d'un « *formalisme inadmissible* », car les conclusions n'étaient pas véritablement nouvelles³⁵⁴⁸.

968. Un arrêt rendu en 2005³⁵⁴⁹ a confirmé cette approche à près de cinquante ans d'intervalle. L'affaire concernait un recours adressé au Tribunal fédéral, mais rien n'interdit de transposer la solution aux recours cantonaux. Dans un procès portant sur la liquidation d'une société simple, les défenderesses avaient conclu devant les juridictions cantonales au rejet de l'action que leur intentait le demandeur. Ayant succombé, elles saisirent le Tribunal fédéral et conclurent « *à ce qu'il soit constaté qu'au titre de la dissolution de la société simple W. elles ne devaient rien au demandeur* »³⁵⁵⁰. Formellement, il s'agissait d'une conclusion nouvelle prohibée devant le Tribunal fédéral³⁵⁵¹, les recourantes prenant pour la première fois des conclusions en constat négatif. La juridiction n'en considéra pas moins qu'« *au vu de la motivation du recours, les conclusions en rejet de la demande pouvaient être considérée comme contenu dans celles tendant au constat et que la conclusion tendant au constat devait être déclarée recevable dans la mesure où elle tend [implicitement] au rejet de la demande* ». Les termes employés par le Tribunal fédéral sont presque identiques à ceux rencontrés en droit français pour décrire les « *demandes virtuelles* »³⁵⁵². La jurisprudence suisse procède donc du même esprit que les juridictions françaises. A notre avis, il y a lieu d'admettre sans autre les demandes nouvelles tendant aux mêmes fins que celles présentées en première instance. Il n'est ainsi pas exclu que la législation suisse connaisse, au fil du temps, une évolution similaire à celle rencontrée à propos de Code français de procédure civile de 1806. Les demandes nouvelles étaient aussi strictement

³⁵⁴⁶ ATF 82 III 145, cons. 1 : « *Massgebend ist dabei nicht einfach der Wortlaut der Anträge, sondern die Bedeutung, die diesen angesichts der gegebenen Umstände vernünftigerweise beizulegen ist* ».

³⁵⁴⁷ ATF 82 III 145, *ibid.*

³⁵⁴⁸ ATF 82 III 145, *ibid.*

³⁵⁴⁹ TF du 24 février 2006, 4C.416/2005, cons. 1.

³⁵⁵⁰ Texte original : « *es sei festzustellen, dass sie dem Kläger aus der Auflösung der einfachen Gesellschaft "W." nichts schuldeten* ».

³⁵⁵¹ Art. 55 al. 1 litt. b aOJF, correspondant à l'art. 99 al. 2 LTF.

³⁵⁵² Cf. *supra*, n° 957.

prohibées alors en degré d'appel³⁵⁵³, avant que la pratique ne consacre certains assouplissements, repris depuis lors dans le texte légal³⁵⁵⁴. La pratique des tribunaux français constitue la meilleure preuve qu'une plus grande souplesse ne fait pas sombrer le procès civil dans l'anarchie.

B) Le renouvellement de la matière litigieuse devant la juridiction suprême

969. S'agissant de la modification des données litigieuses lors de la procédure devant la juridiction suprême, nous ne traiterons que des éléments factuels et juridiques, car les prétentions nouvelles sont strictement prohibées³⁵⁵⁵. Les ordres juridiques français et suisses sont marqués par une véritable ambivalence sur ce point. Alors que les dispositions légales applicables font preuve d'une certaine souplesse (1), la pratique est frappée du sceau de la sévérité, voir de l'incohérence (2).

1) La souplesse des textes

970. S'agissant de l'ultime instance nationale, il ne serait certainement pas totalement choquant que d'interdire tous les moyens nouveaux, quels qu'ils soient. Les législateurs français et suisse n'ont pas opéré un tel choix. Tous deux admettent les moyens nouveaux lorsqu'ils sont révélés par la décision attaquée (a) ou ne remettent pas en cause les faits constatés par les juridictions inférieures (b).

a) Les moyens révélés par la décision attaquée

971. Le juge n'étant pas strictement lié par les arguments des parties, il arrive aussi que le jugement repose sur des éléments qu'aucune d'elles ne pouvait prévoir. Des mécanismes compensatoires doivent être créés afin d'éviter qu'une motivation inattendue ne surprenne les parties et ne vienne rompre le caractère contradictoire de la procédure. A ce propos, on peut envisager de faire obligation au juge d'avertir les parties préalablement chaque fois qu'il entend s'écarter de leur exposé. C'est la solution adoptée en droit français à l'article 16 alinéa 3 du Code de procédure civile. Elle n'est toutefois pas appliquée de manière absolue en pratique. La Cour de cassation considère que certaines questions sont implicitement « *en la cause* » et que le juge peut les aborder malgré le

³⁵⁵³ Cf. supra, n° 135.

³⁵⁵⁴ Cf. supra, n° 136 ss.

³⁵⁵⁵ Voy. en droit suisse, l'art. 99 al. 2 LTF. S'agissant du droit français, la procédure de cassation tend en principe à l'annulation de la décision critiquée, il ne saurait être question de prétentions nouvelles. A notre connaissance, le fait que la Cour de cassation puisse dans certains cas statuer sur le fond du litige n'a jamais conduit à l'admission de nouvelles prétentions.

silence des plaideurs³⁵⁵⁶. Dans ce cas, la partie au détriment de laquelle le moyen est relevé peut tenter d'y faire échec en présentant des moyens nouveaux devant la Cour de cassation, même s'ils reposent sur des faits distincts de ceux retenus par la juridiction inférieure³⁵⁵⁷. Tel est le sens de l'article 619 chiffre 2 du Code de procédure civile français, au terme duquel les « *moyens nés de la décision attaquée* » sont recevables devant la Cour de cassation en dépit de leur nouveauté. Le droit suisse va exactement dans la même direction. L'article 99 alinéa 1 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral admet les nouvelles allégations de faits et les nouvelles offres de preuve à condition de « *résulter de la décision de l'autorité précédente.* »³⁵⁵⁸ Cette exception permet aux parties de se défendre contre des éléments introduits par surprise au cours de la procédure devant la juridiction cantonale précédente³⁵⁵⁹. Le Tribunal fédéral applique de manière restrictive³⁵⁶⁰ cette ouverture limitée en direction d'un contrôle des faits par la juridiction suprême³⁵⁶¹. En particulier, il n'autorise pas les parties à alléguer des faits postérieurs à l'arrêt cantonal, à moins qu'ils ne servent à justifier la recevabilité du recours au Tribunal fédéral³⁵⁶².

b) Les moyens purement juridiques

972. L'admission des moyens nouveaux purement juridiques découle, pour le droit français, de l'article 619 chiffre 1 du Code de procédure civile, mentionnant les « *moyens de pur droit* ». Il n'existe pas de disposition correspondante en droit suisse. Les

³⁵⁵⁶ Il s'agit notamment des questions de procédure, cf. supra n° 643.

³⁵⁵⁷ BORE/BORÉ, La cassation en matière civile, p. 495-497, n° 82.141 ss ; BORE/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 594. Voy. pour un cas d'application : Cass. com., 27 novembre 1991, Bull. civ. IV, n° 246.

³⁵⁵⁸ Art. 99 al. 1 *in fine* LTF.

³⁵⁵⁹ La jurisprudence est constante : TF du 14 mars 2012, 4A_376/2011, cons. 4.2.2 ; TF du 10 novembre 2011, 5A_222/2011, cons. 3.1 ; TF du 20 juin 2011, 4A_85/2011, cons. 1 ; TF du 21 mars 2011, 4A_29/2011, cons. 1.1 ; TF du 6 janvier 2011, 4A_454/2010, cons. 1.2 ; TF du 23 août 2010, 4A_269/2010, SJ 2011 I 58 ; TF du 15 mars 2010, 4A_18/2010, cons. 2.1 (non publié in ATF 136 I 197) ; TF du 29 décembre 2008, 4A_440/2008, cons. 1.2 ; TF du 9 juin 2008, 5A_420/2007, cons. 3.2 ; TF du 8 mai 2008, 4A_75/2008, cons. 4.2 ; TF du 5 mai 2008, 4A_15/2008, cons. 3.3. Par ailleurs, des pièces postérieures à l'arrêt cantonal ne peuvent pas non plus être jointes à un recours devant le Tribunal fédéral : TF du 14 juillet 2011, 5A_252/2011, cons. 1.3 (laconique). Pour plus de précisions, voy. les développements figurant dans TF du 18 février 2008, 4A_36/2008, cons. 4.1 et en matière doctrinale : SPÜHLER/DOLGE/VOCK, n° 2 et 3 ad art. 99 LTF ; Bernard CORBOZ, *in* CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 19 ss ad art. 99 LTF ; DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 4052 ss ad art. 99 LTF ; Ulrich MEYER/Johana DORMANN, *in* NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 41 ss ad art. 99 LTF ; Nicolas VON WERDT, *in* SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, n° 6 ad art. 99 LTF.

³⁵⁶⁰ La juridiction suprême parle d'ailleurs de « *conditions restrictives* » : TF du 6 juillet 2011, 4A_268/2011, cons. 2.2.

³⁵⁶¹ Les arrêts de rejet sont particulièrement nombreux. Voy. quelques exemples récents : TF du 26 janvier 2012, 4A_748/2011, cons. 1.4 ; TF du 22 décembre 2011, 5A_751/2011, cons. 5.2.2 ; TF du 3 octobre 2011, 4A_535/2011, cons. 3 ; TF du 20 juin 2011, 4A_85/2011, cons. 1 ; TF du 17 juin 2011, 4A_58/2011, cons. 1.3 ; TF du 6 juin 2011, 4A_190/2011, cons. 1.3 ; TF du 4 avril 2011, 4A_175/2011, cons. 3 ; TF du 11 janvier 2011, 4A_2/2011, cons. 3. Il arrive également au Tribunal fédéral d'indiquer expressément au plaideur débouté que l'exception prévue à l'art. 99 al. 1 LTF « *ne saurait servir à rattraper des omissions antérieures* » : TF du 23 mars 2011, 4A_29/2011, cons. 1.1 ; TF du 19 janvier 2011, 5A_650/2010, cons. 1.3.

³⁵⁶² TF du 16 décembre 2011, 5A_441/2011, cons. 1.2.1 ; TF du 10 novembre 2011, 5A_222/2011, cons. 3.1.

travaux préparatoires déduisent cependant d'une lecture *a contrario* de l'article 99 alinéa 1 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral que les nouveaux moyens purement juridiques sont recevables devant la juridiction suprême suisse³⁵⁶³. Cette interprétation est parfaitement défendable dans la mesure où elle allège le formalisme de la procédure. S'agissant des positions de la jurisprudence et de la doctrine sur la question, elles ne sont pas unanimes³⁵⁶⁴.

2) Les incohérences de la pratique

973. Il est frappant de constater que la Cour de cassation française et le Tribunal fédéral suisse déploient des efforts considérables pour décourager les parties d'articuler des moyens nouveaux, malgré l'approche plutôt libérale du législateur. Cela est d'autant plus inquiétant que la pratique suivie par les deux juridictions est marquée par une profonde confusion. La Cour de cassation a ainsi développé une jurisprudence pour le moins obscure concernant la qualification, *pur droit* ou *mélangé de fait et de droit*, des moyens nouveaux (a). Quant au Tribunal fédéral suisse, il a régulièrement écarté des moyens nouveaux en invoquant une nouvelle cause d'irrecevabilité qui ne figure pas dans les textes : l'*épuisement des voies de droit cantonales* (b).

a) La qualification des *moyens nouveaux* devant la Cour de cassation

974. La jurisprudence de la Cour de cassation relative aux moyens nouveaux est particulièrement peu claire³⁵⁶⁵. Il est toujours difficile de prédire si on se trouve en présence d'un *moyen de pur droit*, recevable, ou d'un *moyen mélangé de fait et de droit* inadmissible. Ce manque de transparence n'est pas le fruit du hasard. BORÉ et BORÉ considèrent que la réponse dépend de la manière dont l'arrêt d'appel a été rédigé, plus particulièrement des constatations de fait qu'il renferme, ce qui rend impossible toute systématisation de la jurisprudence³⁵⁶⁶. Personnellement, nous pouvons totalement écarter l'idée que des considérations d'opportunité commandent le choix de certaines solutions. Il est toujours plus aisé d'évacuer un débat délicat en déclarant un moyen irrecevable.

³⁵⁶³ Message FF 2001 4138.

³⁵⁶⁴ Cf. infra, n° 980 ss.

³⁵⁶⁵ En ce sens : FATTACINI, p. 1485, n° 553.535.

³⁵⁶⁶ BORÉ/BORÉ, La cassation en matière civile, p. 498, n° 82.212.

975. Un arrêt récent³⁵⁶⁷ de la Cour européenne des droits de l'Homme permet de se rendre compte du problème. Un employé de la requérante, une agence de voyage, avait utilisé abusivement les cartes de crédit appartenant à des clients pour acheter des billets d'avion auprès de la compagnie Air France³⁵⁶⁸. Suite à l'opposition de ces derniers, la compagnie d'aviation demanda à la requérante de lui régler le prix des billets frauduleusement acquis³⁵⁶⁹. Après paiement, cette dernière réclama l'indemnisation du préjudice subi à son assurance responsabilité³⁵⁷⁰. Selon les termes du contrat d'assurance, il fallait pour cela démontrer que l'indemnisation d'Air France intervenait au titre de la responsabilité délictuelle³⁵⁷¹. Toute la difficulté résidait dans le fait que le Code civil français³⁵⁷² n'envisage la responsabilité du commettant pour ses préposés que sous l'angle délictuel et qu'il ne contient aucune disposition générale³⁵⁷³ concernant les actes intervenant en relation avec l'exécution d'une obligation contractuelle³⁵⁷⁴. La responsabilité contractuelle pour le fait d'autrui est d'ailleurs une notion contestée en droit français³⁵⁷⁵. La jurisprudence applique souvent l'article 1384 alinéa 5 du Code civil au dommage subi dans le cadre de l'exécution d'une obligation contractuelle par un préposé³⁵⁷⁶, mais les contours de cette responsabilité sont flous³⁵⁷⁷. L'idée d'une

³⁵⁶⁷ CourEDH, *Tourisme d'affaires c. France*, n° 17814/10, arrêt du 16 février 2012.

³⁵⁶⁸ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 5. Il s'agit du.

³⁵⁶⁹ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 6.

³⁵⁷⁰ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 7.

³⁵⁷¹ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, §§ 8-10.

³⁵⁷² Le droit suisse, en revanche, distingue entre la responsabilité civile pour les faits commis par les employés (art. 55 CO) et la responsabilité encourue du fait de l'emploi d'auxiliaires dans l'exécution d'obligations (art. 101 CO). A cela viennent s'ajouter des règles particulières relatives à la responsabilité des organes d'une personne morale (art. 55 CC), qui dans un cas similaire, aurait pu également s'appliquer, vu la position de l'employé (gérant de la succursale de la requérante sur l'île de Saint-Martin). Pour une comparaison du droit français et du droit suisse sur cette question : MATRINGE, pp. 93 ss.

³⁵⁷³ Des dispositions particulières existent toutefois, telles que les art. 1245 et 1735 C. civ mentionnés par MATRINGE (p. 93). En l'occurrence, ces articles règlent la responsabilité du locataire pour les occupants de l'immeuble loué (sous-locataires, proches) et la responsabilité du dépositaire pour les dommages à la chose confiée.

³⁵⁷⁴ Pour une comparaison du droit français et du droit suisse sur ce point : MATRINGE, pp. 93 ss.

³⁵⁷⁵ MATRINGE, p. 93-94.

³⁵⁷⁶ VINEY, p. 443. Voy. parmi tant d'autres. Cass. 1^{ère} civ., 18 janvier 1989, Bull. civ. I, n° 33, JCP 1989 éd. G II 21326 (note Larroumet), RTD civ. 1989, p. 330 (obs. Jourdain) où le demandeur en cassation invitait la Cour de cassation à retenir que « la faute du préposé de celui qui a promis une prestation par contrat de louage d'ouvrage constitue une faute personnelle du contractant, même si les conditions de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui ne sont pas réunies. » La demanderesse avait été victime d'un incendie allumé par un veilleur de nuit que la défenderesse avait mis à sa disposition. La Cour d'appel de Paris avait rejeté les prétentions en dommages-intérêts que son assureur et elle-même présentaient, au motif que l'employé était intégré au sein du personnel de la demanderesse qui était ainsi elle-même responsable des fautes qu'il avait commises. Le pourvoi fut rejeté sans toutefois qu'il soit fait expressément référence à l'art. 1384 al. 5 C. civ. En substance, cela signifiait que le veilleur de nuit n'étant plus le préposé de la défenderesse, celle-ci ne répondait pas du dommage qu'il avait causé et qu'elle n'engageait pas sa responsabilité personnelle en raison de l'absence de faute personnelle. Il en découle que le droit français n'admet pas une catégorie particulière de responsabilité pour le fait de l'auxiliaire dans l'exécution du contrat. Le lésé doit donc établir à chaque fois que les conditions de l'article 1384 al. 5 C. civ. sont remplies indépendamment des relations contractuelles qu'il peut entretenir avec le commettant (voy. en matière médicale : KABLAN, p. 193). En droit suisse, la solution ne fait aucun doute, au vu de l'art. 101 CO. L'employeur est ainsi contractuellement responsable vis-à-vis de ses clients des malversations commises par ses employés, voy. ATF 90 II 15, JdT 1964 I 554 (entrepreneur engageant un architecte qui détourne un crédit octroyé au maître d'ouvrage pour la construction de l'immeuble).

responsabilité contractuelle du fait d'un tiers impliqué dans l'exécution du contrat est l'objet de controverses doctrinales depuis longtemps³⁵⁷⁸. En l'espèce, les relations entre la requérante et la compagnie d'aviation étaient régies par un contrat autorisant la première à prendre des commandes pour le compte de la seconde et réglant les modalités de paiement des billets d'avion³⁵⁷⁹. C'est en vertu de ce contrat que la compagnie d'aviation avait réclamé le paiement du prix des billets. Le préjudice indemnisé avait donc un fondement contractuel excluant l'intervention de la compagnie d'assurance.

976. La requérante a toutefois tenté de tirer profit des incertitudes dogmatiques pour tourner la solution à son avantage. Elle invoquait devant la Cour de cassation un moyen unique de cassation composé de deux branches. Elle exposait, dans la première branche, que le contrat la liant à la compagnie d'aviation ne contenait aucune stipulation sur sa responsabilité contractuelle. Dans la seconde branche, elle invoquait le fait qu'elle était la mandataire de ses propres clients et qu'elle les représentait dans leur relation avec la compagnie d'aviation³⁵⁸⁰. A son avis, elle ne pouvait dès lors être contractuellement engagée vis-à-vis de la compagnie d'aviation. Le moyen de cassation était voué à l'échec en ses deux branches. La requérante perdait, en effet, de vue que les opérations frauduleuses n'avaient été effectuées pour le compte d'un éventuel client lésé. Le préjudice était apparu dans le cadre de la relation contractuelle la liant à la compagnie d'aviation, l'employé indélicat ayant utilisé abusivement le système informatique permettant d'enregistrer les commandes de billet et les paiements par carte de crédit. La nature des relations entre la requérante et sa clientèle importait donc peu, car seuls les liens entre la première et Air France étaient en l'espèce déterminants. Sur ce point, la responsabilité contractuelle de la requérante ne faisait pas de doute. Le contrat la liant à la compagnie d'aviation comportait, en effet, une clause de responsabilité³⁵⁸¹. La requérante

³⁵⁷⁷ La question se pose tout particulièrement en matière médicale, en ce qui concerne le comportement des auxiliaires du médecin : KABLAN, p. 194 préconise ainsi l'introduction en droit ivoirien, repris sur ce point intégralement du droit français, d'une disposition similaire à l'art. 101 CO.

³⁵⁷⁸ Voy. déjà : Henri MAZEAUD/Léon MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, 4^{ème} édition, Tome I, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1947, pp. 875 ss. Le sujet suscite moins d'intérêt actuellement, en raison semble-t-il de « *la méconnaissance, à peu près générale en doctrine, du principe de responsabilité qui pèse sur le débiteur contractuel pour le fait de tout personne – préposé, auxiliaire non préposé ou substitut – qu'il a introduite volontairement dans l'exécution de son obligation contractuelle ou qu'il a laissé exécuter à sa place.* » (VINEY, p. 442).

³⁵⁷⁹ Le « *contrat IATA* » mentionné sommairement dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme (§ 10).

³⁵⁸⁰ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 11.

³⁵⁸¹ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 10.

tentait en fait de tirer profit de la confusion régnant entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle lorsque le comportement d'un tiers est en jeu³⁵⁸².

977. Ce *rideau de fumée* devait être dissipé. Il appelait donc une réponse claire de la part de la Cour de cassation. Cela aurait toutefois amené la juridiction suprême à entrer dans les développements que nous venons d'exposer et l'arrêt aurait dû rompre avec la légendaire brièveté en la matière. Plutôt que de sacrifier une tradition bien établie, la Cour de cassation préféra botter en touche en déclarant irrecevable pour cause de nouveauté la seconde branche du moyen et en rejetant la première branche après examen au fond³⁵⁸³. Le raisonnement suivi permettait de limiter la motivation au strict minimum, car la première branche du moyen était contraire aux constatations figurant dans l'arrêt d'appel et aux pièces du dossier. Il n'était donc pas difficile d'y répondre sommairement.

978. En y regardant de plus près, on constate toutefois que la seconde branche du moyen ne reposait, en réalité, sur aucun fait nouveau. La nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité avait été amplement débattue devant les juridictions inférieures, la requérante ayant déjà soutenu devant la Cour d'appel qu'elle n'était que mandataire de ses clients³⁵⁸⁴ et ne pouvait engager vis-à-vis d'Air France que sa responsabilité délictuelle. L'irrecevabilité permettait toutefois d'éviter un débat épineux sur une question de droit civil. Elle recueillit certainement les suffrages des conseillers pour cette seule et unique raison.

979. Ce pragmatisme contestable n'échappa pas à la Cour européenne des droits de l'Homme. Saisie d'une requête dénonçant une violation du droit d'accès au juge de cassation, en raison de l'absence de nouveauté du moyen³⁵⁸⁵, la Cour de Strasbourg a estimé que la motivation de l'arrêt n'était pas entièrement satisfaisante³⁵⁸⁶. Elle n'a néanmoins pas conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention, considérant que l'examen de la seconde branche du moyen portait aussi indirectement sur la première³⁵⁸⁷. On sent transparaître le malaise des juges de Strasbourg face à ce qu'ils qualifient de « *motivation laconique* »³⁵⁸⁸. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme sonne

³⁵⁸² Voy. également : TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, p. 846.

³⁵⁸³ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 12.

³⁵⁸⁴ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 9.

³⁵⁸⁵ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 17.

³⁵⁸⁶ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 30.

³⁵⁸⁷ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, § 31.

³⁵⁸⁸ Affaire *Tourisme d'affaires*, arrêt précité, *ibid.*

d'ailleurs comme un dernier avertissement adressé à la Cour de cassation qui est invitée à plus de transparence³⁵⁸⁹.

b) *L'épuisement des voies de droit cantonales en droit suisse*

980. La pratique de la juridiction suprême se montre plus stricte que ce que prévoit la loi. L'article 99 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral interdit uniquement les nouvelles prétentions, les nouvelles allégations de faits et les nouvelles offres de preuve. Il ne dit rien des moyens de droit. Le Message accompagnant le projet de loi est contradictoire. Il indique que les parties peuvent se prévaloir de nouvelles objections et exceptions portant sur le fond du litige, à condition qu'il ne s'agisse pas de moyens qui ne pouvaient être relevés d'office³⁵⁹⁰, mais il souligne en même temps que « *le recourant doit donc avoir épuisé toutes les voies de droit cantonales pour les griefs qu'il entend invoquer devant le Tribunal fédéral* »³⁵⁹¹. Cette dernière phrase peut être interprétée comme obligeant les parties à présenter tous leurs moyens de droit devant la juridiction cantonale. A moins de distinguer artificiellement entre deux catégories différentes de nouveaux moyens de droit, il n'est pas possible de concilier les deux approches. Cette divergence est certainement due au fait que tout le Message accompagnant le projet de Loi fédérale sur le Tribunal fédéral n'a pas été intégralement rédigé par la même personne. Le Tribunal fédéral était donc appelé à trancher entre les deux solutions. Pour cela, il devait éviter tout excès de formalisme, et donc n'interdire les moyens nouveaux devant le Tribunal fédéral que dans la mesure où cela apparaissait strictement nécessaire. Il lui fallait donc adopter une politique jurisprudentielle claire et soigneusement motivée. Ce fut loin d'être le cas, comme nous allons le voir à l'instant.

981. La grande majorité des arrêts acceptent les moyens nouveaux reposant entièrement sur les constatations de faits opérées par les juridictions cantonales³⁵⁹², à

³⁵⁸⁹ Qui a d'ailleurs déjà été sanctionnée par le passé pour avoir hâtivement déclaré qu'un moyen était nouveau et ne pouvait donc être admis. L'affaire avait fait grand bruit : CourEDH, *Dulaurans c. France*, n° 34553/97, arrêt du 21 mars 2000, D. 2000. 883 (note Clay), JCP 2000 éd. G II. 10344 (note Perdriau), RTD civ. 2000, p. 635 (chron. Perrot), JDI 2001, p. 171 (obs. Barbier), RD pub. 2001, p. 678 (obs. Hugon).

³⁵⁹⁰ Message FF 2001 4138.

³⁵⁹¹ Message FF 2001 4109.

³⁵⁹² TF du 9 juillet 2012, 5A_557/2011, cons. 2.3.1 ; TF du 7 juin 2012, 5A_88/2012, cons. 3.2.3 ; TF du 19 novembre 2010, 5A_251/2010, cons. 7 ; TF du 12 avril 2010, 4A_23/2010, cons. 1.2 ; TF du TF du 26 mars 2010, 5A_855/2009, cons. 2.3 ; TF du 13 octobre 2009, 4A_235/2009, cons. 4.1 ; TF du 31 juillet 2009, 5A_417/2009, cons. 1.3 ; TF du 30 juin 2009, 5A_404/2008, cons. 6 ; TF du 27 mars 2009, 4A_232/2008, cons. 5.3 ; TF du 27 mars 2009, 4A_230/2008, cons. 5.3 ; TF du 5 février 2008, 4A_488/2007, cons. 1.3 ; TF du 19 décembre 2007, 4A_331/2007, cons. 3.1 ; TF du 30 août 2007, 4A_22372007, cons. 3.2 ; TF du 30 mai 2007, 4A_28/2007, cons. 1.3 : « *L'art. 99 LTF interdit les faits nouveaux, les moyens de preuve nouveaux et les conclusions nouvelles. Lue a contrario, cette disposition n'interdit pas*

condition toutefois qu'ils puissent être relevés d'office par le Tribunal fédéral³⁵⁹³. A l'opposé, certains arrêts retiennent que l'article 75 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral oblige les parties à soumettre toute leur argumentation juridique à la juridiction cantonale de recours préalablement à la saisine du Tribunal fédéral³⁵⁹⁴, même s'ils ne concernent pas la violation des droits constitutionnels³⁵⁹⁵. Par ricochet, cela interdit les nouveaux moyens de droit en instance fédérale³⁵⁹⁶. D'autres arrêts tentent encore une approche médiane et interdisent les moyens nouveaux uniquement lorsqu'ils portent sur la violation de la Constitution³⁵⁹⁷ ou sur la régularité de la procédure³⁵⁹⁸.

982. La doctrine est partagée. Une majorité d'auteurs considère que les nouveaux moyens de droit sont admissibles lorsqu'ils reposent sur les constatations de faits de l'arrêt cantonal³⁵⁹⁹. Plusieurs auteurs ont toutefois une approche différente. Ainsi DONZALLAZ estime que les nouveaux moyens de droit sont recevables à conditions que la partie recourante ait épuisé les voies de recours cantonales³⁶⁰⁰, ce qui n'est guère cohérent. Dans son ouvrage consacré au recours en matière civile, VON WERDT les exclut, mais uniquement pour les recours portant sur des mesures provisoires³⁶⁰¹. Finalement, TAPPY³⁶⁰² considère que l'épuisement des voies de recours cantonales

une argumentation juridique nouvelle, pour autant que celle-ci repose sur les constatations de fait de la décision attaquée. »

³⁵⁹³ TF du 6 juillet 2011, 5A_149/2011, cons. 4.2 ; TF du 23 décembre 2009, 4A_79/2009, cons. 1.1 : « *Damit ist auf Rügen der offensichtlich unrichtigen Feststellung des Sachverhalts (Art. 97 BGG) oder der Verletzung des rechtlichen Gehörs bezüglich des Entscheids des Obergerichts nicht einzutreten, es sei denn, es werde eine Bundesrechtsverletzung geltend gemacht, die das Bundesgericht nach Art. 106 BGG frei und von Amtes wegen überprüfen kann.* » ; TF du 9 juillet 2009, 5D_84/2009, cons. 1.3 : « *Wo - wie hier - das Rügeprinzip gilt und deshalb das Recht nicht von Amtes wegen angewandt wird [...], verbietet der Grundsatz von Treu und Glauben, der Vorinstanz rechtserhebliche Einwände vorzuenthalten und diese erst nach dem Ergehen eines ungünstigen Entscheides im anschliessenden Rechtsmittelverfahren zu erheben* »

³⁵⁹⁴ TF du 10 février 2012, 5A_661/2012, cons. 2.1 ; TF du 18 janvier 2012, 5A_522/2011, cons. 2 ; TF du 11 avril 2011, 4A_598/2010, cons. 1.1 ; TF du 23 août 2010, 4A_176/2010, cons. 1 ; TF du 10 février 2009, 4A_546/2008, cons. 1.1 ; ATF 134 III 524, cons. 1.3.

³⁵⁹⁵ Voy. en particulier : TF du 2 septembre 2010, 4A_259/2010 ; ATF 134 III 524 où la question du respect de la constitution n'était pas abordée. Un arrêt récent (TF du 12 avril 2012, 5A_30/2012, cons. 3) fait application simultanément de l'art. 99 al. 1 LTF, au motif que le grief implique de nouveaux faits et de nouvelles conclusions, et de l'art. 75 LTF, reprochant à la partie concernée de ne pas l'avoir articulé devant les juridictions cantonales. Il est difficile d'être plus contradictoire.

³⁵⁹⁶ Le Tribunal fédéral en est parfaitement conscient : TF du 26 mai 2011, 4A_75/2011, cons. 1.1 : « *Auf Rügen, die bereits dem Kassationsgericht hätten unterbreitet werden können, aber nicht unterbreitet wurden, tritt das Bundesgericht nicht ein.* » ; TF du 16 juin 2008, 5A_173/2008, cons. 3.5 : « *L'obiezione, non sollevata avanti all'ultima istanza cantonale, è irricevibile appunto perché non materialmente trattata da quest'ultima.* »

³⁵⁹⁷ TF du 3 juin 2011, 5A_898/2011, cons. 2.2 ; ATF 133 III 639, cons. 2, JdT 2009 I 151, RDAF 2008 I 521 qui se réfère aux principes valables en matière de recours de droit public.

³⁵⁹⁸ TF du 12 février 2009, 5A_835/2008 et 5A_24/2009, cons. 3.1.

³⁵⁹⁹ CHEVALIER, p. 162 ; Bernard CORBOZ, in CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 40 ss ad art. 99 LTF ; MÜNCH/LUCZAK, p. 122 ; Ulrich MEYER, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 23 ad art. 99 LTF ; SPÜHLER/DOLGE/VOCK, n° 3 ad art. 99 LTF ; Nicolas VON WERDT, in SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH, n° 7 ad art. 99 LTF.

³⁶⁰⁰ DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 4080 et 4081 ad art. 99 LTF.

³⁶⁰¹ VON WERDT, p. 146.

³⁶⁰² TAPPY, L'épuisement des voies de droit antérieures, pp. 419 ss.

« tend à éviter que la juridiction suprême ait à se prononcer sur un point dont les parties auraient pu obtenir la correction à un niveau inférieur »³⁶⁰³, mais il admet les moyens de droit nouveaux si la juridiction cantonale « disposait d'un libre pouvoir d'examen en droit et devait appliquer celui-ci d'office »³⁶⁰⁴, à condition toutefois que la partie concernée ne se comporte pas de mauvaise foi³⁶⁰⁵.

983. Les incohérences de la jurisprudence et les hésitations de la doctrine peuvent s'expliquer par référence à la pratique en vigueur sous l'empire de la défunte Loi fédérale d'organisation judiciaire³⁶⁰⁶. Les nouveaux moyens de droit n'étaient, en effet, pas admis pour tous les recours. Ils n'étaient, en principe, pas recevables dans la procédure du recours de droit public, vu la nécessité d'épuiser les voies de recours cantonales³⁶⁰⁷. Il n'est donc pas impossible que le Tribunal fédéral, et certains auteurs, aient voulu généraliser les règles applicables au recours de droit public. Cela explique la référence à l'épuisement des voies de recours cantonales et la portée particulière conférée à l'article 75 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral.

984. Le maintien du *statu quo* n'impliquait toutefois pas de faire preuve d'une pareille sévérité. Sous l'empire de la Loi fédérale d'organisation judiciaire, tout le contentieux civil n'était pas concerné par l'interdiction des moyens nouveaux. Elle ne s'appliquait pas au recours en réforme³⁶⁰⁸, qui constituait la voie de recours ordinaire en matière civile. Et même pour le recours de droit public, la pratique admettait de nombreuses exceptions. La dernière jurisprudence acceptait les moyens de droit nouveau, si l'instance cantonale précédente disposait d'un plein pouvoir d'examen et si elle était tenue d'appliquer le droit d'office³⁶⁰⁹. Des exceptions à cette exception étaient à leur tour

³⁶⁰³ TAPPY, L'épuisement des voies de droit antérieures, p. 438.

³⁶⁰⁴ TAPPY, L'épuisement des voies de droit antérieures, p. 439.

³⁶⁰⁵ TAPPY, L'épuisement des voies de droit antérieures, p. 439-440.

³⁶⁰⁶ Cette solution était parfois proposée en réaction à l'absence de règle précise dans la nouvelle loi. Voy. Peter KARLEN, Das neue Bundesgerichtsgesetz – Die wesentlichen neuerungen und was sie bedeuten, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich, 2006, p. 40.

³⁶⁰⁷ Découlant de l'art. 86 aOJF. Voy. sur cette question : Andreas AUER, La juridiction constitutionnelle en Suisse, Coll. Théorie et pratique du droit, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1984, pp. 226 ss ; DREYER, pp. 58 ss ; GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, pp. 117 ss ; KÄLIN, pp. 368 ss ; MARTI, pp. 107 ss ; SPÜHLER, pp. 53 ss.

³⁶⁰⁸ MESSMER/IMBODEN, p. 153 ; POUDRET/SANDOZ-MONOD, n° 1.5.2.5 ad art. 55 OJF ; Philipp ZIEGLER, Von der Rechtsmittelfalt zur Einheitsbeschwerde – Bestandesaufnahme-Probleme-Lösungen, thèse Bâle, Coll. Basler Studien zur Rechtswissenschaft – Reihe B : Öffentliches Recht, Vol. 66, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2003, p. 267.

³⁶⁰⁹ ATF 128 I 354 ; ATF 119 Ia 88 ; ATF 117 Ia 491. Voy. KÄLIN, p. 370 ; MARTI, p. 110 ; SPÜHLER, p. 53 ; ZIEGLER, p. 271-272. Certains arrêts anciens semblent exclure plus nettement les moyens de droit nouveaux : ATF 90 I 145 ; ATF 89 I 242 ; ATF 87 I 97.

envisagées si une partie abusait du droit de se prévaloir de nouveaux moyens de droit, ou si elle dénonçait uniquement l'application arbitraire d'une loi³⁶¹⁰.

985. Il ne fait désormais aucun doute que les juridictions cantonales doivent appliquer le droit d'office³⁶¹¹, même au stade des voies de recours³⁶¹². Si on se réfère à la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de recours de droit public, les nouveaux moyens de droit devraient être recevables devant le Tribunal fédéral. En soutenant fréquemment le contraire, la juridiction suprême a durci sa pratique par rapport au droit antérieur. Une telle approche contredit clairement l'objectif principal de la réforme de 2007, soit de simplifier la procédure devant la juridiction suprême. Il s'agit clairement d'une situation d'excès de formalisme, qui est encore aggravée par le fait que la jurisprudence n'est pas constante et qu'elle est adoptée à la dérobée, sans motivation claire.

986. A notre avis, le Tribunal fédéral suisse fait preuve de la même absence de transparence que la Cour de cassation française. Nous avons vu que cette dernière a reçu un avertissement de la part de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁶¹³. *Mutatis mutandis*, les termes employés valent également pour le Tribunal fédéral suisse. La juridiction suprême devrait lever toute ambiguïté et faire primer le texte de l'article 99 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral. Les moyens de droit nouveau, quels qu'ils soient d'ailleurs, doivent être ainsi admis s'ils n'impliquent pas une remise en cause des constatations de faits opérées par la juridiction cantonales ou s'ils reposent sur de nouvelles allégations de faits recevables devant le Tribunal fédéral. Il s'agit d'ailleurs de la solution prévue en droit français³⁶¹⁴ et rien n'indique qu'elle ne serait pas praticable en Suisse. Le fait que le Tribunal fédéral ne puisse pas relever d'office les moyens fondés sur le droit constitutionnel³⁶¹⁵, ne devrait avoir aucune influence sur l'admission de ceux-ci lorsqu'ils sont invoqués pour la première fois par les parties.

³⁶¹⁰ ATF 104 II 249 ; ATF 102 Ia 7 ; ATF 99 Ia 113 ; ATF 94 I 143 ; ATF 91 I 164. Cette dernière restriction provenant du fait qu'il était illogique, aux yeux du Tribunal fédéral, de reprocher à une juridiction d'avoir fait preuve d'arbitraire si elle n'a pas appliqué un principe juridique que la partie requérante a omis de citer. Voy. MARTI, p. 110 ; SPÜHLER, p. 53-54.

³⁶¹¹ Art. 57 CPC 2008.

³⁶¹² A tout le moins en appel : cf. infra, n° 1032.

³⁶¹³ Cf. supra, n° 979.

³⁶¹⁴ Cf. supra, n° 508.

³⁶¹⁵ Art. 106 al. 2 LTF.

Chapitre 2 : L'interprétation protectrice des parties

987. L'interprétation protectrice des parties a pour but d'éviter que ces dernières ne soient trop facilement victimes de leurs erreurs ou omissions. La sollicitude à l'égard des plaideurs peut se manifester dans deux domaines particuliers. Il s'agit de l'office du juge (section 1) et de l'organisation des voies de recours (section 2).

Section 1 : L'office du juge au service des parties

988. L'intervention active du juge au cours de l'instance permet de protéger les parties contre leurs propres lacunes et d'éviter ainsi les conséquences dévastatrices de certaines erreurs. Elle évite qu'un jugement pourvu de l'autorité de la chose jugée ne soit rendu sur la base d'une présentation incomplète du litige, parce que certains faits n'ont pas été allégués correctement, parce que certaines preuves manquent ou parce que les parties n'ont pas soulevé les bons arguments juridiques.

989. Le droit suisse et le droit français sont marqués par l'idée selon laquelle le juge n'est pas que le spectateur du procès. Comme le relève AMRANI-MEKKI, « *il est difficile de concevoir qu'un juge, qui perçoit au travers du dossier des éléments participant à la manifestation de la vérité, doive fermer les yeux* »³⁶¹⁶. En théorie du moins, il appartient aux magistrats des deux pays de prendre des initiatives lorsqu'une partie ne parvient pas à présenter correctement sa cause. Les principes directeurs du procès civil français indiquent que le juge « *tranche le litige conformément aux règles de droit applicables* »³⁶¹⁷ et qu'il lui appartient de « *veiller au bon déroulement de l'instance* »³⁶¹⁸. Le Code de procédure civile lui reconnaît la possibilité d'inviter les parties à lui fournir les explications sur les faits du litige et sur le droit pertinent qu'il estime « *nécessaires à la solution du litige.* »³⁶¹⁹ Le droit suisse n'est pas en reste sur ce point. Il prévoit que le tribunal saisi « *applique le droit d'office* »³⁶²⁰ et « *interpelle les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou*

³⁶¹⁶ AMRANI-MEKKI, p. 326.

³⁶¹⁷ Art. 12 al. 1 CPC 1975.

³⁶¹⁸ Art. 3 CPC 1975.

³⁶¹⁹ Art. 8 et 13 CPC 1975.

³⁶²⁰ Art. 57 CPC 2008.

manifestement incomplets » de manière à leur donner « *l'occasion de les clarifier et de les compléter* »³⁶²¹

990. Reste à voir si ces principes généraux, et en apparence très généreux, mettent véritablement les parties à l'abri de leur impéritie. Pour cela, nous devons tout d'abord nous pencher sur les limites que la pratique impose aux pouvoirs du juge sur le litige (§ 1). Ensuite, nous examinerons si ceux-ci doivent être obligatoirement exercés par les parties, ou s'ils demeurent à la discrétion des juridictions (§ 2).

§ 1 : Les pouvoirs du juge

991. On distingue généralement deux sphères de compétences distinctes du juge et des parties quant au litige. Ces dernières doivent en principe alléguer les faits et articuler leurs prétentions³⁶²². Cet exposé des parties constitue une partie du litige sur lequel le juge a, en principe, peu de prise. Nous l'examinerons en premier (A). Vient, ensuite, l'application des règles de droit. Malgré les divergences des ordres juridiques suisses et français au sujet du rôle des parties quant à la présentation des moyens de droit³⁶²³, il n'en demeure pas moins qu'il appartient au juge de « *dire le droit* ». Il possède donc une plus grande marge de manœuvre sur ce point (B).

A) Les pouvoirs restreints du juge sur l'exposé des parties

992. Lorsqu'une partie présente mal ses allégations de faits ou ses prétentions, le juge peut généralement lui venir en aide de deux manières différentes. Il est généralement admis qu'il peut prendre en compte des faits qui n'auraient pas été expressément allégués, tout en figurant au dossier (1). S'agissant des prétentions, son pouvoir est plus restreint. En vertu du principe dispositif, il ne peut naturellement octroyer plus que ce que la partie a réclamé³⁶²⁴, par contre il lui est loisible de préciser les prétentions que celle-ci a pu émettre (2).

³⁶²¹ Art. 56 CPC 2008.

³⁶²² Voy. art. 4 et 6 CPC 1975 ; Art. 55 al. 1 et 58 al. 1 *a contrario* CPC 2008.

³⁶²³ Cf. art. 221 al. 3 CPC 2008 au terme duquel « *la demande peut contenir une motivation juridique* » et art. 56 CPC 1975 disposant que « *l'assignation contient à peine de nullité, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, (...) l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit.* »

³⁶²⁴ Art. 5 CPC 1975 ; art. 58 al. 1 CPC 2008.

1) La prise en compte des faits tirés du dossier

993. La prise en compte des faits tirés du dossier est expressément prévue en droit français (a), alors qu'elle est sujette à controverse en droit suisse (b).

a) Une faculté expressément prévue en droit français

994. La prise en compte des faits tirés du dossier est expressément admise à l'article 7 alinéa 2 du Code de procédure civile français, au terme duquel « *le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions* », à condition qu'ils figurent « *parmi les éléments du débat*. » Les faits tirés du dossier proviennent surtout des pièces produites et du résultat des mesures d'instruction³⁶²⁵. Ils peuvent consister en des faits positifs ou des faits négatifs³⁶²⁶. Les magistrats ont régulièrement eu recours à cette faculté, sans toujours le dire expressément d'ailleurs³⁶²⁷. Quelques exemples suffiront à s'en persuader. Le juge peut retenir qu'une lettre de licenciement n'est pas suffisamment motivée, dès lors qu'elle a été produite aux débats³⁶²⁸, de même qu'il peut fonder son jugement sur des clauses d'un contrat que les parties n'auraient pas expressément invoquées³⁶²⁹. Saisi d'une action en nullité pour erreur, il peut relever des incertitudes ou des omissions dans les documents contractuels, même si les parties ne les ont pas invoquées³⁶³⁰. Il lui est aussi reconnu le droit d'écarter le moyen tiré de la compensation en se fondant sur une contre-lettre versée au dossier, mais non discutée³⁶³¹. L'obligation des parties de récapituler leur exposé à la fin de la procédure d'appel³⁶³² n'interdit pas au juge de prendre en compte les éléments omis par erreur en tant que faits tirés du dossier³⁶³³.

³⁶²⁵ BOLARD, Les faits tirés du dossier, p. 44 ; MAUGAIN, p. 267. Faits tirés d'un rapport d'expertise : Cass. 1^{ère} civ., 12 juin 2012, pourvoi n° 11-21385 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 décembre 2009, pourvoi n° 08-20334 ; Cass. 3^{ème} civ., 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-10157. Faits tirés de pièces produites par les parties : Cass. 2^{ème} civ., 4 février 2010, pourvoi n° 08-21109 ; Cass. 3^{ème} civ., 29 avril 2009, pourvoi n° 08-11332.

³⁶²⁶ BOLARD, Les garanties du procès civil, p. 494, n° 221.64.

³⁶²⁷ BOLARD, Les faits tirés du dossier, p. 44 et les arrêts cités. Les juridictions se sont parfois montrées plus hésitantes en matière matrimoniale : MAUGAIN, p. 267-268.

³⁶²⁸ Cass. soc., 5 juin 2001, Bull. civ. V, n° 210.

³⁶²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 3 avril 1984, Bull. civ. I, n° 124 ; Cass. 1^{ère} civ., 19 mai 1981, Bull. civ. I, n° 170. Dans ces deux cas, la cassation a été prononcée parce que les parties n'avaient pas été invitées à s'expliquer, mais cela ne remet pas en cause le pouvoir du juge de relever des moyens de fait que les parties n'ont pas invoqués.

³⁶³⁰ Cass. 3^{ème} civ., 29 novembre 1978, JCP 1979 éd. G IV 48.

³⁶³¹ Cass. 1^{ère} civ., 11 janvier 1978, Bull. civ. I, n° 16.

³⁶³² Les « *conclusions récapitulatives* », voy. art. 954 CPC 1975.

³⁶³³ Georges BOLARD, Les dernières conclusions, JCP 2001 éd. G I 297, n° 20. Il en va de même concernant les faits de la procédure de première instance : Cass. com., 1^{er} juillet 2008, pourvoi n° 07-14741.

995. Les limites tracées à l'intervention du juge sont larges. S'il ne peut pas tenir pour inexistent un fait qui n'est pas contesté par les parties³⁶³⁴ ou que celles-ci ont expressément exclu du débat³⁶³⁵, il est toutefois autorisé à tirer certaines conséquences du silence d'une partie³⁶³⁶. Il lui est, en revanche, interdit de se fier aux faits dont il aurait personnellement connaissance³⁶³⁷, fût-ce à titre de comparaison³⁶³⁸. Il ne peut pas non plus, sous prétexte de juger sur la base des faits tirés du dossier, spéculer sur la connaissance qu'aurait un des héritiers du recel successoral commis à son préjudice³⁶³⁹ ou sur le fait qu'une personne au chômage a touché des prestations sociales³⁶⁴⁰. Saisi d'une action en paiement vouée à l'échec, parce que la condition suspensive affectant le contrat ne s'est pas réalisée, le juge ne peut pas relever d'office que le défendeur s'est porté fort du consentement du tiers³⁶⁴¹. Il ne peut ordonner des mesures d'instruction dans le seul but de faire apparaître des faits que les parties n'ont pas allégués³⁶⁴². Une espèce isolée interdit au juge de retenir lui-même la qualité de commerçant d'une partie³⁶⁴³. N'ayant jamais été confirmée ultérieurement, nous ne pensons pas qu'elle constitue un véritable précédent. Au vu du reste de la jurisprudence, il nous paraît clair que les pouvoirs reconnus au juge civil par le Code de procédure civile français lui permettent sans difficulté de remédier aux lacunes et aux étourderies des parties. La doctrine se montre toutefois plus hésitante³⁶⁴⁴.

b) Une faculté contestée en droit suisse

996. La prise en compte des faits tirés du dossier ne fait pas l'objet d'une réglementation détaillée en droit suisse. On peut toutefois rapprocher le problème des dispositions générales en matière d'office du juge quant aux faits du litige. Celui-ci est conçu de manière différente selon le type de procédure.

997. L'article 247 alinéa 1 du Code de procédure civile prévoit qu'en procédure simplifiée « *le tribunal amène les parties, par des questions appropriées, à compléter les*

³⁶³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-14411.

³⁶³⁵ LAGARDE, L'adieu à la cause, p. 315-316 ; NORMAND/BLÉRY, fasc. 152, n° 21.

³⁶³⁶ Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 2011, pourvoi n° 10-13841. Voy. toutefois : Cass. com., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-15529 concernant la validité d'une signature désavouée sans que l'auteur du désaveu ne demande une expertise graphologique.

³⁶³⁷ DEVILLAIRS, p. 434 et les arrêts cités.

³⁶³⁸ Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 2010, pourvois n° 09-10465 et 09-14837.

³⁶³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 19 mars 2008, pourvoi n° 07-13591.

³⁶⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2009, pourvoi n° 07-21383.

³⁶⁴¹ Cass. com., 19 janvier 1979, Bull. civ. IV, n° 34.

³⁶⁴² DEVILLAIRS, p. 432.

³⁶⁴³ Cass. com., 5 mars 1980, Bull. civ. IV, n° 115.

³⁶⁴⁴ Voy. par exemple : MAUGAIN, p. 270-271.

allégations insuffisantes et à désigner les moyens de preuve »³⁶⁴⁵ quand l’instruction du litige n’est pas soumise à la maxime d’office³⁶⁴⁶. Si le juge se rend compte que les allégations des parties ne coïncident pas avec le résultat de l’admission des preuves, il peut alors sans difficulté, sous réserve que les nouvelles allégations de faits soient encore possibles³⁶⁴⁷, amener une partie à compléter son exposé. Dans ce domaine, le juge suisse dispose de pouvoirs proches de son homologue français. Il ne peut toutefois pas, en vertu de son devoir d’interpellation, prendre en compte directement les faits tirés du dossier³⁶⁴⁸. Cette restriction est toutefois minime, car il lui suffit de poser les bonnes questions.

998. La situation est toute autre en procédure ordinaire, où l’intervention du juge est bien plus limitée. L’article 56 du Code de procédure civile, applicable en tant que principe général de procédure, dispose que « *le tribunal interpelle les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, imprécis ou manifestement incomplets et leur donne l’occasion de les clarifier ou de les compléter.* » Il est douteux qu’une simple omission, sans autre conséquence sur la cohérence du discours, puisse ainsi justifier une intervention du tribunal. En effet, l’intervention du juge implique que les allégués des parties sont obscurs ou affectés d’une erreur manifeste³⁶⁴⁹. En même temps, le texte légal comporte des termes suffisamment généraux pour qu’ils puissent être interprétés avec largesse, en considérant, par exemple, qu’une allégation contraire aux pièces du dossier procède d’une erreur manifeste.

999. La doctrine pré-unitaire était plutôt favorable aux faits tirés du dossier. Plusieurs auteurs défendaient alors, à titre général, la possibilité de tenir compte de faits que les parties n’auraient pas expressément allégués³⁶⁵⁰. Le Tribunal fédéral considérait que « *le droit fédéral ne s’opposait pas à ce que les faits tirés du dossier soient pris en*

³⁶⁴⁵ Art. 247 al. 1 CPC 2008.

³⁶⁴⁶ Voy. les hypothèses énumérées à l’art. 247 al. 2 CPC 2008.

³⁶⁴⁷ Le devoir d’interpellation ne remet pas en cause les règles relatives à la forclusion : Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 5 ad art. 247 CPC 2008.

³⁶⁴⁸ Cela n’est possible que sous l’empire de la maxime inquisitoire autrefois prévue à l’art. 343 al. 4 CPC 2008 (voy. ATF 107 II 233, cons. 2b, JdT 1981 I 285) : DIETSCHY, Le devoir d’interpellation du tribunal, p. 87. Voy. toutefois Hans SCHMID, in OBERHAMMER, n° 4 ad art. 154 CPC 2008 pour qui la prise en compte des faits tirés du dossier peut se faire à l’insu des parties.

³⁶⁴⁹ DIETSCHY, Le devoir d’interpellation du tribunal p. 84.

³⁶⁵⁰ C. Jürgen BRÖNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozess, thèse Berne, Stämpfli & Cie AG, Berne, 1989, pp. 123 ss, spécialement p. 125 ; Martin SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, RJB 136 (2000), pp. 685 ss, spécialement p. 712. *Nuancés* : Sabine ASPRION STÖCKLIN, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda, thèse Bâle, s.l., 2008, p. 112 (admission dans les limites de la maxime éventuelle) ; Christoph LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, in Monique JAMETTI GREINER/Bernhard BERGER/Andreas GÜNGERICH (édit.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung – Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Stämpfli Verlag AG, Berne, pp. 313 ss, spécialement p. 325-326 (admission au titre des faits nouveaux admissible ou en vertu du pouvoir d’interpellation du juge).

compte, même s'ils ne viennent pas soutenir la demande en justice. »³⁶⁵¹ La doctrine récente est partagée sur le sujet³⁶⁵². Certains auteurs tentent de déplacer le problème en considérant les faits tirés du dossier comme des faits nouveaux admissibles au sens des articles 229 et 317 du Code de procédure civile³⁶⁵³, sans toutefois se prononcer sur les pouvoirs du tribunal à cet égard³⁶⁵⁴.

1000. A notre avis, le problème est plus psychologique que juridique. Il est entièrement conditionné par les règles strictes appliquées en droit suisse concernant la rédaction des actes de procédure des parties et de l'ordonnance de preuve du juge. La présentation des allégués de faits en procédure ordinaire obéit à un formalisme sévère qui ne favorise pas la libre appréciation du dossier par le juge³⁶⁵⁵. En effet, le demandeur doit présenter chaque fait sous forme d'un paragraphe séparé³⁶⁵⁶ et indiquer à la suite de celui-ci les preuves qu'il entend invoquer au soutien de son allégation³⁶⁵⁷. Le défendeur est invité à se déterminer séparément sur chaque fait allégué par le demandeur³⁶⁵⁸ tout en présentant ses propres allégations en réponse et les offres de preuve qui s'y rapportent. L'échange des mémoires écrits est organisé sur un mode cartésien, l'exposé des faits étant décomposé en allégations autonomes comportant pour chacune d'elles une offre de preuve. Au moment de rédiger l'ordonnance de preuve³⁶⁵⁹, soit le résumé des faits

³⁶⁵¹ ATF 81 II 197, cons. 3 : « *Indessen stand von Bundesrechts wegen nichts entgegen, die aus den Akten hervorgehenden Tatsachen zu berücksichtigen, auch wenn sie nicht zur Stützung der Klage dienen.* » Tout récemment, le Tribunal fédéral a considéré que le droit cantonal pouvait sans autre autoriser les juridictions à prendre en compte des faits tirés du dossier : TF du 11 septembre 2012, 4A_144/2012, cons. 3.1.2.

³⁶⁵² *Opposé* : Paul OBERHAMMER, in OBERHAMMER, n° 10 ad art. 55 CPC 2008. *Favorables* : Daniel GLASL, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 30 ad art. 55 CPC 2008 ; Roger GRÖNER ; Beweisrecht – Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2011, p. 33-34 ; Urs SCHENKER, in Baker&McKenzie, n° 12 ad art. 55 CPC 2008 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 92 ; Meinrad VETTER, Überschiessende Beweisergebnisse im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der aargauischen Zivilprozessordnung, in Michael LEUPOLD/David RÜETSCHI/Demian STAUBER/Meinrad VETTER (edit.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Coll. Veröffentlichungen zum aargauischen Recht-Herausgegeben vom Aargauischen Juristenverein, Vol. 51, Schulthess, Zurich, 2008, pp. 222 ss, spécialement p. 238-239.

³⁶⁵³ KLINGLER, p. 166 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 118 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 124 (ad art. 55 CPC 2008).

³⁶⁵⁴ Symptomatique à cet égard : Denis TAPPY, Note sous TF du 11 septembre 2007, 4A_177/2007, RSPC 2008, pp. 10 ss, spécialement p. 11 où l'auteur n'exclut pas que le juge puisse, sous l'empire du Code fédéral de procédure civile, prendre en considération un poste non allégué du dommage, sans toutefois indiquer si cela vaut pour tous les faits tirés du dossier.

³⁶⁵⁵ En droit français, en revanche, l'exposé des faits présentés par les parties dans leurs conclusions se présente généralement sous la forme d'un texte libre, sans référence systématique aux pièces du bordereau. Pour un modèle d'assignation devant le Tribunal de grande instance : Jean-Marie DENIEUL, Petit traité de l'écrit judiciaire, 5^{ème} édition, Coll. Dalloz service, Dalloz, Paris, 2005, pp. 178 ss.

³⁶⁵⁶ Art. 221 al. 1 litt. d CPC 2008. Pour plus de précisions, voy. Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 17 ss ad art. 221 CPC 2008.

³⁶⁵⁷ Art. 221 al. 1 litt. e CPC 2008.

³⁶⁵⁸ Art. 222 al. 2 CPC 2008.

³⁶⁵⁹ Art. 154 CPC 2008. D'inspiration germanique, une telle institution n'existe pas en droit français.

litigieux et des moyens de preuve, le juge va suivre une présentation similaire³⁶⁶⁰. Le débat judiciaire entre les parties est marquée par une grande rigidité.

1001. Bien que le Code de procédure civile ne le dise pas expressément, il est attendu du juge qu'il examine à l'issue de la procédure probatoire si chaque allégation contestée a été prouvée aux moyens des preuves offerts *in limine litis*. Les commentateurs du Code de procédure civile en déduisent immédiatement que les faits figurant sur des annexes à la demande ne peuvent être pris en considération par le juge faute d'être correctement allégués³⁶⁶¹.

1002. L'exemple du droit français devrait pousser les juridictions à ne pas écarter d'emblée, la prise en compte de faits tirés du dossier. Aucune disposition du Code de procédure civile fédéral n'interdit d'interpréter largement la maxime des débats, comme le faisait une partie de la doctrine avant l'unification de la procédure civile. Nous constatons également que l'assouplissement de l'office du juge en droit français n'a pas suscité un vaste contentieux. Son application demeure généralement confinée à la prise en compte de faits ressortant de pièces produites par les parties ou tirés d'un rapport d'expertise. Rien ne permet de penser que les magistrats suisses seraient incapables de faire preuve de la même modération. Il existe, en vérité, des situations où l'omission d'un fait est excusable et où contraindre le juge à demeurer passif s'avère excessivement formaliste. On songe, en particulier, aux procès complexes où l'état des faits comporte de multiples détails, comme certains litiges en matière de responsabilité civile ou portant sur la liquidation d'une succession. Il est naturellement préférable dans ce cas d'organiser convenablement le déroulement de l'instance afin de permettre aux parties de modifier leur exposé des faits jusqu'à un stade avancé de celle-ci³⁶⁶². Si cela n'est pas possible³⁶⁶³, alors l'interdiction du formalisme excessif commande d'interpréter de manière souple la maxime des débats, de manière à prendre en compte les faits tirés du dossier. En revanche, si une partie fait preuve de négligence grave dans la conduite de son procès, elle ne saurait se prévaloir des faits tirés du dossier qu'elle aurait oublié d'alléguer.

1003. S'agissant, finalement, des modalités concrètes, la prise en compte des faits tirés du dossier s'opérera par le biais de modifications apportées aux ordonnances de

³⁶⁶⁰ Voy. les modèles fournis par Peter GUYAN, *Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO*, PCEF 2011/2012, pp. 1 ss, spécialement p. 15-16.

³⁶⁶¹ Sylvia FREI/Daniel WILLISEGGER, *in* SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 16 ad art. 221 CPC 2008.

³⁶⁶² Il est ainsi envisageable d'administrer toutes les preuves entre les deux échanges d'écriture, de manière à ce que les parties puissent se prévaloir des faits tirés du dossier dans leurs seconds mémoires.

³⁶⁶³ Par exemple, parce que le juge se rend compte du problème lors du délibéré.

preuve³⁶⁶⁴, modifications qui peuvent intervenir jusqu'au stade du délibéré³⁶⁶⁵, ou par l'adoption de nouvelles ordonnances de preuve³⁶⁶⁶. Le tribunal³⁶⁶⁷ indiquera alors les faits tirés du dossier qu'il estime pertinents, ainsi que la partie à laquelle incombe la preuve ou la preuve du contraire. La modification de l'ordonnance de preuve permettra ainsi de respecter le caractère contradictoire de la procédure³⁶⁶⁸. Dans cette perspective, l'ordonnance de preuve devrait être exceptionnellement motivée³⁶⁶⁹. La prise en compte des faits tirés du dossier constitue également un cas d'application des articles 229 alinéa 1 et 317 alinéa 1 du Code de procédure civile. Par souci d'égalité, toutes les parties pourront donc se prévaloir de faits nouveaux et de preuves nouvelles en réponse aux éléments que le juge relève d'office. Dans le cas contraire, cela obligerait les parties à anticiper d'éventuels faits tirés du dossier et ferait reposer sur elles un fardeau excessif. En même temps qu'il modifie l'ordonnance de preuve, le juge devrait donc inviter les parties à compléter leur exposé dans le délai qu'il leur fixe.

2) La reformulation des prétentions des parties

1004. Les plaideurs sont le plus souvent au clair sur le résultat matériel concret qu'ils cherchent à atteindre. Ils veulent qu'un locataire bruyant quitte leur appartement ou que des photographies compromettantes ne soient plus accessibles sur Internet ; parfois ils souhaitent simplement l'indemnisation de « *tout leur préjudice* »³⁶⁷⁰. Ce résultat matériel doit toutefois être traduit en langage juridique. De nombreux problèmes peuvent alors

³⁶⁶⁴ L'art. 154 CPC 2008 autorise le tribunal à adopter plusieurs ordonnances de preuve et à les modifier en tout temps, de manière à tenir compte des faits nouveaux : GASSER/RICKLI, n° 7 ad art. 154 CPC 2008 ; GRONER, p. 334 ; Christian LEU, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 25 ad art. 154 CPC 2008 ; Nicolas PASSADELIS, in Baker&McKenzie, n° 16 ad art. 154 CPC 2008 ; Hans SCHMID, in OBERHAMMER, n° 4 ad art. 154 CPC 2008. Voy. également : LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 225.

³⁶⁶⁵ Peter GUYAN, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 9 ad art. 154 CPC 2008 ; Philippe SCHWEIZER, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 12 ad art. 154 CPC 2008.

³⁶⁶⁶ La juridiction doit toutefois éviter d'adopter hâtivement une ordonnance de preuve, si les faits sont trop complexes : Christian LEU, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 24 ad art. 154 CPC 2008. Certains auteurs proposent ainsi d'attendre jusqu'à l'audience consacrée aux débats principaux : Nicolas PASSADELIS, in Baker&McKenzie, n° 7 ad art. 154 CPC 2008.

³⁶⁶⁷ L'adoption d'ordonnances de preuve par le juge chargé de l'instruction est controversée. Admise par certains (Christian LEU, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 36 ad art. 154 CPC 2008 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 225 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 279), elle est parfois rejetée (Philippe SCHWEIZER, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 4 ad art. 154 CPC 2008). *Ambigu* : Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 678 (ad art. 154 CPC 2008) ; Franz HASENBÖHLER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 23 ad art. 154 CPC 2008.

³⁶⁶⁸ Philippe SCHWEIZER, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 3 ad art. 154 CPC 2008.

³⁶⁶⁹ Une telle motivation n'est en principe pas nécessaire (Yves RÜEDI, in GEHRI/KRAMER, n° 6 ad art. 154 CPC 2008), mais elle n'est pas exclue (Franz HASENBÖHLER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 20 ad art. 154 CPC 2008).

³⁶⁷⁰ Voy. déjà : BEAUCHARD, p. 75 : « ...il n'est pas rare de voir un plaideur (ou son conseil) présenter sa prétention ainsi : "en reculant l'adversaire a accroché mon portail, je demande le remboursement des réparations" ou bien "le chien du voisin m'a tué deux moutons, je veux qu'il les paie" ou encore "je demande le paiement de mes travaux ; je ne veux pas payer parce que les travaux sont mal faits" etc... Dans la plupart de ces affaires banales, la preuve des faits est le seul problème, les parties n'ont pas besoin d'en dire plus. »

survenir, soit parce que les parties comparaissent seules en justice, malgré leur ignorance du droit, soit parce que leur avocat n'apprécie pas correctement la situation d'un point de vue juridique. Il serait, dans les deux cas, excessivement formaliste que d'obliger le tribunal à rejeter une demande simplement parce que la partie n'a pas su employer les bonnes expressions, alors que leurs intentions sont parfaitement claires. C'est pour cette raison que les tribunaux doivent pouvoir changer la qualification juridique des prétentions (a) et procéder à certaines extensions (b).

a) Le changement de qualification juridique

1005. Le droit français admet sans difficulté la requalification des demandes et des défenses présentées par les parties. Dans la foulée de MOTULSKY³⁶⁷¹, la jurisprudence se réfère à une « *conception concrète* »³⁶⁷², et donc factuelle, de la prétention afin de pouvoir librement requalifier les faits sous leur aspect juridique³⁶⁷³. La jurisprudence autorise largement la requalification. Celle-ci peut amener le juge à transformer une demande reconventionnelle en défense au fond³⁶⁷⁴. Il est également autorisé à prononcer la résolution d'un acte³⁶⁷⁵ ou à le déclarer inopposable au demandeur³⁶⁷⁶ alors que ce dernier en demande la nullité. La requalification en sens inverse est également concevable³⁶⁷⁷. Elle permet parfois la transformation d'une action en recours. Saisi d'une action paulienne dirigée contre une convention de divorce homologuée, le juge est autorisé à y voir une tierce opposition dirigée contre le jugement

³⁶⁷¹ Henri MOTULSKY, Droit processuel, Editions Montchrestien, Paris, 1973, p. 202 : « *En réalité, il s'agit d'un résultat économique ou social, qui constitue l'objectif de la prétention. C'est du fait, et si les parties l'expriment juridique, il ne peut s'agir pour elles que de suggérer une qualification* ». La doctrine contemporaine reprend cette définition, voy. MAUGAIN, p. 265.

³⁶⁷² Georges BOLARD, Note sous Cass. 1^{ère} civ. 22 avril 1997 (2 espèces), JCP 1997 éd. G IV 22944, p. 495.

³⁶⁷³ Voy. BOLARD, Les garanties du procès civil, p. 490, n° 221.34 pour qui « *quoi qu'on fasse, l'élément décisif ne peut être que le pouvoir donné ou refusé au juge de modifier la qualification retenue par les parties. Il n'est pas discuté que les parties ont la maîtrise de la prétention. En conséquence ou bien le juge peut en modifier la qualification juridique et la prétention, laissée à la maîtrise des parties, est seulement factuelle ; ou bien le juge ne peut pas la requalifier et elle constitue du fait qualifié* ». Voy. également en ce sens : BEAUCHARD, p. 267 ; Laura WEILLER, Note sous Cass. ass. plén. 7 juillet 2006, D. 2006. 2135, spécialement p. 2138.

³⁶⁷⁴ Cass. ch. mixte, 21 février 2003, Bull. civ. ch. mixte, n° 3.

³⁶⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 22 avril 1997 (2 espèces), JCP 1997 éd. G IV 22944 (note Bolard) ; Cass. com., 12 janvier 1993, Bull. civ. IV, n° 4 (la requalification à laquelle la Cour d'appel a procédé n'était pas contestée devant la Cour de cassation qui n'était saisie que de la question de l'autorité de la chose jugée).

³⁶⁷⁶ Cass. com., 10 juillet 1989, Bull. civ. IV, n° 218 : la personne faisant l'objet d'une liquidation judiciaire avait vendu avec réserve de propriété, trois jours après l'ouverture de la procédure et à l'insu du syndic, des biens appartenant à la masse. Celui-ci agit en nullité et le Tribunal de commerce du Mans le déboute au motif que l'action en revendication devait être exercée par le débiteur lui-même. La Cour de cassation casse le jugement en retenant que le syndic exerçait en fait une action en inopposabilité des actes du débiteur et qu'il appartenait à la juridiction d'en retenir l'exacte qualification.

³⁶⁷⁷ Voy. Cass. com., 12 janvier 1993, Bull. civ. IV, n° 4 : requalification d'une demande en résolution en demande en nullité.

d'homologation³⁶⁷⁸. La requalification s'étend au-delà des différentes actions visant à l'anéantissement d'un acte juridique. Une action en bornage peut être transformée en action en revendication³⁶⁷⁹, ou une demande de condamnation aux dépens en une demande de dommages-intérêts pour procédure abusive³⁶⁸⁰.

1006. Les tribunaux français disposent de vastes pouvoirs leur permettant sans autre de venir en aide aux parties. Comme le souligne BOLARD³⁶⁸¹, la jurisprudence autorise la requalification si la prétention retenue par le juge tend aux mêmes fins que la demande originaire, soit dans la même mesure que les parties sont autorisées à faire valoir des demandes nouvelles en appel³⁶⁸². C'est donc dire la latitude dont jouissent les juridictions. Celles-ci n'en abusent toutefois pas. Elles ne vont ainsi pas jusqu'à transformer en prétention de simples doléances présentées dans les conclusions³⁶⁸³.

1007. La modification des prétentions est également admise en droit suisse, mais dans une mesure moindre qu'en droit français. La maxime de disposition ne fait pas l'objet d'une attention particulièrement soutenue en doctrine³⁶⁸⁴, ce qui ne favorise pas un débat sur l'étendue de celle-ci et donc sur les pouvoirs du juge. Une partie de la doctrine admet ainsi, contre l'avis exprimé dans les travaux préparatoires³⁶⁸⁵, que le juge puisse inviter les parties à compléter ses prétentions sur le fondement de l'article 56 du Code de procédure civile³⁶⁸⁶, afin d'éviter qu'elles ne soient victimes « *d'erreurs grossières* » de leur part³⁶⁸⁷, notamment en ce qui concerne les questions de numéraire³⁶⁸⁸. Il est difficile de savoir si cette interpellation pourrait aller jusqu'à leur suggérer des demandes

³⁶⁷⁸ Cass. 2^{ème} civ., 9 janvier 1991, Bull. civ. II, n° 15 : des époux avaient obtenu qu'un tribunal homologuât une convention de divorce contenant un état liquidatif du régime matrimonial. Une banque, créancière du mari, les assigna « pour faire mettre à néant l'état liquidatif du 18 janvier 1985 ». La Cour d'appel de Poitiers considéra que l'action paulienne n'était pas envisageable, mais qu'il fallait requalifier la demande de la banque en tierce opposition au jugement d'homologation. La Cour de cassation rejeta le pourvoi des époux défendeurs en retenant que « *le jugement déféré avait justement déclaré l'action recevable en lui restituant sa véritable qualification procédurale, sans s'arrêter à la dénomination qui avait été proposée* ».

³⁶⁷⁹ Cass. 3^{ème} civ., 5 novembre 1973, Gaz. Pal. 1977. 1. somm. 19.

³⁶⁸⁰ Cass. com., 5 décembre 1979, Bull. civ. IV, n° 305.

³⁶⁸¹ Georges BOLARD, Note sous Cass. 1^{ère} civ. 22 avril 1997 (2 espèces), JCP 1997 éd. G IV 22944, p. 495.

³⁶⁸² En ce sens également : MAUGAIN, p. 271-272. Voy. également NORMAND/BLÉRY, fasc. 151, n° 91-93 qui parlent de « *demandes implicites ou virtuelles* » sans faire de lien avec la procédure d'appel.

³⁶⁸³ Voy. Cass. 2^{ème} civ., 22 septembre 2011, pourvoi n° 10-30803.

³⁶⁸⁴ Certains auteurs se bornent à mentionner l'adage *ne eat iudex ultra petita partium* et les exceptions légales : GASSER/RICKLI, n° 1 à 3 ad art. 58 CPC 2008 ; Myriam A. GEHRI, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 5 ad art. 58 CPC 2008 ; Myriam A. GEHRI/Bettina FLÜTSCH, in GEHRI/KRAMER, n° 2 ad art. 58 CPC 2008 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 90.

³⁶⁸⁵ Message FF 2006 6889 où l'interpellation par le juge est présentée comme un assouplissement de la maxime des débats et non comme une exception à la maxime de disposition.

³⁶⁸⁶ LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 112.

³⁶⁸⁷ DIETSCHY, Les conflits du travail en procédure civile, p. 83 ; Thomas SUTTER-SOMM/Gregor VON ARX, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 20 ad art. 58 CPC 2008

³⁶⁸⁸ Daniel GLASL, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 18 ad art. 58 CPC 2008.

implicites au sens de la jurisprudence française. Un auteur exclut toute intervention du juge qui ne peut même pas changer le fondement juridique des prétentions présentées par les parties³⁶⁸⁹. Cette approche est taxée de formalisme excessif³⁶⁹⁰ et battue en brèche³⁶⁹¹.

1008. La jurisprudence est toutefois restrictive. Le juge ne saurait transformer une demande en nullité d'un testament en demande en réduction d'une libéralité³⁶⁹². Une demande en monnaie étrangère ne peut déboucher sur une condamnation en francs suisses³⁶⁹³. Une demande en constatation d'une servitude foncière ne peut être transformée en constat de l'existence d'une servitude personnelle³⁶⁹⁴. La TVA doit être expressément demandée³⁶⁹⁵, de même que le paiement des charges sociales³⁶⁹⁶. Un arrêt non publié se montre particulièrement sévère. Il interdit à l'arbitre d'octroyer des dommages-intérêts pour violation d'une obligation contractuelle si le demandeur réclame le constat de la nullité d'un contrat pour erreur essentielle et l'allocation de dommages-intérêt en raison de cette nullité³⁶⁹⁷. Il s'agit manifestement d'une décision isolée, jamais publiée, et qui n'a pas fait d'émules³⁶⁹⁸. En tout état de cause, la jurisprudence rendue sous l'empire du Code fédéral de procédure gagnerait en souplesse à s'inspirer des principes consacrés en droit français.

b) L'extension des prétentions

1009. La jurisprudence française autorise les juridictions à compléter les prétentions présentées par les parties afin de faire porter leur jugement sur les demandes « *qui sont la conséquence nécessaire de la prétention formulée* »³⁶⁹⁹. On se trouve en

³⁶⁸⁹ ROGNON, pp. 158 ss.

³⁶⁹⁰ Voy. PERRET, p. 602 qui parle même d'un « *excès de formalisme, incompatible avec les principes d'une saine procédure.* »

³⁶⁹¹ WIEGAND, p. 134 (« *Hier ist selbstverständlich, dass das Gericht berechtigt und verpflichtet ist, jede Grundlage zu prüfen, aus der sich der geltend gemachte Leistungsanspruch ableiten.* »)

³⁶⁹² Markus AFFENTRANGER, in Baker&McKenzie, n° 5 ad art. 58 CPC 2008 ; Thomas SUTTER-SOMM/Gregor VON ARX, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 11 ad art. 58 CPC 2008.

³⁶⁹³ ATF 134 III 151, cons. 3.2, JdT 2010 I 124. Cette opinion est relayée par la doctrine : Markus AFFENTRANGER, in Baker&McKenzie, n° 5 ad art. 58 CPC 2008 ; Daniel GLASL, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 17-18 ad art. 58 CPC 2008 ; Thomas SUTTER-SOMM/Gregor VON ARX, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 11 ad art. 58 CPC 2008. Elle est aussi discutée : Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 158-160 (ad art. 58 CPC 2008).

³⁶⁹⁴ TF du 15 décembre 2010, 5A_508, cons. 5.2, RSPC 2010, pp. 199 ss (note Piotet).

³⁶⁹⁵ Daniel GLASL, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 16 ad art. 58 CPC 2008 qui se réfère à une pratique zurichoise.

³⁶⁹⁶ Sinon le juge octroiera le montant réclamé en tant que salaire brut : DIETSCHY, Les conflits du travail en procédure civile, p. 84.

³⁶⁹⁷ TF du 30 avril 1992, *O. et consorts c. V.*, inédit. Voy. le résumé fait par PERRET, p. 597-599.

³⁶⁹⁸ En 2002, les juridictions neuchâteloises soutinrent l'exact contraire de l'arrêt du Tribunal fédéral de 1992 : BOHNET, CPCN commenté, n° 4 ad art. 56 CPC NE.

³⁶⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1980, Bull. civ. I, n° 177.

présence d'un véritable « *élargissement de la matière litigieuse.* »³⁷⁰⁰ Une demande d'attribution préférentielle d'un bien implique ainsi le pouvoir pour le juge d'en fixer le prix³⁷⁰¹. La contestation du principe de la responsabilité permet au juge d'examiner d'office le montant des dommages-intérêts³⁷⁰². La demande en annulation d'une délibération d'une assemblée de copropriétaires permet au juge d'ordonner toutes les mesures propres au rétablissement des droits des copropriétaires lésés³⁷⁰³. Saisi d'une demande tendant uniquement « *à organiser une expertise aux fins de rechercher les causes du désordre affectant un immeuble, à indiquer les remèdes à y apporter et à dire à qui il convient d'en imputer la responsabilité* » le juge peut en déduire qu'il se trouve en présence d'une demande implicite en responsabilité contre les constructeurs de l'immeuble³⁷⁰⁴. De même, l'assignation en garantie se référant aux conclusions déposées dans le litige principal sans solliciter formellement la condamnation du garant³⁷⁰⁵ contient une demande implicite en ce sens. La demande en résolution d'un contrat englobe celle en annulation de la lettre de change acceptée en exécution de ladite convention³⁷⁰⁶. En matière sociale, les pouvoirs du juge sont encore plus étendus. La Cour de cassation a considéré qu'un employé demandant une indemnité « *pour licenciement abusif* » demandait implicitement une indemnité pour irrégularité de la procédure de licenciement³⁷⁰⁷. L'arrêt indique, à ce propos, « *qu'en demandant une indemnité pour licenciement "abusif" le salarié avait invoqué le maximum des droits auxquels il pouvait prétendre, sa demande tendant à faire réparer aussi bien le préjudice subi du fait du licenciement que le cas échéant celui résultant de l'irrégularité de la procédure* ».

1010. La pratique des tribunaux suisses présente plusieurs similitudes avec celle des juridictions françaises, tout en demeurant souvent en retrait. Le concept de demandes implicites n'est pas entièrement inconnu de la jurisprudence suisse. La doctrine s'y réfère parfois, mais sans trop préciser le sens qu'il faut leur donner³⁷⁰⁸. La notion de demandes

³⁷⁰⁰ MAUGAIN, p. 271. Voy. également : MIGUET, p. 274-275.

³⁷⁰¹ Cass. 1^{ère} civ., 20 octobre 1987, Bull. civ. I, n° 272.

³⁷⁰² Cass. 1^{ère} civ., 10 juin 1980, Bull. civ. I, n° 177.

³⁷⁰³ Cass. 3^{ème} civ., 4 juillet 1990, D. 1991. 523 (note Atias).

³⁷⁰⁴ Cass. 3^{ème} civ., 19 mars 1985, Bull. civ. III, n° 58. Voy. pourtant Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 1993, Bull. civ. I, n° 138 qui refuse d'accorder l'exequatur à un jugement malien au motif que la requête introductive d'instance ne portait que sur « *la réclamation de droit et le franc symbolique de dommages-intérêts pour préjudice moral* », ce qui équivalait à une absence d'objet du litige et constituait une violation de l'ordre public procédural français.

³⁷⁰⁵ Cass. com., 7 mars 1989, Gaz. Pal. 1989. 1 somm. 89.

³⁷⁰⁶ Cass. com., 10 novembre 1982, JCP 1983 éd. G IV 33.

³⁷⁰⁷ Cass. soc., 20 juin 1990, Bull. civ. V, n° 300. Voy. également Cass. soc., 27 juin 1990, Bull. civ. V, n° 319.

³⁷⁰⁸ Voy. MESSMER/IMBODEN, p. 160 qui semblent limiter ce concept aux demandes allant moins loin que ce que les parties demandent ; POUDRET/SANDOZ-MONOD, n° 2.2.2 ad art. 63 OJF. *Apparemment opposé* : Isaak MEIER, Iura novit curia – Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse Zurich,

implicites se retrouve dans la doctrine³⁷⁰⁹ et dans la jurisprudence, plus particulièrement en matière de responsabilité civile. L'indemnisation maximale que le juge peut allouer y est déterminée par le cumul des prétentions présentées par le lésé. La juridiction peut ainsi octroyer un montant plus élevé au titre d'un des postes du préjudice, si elle alloue moins pour un autre³⁷¹⁰. Cela est possible même en instance de recours et en l'absence de recours du demandeur sur le poste diminué du préjudice³⁷¹¹ ou concernant les intérêts³⁷¹². Deux auteurs réservent toutefois le cas où chaque poste du dommage fait l'objet d'une demande séparée³⁷¹³. Cette distinction est inconnue de la jurisprudence et devrait pour cette seule raison être abandonnée. D'ailleurs, elle revient à sanctionner le demandeur qui prend la peine de rédiger ses actes de procédure avec plus de soin.

1011. On retrouve une certaine souplesse dans la jurisprudence relative aux modalités particulières auxquelles sont assujetties certaines obligations. Saisi d'une demande tendant à obtenir l'exécution d'un contrat moyennant réciprocité de la part du demandeur (*trait pour trait*), le tribunal peut ainsi accorder une condamnation pure et simple même si le demandeur n'a conclu qu'à la condamnation conditionnelle³⁷¹⁴, le contraire étant aussi possible³⁷¹⁵. La juridiction peut aussi octroyer individuellement ce qui est demandé à titre de solidarité active³⁷¹⁶.

1012. S'agissant de l'action en paternité, la jurisprudence n'est pas constante. Un arrêt de 1957 admet que la demande en désaveu de paternité soit présentée sous la forme d'une action en constatation³⁷¹⁷. Le demandeur avait conclu devant les juridictions cantonales « à ce qu'il soit judiciairement constaté qu'il est impossible que le demandeur

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1975, p. 31-32 qui rejette la théorie selon laquelle l'objet du litige, soit les prétentions des parties, sont définies par le « *but visé par la demande en justice* » (*Zielrichtung der Klage*).

³⁷⁰⁹ Voy. par exemple : BOHNET, CPCN commenté, n° 3 ad art. 56 CPC NE pour qui « *la conclusion tendant à l'attribution du logement conjugal tend implicitement à celle du mobilier garnissant le logement.* » L'arrêt cité (Trib. cant. NE, 25 avril 1963, cons. 4, RJN 3 I 80) parle d'interprétation des conclusions.

³⁷¹⁰ TF du 19 février 2007, 5P.481/2006, cons. 4, RSPC 2007, p. 242-243 (note Schweizer) ; ATF 119 II 396. Voy. en doctrine : DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 4287 ad art. 107 LTF ; Daniel GLASL, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 22 ad art. 58 CPC 2008 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 158 (ad art. 58 CPC 2008) ; Thomas SUTTER-SOMM/Gregor VON ARX, in° SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 10 ad art. 58 CPC 2008 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 112.

³⁷¹¹ ATF 63 II 330, cons. 4.

³⁷¹² TF du 27 mars 2006, 4P.322/2005, cons. 3.2.2, RSPC 2006, pp. 253 ss (note Hegetschweiler). Voy. en doctrine : Jacques HALDY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 4 ad art. 58 CPC 2008.

³⁷¹³ Jacques HALDY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 3 ad art. 58 CPC 2008 ; Philippe SCHWEIZER, Note sous TF du 7 septembre 2006, 4P.134/2006, RSPC 2007, p. 13.

³⁷¹⁴ TF du 7 septembre 2007, 4P.16/2007, cons. 4.1, RSPC 2008, p. 246-247.

³⁷¹⁵ C'est l'hypothèse envisagée en doctrine : Daniel GLASL, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 21 ad art. 58 CPC 2008 ; Paul OBERHAMMER, in OBERHAMMER, n° 3 ad art. 58 CPC 2008.

³⁷¹⁶ TF du 19 janvier 2007, 4P.284/2006, cons. 3, RSPC 2007, p. 245 (note Schweizer).

³⁷¹⁷ ATF 82 II 173.

soit le père de l'enfant M. P. mis au monde par la défenderesse le 15 février 1953 »³⁷¹⁸. L'action avait été déclarée irrecevable par le Tribunal cantonal des Grisons qui y voyait une action en constatation inadmissible. Le Tribunal fédéral, prononça lui-même le désaveu de paternité, considérant que les intentions du demandeur étaient claires³⁷¹⁹. En revanche, dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a exclu qu'une action irrecevable en désaveu de paternité puisse être transformée en action en constat de l'inexistence du lien de filiation sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁷²⁰.

1013. Il est délicat, si ce n'est impossible, de résumer en quelques phrases la jurisprudence que nous venons de présenter. Il nous semble toutefois que les juridictions suisses ont une conception plus étroite de l'office du juge en matière de prétentions que leurs homologues français. Un exemple tiré du droit de la famille est révélateur. Pendant longtemps le Tribunal fédéral considérait que les tribunaux pouvaient octroyer d'office un montant en capital à la place d'une pension alimentaire après divorce, mais il a récemment modifié sa jurisprudence³⁷²¹, ce qui a suscité des critiques parfaitement légitimes³⁷²². Le droit français part du principe exactement opposé³⁷²³. Les obligations alimentaires entre époux sont remplacées par le versement d'un montant en capital³⁷²⁴. Celui-ci est susceptible d'être échelonné sous la forme d'une pension alimentaire versée

³⁷¹⁸ La procédure s'était déroulée en allemand, si bien que la conclusion formulée était la suivante (cons. A) : « *Es sei gerichtlich festzustellen, dass der Kläger unmöglich der Vater des durch die Beklagte am 15. Februar 1953 geborenen Knaben M. P. sein kann* ».

³⁷¹⁹ ATF 82 II 173, cons. 1 *in fine*.

³⁷²⁰ TF du 31 août 2009, 5A_298/2009, cons. 5 : « *Die Unterschiede zwischen der Anfechtungsklage als Statusklage und einer Feststellungsklage sind zudem solcher Art, dass nicht gesagt werden könnte, eine solche sei im Verhältnis zu jener lediglich ein Minus. Es handelt sich vielmehr um einen anderen Anspruch, der selbständig geltend zu machen wäre, so dass es nicht angehe, die strittige Anfechtungsklage subsidiär als Feststellungsklage zu behandeln.* » L'action en constatation de l'absence de lien de filiation a été introduite par le Tribunal fédéral suite à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH, *Jäggi c. Suisse*, n° 58757/00, arrêt du 13 juillet 2006) constatant une violation de l'art. 8 CEDH en raison du délai dans lequel une action en paternité doit être introduite (voy. ATF 134 III 241, JdT 2009 I 411, RDAF 2009 I 413, FamPra 2008, p. 674). Le Tribunal fédéral a préféré créer une nouvelle action plutôt que d'assouplir sa jurisprudence concernant l'action en paternité, ce qui est en soi critiquable. Le droit français est un peu plus souple que la législation suisse, sans toutefois que des violations de l'art. 8 CEDH ne soient entièrement exclues. L'action en contestation de paternité peut être introduite dans les cinq ans suivant la perte de la possession d'état ou le décès du parent dont le lien de filiation est contesté (art. 333 al. 1 C. civ.). Si la possession d'état conforme au titre a duré plus de cinq ans dès la naissance ou la reconnaissance, seul le ministère public peut agir (art. 333 al. 2 C. civ.). L'action en recherche de paternité ou de maternité doit être intentée par l'enfant dans les dix ans suivant la majorité (art. 321 C. civ.). Elle suppose une destruction préalable d'un autre lien de filiation (art. 320 C. civ.). Voy. pour la situation avant les réformes de 2005 et 2009 : CourEDH, *Pascaud c. France*, n° 19535/08, arrêt du 16 juin 2011.

³⁷²¹ ATF 132 III 593, cons. 7.3 *in fine*, JdT 2007 I 125.

³⁷²² Suzette SANDOZ, Note sous ATF 132 III 593, JdT 2007 I 129. Voy. également : DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 4285 ad art. 107 LTF.

³⁷²³ D'ailleurs le juge est également libre de choisir, en matière de responsabilité civile, « *le procédé d'indemnisation qui s'adapte le mieux à la situation de la victime.* » (MAUGAIN, p. 272).

³⁷²⁴ Art. 270 al. 2 C. civ.

pendant huit ans au maximum³⁷²⁵. La Cour de cassation ne fait aucune difficulté pour retenir que cet échelonnement peut être ordonné en l'absence de toute demande expresse, à condition de respecter le principe du contradictoire³⁷²⁶. La grande souplesse dont fait preuve la jurisprudence française concernant l'extension des prétentions des parties demeure, à notre avis, parfaitement compatible avec la maxime de disposition. Elle permet de remédier pleinement aux erreurs des parties et écarte ainsi tout risque de formalisme excessif³⁷²⁷. Les juridictions suisses devraient s'en inspirer et faire preuve d'une plus grande audace.

B) Les pouvoirs élargis du juge quant aux moyens de droit

1014. A la différence des faits et des prétentions, à l'égard desquels son office est limité, le juge dispose de pouvoirs élargis pour les moyens de droit. Il peut ainsi corriger les erreurs de raisonnement juridique (1) et procéder à la requalification des faits et des actes (2).

1) La correction des erreurs de raisonnement juridique

1015. La correction des erreurs de raisonnement juridique par le juge paraît relever de l'évidence. Il nous faut toutefois définir brièvement le concept. A notre avis, il y a erreur de raisonnement juridique quand une des parties omet d'invoquer une disposition pertinente, ou lui confère une portée qu'elle n'a pas. Il serait dans ce cas excessivement formaliste que de les contraindre à rejeter un moyen d'attaque ou de défense pour le seul motif que le raisonnement n'est pas entièrement correct. Des obstacles existent cependant dans les deux ordres juridiques de référence. Le droit français est marqué par une certaine imprécision, conséquence des débats ayant entouré l'adoption du Code de procédure civile en 1975 (a). Quant au droit suisse, il suit une approche restrictive concernant les moyens fondés sur la violation des droits constitutionnels qui ne peuvent être relevés d'office par Tribunal fédéral (b).

³⁷²⁵ Art. 275 al. 1 C. civ.

³⁷²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 20 septembre 2006, Bull. civ. I, n° 410, RTD civ. 2007, p. 176 (chron. Perrot).

³⁷²⁷ Théoriquement, le refus de requalifier ne cause aucun problème, car le demandeur peut toujours intenter une nouvelle action en faisant valoir correctement ses prétentions. Toutefois, un délai pour agir peut s'être écoulé dans l'intervalle et il est douteux que la première action engagée puisse valablement l'interrompre.

a) Les incertitudes entourant de l'office du juge
en droit français

1016. Nous avons précédemment vu que les dispositions du Code de procédure civile de 1975 avaient été contestées devant le Conseil d'Etat qui avaient annulé certaines d'entre elles, notamment l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile autorisant le juge à relever d'office les moyens de pur droit³⁷²⁸. Cette disposition n'a pas été réintroduite par le législateur³⁷²⁹. Il ne serait donc pas exagéré d'en déduire que le juge est privé du pouvoir de relever d'office un argument juridique. En pareil cas, toute correction d'une erreur de raisonnement deviendrait impossible, car il serait interdit au juge d'examiner des arguments juridiques que les parties n'auraient pas présentés. Pareille interprétation se heurterait également à l'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile, au terme duquel le juge « *doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits* ». Or il est indiscutable que « *toute opération de requalification implique le relevé d'office d'un moyen de droit* »³⁷³⁰. Dès lors, la seule solution possible consiste à admettre, en dépit de la disparition, de l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile, que l'office du juge implique également le relevé d'office des moyens de pur droit³⁷³¹. Dans la même veine, l'article 620 du Code de procédure civile autorise la Cour de cassation à accueillir, ou rejeter, un pourvoi sur la base de moyens de pur droit qui n'ont pas été invoqués par les parties. Il serait dès lors incongru que les juridictions inférieures se voient interdire ce que la juridiction suprême est autorisée à faire³⁷³². La faculté de relever d'office les moyens de pur droit s'impose donc, quelque soit l'angle sous lequel la question est examinée. Ce principe posé, voyons maintenant quel est le sort des parties lorsqu'elle commettent une erreur de raisonnement juridique.

1017. La doctrine considère sans grande difficulté que le juge peut rectifier les raisonnements juridiques erronés des parties³⁷³³. L'annulation de l'alinéa 3 de l'article 12 est présentée comme une « *première vicissitude initiale* »³⁷³⁴. La jurisprudence est en revanche plus laconique. La Cour de cassation estime ainsi que les juridictions peuvent vérifier d'office que les conditions d'application d'un texte invoqué par les parties sont

³⁷²⁸ Cf. supra, n° 200.

³⁷²⁹ Cf. supra, *ibid.*

³⁷³⁰ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 416.

³⁷³¹ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 427-428.

³⁷³² Voy. EUDIER, *Ordre public substantiel*, pp. 329 ss.

³⁷³³ CADIET/JEULAND, p. 380 ; COUCHEZ/LAGARDE, p. 273 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 409 ; HÉRON/LE BARS, p. 221.

³⁷³⁴ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 415.

remplies, même en l'absence de débat à ce sujet³⁷³⁵. Cette obligation implique donc de corriger le raisonnement juridique des parties.

1018. S'il semble désormais incontestable que le juge peut pallier les lacunes des parties, il n'en demeure pas moins que les incertitudes entourant la rédaction de l'article 12 du Code de procédure civile continuent de projeter leur ombre sur l'office du juge³⁷³⁶.

b) L'interdiction de relever d'office les moyens
fondés sur les droits fondamentaux en droit
suisse

1019. Aux termes de l'article 106 alinéa 2 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, la juridiction suprême suisse « *n'examine la violation de droits fondamentaux ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant.* » Le Tribunal fédéral en déduit qu'il ne peut examiner un moyen tiré de la violation des droits fondamentaux que si la partie recourante « *satisfait au principe d'allégation [...], en indiquant précisément quelle disposition constitutionnelle a été violée* »³⁷³⁷. On observe en parallèle qu'il arrive à la Cour de cassation française de relever d'office un moyen tiré de la violation de la Convention européenne des droits de l'Homme³⁷³⁸. Le Tribunal fédéral semble dès lors démunie en comparaison avec son homologue français. Vu la précision du texte légal, il est cependant impossible de contourner l'obstacle par le biais de l'interprétation raisonnable.

1020. On observe toutefois que la jurisprudence tend à adoucir quelque peu les rigueurs de l'article 106 alinéa 2 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral. Cela ressort d'un arrêt récent. La partie recourante avait taxé d'« *arbitraire* » les constatations de faits auxquelles la juridiction cantonale s'était livrée. Le Tribunal fédéral a estimé que cela revenait à invoquer implicitement l'interdiction constitutionnelle de l'arbitraire³⁷³⁹. A notre avis, cette approche peut être étendue à d'autres situations. Lorsqu'une partie se

³⁷³⁵ Anger, 7 juin 2011, RG n° 10/01241 ; Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1994, Bull. civ. I, n° 66 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 avril 1984, Bull. civ. I, n° 130 ; Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 1975, Bull. civ. II, n° 96.

³⁷³⁶ En ce sens : GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 414-415 ; MAUGAIN, p. 330.

³⁷³⁷ Voy. récemment : TF du 12 avril 2012, 5A_436/2011 et 5A_443/2011, cons. 3.1.

³⁷³⁸ Le relevé d'office est toutefois le fait presque exclusif de la chambre sociale : Cass. soc., 13 juin 2007, pourvoi n° 05-43225 ; Cass. soc., 28 janvier 2005, pourvoi n° 02-46378 ; Cass. soc., 30 septembre 2003, pourvoi n° 02-40963 ; Cass. soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 01-20285 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 juillet 1999, pourvoi n° 97-19319 ; Cass. soc., 8 avril 1999, pourvoi n° 97-18956 ; Cass. soc., 8 avril 1999, pourvoi n° 97-19882 ; Cass. soc., 14 janvier 1999, Bull. civ. V, n° 24 ; Cass. soc., 8 janvier 1997, Bull. civ. V, n° 11. Voy. pour plus de précisions concernant la problématique de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux : Eva BRUCE, La cour de cassation française et l'application d'office de la Convention européenne des droits de l'Homme, RTDH 2005, pp. 401 ss, spécialement pp. 438 ss.

³⁷³⁹ TF du 25 juillet 2012, 5A_377/2012, cons. 1.

plaint de violation des articles 52 à 54 du Code de procédure civile, elle ne fait que dénoncer une violation des droits fondamentaux correspondants. Les griefs en découlant peuvent donc être examinés d'office par le Tribunal fédéral, lors même que la Constitution, ou la Convention européenne des droits de l'Homme, ne seraient pas mentionnées expressément. Il s'agit cependant des seuls accommodements que l'interprétation raisonnable est susceptible d'offrir.

2) La requalification des faits et des actes

1021. La requalification des faits et des actes est envisagée de manière différente en droit français, plus souple (a), qu'en droit suisse, moins favorable à une intervention du juge (b).

a) Droit français

1022. La requalification des faits et des actes par les juridictions françaises découle du texte même de l'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile sur lequel s'aligne la doctrine³⁷⁴⁰. La pratique en fait un usage assez large. Ainsi la responsabilité délictuelle peut être remplacée par la responsabilité contractuelle³⁷⁴¹ et vice versa³⁷⁴². Le juge est autorisé à faire application des dispositions spéciales en matière de copropriété au lieu des règles générales du Code civil sur le régime des biens³⁷⁴³. S'agissant des contrats, la requalification a été fréquemment admise par la jurisprudence. Un partage peut être requalifié en transaction³⁷⁴⁴, une clause contractuelle concernant une indemnité d'occupation en clause pénale³⁷⁴⁵, une donation en vente³⁷⁴⁶, un contrat de travail en mandat spécial de gestion³⁷⁴⁷. En revanche, le juge ne peut, en l'absence de demande expresse de l'employé, requalifier un contrat de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée³⁷⁴⁸.

1023. Le Code de procédure civile français reconnaît aux parties le pouvoir de lier le juge par un accord portant sur la qualification des « *droits dont elles ont la libre*

³⁷⁴⁰ Voy. parmi tant d'autres : BOLARD, Les garanties du procès civil, p. 587, n° 221.121 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, pp. 412 ss.

³⁷⁴¹ Cass. com., 7 décembre 2010, pourvoi n° 09-67344. La jurisprudence était autrefois plus restrictive, voy. BACACHE, p. 27-28 et pp. 38 ss et les arrêts cités.

³⁷⁴² Paris, 15 mai 2012, RG n° 11/025877.

³⁷⁴³ Bastia, 26 octobre 2011, RG n° 10/005051.

³⁷⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 1981, Bull. civ. I, n° 250.

³⁷⁴⁵ Cass. 3^{ème} civ., 18 janvier 1989, Bull. civ. III, n° 15.

³⁷⁴⁶ Reims, 2 juin 2008, RG n° 06/3247.

³⁷⁴⁷ Cass. com., 19 juin 2001, pourvoi n° 98-19382.

³⁷⁴⁸ Cass. soc., 30 octobre 2002, Bull. civ. V, n° 332, D. 2002 IR 3124, Procédures 2003 comm. 38 (note Perrot).

disposition. »³⁷⁴⁹ La Cour de cassation n'admet une telle convention de qualification qu'avec les plus grandes réserves, et ne se satisfait pas d'une simple concordance des conclusions³⁷⁵⁰, à moins qu'on ne se trouve en présence d'un litige international³⁷⁵¹. Sur ce dernier point, d'autres considérations de droit international privé³⁷⁵² prennent le pas et permettent, à notre avis, de se montrer plus sévère avec les parties. Le pouvoir de requalification du juge est donc malgré tout préservé, en tout cas dans une mesure suffisante pour éviter une situation de formalisme excessif.

b) Droit suisse

1024. La requalification des faits ou des actes est admise au titre du principe *iura novit curia*. Le Tribunal fédéral considère que « *s'il incombe aux parties d'alléguer et de prouver les faits justifiant leurs conclusions, il appartient en revanche au juge, qui applique le droit d'office, de rechercher la règle de droit matériel abstraite applicable à ces faits et d'en tirer les conséquences juridiques sur la prétention réclamée par le demandeur; à cet égard, il n'est pas limité par l'argumentation des parties et peut se fonder sur tous les éléments de fait qui se trouvent dans le cadre du procès, peu importe la partie qui les a allégués et prouvés* »³⁷⁵³. La qualification, voir la requalification, font donc partie de l'office du juge, à l'instar de ce qui existe en droit français.

1025. C'est ainsi qu'une juridiction cantonale peut requalifier un contrat d'agence en contrat d'engagement d'un voyageur de commerce³⁷⁵⁴ ou qu'elle peut retenir qu'il existe une société simple entre les parties en raison de la décision d'acheter ensemble un terrain à bâtir et de consulter le même bureau d'architecte dans le but d'y faire ériger des immeubles³⁷⁵⁵. Il arrive également que le Tribunal fédéral procède lui-même à la requalification³⁷⁵⁶, passant ainsi de l'action délictuelle à l'action contractuelle³⁷⁵⁷ ou de

³⁷⁴⁹ Art. 12 al. 3 CPC 1975.

³⁷⁵⁰ Cass. 2^{ème} civ., 14 septembre 2006, Bull. civ. II, n° 217 ; Cass. 1^{ère} civ., 27 octobre 1992, Bull. civ. I, n° 261 ; Cass. 3^{ème} civ., 10 octobre 1979, Bull. civ. III, n° 175. MAUGAIN, p. 312.

³⁷⁵¹ Voy. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 2001, Bull. civ. I, n° 189.

³⁷⁵² Il s'agit de toute la problématique de l'élection de droit *a posteriori*.

³⁷⁵³ TF du 19 mars 2012, 5A_561/2011, cons. 12.1 ; ATF 129 III 663, cons. 3.2.

³⁷⁵⁴ ATF 129 III 663, cons. 3.2.

³⁷⁵⁵ TF du 30 août 2011, 4A_491/2010, cons. 2.3 (non publié in ATF 137 III 455).

³⁷⁵⁶ Pour une présentation complète de la jurisprudence : DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 4236 ad art. 106 LTF ; Bernard CORBOZ, in CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 27 ad art. 106 LTF ; Ulrich MEYER/Johanna DORMANN, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 8 ad art. 106 LTF.

³⁷⁵⁷ ATF 70 II 215, cons. 2.

cette dernière à l'enrichissement illégitime³⁷⁵⁸. Le juridiction suprême relève également d'office la nullité d'un contrat pour vice de forme d'un contrat³⁷⁵⁹.

1026. Les pouvoirs des juridictions sont toutefois limitées par les faits du litige. Pour requalifier, il faut que « *l'état de fait soumis au juge réponde aux conditions posées par les dispositions applicables* »³⁷⁶⁰. Le Tribunal fédéral peut appliquer d'office les dispositions relatives à la responsabilité contractuelle, même si la juridiction cantonale s'est fondée sur la responsabilité délictuelle, à condition qu'il ressorte du dossier que le lésé avait passé, même oralement, un contrat avec l'auteur du dommage³⁷⁶¹. Un autre exemple ressort indirectement de la jurisprudence concernant les moyens nouveaux en appel. Le Tribunal fédéral n'admet pas qu'une partie plaide pour la première fois en appel l'existence d'une société simple en l'absence d'éléments de fait permettant d'en déduire qu'il existait l'*animus sociandi* entre les différentes parties³⁷⁶². Par voie de conséquence, il serait également interdit au juge de requalifier un contrat en contrat de société s'il ne dispose pas de tous les éléments factuels permettant de conclure à l'existence de la volonté des parties de s'associer.

§ 2 : La nature des pouvoirs judiciaires

1027. Afin d'être pleinement au service des parties, et donc de l'interdiction du formalisme excessif, l'office du juge doit être obligatoire. Malheureusement, cette situation est loin d'être le cas, que ce soit en France ou en Suisse. Dans les deux pays, la question est marquée par une grande ambiguïté qui se résout au détriment des justiciables. En effet, les dispositions applicables sont peu précises (A) et la pratique en profite pour rendre l'office du juge facultatif (B).

A) Le caractère ambigu des textes légaux

1028. Le caractère ambigu de l'office du juge concerne aussi bien les juridictions inférieures (1) que la juridiction suprême (2).

³⁷⁵⁸ ATF 64 II 264, cons. 2.

³⁷⁵⁹ ATF 98 II 313, cons. 2 où la nullité est envisagée d'office avant d'être écartée (!) Un arrêt plus récent réserve le droit cantonal contraire et fait implicitement dépendre le relevé d'office de la nullité du fait qu'une des parties s'était prévalu du vice de forme sans en déduire toutes les conséquences : TF du 3 mai 2010, 4A_556/2009, cons. 3.2. Un arrêt ultérieur semble toutefois partir de l'idée que la réserve du droit cantonal constituait en fait un argument opposé à la partie recourante qui voulait limiter l'office du juge sur ce point et qu'elle avait essentiellement une portée rhétorique (TF du 21 novembre 2011, 4A_237/2011, cons. 6.2). De toute façon, elle est désormais inopérante.

³⁷⁶⁰ ATF 64 II 264, cons. 2.

³⁷⁶¹ ATF 70 II 215, cons. 3.

³⁷⁶² TF du 2 mai 2012, 4A_69/2012, cons. 3.3.2.

1) Devant les juridictions inférieures

1029. Devant les juridictions inférieures, soit la première instance et la première juridiction de recours³⁷⁶³, l'office du juge est régi par les dispositions générales de procédure (a), dont l'application aux voies de recours est discutée (b).

a) Les principes généraux de procédure

1030. L'article 57 du Code de procédure civile suisse dispose sobrement que « *le tribunal applique le droit d'office* ». Si nous pouvons admettre, sans difficulté, avec la doctrine³⁷⁶⁴ que l'office du juge est obligatoire concernant l'application des règles de droit, soit le raisonnement juridique, cela ne règle pas la question des faits et des prétentions des parties. Nous avons, en effet, pu constater que les juridictions suisses possèdent également certains pouvoirs d'intervention en la matière³⁷⁶⁵. Il n'est cependant nulle part indiqué si elles sont tenues de faire usage de telles facultés. Ces incertitudes s'expliquent, à notre avis, par le fait que l'existence de l'office du juge est contestée sur ce point. L'essentiel du débat se concentre donc sur cette question, sans aller jusqu'à se prononcer sur leur nature.

1031. S'agissant du droit français, la question de l'office du juge est en apparence traitée de manière plus détaillée dans le Code de procédure civile de 1975. Ainsi, le juge « *tranche le litige conformément aux règles de droit* »³⁷⁶⁶ et « *il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux.* »³⁷⁶⁷ Le texte légal semble donc plaider en faveur d'un office obligatoire du juge. C'est toutefois sans compter sur les doutes que laisse toujours planer l'annulation de l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile par le Conseil d'Etat et sur l'article 7 alinéa 2 au terme duquel « *le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués.* »³⁷⁶⁸

³⁷⁶³ Il s'agit du Tribunal cantonal en Suisse et de la Cour d'appel en France.

³⁷⁶⁴ La question ne fait pas l'objet de longues discussions. Voy. parmi tant d'autres : Thomas SUTTER-SOMM/Gregor VON ARX, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 4 ad art. 57 CPC 2008 (« *Die Parteien haben dem Gericht den strittigen Sachverhalt vorzulegen und das Gericht muss dann die Rechtsanwendung vornehmen* ») ; WIEGAND, p. 134.

³⁷⁶⁵ Cf. supra, n° 997 ss (exposé des faits) et n° 1008 (modification des prétentions).

³⁷⁶⁶ Art. 12 al. 1 CPC 1975.

³⁷⁶⁷ Art. 12 al. 2 CPC 1975.

³⁷⁶⁸ En ce sens : GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 415.

b) L'application à la juridiction inférieure de
recours

1032. L'application des principes généraux aux procédures de recours ne fait l'objet d'aucun débat particulier en droit français. En droit suisse, la doctrine admet unanimement l'application du droit d'office en appel³⁷⁶⁹. S'agissant du recours limité au droit, on rencontre plusieurs opinions défavorables³⁷⁷⁰. Celles-ci ne reposent sur aucune disposition légale. Elles remettent subrepticement en cause la nature obligatoire de l'office du juge et contribuent à entretenir le climat d'incertitude.

2) Devant la juridiction suprême

1033. S'agissant de la nature de l'office de la juridiction suprême, droit suisse et droit français optent pour une approche différente. Alors que le premier s'inscrit dans le prolongement direct des principes applicables en première instance et devant le tribunal cantonal (a), le second semble ébaucher une solution particulière pour la juridiction suprême (b).

a) En droit suisse : fidélité aux principes

1034. L'article 106 alinéa 1 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral a exactement la même formulation que l'article 57 du Code de procédure civile. On peut en déduire sans difficulté que la nature de l'office du juge devrait être la même devant le Tribunal fédéral et devant les juridictions cantonales. Le second alinéa de l'article 106, interdisant de relever d'office les moyens tirés de la violation des droits constitutionnels³⁷⁷¹, n'exerce aucune influence sur le caractère obligatoire de l'office du juge. Il restreint, en effet, l'étendue des pouvoirs de la juridiction suprême sans porter atteinte à leur nature.

³⁷⁶⁹ Voy. Myriam A. GEHRI, *in* SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 7 ad art. 57 CPC 2008 ; Myriam A. GEHRI/Bettina FLÜTSCH, *in* GEHRI/KRAMER, n° 5 ad art. 57 CPC 2008 ; Michael GRABER, *Die Berufung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, thèse Berne, Coll. Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht/Etudes de droit de procédure civile Suisse, Dike Verlag AG, Zurich/Saint-Gall, 2011, pp. 153 ss ; Jacques HALDY, *in* BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 4 ad art. 57 CPC 2008 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 125 ; Paul OBERHAMMER, *in* OBERHAMMER, n° 2 ad art. 57 CPC 2008 ; Peter REETZ/Stefanie THEILER, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 36 ad art. 311 CPC 2008 ; SEILER, *Die Berufung*, p. 174-175 et 377 ; TAPPY, *Les voies de droit*, p. 134.

³⁷⁷⁰ GASSER/RICKLI, n° 3 ad art. 57 CPC 2008 ; Daniel GLASL, *in* BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 22 ad art. 57 CPC 2008 ; KUSTER, p. 126 ; SPÜHLER/DOGLER/GEHRI, p. 99. Voy. également HAFTER, p. 242 ; Dieter FREIBURGHaus/Susanne AFHELDT, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 15 ad art. 321 CPC 2008 qui mentionnent uniquement la « *Rügepflicht* » du recourant sans indiquer si elle exclut toute obligation à charge du juge.

³⁷⁷¹ Cf. supra, n° 987.

b) En droit français : ébauche d'une solution particulière

1035. L'article 620 du Code de procédure civile français prévoit que la Cour de cassation « *peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné* »³⁷⁷² et qu'« *elle peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit.* »³⁷⁷³ Cela signifie-t-il que le législateur voulait rendre l'office du juge facultatif en degré de cassation ? La question n'a guère occupé les esprits. Certains auteurs considèrent que les dispositions générales demeurent applicables en instance de cassation³⁷⁷⁴. D'autres soutiennent le contraire³⁷⁷⁵. La jurisprudence ne s'est jamais prononcée à ce propos. Lorsqu'elle fait application de l'article 620 du Code de procédure civile, la Cour de cassation ne révèle pas les motifs de son intervention³⁷⁷⁶.

B) Un office pratiquement facultatif

1036. Comme annoncé, la pratique des juridictions françaises et suisses tend à rendre l'office du juge facultatif. Pour cela diverses stratégies de relativisation sont mises en œuvre (1). Celles-ci déploient certaines conséquences sur le formalisme de la procédure (2)

1) Les stratégies de relativisation

1037. Les tribunaux suisses et français conçoivent de manière différente les stratégies de relativisation de l'office du juge. Alors qu'en France une solution radicale, chirurgicale, est appliquée (a), le droit suisse paraît plus nuancé, même si le résultat est finalement le même (b).

a) La solution chirurgicale du droit français

1038. Le caractère facultatif de l'office du juge en droit français découle clairement d'un arrêt rendu par la Cour de cassation en assemblée plénière le 21 décembre 2007 et au terme duquel « *si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs*

³⁷⁷² Art. 620 al. 1 CPC 1975.

³⁷⁷³ Art. 620 al. 2 CPC 1975.

³⁷⁷⁴ EUDIER, *Ordre public substantiel*, p. 330.

³⁷⁷⁵ HÉRON/LE BARS, p. 692, note de bas de page n° 151.

³⁷⁷⁶ Voy. récemment : Cass. 1^{ère} civ., 29 février 2012, Bull. civ. I, n° 44 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 décembre 2011, pourvoi n° 10-16857 ; Cass. soc., 8 juin 2011, pourvoi n° 08-45568.

*prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes »*³⁷⁷⁷

1039. Cette jurisprudence a été critiquée en doctrine³⁷⁷⁸, au motif qu'elle se heurte au texte de l'article 12 alinéa 1 du Code de procédure civile³⁷⁷⁹ et constitue une régression par rapport à certains arrêts antérieurs³⁷⁸⁰. Comment le juge peut-il satisfaire à son obligation de requalification s'il n'est pas tenu de modifier le fondement juridique de la demande ? Pareille « *distinction est artificielle* » et ouvre la porte à l'arbitraire³⁷⁸¹. En effet, requalifier des faits ou des actes implique d'« *écarter la règle de droit selon laquelle ils avaient été qualifier pour lui en substituer une autre* », ce qui peut obliger de modifier le fondement juridique de la demande³⁷⁸². Il semble que la juridiction suprême se soit inspirée d'une ancienne jurisprudence selon laquelle le juge applique certes d'office le droit, mais ne peut se fonder sur une autre cause de responsabilité que celle invoquée par les parties³⁷⁸³.

1040. La solution retenue par la Cour de cassation fait, par ailleurs, dépendre la nature de l'office du juge du type de procédure³⁷⁸⁴. Les parties ne sont pas toujours tenues de préciser le fondement juridique de leurs demandes³⁷⁸⁵. Si la qualification juridique n'est pas obligatoire, il incombera au juge d'y procéder³⁷⁸⁶. En procédure écrite devant le tribunal de grande instance, l'assignation³⁷⁸⁷ et les conclusions³⁷⁸⁸ doivent comporter une motivation juridique. L'office du juge est ainsi entièrement facultatif devant cette

³⁷⁷⁷ Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, Bull. civ. ass. plén., n° 10 ; BICC du 15 avril 2008, pp. 18 ss (rapport Loriferne et avis de Gouttes) ; D. 2008. 228 (obs. Dargent), JCP 2008 éd. G I 138 (obs. Amrani), JCP 2008 éd. G II 10006 (note Weiler).

³⁷⁷⁸ Pour une synthèse des différentes opinions : MAUGAIN, pp. 334 ss et Corinne BLÉRY, Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile, Procédures 2012, Etude n° 6, n° 1 ss. Voy. également : NORMAND/BLÉRY, J.-Cl. Procédure fasc. 152, n° 76. Favorable à une simple faculté de relever d'office les moyens de pur droit : Jean-Michel HOCQUARD, Le plaideur, l'avocat et le nouveau Code de procédure civile, in Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), Coll. Etudes juridiques, vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 64 ss, spécialement p. 66.

³⁷⁷⁹ Voy. Ioannis DELICOSTOPOULOS/Constantin DELICOSTOPOULOS, L'autorité de la chose jugée et les faits, in Justices et droit du procès – Du légalisme processuel à l'humanisme procédural, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 681 ss, spécialement p. 689 ; Olivier DESHAYES, L'office du juge à la recherche de sens, D. 2008. p. 1102.

³⁷⁸⁰ Pour une présentation complète de la jurisprudence des différentes chambres civiles de la Cour de cassation avant 2007 : DEVILLAIRS, pp. 415 ss ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 418-423.

³⁷⁸¹ BOLARD, L'office du juge, n° 19 ; NORMAND/BLÉRY, fasc.152, n° 76.

³⁷⁸² En ce sens : BOLARD, L'office du juge, n° 18. Voy. également : GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 415-416.

³⁷⁸³ Voy. BOLARD, L'office du juge, *ibid.*

³⁷⁸⁴ Implicitement en ce sens : RASCHEL, p. 230.

³⁷⁸⁵ En ce sens : BLÉRY, Office du juge : entre activité exigée et passivité permise, n° 3.

³⁷⁸⁶ BACACHE, p. 36 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 410 ; RASCHEL, p. 214.

³⁷⁸⁷ Art. 56 ch. 2 CPC 1975.

³⁷⁸⁸ Art. 753 al. 1 CPC 1975.

juridiction lorsque la procédure ordinaire est appliquée³⁷⁸⁹. Aucune obligation de motiver en droit la demande n'existe, en revanche, pour le demandeur procédant par voie de requête ou de déclaration³⁷⁹⁰. Etant donné que les parties sont obligatoirement représentées devant le tribunal de grande instance, que la procédure de l'ordonnance sur requête n'est pas contradictoire et que l'introduction d'instance par déclaration concerne des litiges à caractère social, on peut à la rigueur soutenir que la différence de traitement est justifiée par les spécificités du contentieux. Des situations de déséquilibre existent cependant. Devant le tribunal d'instance et le tribunal de commerce, seule l'assignation comporte une motivation juridique³⁷⁹¹. Rien n'oblige le défendeur à présenter une argumentation juridique en défense, surtout s'il choisit de procéder oralement³⁷⁹². On serait tenté d'en déduire logiquement que l'office du juge est obligatoire à l'égard de ce dernier et facultatif en ce qui concerne le demandeur. Il s'agit d'une violation crasse de l'égalité des parties. L'arrêt de 2007 de la Cour de cassation procède d'une absence totale de cohérence systématique.

1041. On peut toutefois apporter un commencement d'explication à la position de la juridiction suprême française. Il faut pour cela se pencher sur les circonstances concrètes du cas d'espèce. Dans l'affaire en cause, le demandeur en cassation reprochait à la juridiction d'appel de ne pas avoir spontanément requalifié son action en garantie pour vices cachés en action en résolution pour manquement à l'obligation de délivrance³⁷⁹³. En invoquant pour la première fois devant la Cour de cassation la violation de l'obligation de délivrance, le demandeur risquait de se voir opposer que son moyen était irrecevable,

³⁷⁸⁹ HÉRON/LE BARS, p. 226-227.

³⁷⁹⁰ Voy. l'art. 58 ch. 3 CPC 1975 qui ne l'oblige qu'à indiquer « l'objet du litige », ce qui va moins loin qu'en matière d'assignation (voy. MAUGAIN, p. 119-120).

³⁷⁹¹ Les art. 837 et 855 CPC 1975 renvoient à l'art. 56 CPC 1975.

³⁷⁹² Lorsque la juridiction choisit d'instruire par écrit le litige (art. 446-1 ss CPC 1975), les dispositions pertinentes mentionnent uniquement « les moyens » des parties (art. 446-1, 446-2 et 446-4 CPC 1975), sans préciser s'il s'agit des moyens de fait ou de droit. L'art. 446-3 CPC 1975 autorise le tribunal à « inviter, à tout moment, les parties à fournir les explications de fait et de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige et les mettre en demeure de produire dans le délai qu'il détermine tous les documents ou justifications propres à l'éclairer », ce qui n'est rien d'autre qu'une reprise condensée des art. 8 et 13 CPC 1975.

³⁷⁹³ Voy. l'attendu topique : « ...qu'en la présente espèce, où M. X... fondait sa demande en réduction du prix de vente sur le fait que le véhicule était censé être en parfait état lors de la vente puisque le contrôle technique ne faisait apparaître aucun défaut, le prix fixé étant en outre nettement supérieur à la cote Argus, ce qui impliquait un véhicule en excellent état, de sorte qu'il pouvait s'attendre à rouler sans aucune difficulté pendant un certain temps, ce qui n'avait pas été le cas, des travaux ayant été nécessaires dans le cadre de la garantie contractuelle de trois mois, la cour d'appel se devait de rechercher si son action n'était pas plutôt fondée sur le manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'un véhicule d'occasion en excellent état général plutôt que sur la garantie des vices cachés de l'article 1641 du code civil ». L'obligation de délivrance est prévue à l'art. 1604 C. civ. Elle impose au vendeur de livrer à l'acheteur une chose présentant « les caractéristiques spécifiées par la convention des parties » (Cass. 1^{ère} civ., 13 octobre 1993, Bull. civ. I, n° 287). Le choix de la bonne action n'est donc pas aisée. Le droit suisse connaît une difficulté similaire au travers de l'opposition entre « la chose de genre défectueuse » et « l'aliud » (ATF 121 III 453, JdT 1997 I 199).

n'étant ni de pur droit, ni né de la décision attaquée³⁷⁹⁴. Il était bien plus habile de reprocher à la juridiction d'appel de ne pas avoir procédé spontanément à la requalification³⁷⁹⁵. Le demandeur en cassation pouvait ainsi plaider qu'il n'avait pris conscience du problème qu'à la lecture de l'arrêt d'appel et que son moyen nouveau était ainsi recevable³⁷⁹⁶. Une telle stratégie permettait de contourner les restrictions quant à l'admission des nouveaux moyens en instance de cassation³⁷⁹⁷. La peur d'un accroissement de la charge de travail³⁷⁹⁸ a certainement conduit la Cour de cassation à adopter une position nette, fût-elle en délicatesse avec le texte du Code de procédure civile. Malgré les critiques, elle l'a confirmée à de multiples reprises³⁷⁹⁹. Elle a même précisé au passage que l'office du juge était facultatif concernant les faits tirés du dossier³⁸⁰⁰. En revanche, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur la nature de l'office du juge eu égard aux prétentions des parties. Il y a toutefois de fortes chances pour qu'elle le considère également comme étant facultatif.

1042. Au vu de ces multiples relativisations de l'office du juge, il n'est certainement pas exagéré de dire que la Cour de cassation « *a décidé de balayer d'un revers de main* » tous les efforts consentis pour pallier les lacunes du texte du Code de procédure civile « *dont les incertitudes et imperfections étaient pourtant bien connues.* »³⁸⁰¹ Des exceptions existent toutefois³⁸⁰². La Cour de cassation a récemment

³⁷⁹⁴ La jurisprudence considère que le passage de l'art. 1641 C. civ. à l'action en garantie figurant dans le Code rural pour le bétail est un moyen de pur droit (Cass. 1^{ère} civ., 29 janvier 2002, pourvoi n° 99-18343). Un défaut de conformité et un vice caché reposent sur des faits de nature différente, nous semble-t-il, à la différence des deux actions en garantie de l'espèce précitée.

³⁷⁹⁵ Ce problème avait déjà été entrevu par un des plus farouches opposants à l'application du droit d'office par le juge : Raymond MARTIN, La règle de droit adéquate dans le procès civil, D. 1990. chron. 162, n° 7.

³⁷⁹⁶ Art. 619 al. 2 ch. 2 CPC 1975. Voy. BORÉ/BORÉ, La cassation en matière civile, p. 497, n° 82.171 ; BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 593.

³⁷⁹⁷ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 428 estiment, en se référant à l'avis de l'Avocat général, qu'il aurait fallu déclarer irrecevable le moyen comme étant nouveau et mélangé de faits et de droit. D'un même avis : RASCHEL, p. 217-218.

³⁷⁹⁸ Voy. HÉRON/LE BARS, p. 226 ; MAUGAIN, p. 332-333. Sur le lien entre la nature de l'office du juge et le nombre de pourvois en cassation : RASCHEL, p. 283-284.

³⁷⁹⁹ Cass. 3^{ème} civ., 14 février 2012, pourvoi n° 10-25464 ; Cass. 3^{ème} civ., 8 février 2011, pourvoi n° 10-10426 ; Cass. 3^{ème} civ., 30 novembre 2010, pourvoi n° 09-71354 ; Cass. soc., 24 mars 2010, pourvoi n° 08-44662 ; Cass. com., 16 mars 2010, pourvoi n° 08-20358 ; Cass. 2^{ème} civ., 17 décembre 2009, pourvoi n° 08-70326 ; Cass. 3^{ème} civ., 16 décembre 2009, pourvoi n° 08-21803 ; Cass. 3^{ème} civ., 4 novembre 2009, pourvoi n° 08-13192 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 06-16922 ; Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 2008, pourvoi n° 07-13520 ; Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2008, pourvoi n° 06-15038 ; Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2008, pourvoi n° 07-14055.

³⁸⁰⁰ Cass. 2^{ème} civ., 24 mai 2012, pourvoi n° 10-27604. Voy. déjà en doctrine : DEVILLAIRS, pp. 441 ss ; NORMAND/BLÉRY, fasc. 152, n° 29. En revanche PERROT estimait (Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 28 juin 2006, RTD civ. 2006, pp. 821 ss, spécialement p. 822) que « *pour surmonter une insuffisance de preuve, il lui appartient, dans les limites de l'objet du litige et du principe de la contradiction, d'exercer tous les pouvoirs qui sont les siens avant de rejeter pour défaut de preuve la demande dont il a été saisi.* » Implicitement, l'auteur semble donc partir de l'idée que l'office du juge est obligatoire en matière de preuve, ce qui aurait pu être transposé aux allégations insuffisantes de faits.

³⁸⁰¹ GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 426.

³⁸⁰² Celles-ci sont expressément réservées par l'indication « *...sauf règles contraires...* » figurant dans l'arrêt de 2007.

retenu que les Conventions internationales en matière de transport de marchandises par route faisaient partie de l'ordre public et devaient être appliquées d'office³⁸⁰³. On ne trouve aucune justification à cette exception, l'article 12 du Code de procédure civile n'étant même pas visé dans l'arrêt de cassation. La doctrine invite également les juridictions à considérer plus fréquemment que certaines règles sont d'ordre public et doivent être appliquées d'office³⁸⁰⁴.

b) La solution cosmétique du droit suisse

1043. La jurisprudence du Tribunal fédéral a également subi une évolution destinée à contrôler l'accroissement des affaires. Elle n'a cependant pas été aussi radicale que celle mise en œuvre par la Cour de cassation de France. Le Tribunal fédéral suisse se borne à indiquer que s'il « *peut admettre un recours pour un autre motif que ceux qui ont été articulés ou, à l'inverse, rejeter un recours en adoptant une argumentation différente de celle de l'autorité précédente [...] il n'est pas tenu de traiter, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent lorsque celles-ci ne sont plus discutées devant lui.* »³⁸⁰⁵ La formule est passée telle quelle dans la doctrine sans être remise en cause³⁸⁰⁶.

1044. Les termes employés sont particulièrement prudents, surtout quand on les compare à ceux figurant dans la jurisprudence française. Sans le dire ouvertement, le Tribunal fédéral semble refuser d'exclure catégoriquement que certains moyens doivent être relevés d'office. Deux arrêts partent ainsi de l'idée que l'office du juge est obligatoire, sans toutefois se référer aux principes généraux. Les points litigieux étaient toutefois particulièrement sensibles, vu qu'il s'agissait du sort d'un acte juridique simulé³⁸⁰⁷ et de la nullité d'une décision adoptée par l'assemblée générale d'une société anonyme³⁸⁰⁸. Il n'est donc pas exclu que la juridiction suprême se soit laissée guidée par des considérations d'ordre public.

1045. Le Tribunal fédéral n'a, par ailleurs, jamais marqué une différence nette entre la nature de l'office du juge devant la juridiction suprême et les règles applicables

³⁸⁰³ Cass. com., 30 juin 2009, Bull. civ. IV, n° 91 : « *Attendu que la CMR est un texte d'ordre public qui exclut l'application du droit national sauf sur les points où elle s'y réfère ou sur ceux qu'elle ne règle pas ; que le juge doit l'appliquer d'office et les parties ne peuvent y déroger hors les cas qu'elle prévoit...* »

³⁸⁰⁴ Voy. sur ce point MAUGAIN, pp. 338 ss.

³⁸⁰⁵ ATF 135 III 397, cons. 1.4 ; ATF 134 III 102, cons. 1.1, SJ 2008 I 301. Voy. pour une espèce récente : TF du 29 juin 2012, 4A_57/2012, cons. 1.2.

³⁸⁰⁶ Parmi tant d'autres : MÜNCH/LUCZAK, p. 125.

³⁸⁰⁷ TF du 26 mai 2008, 4A_96/2008, cons. 2.3.

³⁸⁰⁸ TF du 13 octobre 2011, 4A_350/2011, cons. 4.1.

aux juridictions inférieures. Prise littéralement, l'expression employée semble faire la différence entre les principes applicables en première instance et ceux valant pour le Tribunal fédéral. L'office du juge serait ainsi obligatoire en première instance et facultatif devant le Tribunal fédéral. Pourtant le texte des articles 57 du Code de procédure civile et 106 alinéa 1 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral est le même. Il est donc surprenant que les deux dispositions reçoivent une interprétation différente. Cette distinction appelle des explications qu'on ne trouve nulle part. Elle pose également la question de la nature de l'office des juridictions cantonales de recours. Est-il obligatoire comme en première instance ou facultatif à l'instar de ce qui se pratique devant le Tribunal fédéral ? Les juridictions vaudoises se réclament de la seconde branche de l'alternative³⁸⁰⁹, non sans quelques ambiguïtés³⁸¹⁰. La doctrine n'est pas plus claire. Alors qu'un auteur considère vaguement que l'office du juge est facultatif³⁸¹¹ devant les juridictions cantonales et qu'un autre semble l'admettre implicitement³⁸¹², plusieurs études récentes partent de l'idée qu'il est obligatoire, sans véritablement toutefois s'arrêter sur la question³⁸¹³.

1046. S'agissant des faits et des prétentions, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée de manière catégorique. Concernant ces premiers, la possibilité de prendre en compte des faits qui n'auraient pas été allégués par les parties étant sujette à controverse en droit suisse, il est compréhensible que la nature de l'office du juge à ce propos n'ait

³⁸⁰⁹ La jurisprudence est abondante : Trib. cant. VD, 30 mai 2012, n° HC/2012/392, cons. 2.1 ; Trib. cant. VD, 24 mai 2012, n° HC/2012/386, cons. 2.1 ; 4 avril 2012, n° HC/2012/283, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 8 mars 2012, n° HC/2012/234, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 13 février 2012, n° HC/2012/241, cons. 2 ; Trib. cant. VD, 8 février 2012, n° HC/2012/203, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 1^{er} février 2012, n° HC/2012/113, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 2 janvier 2012, n° HC/2012/150, cons. 2. Trib. cant. VD, Trib. cant. VD, 24 novembre 2011, n° HC/2011/722, cons. 2 ; Trib. cant. VD, 23 novembre 2011, n° HC/2012/6, cons. 1.2 ; Trib. cant. VD, 8 novembre 2011, n° HC/2012/92, cons. 2 ; Trib. cant. VD, 18 novembre 2011, n° HC/2011/641, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 5 octobre 2011, n° HC/2012/27, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 21 septembre 2011, n° HC/2011/649, cons. 2 ; Trib. cant. VD, 15 septembre 2011, n° HC/2011/540, cons. 2 ; Trib. cant. VD, 18 août 2011, n° HC/2011/530, cons. 2a ; Trib. cant. VD ; 25 mai 2011, HC/2011/273, cons. 2 ; Trib. cant. VD, 10 mai 2011, n° HC/2011/380, cons. 2.

³⁸¹⁰ Dans plusieurs arrêts récents, le Tribunal cantonal vaudois se contente d'indiquer qu'il applique le droit d'office : Trib. cant. VD., 7 août 2012, n° HC/2012/347, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 13 juillet 2012, n° HC/2012/448, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 10 juillet 2012, n° HC/2012/508, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 9 juillet 2012, n° HC/2012/405, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 28 juin 2012, n° HC/2012/493, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 25 juin 2012, n° HC/2012/428, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 20 juin 2012, n° HC/2012/399 ; Trib. cant. VD ; 6 juin 2012, n° HC/2012/363, cons. 2 ; Trib. cant. VD, 1^{er} juin 2012, n° HC/2012/385, cons. 2a ; Trib. cant. VD, 31 mai 2012, n° HC/2012/345, cons. 2.

³⁸¹¹ Nicolas JEANDIN, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 3 ad art. 311 CPC 2008 (« *En tout état de cause, l'instance supérieure doit pouvoir comprendre ce qui est reproché au premier juge sans avoir à rechercher des griefs par elle-même...* ») mentionné d'ailleurs dans les arrêts du Tribunal cantonal vaudois des 24 mai 2012 et 8 février 2012 précités.

³⁸¹² MEIER, Zivilprozessrecht, p. 389 : « *Zur Begründung eines Rechtsmittel kann es unerlässlich sein darzulegen, gegen welche Rechtssätze das angefochtene Urteil verstösst (sog. Rügeprinzip). Auch dies bedeutet eine Einschränkung der Rechtsanwendung von Amtes wegen.* » Notons toutefois que le *Rügeprinzip* est intimement lié à la procédure applicable devant le Tribunal fédéral.

³⁸¹³ Voy. RÜETSCHI, p. 68-69 (le juge doit relever d'office les questions préjudicielles) ; Andreas WEISS, Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, thèse Lucerne, Coll. Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Vol. 55, Schulthess Juristische Medien, Zurich, 2011, p. 311 (requalification d'une action récursoire en action fondée sur la subrogation).

jamais été discutée. Avant l'unification de la procédure civile, le Tribunal fédéral considérait que l'interdiction du formalisme excessif n'obligeait pas les juridictions à prendre en compte des faits tirés du dossier³⁸¹⁴, à moins que le contraire ne ressorte du droit cantonal³⁸¹⁵. A supposer que les faits tirés du dossier puissent toujours être pris en compte sous l'empire de la législation fédérale, il est fort probable que cela demeure une simple faculté reconnue au Tribunal et non une véritable obligation. Quant à la requalification, et à l'extension des prétentions, il n'existe pas de jurisprudence claire à ce sujet.

1047. La nature de l'office du juge est donc aussi imprécise en droit suisse qu'en droit français. La doctrine helvétique n'éprouve toutefois pas la même fascination pour la question que les auteurs français. Parfois certains concepts sont employés sans qu'on puisse en comprendre le véritable sens³⁸¹⁶. Cela s'explique surtout par le luxe de précautions dont le Tribunal fédéral s'est entouré. Les situations où il a relevé d'office certains moyens ne sont toutefois pas plus nombreuses qu'en droit français³⁸¹⁷. Il n'existe donc qu'un semblant de différence entre les deux pays.

2) Les conséquences de cette évolution sur le formalisme de la procédure

1048. Les risques d'excès de formalisme liés à la nature facultative de l'office du juge ne se révèlent pleinement qu'au contact de l'autorité de la chose jugée. Si celle-ci ne fait pas obstacle à un nouveau procès au cours duquel les éléments manquants sont évoqués, les risques d'excès de formalisme demeurent faibles. Nous examinerons donc, en premier lieu, l'effet de forclusion attaché à l'autorité de la chose jugée (a). Puis nous nous pencherons sur les solutions qui permettraient d'éviter tout risque d'excès de formalisme (b).

³⁸¹⁴ TF du 13 octobre 2006, 4P.83/2006, cons. 4. La jurisprudence cantonale allait dans le même sens : Trib. cant. VS, 20 mars 2007, cons. 4a, RVJ 2007, p. 231.

³⁸¹⁵ Voy. TF du 21 février 2006, 4P.329/2005, cons. 3.

³⁸¹⁶ Concernant la prétendue « *Rügepflicht* » devant le Tribunal cantonal, voy. l'opposition entre Ivo W. HUNGERBÜHLER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 20 ad art. 311 CPC 2008 et Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1367 (ad art. 311 CPC).

³⁸¹⁷ Cf. supra, n° 1026 et les exemples mentionnés.

a) La forclusion par l'effet de l'autorité de la chose jugée

1049. S'agissant des prétentions, la question est facilement résolue. La Cour de cassation française considère que les parties ne sont pas tenues de présenter toutes leurs prétentions au cours de la même instance³⁸¹⁸. Le caractère facultatif de l'office du juge sur ce point ne fait donc pas obstacle à ce qu'une nouvelle instance soit introduite pour faire valoir des prétentions que le juge aurait pu spontanément examiner au cours du premier procès. Récemment, la Cour de cassation a montré qu'elle avait une conception généreuse de la prétention distincte. Elle a retenu qu'une action en responsabilité civile d'un sous-traitant dirigé contre le maître de l'ouvrage comportait des prétentions différentes d'une action directe à fondement contractuel³⁸¹⁹.

1050. Le droit français n'admet d'exception qu'en matière prud'homale, successorale et arbitrale³⁸²⁰. Le principe dit « *de l'unicité de l'instance* » prévu à l'article R. 1452-6 du Code du travail prescrit que « *toutes les demandes liées au contrat de travail entre les mêmes parties font, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, l'objet d'une seule instance* », sauf si « *le fondement des prétentions est né ou révélé postérieurement à la saisine du conseil des prud'hommes.* »³⁸²¹ L'article 1374 du Code de

³⁸¹⁸ Cass. 2^{ème} civ., 26 mai 2011, Bull. civ. II, n° 117, D. 2011. 1566 (obs. Avena-Robardet).

³⁸¹⁹ Cass. 2^{ème} civ., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-16973.

³⁸²⁰ Un arrêt d'appel récent part du principe que les demandes abandonnées en cours d'instance sont englobées dans l'autorité de la chose jugée : Bastia, 25 avril 2012, RG n° 10/00004. Cette opinion est erronée. La nuance entre concentration des moyens et concentration des demandes (voy. ORIF, pp. 72 ss) n'échappe toutefois pas aux autres juridictions : Cass. 2^{ème} civ., 25 mars 2012, pourvoi n° 10-25184 (« *...la demande de liquidation des différents chefs de préjudice corporel et la demande de paiement des intérêts majorés en raison de la tardiveté de l'offre d'indemnisation n'ont pas le même objet...* ») ; Chambéry, 8 novembre 2011, RG n° 11/01128 (« *attendu que la cour ne comprend pas l'allégation au sujet d'une obligation de présenter, dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des chefs de demande nés avant l'issue de l'instance et que la demande aurait le même objet que celle ayant abouti à l'arrêt du 20 octobre 2005 ; qu'il s'agit certes de charges dans les deux procédures, mais que ledit arrêt ne condamne au paiement que de charges échues jusqu'au 31 août 1998, qu'il ne déboute pas d'une demande de charges postérieures à cette date et qu'il n'est pas justifié que le paiement demandé concerne des charges qui auraient fait l'objet d'une précédente décision judiciaire...* ») ; Cass. 2^{ème} civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-16735, publication au Bull. prévue (« *la demande en paiement des loyers n'avait pas le même objet que la demande tendant à faire juger que la vente de l'immeuble était parfaite* »). La distinction entre demande et moyen n'est pas toujours aisée. La question se pose particulièrement en matière de responsabilité civile. Les divers postes du préjudice peuvent-ils être découpés *ratione temporis*, ou l'évolution du préjudice au fil du temps constitue-t-elle un tout indivisible ? Il semble que l'autorité de la chose jugée s'oppose à une telle approche (Cass. com., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-67137 ; Paris, 4 novembre 2008, RG n° 07/13218). La jurisprudence admet par ailleurs que les modalités d'une prétention (*in casu* le paiement en espèce d'un fermage) puissent faire l'objet d'une procédure séparée (Bordeaux, 17 avril 2008, RG n° 06/04761). Une généralisation du principe de concentration des demandes a été parfois proposée en doctrine : Claude BRENNER, Les conceptions actuelles de l'autorité de la chose jugée en matière civile au regard de la jurisprudence, in Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), Coll. Etudes juridiques, vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 221 ss, spécialement p. 232 ; Maurice BENCIMON/Olivier BERNABE/Patricia HARDOUIN/Pascale NBOUDET-VOGEL/Olivier PASSERA, Autorité de la chose jugée et immutabilité du litige, Justices n° 5, pp. 157 ss, spécialement pp. 162 ss.

³⁸²¹ Cette règle a été introduite afin d'éviter que les employés n'introduisent plusieurs actions partielles distinctes dans le but d'obtenir des jugements en dernier ressort afin d'empêcher l'employeur d'interjeter appel : ORIF, p. 42-43.

procédure civile oblige également les parties à faire valoir toutes leurs prétentions au cours d'une seule procédure de partage judiciaire³⁸²². En matière arbitrale, la règle est d'origine jurisprudentielle³⁸²³ et sujette à controverses³⁸²⁴. Le droit suisse consacre des principes similaires. L'action partielle est admise par le Code de procédure civile³⁸²⁵. Son article 283 alinéa 1 consacre cependant le « *principe de l'unité du jugement de divorce* », soit la nécessité de présenter toutes les demandes au cours d'une seule et même procédure, y compris en ce qui concerne le régime matrimonial³⁸²⁶. Cela correspond *mutatis mutandis* au principe de l'unicité de l'instance que le droit français connaît en matière prud'homale³⁸²⁷. Vu le rôle limité joué par le principe de concentration des demandes, les risques de formalisme excessif nous semblent limités. C'est pour cette raison que la Cour européenne des droits de l'Homme l'a jugé compatible avec l'article 6 § 1 de la Convention³⁸²⁸.

1051. Concernant la composante factuelle du litige, droit suisse et droit français obéissent également à la même logique. L'autorité de la chose jugée emporte forclusion des allégations de faits que les parties auraient pu présenter au cours de la première procédure. La jurisprudence française³⁸²⁹ et suisse³⁸³⁰ est parfaitement claire sur la

³⁸²² ORIF, p. 413-414. Cela se déduit à la seule lecture du texte de l'art. 1374 CPC 1975 : « *Toutes les demandes [...] entre les mêmes parties, qu'elles émanent du demandeur ou du défendeur, ne constituent qu'une seule instance. Toute demande distincte est irrecevable à moins que le fondement des prétentions ne soit né ou ne soit révélé que postérieurement à l'établissement du rapport par le juge commis* »

³⁸²³ Cass. 1^{ère} civ., 12 avril 2012, Procédures 2012, comm. 180 (note Weiller) ; Cass. 2^{ème} civ., 26 mai 2011, D. 2011. 1566 (note Avena-Robardet), RTD civ. 2011, p. 593 (chron. Perrot) ; Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2008, Bull. civ. I, n° 153, RTD civ. 2008, p. 551 (chron. Perrot), JCP 2008 éd. G II 10170 (note Bolard).

³⁸²⁴ Voy. Georges BOLARD, Note sous Cass. 1^{ère} civ. 28 mai 2008, JCP 2008 éd. G II 10170 ; MAUGAIN, p. 319 ; ORIF, p. 412 (ainsi que les auteurs auxquels il est fait référence) et surtout Roger PERROT, Chronique sous Cass. 1^{ère} civ. 28 mai 2008, RTD civ. 2008, p. 552 relevant que « *le principe de concentration a été poussé beaucoup plus loin.* »

³⁸²⁵ A condition que la prétention soit divisible : art. 86 CPC 2008.

³⁸²⁶ Dont la liquidation peut être examinée dans une procédure séparée si le tribunal estime qu'il existe de « *justes motifs* » de le faire (art. 283 al. 2 CPC 2008).

³⁸²⁷ A ceci près qu'une action subséquente en complément du jugement de divorce n'est pas totalement exclue par la doctrine (voy. Denis TAPPY, in Pascal PICHONNAZ/Bénédict FOËX (édit.), Commentaire romand : Code civil I (art. 1-359 CC), Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010, n° 38 ad art. 135 CC).

³⁸²⁸ CourEDH, *Beauseigneur c. France*, n° 17779/04, décision du 23 octobre 2007, qui mentionne d'ailleurs la possibilité de présenter librement des demandes nouvelles en appel. Une nouvelle affaire a été récemment communiquée sur le sujet (*Garbo c. France*, n° 53362/10, communication du 9 février 2012). Un revirement de jurisprudence n'est donc pas à exclure.

³⁸²⁹ Cass. 3^{ème} civ., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-12945 ; Cass. 2^{ème} civ., 26 mai 2011, pourvoi n° 10-14582 ; Cass. soc., 1^{er} février 2011, pourvoi n° 09-71630 ; Cass. 1^{ère} civ., Cass. 2^{ème} civ., 10 juillet 2008, n° 07-14620 ; Cass. soc., 25 octobre 2007, pourvoi n° 06-42342 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 octobre 2006, pourvoi n° 05-16044. Cas où les circonstances nouvelles ont été admises : Cass. 3^{ème} civ., 9 mai 2012, pourvoi n° 11-17322 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 janvier 2011, pourvoi n° 09-16546 ; Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 2010, Bull. civ. II, n° 88 ; Cass. soc., 10 octobre 2007, pourvoi n° 06-41004 ; Cass. 3^{ème} civ., 25 avril 2007, Bull. civ. III, n° 59. Voy. toutefois : Cass. 3^{ème} civ., 20 janvier 2010, Bull. civ. III, n° 17 (une demande d'autorisation d'exploiter un domaine viticole, obtenue postérieurement à un jugement refusant de valider le congé délivré au fermier, ne permet pas d'introduire une nouvelle instance). ORIF, p. 389-390 et les auteurs cités.

³⁸³⁰ Trib. cant. FR, 10 mars 2010, cons. 2a, RFJ 2010, p. 41-42 ; TF du 20 novembre 2007, 5A_438/2007, cons. 2.2.1. François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 126 ad art. 59 CPC 2008 ; SCHWANDER, Die objektive Reichweite, p. 152.

question. Sauf à introduire un recours en révision³⁸³¹, il n'est pas possible de faire échec à l'autorité de la chose jugée en produisant de nouveaux moyens de preuve³⁸³². Le point n'est guère contesté. Il est en effet, admis, tant en droit français³⁸³³ que suisse³⁸³⁴, qu'il incombe aux parties, en premier lieu, d'alléguer les faits pertinents et d'offrir les preuves de ces allégations.

1052. La forclusion quant aux nouveaux moyens de droit est sans doute l'aspect le plus controversé de l'autorité de la chose jugée, à tout le moins en droit français. L'identification spontanée des règles de droit pertinentes et leur application au cas d'espèce est au centre de l'office du juge. Si certains aspects juridiques du litige viennent à l'esprit des plaideurs après l'adoption d'un jugement définitif³⁸³⁵, il existe une sorte de présomption morale que le tribunal n'a pas fait correctement son travail et qu'il n'appartient pas à la partie concernée d'en subir les conséquences, car « *on ne prétend pas donner autorité à un élément qui n'a été ni débattu ni tranché.* »³⁸³⁶

1053. Cela n'empêche pas les juridictions françaises d'avoir une conception stricte de la forclusion résultant de l'autorité de la chose jugée³⁸³⁷. Dans un arrêt très remarqué³⁸³⁸, la Cour de cassation a jugé en assemblée plénière qu'« *il incombe au*

³⁸³¹ Celui-ci est soumis à des conditions drastiques en droit français (voy. la liste exhaustive des ouvertures figurant à l'art. 595 CPC 1975) qui excluent en principe les nouveaux moyens de preuve, à l'exception des preuves littérales qui auraient été récupérées dans l'intervalle. Le droit suisse se montre plus souple (voy. l'art. 328 al. 1 litt. a CPC 2008 qui admet la révision lorsqu'une partie « *découvre après coup des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'elle n'avait pu invoquer dans la procédure précédente* », sauf s'il s'agit de « *faits et moyens de preuve postérieurs à la décision.* ») La jurisprudence cantonale a parfois laissé entrevoir qu'un progrès technique pourrait ouvrir la voie de la révision (par exemple : Trib. cant. NE, 23 mai 1997, RJN 1997, pp. 154 ss), ce qui ne devrait plus être possible sous l'empire de la législation fédérale. La Cour européenne des droits de l'Homme s'est penchée sur la question en matière d'action en paternité. Elle a récemment considéré que l'article 8 de la Convention n'obligeait pas les Etats membres à autoriser la révision d'un jugement rendu en 1966 au sujet d'une action en désaveu de paternité afin de permettre au père de contester sa paternité sur la base d'une analyse génétique inconcevable à l'époque (CourEDH, *Iyilik c. Turquie*, n° 2899/05, arrêt du 6 décembre 2011, §§ 33-37).

³⁸³² Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 2009, pourvoi n° 08-13397 ; Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2009, pourvoi n° 07-19761.

³⁸³³ Art. 6 CPC 1975 : « *A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.* » S'agissant des preuves, l'art. 9 CPC 1975 se borne à indiquer qu'« *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* » sans mentionner une éventuelle obligation des parties. Celle-ci se déduit du premier (« *une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver* ») et second (« *en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* ») alinéa de l'art. 146 CPC 1975.

³⁸³⁴ Art. 55 al. 1 CPC 2008 : « *Les parties allèguent les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions et produisent les preuves qui s'y rapportent.* »

³⁸³⁵ Par exemple, parce qu'il apprend à la lecture d'un arrêt d'appel que son nantissement est en fait un cautionnement (voy. sur une affaire emblématique : Philippe THÉRY, Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 18 octobre 2007, RTD civ. 2008, pp. 147 ss)

³⁸³⁶ MAUGAIN, p. 326.

³⁸³⁷ Traditionnellement, la procédure civile française aborde la question sous l'angle de la définition de la « *cause de la demande* » au sens de l'art. 1351 C. civ. : JANVILLE, vol. 2, pp. 476 ss.

³⁸³⁸ Pour une présentation détaillée de l'affaire : MAUGAIN, pp. 313 ss. Voy. également : Philippe THÉRY, Chronique sous Cass. 1^{ère} civ. 24 septembre 2009, RTD civ. 2010, pp. 147 ss, spécialement p. 148-150 ; Roger PERROT, Chronique, sous Cass. ass. plén. 7 juillet 2006, RTD civ. 2006, pp. 825 ss.

demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci », si bien que le demandeur ne peut faire valoir la même prétention fondée sur les mêmes faits³⁸³⁹ en invoquant successivement deux fondements juridiques distincts³⁸⁴⁰. Cette approche a été confirmée à plusieurs reprises³⁸⁴¹, elle est donc couramment appliquée par les juridictions françaises et ne laisse place à aucun doute.

1054. Le droit suisse a adopté une position plus ambiguë sur la question, notamment en raison de l'absence de débat d'envergure sur la question. Selon une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère qu'il y a autorité de la chose jugée lorsque « *les mêmes parties ont soumis au juge la même prétention en se fondant sur la même cause juridique et sur les mêmes faits.* »³⁸⁴² La règle est inlassablement répétée au

³⁸³⁹ En l'absence d'identité de faits, l'autorité de la chose jugée n'est pas opposable : Cass. 3^{ème} civ., 26 septembre 2007, Bull. civ. III, n° 148 (demandes successives concernant deux projets architecturaux différents).

³⁸⁴⁰ Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, Bull. civ. ass. plén., n° 8, D. 2006. 2135 (note Weiller) ; Gaz. Pal. 2007. 398 (note Gain), JCP 2006 éd. G I 183 (obs. Amrani-Mekki), JCP 2007 éd. G II 20070 (note Wiederkehr), RTD civ. 2006, p. 825 (chron. Perrot). L'affaire portait sur la liquidation d'une succession agricole. Le demandeur avait assigné son frère en paiement d'un salaire différé (art. L. 321-13 C. rur.) pour avoir travaillé dans l'exploitation de leur père sans être rémunéré. Débouté, il avait repris ses prétentions sur le fondement de l'enrichissement sans cause (création jurisprudentielle déduite de l'art. 1371 C. civ.). Le droit suisse connaît une institution similaire au salaire différé du droit français, l'indemnité équitable prévue aux art. 334 et 334^{bis} CC. Quant à l'enrichissement illégitime (codifié en droit suisse aux art. 62 ss CO), il n'a jamais été invoqué à notre avis dans ce genre de situation. Sachant que le Tribunal fédéral a admis une action fondée sur l'enrichissement illégitime lorsqu'un époux effectue des prestations autres que l'entretien de la famille ou la participation aux activités professionnelles de son conjoint (ATF 127 III 46, cons. 4, JdT 2000 II 103, SJ 2001 I 296), il ne serait pas impossible de se placer sur ce terrain pour réclamer l'indemnisation du travail fourni. Le délai de prescription de l'action en enrichissement illégitime étant d'un an (art. 67 CO), il est plus judicieux d'invoquer la présomption de contrat de travail (art. 320 al. 2 CO) afin de bénéficier du délai de prescription de cinq ans (art. 128 ch. 3 CO) et de la suspension de prescription en raison du ménage commun entre l'employeur et l'employé (art. 134 al. 1 ch. 4 CO). Il est donc peu probable qu'on retrouve devant les juridictions suisses une configuration de faits, et une succession d'actions, semblables à celle ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation française.

³⁸⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-18530 ; Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2012, pourvoi n° 11-13329 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-14123, publication au Bull. prévue ; Nîmes, 31 janvier 2012, RG n° 10/03208 ; Cass. 2^{ème} civ., 17 novembre 2011, pourvoi n° 10-25538 ; Cass. com., 25 novembre 2011, Bull. civ. IV, n° 169 ; Bastia, 9 novembre 2011, RG n° 10/00417 ; Cass. 1^{ère} civ., 7 juillet 2011, pourvoi n° 10-22927 ; Cass. soc., 22 juin 2011, pourvoi n° 10-17067 ; Cass. 3^{ème} civ., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-18925, publication au Bull. prévue ; Cass. 1^{ère} civ., 9 juin 2011, pourvoi n° 10-17541 ; Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 2010, n° 09-13384 ; Cass. 2^{ème} civ., 25 février 2010, pourvoi n° 09-10328 ; Cass. 2^{ème} civ., 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-19459 ; Cass. 1^{ère} civ., 24 novembre 2009, Bull. civ. I, n° 177 ; Cass. 2^{ème} civ., 19 février 2009, pourvoi n° 08-11554 ; Cass. 2^{ème} civ., 19 novembre 2008, pourvoi n° 07-20778 ; Saint-Denis de la Réunion, 7 novembre 2008, RG n° 07/00615 ; Cass. com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-18063 ; Cass. 2^{ème} civ., 18 octobre 2007, pourvoi n° 06-13068 ; Paris, 1^{er} octobre 2008, RG n° 07/22291 ; TI Brumath, 2 avril 2008, RG n° 91/0800046 ; Rennes, 2 avril 2008, RG n° 06/07730 ; Toulouse, 13 décembre 2007, RG n° 06/05619 ; Versailles, 25 octobre 2007, RG n° 05/05179 ; Cass. 2^{ème} civ., 25 octobre 2007, Bull. civ. II, n° 241 ; Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2007, Bull. civ. I, n° 18.

³⁸⁴² Voy. les arrêts de principe : ATF 125 III 241, cons. 1, JdT 1999 I 443, SJ 1999 I 415, sic ! 1999, p. 440 (note Bürgi), RJB 137 (2001), p. 854-856 (chron. Leuenberger) ; ATF 123 III 16, cons. 2a ; ATF 121 III 474, cons. 4a ; ATF 119 II 89, cons. 2a ; ATF 112 II 268, cons. I.1.b. Le raisonnement est encore plus clair en matière de litispendance : ATF 98 II 150, cons. 3 : « *Es ist möglich, dass jemand gegenüber der gleichen Person aus zwei verschiedenen Rechtsgründen Anspruch auf dieselbe Leistung hat. Man spricht in solchen Fällen von konkurrierenden Ansprüchen, die abgesehen davon, dass die Erfüllung des einen den andern dahinfallen lässt, voneinander unabhängig sind und nach Wahl des Gläubigers gemeinsam oder einzeln geltend gemacht werden können [...]. Bei getrennter gerichtlicher Geltendmachung derartiger Ansprüche liegt keine Identität der Streitsachen vor.* ».

fil des arrêts³⁸⁴³. L'autorité de la chose jugée ne fait donc *a priori* pas obstacle à ce qu'une nouvelle demande se fonde sur d'autres arguments juridiques³⁸⁴⁴, même si la question n'a jamais été directement posée aux juridictions suisses³⁸⁴⁵. Pourtant certains arrêts vont en sens contraire³⁸⁴⁶ et une majorité de la doctrine considère, que l'autorité de la chose jugée s'entend, comme en droit français, des faits allégués et des prétentions des parties indépendamment de leur qualification juridique³⁸⁴⁷. Cette divergence n'est pas le fruit du hasard. Il n'est pas totalement impossible que le Tribunal fédéral ait, en définitive, une conception plus factuelle que juridique de l'autorité de la chose jugée. En effet, dans un des arrêts de principe³⁸⁴⁸, il a retenu, en dépit de la définition usuelle de la chose jugée, qu'un jugement rendu en matière de nullité d'un brevet d'invention emporte autorité de la chose jugée pour toutes les causes de nullité qui pourraient être déduites des allégations de faits. La juridiction suprême voulait ainsi obliger le demandeur à toutes les invoquer dans une seule instance, étant réservées les nouvelles actions fondées sur des

³⁸⁴³ TF du 18 janvier 2012, 4A_101/2011, cons. 4 ; TF du 22 novembre 2011, 4A_603/2011, cons. 3.1, SJ 2012 I 249 ; TF du 22 juin 2011, 4A_199/2011 et 4A_201/2011, cons. 4.3.1 ; TF du 11 octobre 2010, 4A_167/2010, cons. 3 ; TF du 5 juillet 2010, 4A_370/2009, cons. 5.2.1 ; Trib. cant. GR, 7 juin 2010, n° ZK1 09 33, cons. 4b)ba) ; Trib. cant. VS, 28 mai 2009, cons. 2b, RVJ 2010, p. 240-241 ; TF du 5 septembre 2007, 4A_209/2007, cons. 2.2.1 ; TF du 5 octobre 2006, 4C.263/2005, cons. 2 ; TF du 5 octobre 2006, 5C.78/2006, cons. 3.1 ; TF du 27 juillet 2006, 4C.82/2006, cons. 3.3 ; TF du 17 novembre 2004, 4C.314/2004, cons. 1.3 ; Trib. cant. FR, 24 août 2004, cons. 2a, RFJ 2004, p. 40 ; TF du 7 novembre 2001, 5C.207/2001, cons. 3a ; TF du 27 mars 2000, 4C.430/1999, cons. 1a.

³⁸⁴⁴ TF du 14 février 2011, 4A_508/2010, cons. 2.1 : « *Anderseits sind Rechtsbehauptungen trotz gleichen Wortlauts dann nicht identisch, wenn sie nicht auf dem gleichen Entstehungsgrund, das heisst auf denselben Tatsachen und rechtlichen Umständen beruhen.* » ; TF du 23 septembre 2002, 4C.235/2002, cons. 4 : « *Dans ces conditions, le demandeur a manifestement soumis au juge une autre prétention, découlant du rapport cambiaire. Même si cette prétention repose sur des faits identiques, [...], le fondement juridique différent de la seconde action en justice et le fait que, dans le premier jugement, la juridiction cantonale ne s'est pas prononcée expressément sur le remboursement [...], ne permettent pas au défendeur d'invoquer l'autorité de la chose jugée de la première décision.* »

³⁸⁴⁵ Constat déjà effectué par SCHWEIZER, L'immutabilité de l'objet du litige, p. 7.

³⁸⁴⁶ TF du 10 février 2009, cons. 6 : « *Denn der Streitgegenstand bestimmt sich nicht bloss nach dem gestellten Rechtsbegehren, sondern aus diesem in Verbindung mit dem Sachverhalt, auf den es gestützt wird* » ; TF du 20 novembre 2007, 5A_438/2007, cons. 2.2.1 : « *...lorsque, dans l'un et l'autre procès, les parties ont soumis au juge la même prétention en se fondant sur les mêmes faits.* »

³⁸⁴⁷ Stephen V. BERTI, *Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand*, RSPC 2008, pp. 193 ss ; François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 125 ad art. 59 CPC ; Mathias COURVOISIER, in Baker & McKenzie, n° 9 ad art. 59 CPC 2008 ; Stephen V. BERTI, in OBERHAMMER-Kurzkomentar, n° 8 et 9 ad art. 64 CPC 2008 ; GASSER/RICKLI, n° 5 ad art. 60 CPC 2008 ; Paul OBERHAMMER, in OBERHAMMER, n° 9 ad rem. prélim. art. 84-90 CPC 2008 ; Paul OBERHAMMER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 9 ad rem. prélim. art. 84-90 CPC 2008 ; REYMOND, p. 36 ; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 125 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 416 ; SCHWEIZER, L'immutabilité de l'objet du litige, p. 8 et 16-17 ; Thomas SUTTER-SOMM/Martin HEDINGER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 11 ad art. 68 CPC 2008 ; Justin THORENS, L'objet du litige dans le process civil, in Huitième journée juridique, Coll. Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève : n° 24, Librairie de l'Université-Georg & Cie SA, Genève, 1968, pp. 33 ss, spécialement p. 39 et p. 46-47 ; Alexander ZÜRCHER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 30 ad art. 59 CPC 2008 ; Gerhard WALTER, Der Streitgegenstand, recht 1990, pp. 33 ss, spécialement p. 34-35. *Contra* : HOHL, Vol. 1, p. 245 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 167 ; Roger MORF, in GEHRI/KRAMER, n° 29 ad art. 59 CPC 2008 ; Markus MÜLLER-CHEN, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 22 ad art. 64 CPC 2008 ; Gregor VON ARX, Der Streitgegenstand, im schweizerischen Zivilprozessrecht : unter Berücksichtigung seiner Auswirkungen auf ausgewählte zivilprozessuale Institute, these Bâle, Coll. Basler Studien zur Rechtswissenschaft – Reihe A : Privatrecht, Vol. 90, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2007, p. 73 (reprend la jurisprudence du Tribunal fédéral) ; RÜETSCHI, Vorfragen, p. 148.

³⁸⁴⁸ ATF 125 III 241, cons. 1, JdT 1999 I 443, SJ 1999 I 415, sic ! 1999, p. 440 (note Bürgi), RJB 137 (2001), p. 854-856 (chron. Leuenberger).

faits distincts survenus postérieurement³⁸⁴⁹. Sachant que les litiges en matière de nullité de brevet portent avant tout sur des questions de faits à caractère technique, et qui, pour cette raison, ne se modifient pas au fil du temps³⁸⁵⁰, interdire une seconde demande en nullité empêche la partie demanderesse de se prévaloir d'une argumentation juridique nouvelle. Cela revient à introduire en droit suisse une forme de principe de concentration similaire à celui posé par la Cour de cassation dans son arrêt de 2006. Il existe ainsi une contradiction patente entre la définition de l'autorité de la chose jugée figurant au début de l'arrêt, à titre d'*obiter dictum*, et le reste des motifs. Plusieurs auteurs n'ont pas manqué de le relever³⁸⁵¹. Le Tribunal fédéral n'a jamais précisé sa pensée³⁸⁵². On ne saurait donc exclure qu'un arrêt ultérieur consacre une conception de l'autorité de la chose jugée identique à celle appliquée en droit français³⁸⁵³. Quoi qu'il en soit, comme le faisait déjà remarquer SCHÜPBACH il y a cinquante ans, « *l'autorité de la chose jugée est la terre d'élection de la confusion et de la contradiction.* »³⁸⁵⁴

b) Risques d'excès de formalisme

1055. Les risques d'excès de formalisme causés par la nature facultative de l'office du juge et la définition de l'autorité de la chose jugée a été abondamment discutée au sein de la doctrine française. Celle-ci met en avant le risque de véritable déni de justice lorsqu'une partie omet d'invoquer certains moyens de droit, car le juge peut alors se dispenser de les relever d'office³⁸⁵⁵. La critique vaut dans une large mesure également pour le droit suisse. Les contours de l'autorité de la chose jugée et la nature facultative de

³⁸⁴⁹ Arrêt précité, cons. 1d.

³⁸⁵⁰ En ce sens : Christoph LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozess in den Jahren 1999 und 2000 – Veröffentlicht in den Bänden 125 und 126, RJB 137 (2001), p. 855.

³⁸⁵¹ GROB-ANDERMACHER/WALDER-RICKLI, pp. 283 ss, spécialement p. 286-287 ; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 203-205 ; SCHWEIZER, L'immutabilité de l'objet du litige, p. 6-7.

³⁸⁵² Même constat : MEIER, Zivilprozessrecht, p. 205.

³⁸⁵³ A moins qu'il ne préfère suivre une approche médiane. Voy. par exemple : Daniel SCHWANDER, Die objective Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme : Ein Beitrag zum Verhältnis vom materiellem Recht und Zivilprozessrecht, thèse Zurich, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2002. Selon cet auteur l'autorité de la chose jugée ne porte pas sur la qualification juridique des faits lorsqu'une demande en justice est rejetée (p. 158 : le demandeur débouté d'une action délictuelle ne peut invoquer un fondement contractuel), alors que le fondement juridique est pris en compte pour connaître l'autorité de la chose jugée si les prétentions sont bien fondées (p. 138). Il semble également que le Tribunal fédéral ait une approche différente de l'autorité de la chose jugée en matière matrimoniale. Voy. Philippe SCHWEIZER, Du nouveau dans la théorie de l'objet du litige, Plädoyer 1989, n°3, p. 55-56, spécialement, p. 56. Il est vrai que depuis la déculpabilisation du divorce, la question a perdu de son intérêt.

³⁸⁵⁴ SCHÜPBACH, Le recours en cassation, p. 13.

³⁸⁵⁵ BACACHE, p. 32 ; BLÉRY, Concentration des demandes et office du juge, p. 123-124 ; BLÉRY/NORMAND, fasc. 152, n° 76 ; Georges BOLARD, L'autorité de la chose jugée et les principes directeurs du procès, in Polska Akademia Nauk oddział w Lublinie (édit.), TEKA – Komisji Prawniczej III/2010, Lublin, 2010, p. 64 et 66 (disponible à l'adresse internet suivante : http://www.pan-ol.lublin.pl/wydawnictwa/TPraw3_2010.html ; lien consulté le 30 septembre 2012) ; BOLARD, L'office du juge, n° 16 ; FERRAND, Appel, n° 1032 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 429-430 ; RASCHEL, p. 288. CADIET/JEULAND, p. 383, invitent plus sobrement « à tenir compte de la jurisprudence Césaréo et du principe de concentration des moyens consacré par la Cour de cassation. »

l'autorité de la chose jugée n'y sont certes pas aussi clairement établis qu'en droit français, mais la pratique obéit à une tendance similaire. La nature facultative de l'office du juge en matière factuelle pose donc des problèmes similaires à ceux rencontrés en droit français, même si elle n'attire que peu l'attention de la doctrine.

1056. Peut-on obvier au risque d'excès de formalisme par le biais de l'interprétation raisonnable ? Etant donné que celui-ci naît de la conjonction entre deux institutions procédurales distinctes, l'autorité de la chose jugée et l'office du juge, il est possible de modifier légèrement les deux concepts pour aboutir à une solution acceptable.

1057. Ultérieurement la jurisprudence française s'est écartée de sa définition de l'autorité de la chose jugée. Il s'agit toutefois d'un revirement implicite. Au lieu de revenir ouvertement sur le principe de concentration énoncé dans l'arrêt de 2006, la Cour de cassation s'est fondée sur des différences dont on peine à saisir la pertinence. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi jugé que l'autorité de la chose jugée ne s'opposait pas à ce que des parties saisissent le conseil de prud'hommes pour obtenir la requalification d'un contrat de location-gérance d'une station-service en contrat de travail et obtenir des dommages-intérêts en raison de leur licenciement, alors qu'elles avaient déjà plaidé la cause devant le tribunal de commerce³⁸⁵⁶. L'arrêt n'indique toutefois pas de manière détaillée quelles étaient les prétentions des parties. La juridiction suprême relève uniquement que la première procédure avait pour but « *la liquidation des relations commerciales ayant uni les parties* », si bien qu'elle n'avait « *ni la même cause, ni le même objet* » que l'instance prud'homale. Les différences auxquelles il est fait allusion sont toutefois similaires à celles existant entre une action en paiement du salaire différé au sens du Code rural et en indemnisation de l'enrichissement sans cause. Pourtant cela n'a pas empêché la Cour de cassation d'étendre les effets de l'autorité de la chose jugée de l'une à l'autre.

1058. Dans la même veine, et de manière encore plus flagrante, la Cour de cassation³⁸⁵⁷ considère qu'un employé peut actionner son employeur en réparation du préjudice né de la chute du haut d'un camion citerne en invoquant l'article L. 455-1 du Code de la sécurité sociale, soit la faute inexcusable de l'employeur³⁸⁵⁸, puis, après avoir été débouté, reprendre les mêmes prétentions dans le cadre d'une action fondée sur

³⁸⁵⁶ Cass. soc., 18 octobre 2007, pourvoi n° 06-45768.

³⁸⁵⁷ Cass. 2^{ème} civ., 10 décembre 2009, pourvoi n° 08-17014.

³⁸⁵⁸ Par renvoi à l'art. L. 454-1 CSS.

l'article L. 455-1-1 du même code concernant tout accident qui « *survient sur une voie ouverte à la circulation publique et implique un véhicule terrestre à moteur conduit par l'employeur, un préposé ou une personne appartenant à la même entreprise que la victime* ». La juridiction suprême énonce sobrement à ce propos que « *la cour d'appel a exactement déduit que les demandes dont elle était saisie avaient une cause distincte des demandes sur lesquelles il avait été précédemment statué, de sorte que l'autorité de la chose jugée ne pouvait être invoquée.* » Cet arrêt remet directement en cause l'obligation de concentration des moyens de droit.

1059. Finalement, nous observons que d'autres arrêts écartent l'autorité de la chose jugée en se fondant sur une prétendue différence d'objet, soit de prétentions des parties. Ainsi, une demande contre le maître d'ouvrage en indemnisation du préjudice subi par le sous-traitant en raison d'une défaillance de paiement de l'entrepreneur a un objet différent selon qu'elle est fondée sur l'action directe spécialement prévue à cette fin³⁸⁵⁹ ou sur la responsabilité délictuelle³⁸⁶⁰.

1060. Cet assouplissement de l'autorité de la chose jugée ne se fait pas sans incohérences³⁸⁶¹. La Cour de cassation interdit ainsi à une partie de remettre en cause la validité d'un contrat après avoir été condamnée à l'exécuter³⁸⁶² alors qu'un arrêt récent de la chambre sociale semble admettre plusieurs instances en annulation d'un contrat de congé de conversion³⁸⁶³. Parfois des difficultés sur le plan dogmatique trahissent la bonne volonté de la Cour de cassation à l'égard des plaideurs. Cela ressort de la confrontation de deux arrêts rendus en matière de révision des prestations compensatoires³⁸⁶⁴. La

³⁸⁵⁹ L'art. 12 de la Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance (publiée au *J.O* du 3 janvier 1976, pp. 148 ss) prévoit une action du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage « *si l'entrepreneur principal ne paie pas, un mois après en avoir été mis en demeure, les sommes qui sont dues en vertu du contrat de sous-traitance.* » (art. 12 al.1) Une copie de la mise en demeure doit être adressée au maître de l'ouvrage (*ibid*). L'action directe « *ne peut viser que le paiement correspondant aux prestations prévues par le contrat de sous-traitance et dont le maître de l'ouvrage est effectivement bénéficiaire* » et « *les obligations du maître de l'ouvrage sont limitées à ce qu'il doit encore à l'entrepreneur principal à la date de la réception de la copie de la mise en demeure prévue à l'article précédent* » (art. 13). Une action similaire n'existe pas en droit suisse, le sous-traitant ne pouvant s'en prendre directement qu'à l'entrepreneur, sauf cession contractuelle des droits de ce dernier contre le maître de l'ouvrage.

³⁸⁶⁰ Cass. 2^{ème} civ., 16 mai 2012, pourvoi n° 11-16973.

³⁸⁶¹ Voy. pour d'autres exemples : Natalie FRICERO, L'efficacité du jugement, in Serge GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile – Droit interne – Droit communautaire*, Coll. Dalloz Action 2012-2013, Dalloz, Paris, 2012, p. 1083, n° 421.115.

³⁸⁶² Cass. 2^{ème} civ., 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-14620.

³⁸⁶³ Cass. soc., 29 mars 2012, pourvoi n° 10-23970.

³⁸⁶⁴ Le droit français, à la différence du droit suisse, part du principe que le devoir de solidarité entre époux postérieurement au divorce est soldé par le versement d'un montant en capital, la prestation compensatoire de l'art. 270 C. civ., qui peut être versée sous forme de « *versements périodiques indexés selon les règles applicables aux pensions alimentaires* » pour une durée maximale de huit ans (art. 275 al. 1 C. civ.), le débiteur pouvant « *se libérer à tout moment du solde du capital indexé* » (art. 275 al. 2 C. civ.). Le droit suisse prévoit, en revanche, le versement de

juridiction suprême considère qu'une action en suppression de la prestation compensatoire n'a pas le même objet qu'une action en réduction de celle-ci, si bien que l'autorité de la chose jugée ne saurait être opposée³⁸⁶⁵. Pourtant, cette même juridiction estime que le tribunal peut prononcer la réduction lorsqu'il n'est saisi que d'une action en suppression³⁸⁶⁶. Sachant que l'objet du litige est « *déterminé par les prétentions respectives des parties* »³⁸⁶⁷, le juge ne saurait réduire une prestation compensatoire dont la suppression est demandée, si l'on suit la définition de l'objet du litige donnée en matière d'autorité de la chose jugée, car il « *doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». Sauf à admettre que la définition de l'objet du litige est différente en matière d'autorité de la chose jugée et d'office du juge, les deux arrêts de la Cour de cassation sont inconciliables³⁸⁶⁸. Il ne s'agit toutefois pas d'une simple erreur. Nous y voyons une tentative maladroite d'éviter l'excès de formalisme en réduisant le domaine de l'autorité de la chose jugée tout en accroissant les pouvoirs du juge.

1061. Nous ne pensons pas que la voie empruntée par la Cour de cassation française, soit la relativisation de l'autorité de la chose jugée, soit correcte. La Cour européenne des droits de l'Homme est favorable à une conception stricte de l'autorité de la chose jugée³⁸⁶⁹. Elle a ainsi approuvé le changement de jurisprudence occasionné par l'arrêt de 2006, sans toutefois aborder la question de l'autorité de la chose jugée en tant que telle³⁸⁷⁰. C'est pour cette raison que nous ne remettons pas en cause la solution adoptée en 2006, car celle-ci permet de couper court aux manoeuvres dilatoires³⁸⁷¹. Nous ne verrions aucun inconvénient à ce que le Tribunal fédéral s'en inspire, s'il venait à trancher définitivement la question en droit suisse.

contributions alimentaires versées sous la forme de rentes (art. 126 al. 1 CC), le paiement d'un capital n'était possible que si « *des circonstances particulières le justifient* » (art. 126 al. 2 CC).

³⁸⁶⁵ Cass. 2^{ème} civ., 20 mai 2010, Bull. civ. II, n° 97. La révision, suspension ou suppression de la prestation compensatoire est prévue à l'art. 276-3 C. civ. Cette disposition correspond, en substance, à l'art. 129 CC concernant les contributions alimentaires versées en raison du divorce.

³⁸⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ., 11 janvier 2005, Bull. civ. I, n° 15.

³⁸⁶⁷ Art. 4 al. 1 CPC 1975.

³⁸⁶⁸ Cela vaut également si on admet que la suspension constitue simplement une quantité moindre de la suppression. Autrement dit, le juge pourrait passer de la première à la seconde, tout comme il peut octroyer 100 quand on lui demande 1000. Dans ce cas, alors l'autorité de la chose jugée s'oppose fermement à une seconde action.

³⁸⁶⁹ Voy. concernant l'autorité de la chose jugée attachée aux motifs qui se prononcent sur une question préjudicielle : CourEDH, *Esertas c. Lituanie*, n° 50208/06, arrêt du 31 mai 2012, §§ 20-32.

³⁸⁷⁰ CourEDH, *Legrand c. France*, n° 23228/08, arrêt du 26 mai 2011, §§ 33-43. Voy. Laura WEILLER, Note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 avril 2012, Procédures 2012, comm. 180.

³⁸⁷¹ En ce sens : PERROT/FRICERO/DOUCHY-LOUDOT, n° 180 ; Roger PERROT, Chronique sous Cass. ass. plén. 7 juillet 2006, RTD civ. 2006, pp. 825 ss, spécialement p. 826-827: « *On veut espérer par là que la procédure gagnera en célérité et que les tribunaux feront l'économie de litiges en chaîne à propos d'une même contestation.* »

1062. En revanche, nous sommes d'avis que l'office du juge doit servir de contrepoids à la forclusion créée par l'autorité de la chose jugée. Si tous les aspects du litige ont été dûment traités, que ce soit à la demande des parties ou sur l'initiative du juge, le risque d'excès de formalisme nous semble très faible, voir nul. Sur ce point, nous partageons entièrement les différents avis exprimés en ce sens au sein de la doctrine française. Partant de l'idée que le juge a l'obligation de corriger les erreurs de raisonnement juridique³⁸⁷², plusieurs auteurs³⁸⁷³ proposent que le juge soit contraint d'appliquer le droit, que ce soit en requalifiant les faits et les actes ou en relevant d'office des moyens de pur droit. Son office serait cependant facultatif lorsqu'il porte sur les faits, notamment lorsqu'il est amené à relever d'office un moyen mélangé de fait et de droit. Un auteur³⁸⁷⁴ propose même une refonte complète du système débouchant sur un office obligatoire du juge³⁸⁷⁵, tant à l'égard des faits que du droit³⁸⁷⁶. Nous sommes personnellement favorable à cette dernière approche, car elle seule permet de mettre les parties définitivement à l'abri de tout risque de formalisme excessif. Le fait que les parties supportent le fardeau de l'allégation des faits pertinents, a pour seul but d'éviter que le juge civil ne soit obligé de se livrer à une vaste enquête lors de chaque procès³⁸⁷⁷. Cela permet également d'éviter que la juridiction ne se penche sur certains faits que les parties souhaitent garder secrets³⁸⁷⁸. Lorsque les éléments pertinents ressortent suffisamment des pièces du dossier, leur prise en compte ne nécessite aucune mesure d'investigation particulière, si ce n'est la lecture du dossier, et on peut présumer que les parties acceptent, sauf indication contraire, l'intervention du juge en produisant les documents pertinents. Rien ne s'oppose donc à ce que le relevé des faits tirés du dossier soit obligatoire. De surcroît, la restitution de l'exacte qualification juridique des faits implique fréquemment de se pencher sur des faits pertinents tirés du dossier dont les parties ne se sont pas prévaluées, précisément parce qu'elles ignoraient les dispositions réellement applicables, ou qu'elles se trompaient sur leur exacte portée³⁸⁷⁹. Admettre que

³⁸⁷² GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 409.

³⁸⁷³ BLÉRY/RASCHEL, n° 9 ; GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p. 424-426 ; HÉRON/LE BARS, p. 224-225.

³⁸⁷⁴ RASCHEL, pp. 225 ss. Voy. également en ce sens : BLÉRY, Concentration des demandes et office du juge, p. 123-124.

³⁸⁷⁵ RASCHEL, p. 284-285.

³⁸⁷⁶ RASCHEL, p. 299-300 (conclusion). Voy. également : BLÉRY/RASCHEL, n° 8 qui reconnaissent que cette proposition relève de l'idéal.

³⁸⁷⁷ Une telle enquête est toutefois imposée dans certains contentieux particuliers intimement liés à la notion d'ordre public, comme les procédures relatives aux mineurs, ou certaines procédures collectives.

³⁸⁷⁸ Ainsi, au cours d'une procédure de divorce, les parties peuvent éviter de dévoiler certains aspects de leur désunion. Cela vaut tout particulièrement pour les procès auxquels le droit suisse est applicable, car le divorce pour faute a été totalement supprimé en 2000 (voy. art. 114 et 115 CC).

³⁸⁷⁹ En ce sens : JANVILLE, vol. 2, pp. 487 ss. Voy. également : LAGARDE, L'adieu à la cause, p. 310 et 312-313.

l'office du juge est facultatif en matière factuelle reviendrait dans ce cas à dispenser les tribunaux d'appliquer d'office le droit.

1063. Ce retour à un office du juge obligatoire, implique que la Cour de cassation française revienne sur son arrêt de 2007 et retienne, en lieu et place, que le juge est tenu d'intervenir, y compris pour prendre en compte des faits tirés du dossier. Les changements à apporter en droit suisse sont également importants, quoique différents. Les juridictions helvétiques devront se reconnaître le pouvoir de relever les faits tirés du dossier, et s'obliger à y procéder. Il faudra également abandonner la jurisprudence du Tribunal fédéral assouplissant l'office du juge en instance de recours.

1064. Côté français, on trouve les prémices de cette évolution dans deux arrêts récents mettant *en catimini* à la charge des juges l'obligation de relever d'office certains moyens. La première affaire portait précisément sur une question de procédure. La Cour de cassation a en effet reproché à une juridiction d'appel de ne pas avoir vérifié d'office si une fin de non-recevoir avait été régularisée³⁸⁸⁰. La juridiction suprême entendait, à notre avis, éviter un excès de formalisme. La seconde affaire concerne l'annulation d'un contrat de vente passé par un héritier concernant un bien de la succession. Constatant que le défunt ne lui avait donné aucun pouvoir et qu'il n'avait pas déclaré agir au nom de l'indivision, la juridiction de proximité saisie avait prononcé la nullité du contrat de vente. La Cour de cassation lui fit grief de ne pas avoir vérifié spontanément si le bien en question avait été attribué à l'héritier dans le cadre du partage et de n'avoir ainsi pas donné de base légale à sa décision³⁸⁸¹. De là, il n'y a qu'un petit pas à franchir pour arriver à la conclusion que l'office du juge est obligatoire lorsqu'il s'agit d'éviter l'excès de formalisme. Il n'est donc pas exclu que les juridictions françaises adoptent dans un avenir proche une autre approche de la nature de l'office du juge³⁸⁸².

1065. Une dernière question reste encore à trancher, soit jusqu'où l'obligation de relever d'office les moyens de fait et droit s'étend. La réponse n'est pas aisée. On ne peut parler d'excès de formalisme lorsque le juge omet de procéder à des requalifications tortueuses, ou s'il ne relève pas certains faits vaguement évoqués dans les pièces du dossier. Il nous paraît impossible de fixer abstraitement un *seuil d'évidence* au-delà duquel le juge ne serait plus obligé d'intervenir. Certaines situations devraient toujours

³⁸⁸⁰ Cass. com., 3 mai 2011, pourvoi n° 10-12817.

³⁸⁸¹ Cass. 1^{ère} civ., 18 janvier 2012, pourvoi n° 10-23056.

³⁸⁸² Souhait exprimé également par BLONDEL, Henri Motulsky, n° 12.

venir à l'esprit. Tel est le cas du concours d'action en matière de garanties pour les défauts affectant la chose vendue, car la question est connue de tout étudiant en droit. Notons également que l'obligation d'intervenir d'office sur un point de fait ou de droit ne veut pas dire que le juge doive assumer seul toute la tâche. Il lui suffit, pour respecter l'interdiction du formalisme excessif, d'interpeller les parties et de les inviter à faire part de leurs arguments. L'office du juge ne relève pas celles-ci de leur obligation de collaborer au bon déroulement de la procédure en fournissant des observations détaillées.

Section 2 : L'organisation des voies de recours

1066. L'organisation des voies de recours constitue une source considérable d'excès de formalisme. Etant donné que les recours doivent être exercés dans un délai déterminé, toute irrecevabilité est potentiellement fatale³⁸⁸³. Par ailleurs, les deux parties possèdent des intérêts divergents dans ce domaine. Alors que l'intimé au recours postule généralement³⁸⁸⁴ son rejet, fût-ce pour des raisons formelles, la partie recourante en souhaite l'admission en dépit des vices de procédure qui l'affectent. Les juridictions doivent donc apporter une solution à ce conflit d'intérêts, car elles ne peuvent pas interpréter les dispositions légales dans un sens favorable aux deux parties simultanément.

1067. Le meilleur moyen de résoudre le problème consiste à présumer qu'une partie jouit d'un léger avantage et qu'elle doit l'emporter, à moins que son adversaire ne parvienne à retourner la présomption. Comme le Tribunal fédéral l'a indiqué, l'intérêt de la partie recourante au réexamen de la décision de justice par la juridiction de recours doit, en principe, l'emporter sur toute autre considération visant à déclarer le recours irrecevable pour vice de forme³⁸⁸⁵. La jurisprudence européenne suit une approche similaire, même si elle n'emploie pas des concepts aussi clairs. Dans l'affaire *Běleš*, la Cour constitutionnelle de la République tchèque avait déclaré irrecevable un recours dirigé contre un arrêt d'appel, en se fondant sur le fait que les requérants auraient dû se pourvoir en cassation préalablement, même si la recevabilité de ce recours était sujette à caution. La Cour européenne des droits de l'Homme a récusé ce procédé, en reprochant à la juridiction constitutionnelle de ne pas « *apprécier les chances qu'aurait eues un tel*

³⁸⁸³ A moins que le délai de recours ait été suspendu et qu'il ait recommencé à courir, comme cela semble être envisagé en droit français par certains auteurs : cf. supra, n° 569.

³⁸⁸⁴ Sauf s'il a interjeté un recours joint et tient à ce que celui-ci soit examiné.

³⁸⁸⁵ Cf. supra, n° 583.

pourvoi d'être admis, et appliquer une sorte de bénéfice du doute pour retenir le recours constitutionnel au cas où cette appréciation se serait révélée malaisée »³⁸⁸⁶. Face à l'incertitude, il fallait donc choisir l'interprétation qui plaide en faveur de la recevabilité du recours. Le « *bénéfice du doute* » de l'affaire *Běleš* n'est donc, à notre avis, rien d'autre que l'« *intérêt prépondérant à l'examen du recours* » de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse. Cela implique donc que l'interprétation favorable joue en faveur de la partie recourante.

1068. Deux problèmes cristallisent à eux seuls toutes les difficultés qu'implique cette délicate interprétation. Le premier porte sur les problèmes de coordination existant au sein de l'organisation des voies de recours (§ 1). Le second concerne la motivation des mémoires de recours, plus particulièrement le degré de précision de celle-ci (§ 2).

§ 1 : Les problèmes de coordination au sein des voies de recours

1069. Il n'est pas rare qu'au cours d'un même procès, une juridiction adopte plusieurs décisions et que celles-ci soient également attaquables par plusieurs recours différents. En l'absence de procédés de coordination, la moindre incertitude peut avoir des conséquences terribles pour la partie qui s'estime lésée. Soit elle prend le risque de se voir opposer une forclusion par l'échéance du délai de recours ; soit elle épuise toutes les possibilités qui s'offrent à elle, au risque de multiplier les démarches et les frais qui en résultent. C'est pour cette raison que la pratique judiciaire doit veiller à ce que cette situation ne se produise pas.

1070. Afin de ne pas nuire à la clarté de notre exposé, nous nous concentrerons sur une situation particulièrement délicate, soit la multiplication des voies de recours contre un seul et même acte. En effet, les autres problèmes de coordination, notamment la définition des jugements susceptibles de recours, surtout lorsqu'il s'agit de jugements portant sur des incidents de procédure, dépendent avant tout de définitions données par le législateur et il n'y a guère de place pour l'interprétation.

1071. L'obligation de coordonner les différents recours est solidement ancrée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Nous examinerons tout d'abord la portée générale de la jurisprudence, élaborée progressivement à l'occasion

³⁸⁸⁶ CourEDH, *Běleš c. République tchèque*, n° 42273/99, arrêt du 12 novembre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, §§ 66.

d'une série de requêtes dirigées contre la République tchèque (A). Ensuite, nous nous tournerons vers les ordres juridiques français et suisse afin de voir s'ils respectent les principes généraux identifiés (B).

A) La construction progressive de l'obligation de coordination dans la jurisprudence

1072. Comme indiqué, presque toutes les affaires portant sur la coordination des voies de recours ont été adoptées à la suite de requête dirigées contre un seul pays, la République tchèque. La difficulté rencontrée par les plaideurs dans ce pays provenait de l'insertion du recours à la Cour constitutionnel au sein des voies de recours préexistantes en matière de procédure civile et pénale. On ne rencontre pas de problème semblable en droit suisse ou français. Nous sommes cependant d'avis que la jurisprudence rendue dans les affaires tchèques conserve toute sa pertinence, car elle comporte des enseignements généraux transposables à d'autres pays. Pour mieux les identifier, il est indispensable d'adopter une approche historique. Un arrêt récent³⁸⁸⁷ a considérablement modifié l'approche de la Cour de Strasbourg sur cette question. Nous présenterons donc l'état de la jurisprudence avant (1) et après (2) cette affaire décisive.

1) La jurisprudence antérieure à l'affaire *Adamiček*

1073. La difficulté rencontrée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme dans les affaires concernant la République tchèque découle du principe selon lequel la Cour constitutionnelle ne peut être saisie qu'après épuisement de toutes les autres voies de recours³⁸⁸⁸. En même temps, la recevabilité du pourvoi en cassation dépend du pouvoir d'appréciation souverain de la Cour suprême³⁸⁸⁹, ce qui introduit une dose d'aléa. La Cour constitutionnelle de la République tchèque a suivi une approche particulièrement sévère et peu cohérente, en exigeant des parties qu'elles devinent quel sera le sort réservé à leur pourvoi en cassation (a). Ensuite, elle tenta, avec la bénédiction de la Cour européenne des droits de l'Homme, d'assouplir sa pratique (b)

³⁸⁸⁷ CourEDH, *Adamiček c. République tchèque*, n° 35836/05, arrêt du 12 octobre 2010.

³⁸⁸⁸ Pour une présentation de la législation pertinente voy. : CourEDH, *Běleš c. République tchèque*, n° 42273/99, arrêt du 12 novembre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, §§ 31-33 ;

³⁸⁸⁹ Soit le pourvoi était directement autorisé par la juridiction d'appel, soit il dépendait de l'autorisation donnée par la Cour suprême lorsque l'affaire « revêt[ait] une importance cruciale du point de vue juridique » conformément à l'art. 239 du Code de procédure civile tchèque. Voy. sur ce point, affaire *Běleš*, arrêt précité, §§ 27-29.

a) La rigidité initiale de la Cour constitutionnelle
tchèque

1074. L'approche suivie initialement par la Cour constitutionnelle de la République tchèque était extrêmement simple. Saisie avant l'introduction du pourvoi en cassation³⁸⁹⁰, ou en l'absence d'un tel pourvoi³⁸⁹¹, elle considérait que le recours constitutionnel était prématuré. Nantie d'un recours après que la Cour suprême eut refusé d'examiner le pourvoi en cassation, elle estimait que la procédure avait été introduite tardivement, car en l'absence d'examen au fond par la juridiction suprême, le délai de recours en matière constitutionnelle avait commencé à courir avec la notification de l'arrêt d'appel³⁸⁹². Même l'introduction simultanée d'un pourvoi en cassation et d'un recours constitutionnel ne mettait pas les parties à l'abri de tout problème. Il lui arrivait, en effet, de se prononcer avant la Cour suprême, pour déclarer le recours prématuré, puis d'exclure un second recours constitutionnel lorsque cette dernière avait refusé d'examiner le pourvoi en cassation³⁸⁹³. La jurisprudence comportait également de subtiles distinctions selon que les griefs pouvaient raisonnablement faire l'objet d'un pourvoi en cassation recevable, ou s'ils devaient, au contraire, être directement présentés à la Cour constitutionnelle³⁸⁹⁴.

1075. La Cour de Strasbourg sanctionna de manière catégorique cette confusion générale. Elle constata à plusieurs reprises que « *dans ces circonstances, ni les requérants ni leur avocat n'étaient en mesure d'évaluer les chances de voir leur pourvoi en cassation*

³⁸⁹⁰ Affaire *Běleš*, arrêt du 12 novembre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, §§ 60-69.

³⁸⁹¹ CourEDH, *Glaser c. République tchèque*, n° 55179/00, arrêt du 14 février 2008, publication au Recueil prévue, §§ 31-35 ; CourEDH, *Pillmann c. République tchèque*, n° 15333/02, arrêt du 27 septembre 2005, §§ 17-21 ; CourEDH, *Mařík c. République tchèque*, n° 73116/01, arrêt du 12 avril 2005, §§ 13-17.

³⁸⁹² CourEDH, *Hoření c. République tchèque*, n° 31806/02, arrêt du 6 mars 2008, §§ 26-29 ; CourEDH, *Ješina c. République tchèque*, n° 18806/02, arrêt du 26 juillet 2007, §§ 24-29 ; CourEDH, *Friedrich c. République tchèque*, n° 12108/03, arrêt du 26 octobre 2006, §§ 18-20 ; CourEDH, *Sroub c. République tchèque*, n° 5424/03, arrêt du 17 janvier 2006, §§ 17-22 ; CourEDH, *Páleník c. République tchèque*, n° 64737/01, arrêt du 21 juin 2005, §§ 18-28 ; CourEDH, *Soudek c. République tchèque*, n° 56526/00, arrêt du 15 mars 2005, §§ 17-22 ; CourEDH, *Zvolský et Zvolská c. République tchèque*, n° 46129/99, arrêt du 12 novembre 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-IX, §§ 46-54.

³⁸⁹³ Voy. à ce propos : CourEDH, *Turek c. République tchèque*, n° 73403/01, arrêt du 21 juin 2005, §§ 25-32. CourEDH, *Vodárenská akciová společnost, A. S. c. République tchèque*, n° 73577/01, arrêt du 24 février 2004, §§ 30-35. Il semble parfois que le procédé ait fonctionné correctement, voy. l'état de fait à la base de l'affaire suivante : CourEDH, *Kracík c. République tchèque*, n° 35355/02, décision du 25 janvier 2005.

³⁸⁹⁴ CourEDH, *Rechtová c. République tchèque*, n° 27088/05, arrêt du 26 juin 2008, §§ 23-24 ; CourEDH, *Mourek c. République tchèque*, n° 17999/03, arrêt du 3 avril 2008, §§ 17-19 ; CourEDH, *Drahorád et Drahorádová c. République tchèque*, n° 10254/03, arrêt du 30 mars 2008, §§ 23-25 ; CourEDH, *Geco A.S. c. République tchèque*, n° 4401/03, arrêt du 21 septembre 2006, § 26. La Cour constitutionnelle distinguait selon que les griefs impliquaient une remise en cause de l'état de fait ou s'ils portaient uniquement sur le droit. Dans le premier cas, l'arrêt d'appel devait être directement attaqué par la voie du recours constitutionnel, car la Cour suprême ne revoyait en aucun cas les faits. Par contre, les griefs de pur droit devaient être préalablement examinés par la Cour suprême, pour autant que le pourvoi en cassation fût recevable.

admis par la Cour suprême »³⁸⁹⁵. L'introduction simultanée du pourvoi en cassation et du recours constitutionnel « *ne fourni[ssait] pas une solution adéquate, conforme à l'exigence de la sécurité juridique* », car elle n'écartait pas totalement le risque de décisions contradictoires³⁸⁹⁶. Les parties étaient donc dans l'impossibilité de déterminer les voies de recours à épuiser avant de saisir la juridiction constitutionnelle. De pareilles difficultés conduisirent la juridiction européenne à constater un très grand nombre de fois que l'article 6 de la Convention avait été violé en l'espèce³⁸⁹⁷. Parallèlement, la Cour de Strasbourg désapprouva également la jurisprudence confuse de la Cour constitutionnelle tchèque concernant l'action en nullité du jugement pour vice de procédure qui devait être exercée avant l'introduction d'un recours constitutionnel³⁸⁹⁸.

b) Evolution ultérieure

1076. A la suite de cela, la Cour constitutionnelle annonça, par publication en 2003 au journal officiel de la République tchèque³⁸⁹⁹, un changement de sa pratique au terme duquel le délai de recours en matière constitutionnelle commencerait à courir dès l'arrêt de la Cour suprême, indépendamment que celui-ci admette ou non le pourvoi en cassation. En 2004, les dispositions législatives relatives à la procédure devant la Cour constitutionnelle furent également modifiées afin d'entériner le changement de jurisprudence³⁹⁰⁰. Désormais, le recours constitutionnel pouvait être interjeté après que la Cour suprême a rejeté un pourvoi en cassation pour des « *motifs dépendant d[e] son pouvoir discrétionnaire* ».

1077. Cette modification fut approuvée par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Soffer* où elle conclut à l'absence de violation de l'article 6 de la Convention au motif que la requérante n'avait pas saisi la Cour constitutionnelle une seconde fois après que son pourvoi en cassation eut été déclaré irrecevable³⁹⁰¹ faute de soulever une question juridique de principe. Elle ne pouvait dès lors se plaindre de ce que

³⁸⁹⁵ Affaire *Drahorád et Drahorádová*, arrêt précité, § 23.

³⁸⁹⁶ Voy. Affaire *Zvolský et Zvolská*, arrêt précité, § 53 ; affaire *Běleš*, arrêt précité, § 64.

³⁸⁹⁷ Affaire *Rechtová*, arrêt précité, § 25 ; affaire *Mourek*, arrêt précité, § 20 ; affaire *Drahorád et Drahorádová*, arrêt précité, § 26 ; affaire *Hoření*, arrêt précité, § 30 ; affaire *Glaser*, arrêt précité, § 36 ; affaire *Ješina*, arrêt précité, § 30 ; affaire *Friedrich*, arrêt précité, § 21 ; affaire *Pillmann*, arrêt précité, § 22 ; affaire *Sroub*, arrêt précité, § 23 ; affaire *Páleník*, arrêt précité, § 29 ; affaire *Turek*, arrêt précité, § 33 ; affaire *Mařík*, arrêt précité, § 17 ; affaire *Vodárenská akciová společnost, A.S.*, arrêt précité, § 36 ; affaire *Zvolský et Zvolská* arrêt précité, § 55 ; affaire *Běleš*, arrêt précité, § 70.

³⁸⁹⁸ CourEDH, *Faltejssek c. République tchèque*, n° 24021/03, arrêt du 15 mai 2008, §§ 27-37.

³⁸⁹⁹ Voy. le résumé qui en est fait dans l'affaire suivante : CourEDH, *Soffer c. République tchèque*, n° 31419/04, arrêt du 8 novembre 2007, § 15.

³⁹⁰⁰ Voy. pour la présentation des nouvelles dispositions : CourEDH, *Regálová c. République tchèque*, n° 40593/05, arrêt du 3 juillet 2008, §§ 16-18.

³⁹⁰¹ Affaire *Soffer*, arrêt précité, §§ 40-49.

son premier recours constitutionnel avait été déclaré irrecevable pour défaut d'épuisement des autres voies de recours, car elle « *aurait pu obtenir le redressement au niveau interne de son grief soulevé aujourd'hui devant la Cour* »³⁹⁰².

1078. La Cour de Strasbourg ne dit rien sur la situation du requérant qui n'aurait pas interjeté de recours constitutionnel immédiat après l'arrêt d'appel. A ce stade de l'évolution de la jurisprudence, la seule obligation imposée aux Etats membres était donc de veiller à ce que les parties puissent se défendre utilement en interjetant simultanément le recours constitutionnel et le pourvoi en cassation contre l'arrêt d'appel, puis ensuite un second recours constitutionnel après que la Cour suprême a examiné, et éventuellement déclaré irrecevable, le pourvoi en cassation. La Cour européenne des droits de l'Homme n'allait pas jusqu'à obliger les juridictions nationales à autoriser les parties à échelonner l'exercice de leurs recours dans le temps.

2) L'affaire *Adamiček* et ses conséquences

1079. La jurisprudence européenne aurait pu en rester au stade indiqué dans l'affaire *Soffer* si la Cour constitutionnelle n'avait pas continué à faire obstacle à sa saisine en accumulant les obstacles formels. C'est dans ce contexte qu'est intervenu l'affaire *Adamiček*³⁹⁰³, qui constitue un tournant majeur dans l'évolution jurisprudentielle (a), dont la portée a été confirmée à l'occasion d'autres affaires (b).

a) Une évolution majeure

1080. Les faits à la base de l'affaire *Adamiček* étaient les suivants. Un requérant avait saisi la Cour suprême de la République tchèque d'un pourvoi en cassation dirigé contre un arrêt d'appel rejetant sa demande en paiement d'une somme d'argent pour cause d'enrichissement illégitime³⁹⁰⁴. Son pourvoi fut écarté au motif qu'il reposait sur une motivation différente de celle présentée à la juridiction d'appel³⁹⁰⁵. S'estimant victime d'un déni de justice, il saisit la Cour constitutionnelle qui déclara son recours irrecevable. La juridiction considéra que les nouvelles dispositions, introduites à la suite de l'affaire *Soffer*, ne s'appliquaient pas en l'espèce, car l'irrecevabilité du pourvoi en

³⁹⁰² Affaire *Soffer*, arrêt précité, § 47.

³⁹⁰³ CourEDH, *Adamiček c. République tchèque*, n° 35836/05, arrêt du 12 octobre 2010.

³⁹⁰⁴ Affaire *Adamiček*, arrêt précité, § 8.

³⁹⁰⁵ Affaire *Adamiček*, arrêt précité, § 9. Les arguments juridiques nouveaux concernaient, en fait, la recevabilité du pourvoi. Le requérant avait demandé à la juridiction d'appel de l'autoriser à saisir la Cour suprême en prétendant que son affaire soulevait une « *question juridique cruciale* » au sens de l'art. 239 § 2 du Code de procédure civile tchèque. Ayant essuyé un refus, il avait renouvelé sa demande devant la haute juridiction.

cassation n'était pas la conséquence de l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation par la Cour suprême³⁹⁰⁶.

1081. Le requérant s'adressa alors à la Cour européenne des droits de l'Homme pour se plaindre de la violation de son droit d'accès à un tribunal³⁹⁰⁷. En défense, le Gouvernement tchèque soutenait, entre autres, que les accommodements jurisprudentiels et législatifs ne concernaient que les affaires où la partie concernée avait simultanément introduit un pourvoi en cassation et un recours constitutionnel³⁹⁰⁸. La juridiction européenne n'accorda aucune importance à cet argument. Bien au contraire, elle releva que l'interprétation restrictive suivie par la juridiction constitutionnelle tchèque « *affaiblit à un degré considérable la protection des droits des justiciables devant la haute juridiction nationale et risque de mener à la situation qu'il s'agissait d'éviter, à la suite des arrêts Zvolský et Zvolská et Běleš [...], à savoir à ce que, dans le doute, les requérants introduisent simultanément le pourvoi en cassation et le recours constitutionnel.* »³⁹⁰⁹

1082. Pour la première fois, la Cour européenne des droits de l'Homme indiquait que le respect du droit d'accès à un tribunal imposait de ne pas obliger une partie à déposer deux recours simultanément contre une décision de justice. Il s'agit d'une avancée majeure par rapport à la jurisprudence antérieure, où les requérants s'étaient toujours adressés en même temps à la Cour constitutionnelle et à la Cour suprême. Le caractère tortueux du raisonnement tenu par les juridictions internes n'était certainement pas étranger au changement. La juridiction européenne entendait certainement couper court à toute tentative de reprendre *a minima* sa jurisprudence.

b) Une évolution confirmée

1083. L'évolution amorcée par l'affaire *Adamíček*, a été confirmée ultérieurement. Dans l'affaire *Janyr et autres*, la Cour de Strasbourg avait été saisie d'un problème similaire, mais en matière pénale. Elle a souligné, à nouveau, la nécessité d'éviter que dans le doute les parties n'introduisent simultanément un pourvoi en cassation et un recours constitutionnel³⁹¹⁰. On retrouve également une confirmation de ce

³⁹⁰⁶ Affaire *Adamíček*, arrêt précité, § 11.

³⁹⁰⁷ Affaire *Adamíček*, arrêt précité, §§ 37-39.

³⁹⁰⁸ Affaire *Adamíček*, arrêt précité, § 42.

³⁹⁰⁹ Affaire *Adamíček*, arrêt précité, § 57.

³⁹¹⁰ CourEDH, *Janyr et autres c. République tchèque*, n° 12579/06, 19007/10 et 34812/10, arrêt du 13 octobre 2011, § 51.

principe, par un raisonnement *a contrario* cependant, dans une affaire où le requérant s'était pourvu en cassation, mais où son recours avait été déclaré irrecevable pour vice de forme entraînant ainsi l'irrecevabilité du recours constitutionnel interjeté dans la foulée. La Cour européenne des droits de l'Homme souligna que la situation du requérant se distinguait de celle ayant donné lieu à l'arrêt *Adamíček*, car on ne se trouvait pas en présence d'un problème de coordination des voies de recours³⁹¹¹. Par ailleurs, le Gouvernement tchèque vient de régler à l'amiable une affaire concernant l'accès à la Cour constitutionnelle³⁹¹² où le requérant avait simultanément introduit un pourvoi en cassation et un recours constitutionnel³⁹¹³.

1084. Il semble toutefois que la Cour européenne des droits de l'Homme ait quelques difficultés à appliquer les principes se dégageant de la jurisprudence tchèque à des requêtes dirigées contre d'autres pays. Dans une affaire espagnole, elle donna sa bénédiction au Tribunal constitutionnel qui avait rejeté pour tardivité un recours d'*amparo*, au motif que les parties avaient préalablement introduit un recours en nullité contre l'arrêt rendu par l'*Audiencia Provincial*³⁹¹⁴. La motivation, extrêmement succincte, laisse entendre que la solution retenue par le Tribunal constitutionnel espagnol échappe, en toute hypothèse, au contrôle par la juridiction européenne³⁹¹⁵. Pareille issue est en contradiction flagrante avec le contrôle minutieux exercé dans les affaires concernant la République tchèque. Cela ne veut toutefois pas dire que le raisonnement du Tribunal constitutionnel était erroné. Il ressort, en effet, de la présentation du droit interne pertinent que l'action en nullité de l'arrêt d'appel était soumise à des conditions strictes, le demandeur en nullité devant établir qu'il n'avait pas été en mesure de se défendre, ou que le jugement était soit dépourvu de toute motivation soit totalement incongru³⁹¹⁶. Sachant que les parties se plaignaient de ce qu'un rapport d'expertise n'avait pas été suffisamment pris en compte³⁹¹⁷, l'action en nullité n'avait guère de chance d'aboutir et elle pouvait s'apparenter à une démarche purement dilatoire. Aucun problème de coordination des voies de recours ne se posait. Il est cependant troublant de constater que la Cour de

³⁹¹¹ CourEDH, *Švehla c. République tchèque*, n° 29736/09, décision du 27 septembre 2011.

³⁹¹² CourEDH, *Harrach (V) c. République tchèque*, n° 40974/09, décision de radiation du 19 juin 2012.

³⁹¹³ Voy. CourEDH, *Harrach (V) c. République tchèque*, n° 40974/09, décision partielle sur la recevabilité du 28 juin 2011.

³⁹¹⁴ CourEDH, *Del Pino García et Ortín Méndez c. Espagne*, n° 23651/07, décision du 14 juin 2011. La question examinée par la Cour était celle de savoir si les parties avaient épuisé les voies de recours internes malgré l'irrecevabilité de leur recours d'*amparo*. La Cour a estimé que le raisonnement suivi par la juridiction espagnole était adéquat. Par voie de conséquence, elle a déclaré la requête irrecevable faute d'épuisement des voies de recours internes.

³⁹¹⁵ Affaire *Del Pino García et Ortín Méndez*, décision précitée, § 32.

³⁹¹⁶ Voy. la litt. B ch. 2 de l'exposé des faits de la décision.

³⁹¹⁷ Affaire *Del Pino García et Ortín Méndez*, décision précitée, § 17.

Strasbourg ne mentionne nulle part sa jurisprudence rendue dans les affaires tchèques, ne fût-ce que pour mieux souligner les différences.

B) Les procédés de coordination en droit interne

1085. L'exercice successif de divers recours constitue certainement le meilleur moyen d'éviter une situation semblable à celle rencontrée dans l'affaire *Adamíček*. Nous traiterons de ce procédé de coordination en premier (1). Ensuite, nous aborderons une autre solution, qui n'a été que furtivement envisagée par la Cour européenne des droits de l'Homme, alors qu'elle est bien connue en droit interne français et suisse : la conversion des recours (2).

1) L'exercice successif des recours

1086. S'agissant de l'organisation des voies de recours, les ordres juridiques suisses et français diffèrent sur de nombreux points. Nous sommes donc contraint de nous pencher séparément sur les problèmes soulevés par l'exercice successif de divers recours contre une même décision. Nous commencerons par examiner le droit suisse, où le problème est particulièrement aigu (a). Ensuite, nous nous tournerons vers le droit français (b).

a) Droit suisse

1087. Les problèmes de coordination des voies de recours au sens large³⁹¹⁸ étaient fréquents en droit suisse avant l'unification de la procédure civile. Ceux-ci découlaient de la coexistence des voies de recours prévues par le droit cantonal et des recours adressés au Tribunal fédéral. Il arrivait, en effet, qu'une décision de justice puisse être contestée devant une juridiction cantonale dont le pouvoir d'examen était moins large que celui du Tribunal fédéral. En bonne logique, il eût alors été nécessaire d'interjeter dans un premier temps le recours cantonal et le recours au Tribunal fédéral, ce dernier ne portant que sur les points soustraits à la connaissance de la juridiction cantonale. Ensuite un second recours devait être adressé au Tribunal fédéral après que cette dernière se fut prononcée sur les griefs à l'égard desquels elle était compétente. Trois recours différents, dont l'objet était distinct, devaient ainsi être interjetés au total. La situation présentait donc de nombreuses similitudes avec le faits à la base des arrêts rendus dans des affaires tchèques. Conscient de la difficulté procédurale que cela représentait, le Tribunal fédéral avait

³⁹¹⁸ Le lecteur comprendra tantôt l'importance de cette précision.

admis, en 1968 déjà, que la partie recourante épuise la voie de recours cantonale limitée avant d'adresser au Tribunal fédéral un seul recours comportant les griefs qui avaient été examinés par l'instance immédiatement précédente et ceux qui échappaient à sa connaissance³⁹¹⁹. Trente-deux ans avant l'arrêt *Adamíček*, la juridiction suprême suisse posait donc un principe semblable à celui évoqué par la Cour européenne des droits de l'Homme. Mais la jurisprudence se montra particulièrement restrictive dans l'application de celui-ci. Un arrêt retint ainsi que cette règle de coordination des recours n'était pas applicable lorsque la juridiction cantonale déclarait irrecevable le recours qui lui est adressé³⁹²⁰. La partie recourante n'étant jamais totalement certaine de la recevabilité de son recours, elle pouvait être ainsi tentée d'interjeter deux recours simultanés par précaution. Afin de mettre fin aux incertitudes, l'article 100 alinéa 6 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral prévoyait expressément que « *si la décision d'un tribunal cantonal supérieur peut être déférée à une autre autorité judiciaire cantonale pour une partie des griefs* » susceptibles d'être invoqués à l'appui d'un recours au Tribunal fédéral, alors « *le délai de recours commence à courir à compter de la notification de la décision de cette autorité.* » Le droit suisse reconnaissait donc formellement depuis 2007 le principe de l'exercice successif des voies de recours, même s'il ne l'avait consacré que pour la procédure devant le Tribunal fédéral.

1088. Le Code de procédure civile n'a toutefois pas érigé en principe général de procédure la coordination des voies de recours. Le législateur a même abrogé la disposition pertinente de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, disposition dont la portée générale³⁹²¹ lui a manifestement échappé. Il a en outre omis de régler le problème de manière ponctuelle. Le cumul des voies de recours n'a pourtant pas disparu. On se trouve donc en présence d'une régression du texte légal, par rapport à l'état antérieur du droit³⁹²².

1089. Un des premiers cas de figure concerne le sort des jugements rendus par défaut. Ceux-ci peuvent faire l'objet des recours ordinaires et d'une procédure de restitution destinée à rouvrir le procès devant la juridiction qui les a rendue³⁹²³. La

³⁹¹⁹ ATF 94 I 459, plus connu, dans les milieux juridiques alémaniques sous le nom de « *Dorénaz-Praxis* ».

³⁹²⁰ ATF 109 Ia 248, JdT 1985 I 226, ZBl 85 (1984), pp. 317 ss.

³⁹²¹ *Stricto sensu*, la disposition n'était effectivement plus nécessaire, en l'absence désormais de voies de recours cantonales particulières. En revanche, le message qu'elle véhiculait devait être préservé.

³⁹²² Le Tribunal fédéral avait pourtant adopté une approche généreuse de cette disposition, qui montrait son importance dans l'ordre juridique suisse. Voy. David RÜETSCHI, Aufforderung zur extensiven Auslegung von Art. 100 Abs. 6 BGG – Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 20. August 2008 (4A_216/2008), *Revue de l'avocat* 2009, p. 28-29.

³⁹²³ Art. 148-149 CPC 2008. Denis TAPPY, *Les décisions par défaut*, p. 437-438.

doctrine considère que la partie défaillante doit simultanément interjeter le recours normalement prévu et demander la restitution, car les délais courent en parallèle³⁹²⁴. L'admission de la demande en restitution prive cependant le recours d'objet, vu que le jugement est mis à néant³⁹²⁵. Il s'agit clairement d'un cas de cumul de voies de recours qui doit être traité conformément aux principes dégagés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

1090. Il serait donc préférable d'autoriser la partie défaillante à demander la restitution, puis, en cas de rejet de sa demande, à interjeter le recours ordinairement prévu³⁹²⁶. Cette solution s'impose³⁹²⁷ même si la partie défaillante soutient que les conditions d'un jugement par défaut n'étaient pas réunies. Certains auteurs proposent qu'elle interjette directement recours sans demander la restitution³⁹²⁸, mais cette subtile distinction ne va pas sans rappeler les circonlocutions de la Cour constitutionnelle tchèque. Afin d'éviter une issue similaire, il nous paraît préférable de procéder de manière méthodique en réglant tout d'abord la question de la validité du jugement rendu par défaut avant d'aborder les voies de recours.

1091. Mise à part la question des jugements rendus par défaut, on rencontre également plusieurs cas de cumul de voies de recours en matière d'exécution forcée. Un cas de figure nous semble particulièrement digne d'attention. Il s'agit du jugement ordonnant la mainlevée provisoire de l'opposition à un commandement de payer. Le débiteur poursuivi peut directement introduire une action en libération de dette ou recourir contre le jugement afin d'en obtenir l'annulation. Doctrine et jurisprudence considèrent qu'un recours ordinaire suspend le délai pour agir en libération de dette, alors que ce n'est le cas pour les recours extraordinaires que si l'effet suspensif leur a été reconnu³⁹²⁹. Plutôt que de s'interroger sur la nature du recours limité au droit, comme le

³⁹²⁴ MEIER, *Zivilprozessrecht*, p. 529; Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 14 ad art. 149 CPC 2008 ; TAPPY, *Les décisions par défaut*, p. 450-451.

³⁹²⁵ Urs H. HOFFMANN-NOWOTNY, in OBERHAMMER, n° 11 ad art. 148 CPC 2008 ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p. 209 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 621 (ad art. 148 CPC 2008)

³⁹²⁶ En ce sens, mais hésitant : Denis TAPPY, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 15 ad art. 149 CPC 2008.

³⁹²⁷ Il serait également envisageable d'admettre que la partie défaillante interjette uniquement le recours, tout en exposant dans son mémoire qu'elle remplit les conditions d'une restitution. La juridiction de recours le transmettrait au tribunal inférieur pour qu'il se prononce sur la restitution. Voy. en ce sens : SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p. 222.

³⁹²⁸ Sylvia FREI/Daniel WILLISEGGER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 5 ad art. 234 CPC 2008 ; TAPPY, *Les décisions par défaut*, p. 439, note de bas de page n° 64.

³⁹²⁹ ATF 127 III 569, JdT 2001 II 46, SJ 2002 I 54 ; ATF 127 III 142 ; ATF 101 III 42. André SCHMIDT, in DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, n° 14 ad art. 83 LP ; Dominik VOCK, in HUNKELER, n° 11 ad art. 83 LP. *Contra* : GILLIÉRON, n° 68 ad art. 83 LP pour qui le délai devait courir dès la notification du jugement de première instance,

font certains auteurs³⁹³⁰, il serait plus simple de considérer que le délai pour agir en libération de dette commence à courir seulement après que la décision de mainlevée provisoire est devenue irrévocable.

1092. Il est impératif que la jurisprudence évolue, notamment sur les points que nous venons de mentionner. Dans le cas contraire, la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait avoir à connaître d'une requête dirigée contre la Suisse et présentant des griefs similaires à ceux dirigés contre la République tchèque. On imagine sans difficulté le sort qui lui sera alors réservé. Le meilleur moyen de résoudre les problèmes qui se posent, consiste à admettre par voie jurisprudentielle, au simple visa de l'article 6 § 1 de la Convention et de la jurisprudence de la Cour, que certains délais sont suspendus pendant qu'un autre recours peut être introduit³⁹³¹. Il suffirait ainsi de déclarer que le délai de recours est suspendu pour la durée de la procédure en restitution contre un jugement rendu par défaut ou que le délai pour agir en libération de dette ne court pas tant et aussi longtemps que la décision de mainlevée provisoire n'a pas été définitivement confirmée. Naturellement, une révision du Code de procédure civile et de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral serait préférable, mais nous sommes fermement convaincu que les juridictions peuvent sans autre assurer l'intendance d'ici à ce que le parlement se saisisse de la question³⁹³².

afin de ne pas faire dépendre le *dies a quo* du droit cantonal. Le problème ne se pose plus avec l'unification de la procédure civile.

³⁹³⁰ Comme le fait Daniel STAEHELIN, in STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, n° 22 ad art. 83 LP pour qui le recours limité au droit est un recours extraordinaire qui n'interrompt, en principe, pas le délai pour agir en libération de dette. Cette opinion n'est pas partagée par tous, voy. Henri-Robert SCHÜPBACH, les voies de recours « extra ordinem judiciarum privatorium » de l'avant-projet de code de procédure civile, RSPC 2005, pp. 331ss., spécialement p. 333 pour qui le recours limité au droit, au contraire, est un recours ordinaire. La prudence commande donc d'éviter de justifier certaines solutions pratiques en se référant à des concepts généraux qui n'ont pas été repris en droit positif.

³⁹³¹ Une approche similaire a été proposée lorsque le jugement de première instance fait l'objet d'une procédure de rectification ou d'interprétation, à condition toutefois que la demande soit acceptée (voy. SEILER, Die Berufung, p. 326-328 et les auteurs cités) ou s'agissant du délai prévu à l'art. 63 al. 1 CPC 2008 lorsque le jugement d'irrecevabilité est contesté (*En toutes circonstances* : Stephen V. BERTI, in OBERHAMMER, n° 13 ad art. 63 CPC 2008 ; KUSTER, p. 133-134 ; *implicitement* : Markus MÜLLER-CHEN, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 18 ad art. 63 CPC (« ...endet das Verfahren durch den Eintritt der formellen Rechtskraft des Prozessurteils ») ; Prisca SCHLEIFFER MARAIS, in Baker&McKenzie, n° 10 ad art. 63 CPC 2008 (« ...erst mit dem Eintritt der Rechtskraft des Entscheides. ») ; *limité aux recours suspensif* : François BOHNET, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 21 et 22 ad art. 63 CPC 2008 qui se réfère explicitement à la situation prévalant en matière de mainlevée provisoire ; Dominik INFANGER, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 15 ad art. 63 CPC 2008 qui préconise toutefois l'octroi systématique de l'effet suspensif ; Martin HEDINGER/Thomas SUTTER-SOMM, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 11 ad art. 63 CPC 2008). Le procédé de coordination n'est donc pas inconnu de l'ordre juridique suisse.

³⁹³² Concernant les jugements rendus par défaut, il serait également envisageable d'octroyer à la juridiction de recours la compétence pour se prononcer sur la demande en restitution. Ainsi, il suffirait d'interjeter dans le délai de dix jours un recours et de présenter dans le même acte une demande de restitution. Telle était la solution consacrée en droit zurichois (§ 200 GVG ZH 1976) et elle pourrait être maintenue sous l'empire du Code fédéral de procédure civile (voy. Urs H. HOFFMANN-NOWOTNY, in OBERHAMMER, n° 3 ad art. 149 CPC 2008 pour qui la solution dépend du

b) Droit français

1093. L'exercice successif des voies de recours est également reconnu en droit français, même si les problèmes rencontrés sont plus rares qu'en droit suisse³⁹³³. Le droit français part implicitement du principe qu'une seule voie de recours est ouverte contre un même jugement. Ainsi, les jugements de première instance susceptibles d'appel ne peuvent faire l'objet d'une opposition³⁹³⁴, même si le défendeur n'a pas comparu, par exemple parce qu'il n'a pas eu connaissance de l'acte introductif d'instance³⁹³⁵. Les hypothèses de recoupements entre voies de recours dans le chef d'une même partie sont donc extrêmement rares³⁹³⁶. Ainsi, lorsqu'un jugement contradictoire ou réputé contradictoire a été rendu en dernier ressort, les domaines respectifs du pourvoi en cassation, du recours en révision et du recours pour *ultra* et *extra petita* sont suffisamment distincts pour qu'un choix puisse être opéré³⁹³⁷.

1094. Le cumul entre l'opposition, contre un jugement en dernier ressort³⁹³⁸ ou un arrêt rendu par défaut, et le pourvoi en cassation constitue la seule situation potentiellement problématique. En effet, l'opposition permet « *au défaillant de faire valoir tout moyen apte à faire tomber le jugement rendu hors de sa présence, comme l'invocation de la mise en œuvre défectueuse de la règle de droit applicable à l'affaire par le juge* »³⁹³⁹. Le Code de procédure civile contient toutefois une règle de coordination. Le délai pour se pourvoir commence à courir une fois que l'opposition n'est plus recevable³⁹⁴⁰. Les deux voies de recours sont donc susceptibles d'être exercées de manière échelonnée³⁹⁴¹. Cela signifie que la partie défaillante peut sans crainte procéder

droit cantonal, lequel peut prescrire que la juridiction de recours est compétente pour examiner la demande de restitution dirigée contre le jugement de première instance) dès lors que la compétence n'est pas clairement définie dans le Code fédéral de procédure civile (TAPPY, Les décisions par défaut, p. 443-444). Personnellement, nous préférons une solution globale qui permette également de régler le problème du délai pour agir en libération de dette et qui ne dépende pas du droit cantonal.

³⁹³³ Voy. sur la question SALHI, pp. 565 ss.

³⁹³⁴ Art. 571 ss CPC 1975. L'opposition « *tend à faire rétracter un jugement rendu par défaut* » et elle est introduite par le défaillant (art. 571 CPC 1975) devant la juridiction qui a rendu le jugement attaqué (art. 572 CPC 1975). Elle peut être comparée à la procédure de restitution contre un jugement mentionnée en droit suisse à l'art. 148 al. 3 CPC 2008.

³⁹³⁵ Cf. supra, n° 748.

³⁹³⁶ En revanche, il se peut que les différentes parties aient à leur disposition divers recours. Ainsi, le demandeur comparant devra interjeter appel d'un jugement par défaut (art. 571 al. 2 CPC 1975 *a contrario*), alors que le défendeur aura l'opposition à sa disposition : Jacques JUNILLON, Opposition, in Serge GUINCHARD (édit.), Droit et pratique de la procédure civile droit interne-droit communautaire, Coll. Dalloz action 2012/2013, Dalloz, Paris, 2012, p. 1407, n° 542.21.

³⁹³⁷ SALHI, p. 567-568.

³⁹³⁸ Si le jugement est en premier ressort, l'appel est possible, ce qui exclut l'opposition (art. 473 al. 2 CPC 1975).

³⁹³⁹ SALHI, p. 540. Si ses moyens portent uniquement sur les faits du litige, le choix en faveur de l'opposition s'impose, à moins qu'on ne se trouve en présence d'un défaut de base légale invocable en degré de cassation.

³⁹⁴⁰ Art. 613 CPC 1975.

³⁹⁴¹ En ce sens : DESDEVICES/DOUCHY-LOUDOT, n° 132.

par la voie de l'opposition et attendre la nouvelle décision pour saisir la Cour de cassation. Le risque que l'opposition soit irrecevable, et le délai pour se pourvoir en cassation échu dans l'intervalle, demeure faible. En effet, la partie opposante n'a pas besoin de prouver que son défaut n'est pas fautif³⁹⁴². Il lui suffit d'énoncer ses moyens³⁹⁴³ et de respecter les règles relatives à l'introduction d'instance³⁹⁴⁴. Les éventuelles erreurs figurant dans l'exploit de signification de l'arrêt rendu par défaut, notamment lorsque l'opposition n'est pas mentionnée, ne prêtent pas à conséquence, car le délai pour introduire ce recours, et par voie de conséquence celui pour se pourvoir en cassation, ne courent pas³⁹⁴⁵.

2) La conversion des recours interjetés de manière inappropriée

1095. La conversion des actes de recours consiste à examiner les griefs d'une partie malgré le fait qu'elle n'a pas choisi la bonne voie de recours. Le juge considérera que la désignation erronée ne fait pas obstacle à sa saisine et il examinera d'office les griefs dans le cadre du recours adéquat. La nécessité de procéder à une telle opération est la conséquence de la multiplication des voies de recours contre une même décision. Lorsqu'une seule voie de recours est ouverte, le risque de confusion est nul. C'est pour cette raison que la conversion des recours est une question secondaire en droit français (a). En revanche, le droit suisse connaît une multiplication des voies de recours à tous les niveaux. La conversion des recours fait ainsi l'objet de nombreuses décisions de justice et d'un débat doctrinal (b).

a) Une question secondaire en droit français

1096. La conversion des recours est expressément prévue par le Code de procédure civile dans une hypothèse précise. Son article 91 indique que « *lorsque la cour estime que la décision qui lui est déférée par la voie du contredit devait l'être par celle de l'appel, elle n'en demeure pas moins saisie* », si bien que « *l'affaire est alors instruite et*

³⁹⁴² C'est la grande différence avec le droit suisse, où la partie jugée par défaut doit établir son absence de faute grave pour pouvoir bénéficier d'un second jugement (art. 148 al. 1 CPC 2008)

³⁹⁴³ Art. 574 CPC 1975

³⁹⁴⁴ En principe, l'opposition est introduite selon les règles prévues pour l'introduction d'instance devant la juridiction envisagée, ou par acte d'avocat à avocat : art. 573 et 574 CPC 1975.

³⁹⁴⁵ DESDEVISES/DOUCHY-LOUDOT, n° 120. Voy. également : Cass. soc., 26 avril 2006, Bull. civ. V, n° 149 ; Cass. 2^{ème} civ., 3 mai 2001, Bull. civ. II, n° 85, Procédures 2001, comm. 147 (note Perrot).

jugée selon les règles applicables à l'appel des décisions rendues par la juridiction dont émane le jugement frappé de contredit. » Même si le mot conversion ne figure nulle part, c'est bien de cela qu'il s'agit. Existe-t-il cependant d'autres cas de figure admis par la jurisprudence et la doctrine ?

1097. De manière ambiguë, la jurisprudence déclare irrecevable un appel interjeté à la place d'un contredit, tirant prétexte de « *l'absence de disposition symétrique de celle qu'édicte l'article 91* »³⁹⁴⁶, mais elle procède à la conversions d'autres recours, ce que la doctrine envisage aussi, assimilant la conversion des recours à la requalification des prétentions³⁹⁴⁷. Ainsi dans un arrêt de 1981³⁹⁴⁸, elle s'est prononcée sur le sort d'une opposition en matière de procédure collective introduite sous la forme d'une tierce-opposition de droit commun³⁹⁴⁹. Le dispositif de l'arrêt attaqué avait déclaré certains jugements inopposable à la demanderesse, conformément aux usages en matière de tierce-opposition, alors que l'opposition impliquait la rétractation pure et simple du jugement avec effet *erga omnes*. La Cour de cassation annula sans autre précision l'arrêt d'appel au motif que les dispositions légales pertinentes avaient été violées. Elle procéda ainsi à une conversion implicite de la tierce-opposition en opposition, car rien n'indique que l'erreur ait été purement rédactionnelle. Il est ainsi surprenant que la juridiction suprême ne consacre aucun attendu à la question. On retrouve la même discrétion dans une affaire de 1995³⁹⁵⁰. Une partie avait interjeté appel d'un jugement auquel elle n'était pas partie. Son recours fut déclaré irrecevable pour cette raison³⁹⁵¹. La Cour de cassation annula l'arrêt d'appel au motif, obscur, que l'appelante avait produit des documents justifiant qu'elle avait bénéficié d'un « *apport partiel d'actifs placés sous le régime des scissions pour la branche d'activité en cause* » et que « *ce faisant, elle intervenait en appel, comme se substituant à la société Lainière dans tous ses droits, biens et obligations* ». Au vu de ces seuls éléments, il est difficile de dire si la conversion de l'appel en intervention était destinée à remédier à une erreur d'écriture ou si l'appelante avait réellement voulu introduire un recours qui se serait avéré irrecevable s'il n'avait pas été converti en intervention.

³⁹⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 18 janvier 1983, Bull. civ. I, n° 24, Gaz. Pal. 1983. 1. pan. 174 (obs. Guinchard), RTD civ. 1983, p. 588 (chron. Normand).

³⁹⁴⁷ Georges BOLARD, Note sous Cass. 1^{ère} civ. 22 avril 1997, JCP 1997 éd. G II 22944, p. 495.

³⁹⁴⁸ Cass. com., 27 janvier 1981, Bull. civ. IV, n° 50.

³⁹⁴⁹ Art. 579 ss CPC 1975.

³⁹⁵⁰ Cass. 2^{ème} civ., 25 octobre 1995, Bull. civ. II, n° 260.

³⁹⁵¹ Cf. art. 546 al. 1 CPC 1975: « *Le droit d'appel appartient à toute partie qui a intérêt, si elle n'y a pas renoncé.* » L'alinéa 2 ne fait d'exception que pour la matière gracieuse, admettant le recours des tiers « *auxquels le jugement a été notifié.* »

1098. Un arrêt récent de la Cour de cassation laisse entendre que la conversion des recours ne serait possible qu'en présence d'une déclaration de volonté de la partie concernée. Le demandeur au pourvoi reprochait à la Cour d'appel de Grenoble d'avoir prétendument converti d'office un appel dirigé contre une sentence arbitrale en recours en nullité³⁹⁵². Il fut débouté au motif que « *la déclaration déférant la sentence à la cour d'appel était intitulée "recours en annulation", que la mise au rôle reprenait la même indication, et que la terminologie inexacte désignant les parties n'était pas de nature à modifier l'objet du recours, clairement exprimé dans les conclusions des sociétés demanderesse, ni à induire en erreur la SGI dont l'acte de constitution visait un recours en annulation* » si bien que « *la cour d'appel, qui n'a pas requalifié le recours dont elle était saisie, a[vait] légalement justifié sa décision de ce chef.* »³⁹⁵³ La motivation peut être interprétée de deux manières différentes. On peut, tout d'abord n'y voir qu'un moyen de couper habilement court au moyen, selon lequel la juridiction d'appel avait procédé d'office à une requalification interdite. En ce sens, la Cour de cassation ne se serait pas prononcée sur l'existence d'une interdiction de « *requalifier un recours d'office* ». Il s'agissait uniquement d'indiquer au demandeur au pourvoi que ce qu'il dénonçait n'était pas avéré, la juridiction d'appel n'ayant fait que passer outre une erreur rédactionnelle qui ne remettait pas en cause l'intention clairement manifestée d'introduire un recours en annulation. Il est cependant aussi possible d'envisager la motivation dans une perspective plus globale. Dans ce cas, rien n'interdit de penser que la Cour de cassation fait un pas en direction du demandeur au pourvoi et reconnaît que la conversion des recours n'est possible qu'à la demande de la partie concernée. Or on voit mal que le demandeur à un recours ne s'en prévale pas lorsque son adversaire plaide l'irrecevabilité. La déclaration supplémentaire de volonté n'est donc qu'une formalité vide de tout sens. C'est pour cette raison que nous privilégions la première interprétation présentée.

b) Une notion discutée en droit suisse

1099. La question de la conversion des recours occupe la jurisprudence suisse depuis 1929. Elle est donc presque aussi ancienne que l'interdiction du formalisme

³⁹⁵² La qualification adéquate des deux recours n'allait pas sans difficulté, voy. Véronique MIKALEF-TOUDIC, De la distinction entre l'appel et le recours en annulation à l'encontre d'une sentence arbitrale (à propos d'un arrêt de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 20 mars 2003), in Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), Coll. Etudes juridiques, vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 233 ss, spécialement pp. 241 ss. La réforme récente du droit de l'arbitrage a laissé subsister les deux modalités de recours (art. 1490 CPC 1975).

³⁹⁵³ Cass. 2^{ème} civ., 18 octobre 2001, pourvoi n° 00-12880.

excessif. Cette année-là, le Tribunal fédéral indiqua qu'un recours de droit public irrecevable pouvait être converti en recours en matière civile si les parties se trompaient sur la voie de recours adéquate³⁹⁵⁴. La juridiction suprême releva expressément que cette conversion s'imposait « *afin de tenir compte de la complexité des voies de recours au niveau fédéral* »³⁹⁵⁵. Il s'agissait donc d'éviter un potentiel excès de formalisme, même si l'expression ne figure nulle part. La possibilité de convertir les recours fut confirmée ultérieurement à plusieurs reprises sous l'empire de l'ancienne Loi fédérale d'organisation judiciaire. En matière civile, la situation la plus fréquente était celle d'une confusion entre le recours en réforme et le recours de droit public³⁹⁵⁶. Un seul arrêt concerne la conversion d'un recours de droit public en recours en nullité³⁹⁵⁷. La conversion n'était possible que si l'acte de recours répondait aux exigences de recevabilité du recours de destination. Cette condition pouvait poser problème lorsque ce dernier ne permettait que de faire valoir des griefs constitutionnels. Ceux-ci ne pouvant être relevés d'office, la conversion n'était pas possible lorsque la partie recourante se plaignait uniquement de violation de la loi³⁹⁵⁸. La jurisprudence étendait également cette exigence à la conversion des recours cantonaux. Le Tribunal fédéral considérait qu'il n'y avait aucun formalisme excessif à refuser la conversion si le mémoire ne répondait pas aux exigences de motivation du recours de destination³⁹⁵⁹.

1100. La conversion des actes de recours fut toutefois graduellement assujéti de conditions supplémentaires qui ne s'imposaient pas d'elles-mêmes. Celles-ci rendirent la conversion des recours plus difficile. Le Tribunal fédéral interdit tout d'abord la conversion partielle des recours³⁹⁶⁰. Si un seul acte réunissait des griefs qui devaient faire l'objet de deux recours distincts, il n'était pas question d'examiner séparément certains griefs afin de les convertir en un autre recours. La jurisprudence prohibait également les actes de recours réunissant en un seul mémoire deux recours distincts sans les séparer³⁹⁶¹,

³⁹⁵⁴ ATF 56 II 1, cons. 1.

³⁹⁵⁵ Texte original : « *Um den Schwierigkeiten der Handhabung des Bundesrechtlichen Rechtsmittelsystems Rechnung zu tragen* [...] ».

³⁹⁵⁶ Voy. parmi les arrêts publiés au recueil officiel : ATF 116 II 376, cons. 3, JdT 1990 I 616, RSDIE 1993, p. 98 (note Schwander) ; ATF 112 II 512, cons. 1d, JdT 1987 I 355, SJ 1987, p. 335 ; ATF 111 II 384, cons. 1, JdT 1986 I 94, SJ 1986, p. 94 ; ATF 109 II 400, cons. 1d, JdT 1985 I 111 ; ATF 95 II 374, cons. 1 ; ATF 93 I 164, cons. 2.

³⁹⁵⁷ ATF 103 II 69, cons. 2.

³⁹⁵⁸ TF du 18 mai 2006, 4C.127/2006, cons. 3 ; ATF 116 II 376, cons. 3b, JdT 1990 I 616 ; ATF 112 II 145.

³⁹⁵⁹ TF du 9 mai 2005, 4P.67/2005, cons. 2.

³⁹⁶⁰ TF du 20 mars 2006, 5P.19/2006, cons. 1 ; ATF 131 III 268, cons. 6, SJ 2005 I 401 ; TF du 4 novembre 2003, 4C.262/2003.

³⁹⁶¹ TF du 27 septembre 2006, 4P.111/2006, cons. 2 ; TF du 18 août 2005, 5P.254/2005, cons. 1 ; TF du 28 juillet 2005, 5P.50/2005 et 5C.50/2005, cons. 1.1. Voy. cependant : TF du 25 juin 2006, 4P.76/2002, cons. 1 où le principe est certes réaffirmé, mais appliqué avec une grande souplesse (cf. en particulier le cons. 1.3).

tout comme elle se refusait à trier les griefs présentés dans le cadre de deux recours distincts, mais avec de nombreux chevauchements³⁹⁶². Par ailleurs, un courant jurisprudentiel minoritaire refusait également la conversion des recours lorsqu'ils étaient présentés par un avocat³⁹⁶³, ou si le choix d'une voie de recours erronée ressortait indiscutablement des actes du procès³⁹⁶⁴. A ce stade, la conversion des recours n'était envisageable que dans les hypothèses extrêmement limitées où une partie défendait seule sa cause sans vraiment saisir tous les enjeux du litige. Le souci du Tribunal fédéral de maintenir une pratique correcte était certes louable, mais son zèle ne s'embarassait d'aucune considération quant aux conséquences sur le formalisme de la procédure. La juridiction suprême refusa ainsi dans un premier temps d'imposer la conversion des recours aux juridictions cantonales, même s'il existait des incertitudes sur le choix de la bonne voie de recours cantonale³⁹⁶⁵. Ce refus fut critiqué par SCHMID³⁹⁶⁶ qui y vit un durcissement inutile de la jurisprudence³⁹⁶⁷. En 2001, le Tribunal fédéral revint timidement sur ses pas, réservant le cas où le domaine de chaque recours n'était pas clair³⁹⁶⁸. En 2007, il confirma indirectement cette approche en approuvant le refus de convertir un recours joint en recours principal, au motif que cela constituerait une faveur inadmissible faite à une partie en faute³⁹⁶⁹. La conversion n'était donc plus écartée d'emblée. La doctrine, quant à elle, demeurerait partagée³⁹⁷⁰.

1101. L'unification de la procédure civile, et la réorganisation complète des voies de recours devant le Tribunal fédéral, aurait dû être l'occasion d'ancrer définitivement la conversion des recours dans un texte légal. Il est décevant de constater qu'on ne trouve aucune disposition à ce propos, ni dans la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, ni dans le Code de procédure civile. A l'exception de deux auteurs³⁹⁷¹, toute la doctrine admet

³⁹⁶² TF du 11 mars 2003, 4P.8/2003, cons. 2.3.

³⁹⁶³ TF du 5 juin 2007, 5P.520/2006, cons. 2.2 ; TF du 8 juillet 2004, 5P.194/2004, cons. 2 ; TF du 15 août 2003, 1P.290/2003, cons. 1 (avocat qui expose ses doutes) ; TF du 14 mai 2003, 5P.61/2003, cons. 1.3 ; TF du 15 mars 2002, 1P.93/2002, cons. 1.1 (avocat agissant à titre privé pour contester une contravention qui lui avait été infligée) ; ATF 120 II 270, cons. 2, JdT 1997 I 320.

³⁹⁶⁴ TF du 11 août 2005, 1A.73/2005, cons. 1.1 ; TF du 5 novembre 2004, 1P.562/2004, cons. 1.2.

³⁹⁶⁵ ATF 113 Ia 84, confirmé par TF du 27 juin 2000, 4P.300/1998.

³⁹⁶⁶ SCHMID, p. 109.

³⁹⁶⁷ Cette opinion n'est que partiellement correcte. Si elle pouvait paraître vraisemblable au moment où l'arrêt a été adopté, l'évolution de la jurisprudence montre que le Tribunal fédéral a continué d'admettre la conversion des recours qui lui sont adressés.

³⁹⁶⁸ TF du 2 avril 2001, 5P.20/2001. Cette hypothèse avait déjà été envisagée par le passé : ATF 121 II 72, cons. 2b, JdT 1996 I 483.

³⁹⁶⁹ TF du 27 mars 2007, 4P.20/2007. Voy. également en matière pénale, et *a contrario* : TF du 2 mai 2006, 1P.115/2006, cons. 3.5.

³⁹⁷⁰ ZIEGLER, p. 247 et les auteurs cités.

³⁹⁷¹ Peter REETZ, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 52 ad rem. prélim. art. 308-318 CPC 20087 ; SEILER, Die Berufung, p. 378-381. En substance, outre les remarques habituelles sur le risque de négligence

aujourd'hui la conversion des recours³⁹⁷². La jurisprudence est plus nuancée. Dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a confirmé la conversion d'un recours constitutionnel subsidiaire en recours en matière civile, et *vice versa*, à condition que la conversion ait lieu « *dans son ensemble* »³⁹⁷³. La jurisprudence cantonale admet la conversion des recours adressés aux tribunaux cantonaux³⁹⁷⁴. Les restrictions apportées par la jurisprudence fédérale ne sont toutefois que rarement évoquées³⁹⁷⁵.

1102. Les évolutions récentes du droit judiciaire privé suisse vont dans un sens favorable à la conversion des recours. Il est désormais indiscutable que celle-ci est possible lorsque la partie concernée est représentée par un avocat³⁹⁷⁶. En revanche, l'interdiction de convertir partiellement un recours s'est maintenue. Cela ressort nettement de la jurisprudence concernant la procédure devant le Tribunal fédéral³⁹⁷⁷. Son

systématique de la part des plaideurs, ce dernier auteur considère que le passage de l'appel au recours limité au droit est problématique en raison de l'absence de recours joint limité au droit. Nous ne pouvons lui donner entièrement tort sur ce dernier point, mais des aménagements sont possibles. Il serait envisageable de traiter un appel joint comme un recours limité au droit interjeté à titre principal, à condition de faire abstraction de la tardiveté de celui-ci. Si les deux parties ont recouru, alors que l'appel était seul recevable, il suffira à la juridiction saisie de demander aux parties si elles souhaitent la conversion de leur recours en appel joint. Si les deux la demandent, alors le tribunal considérera que le recours interjeté en premier est l'appel principal et que le second est un appel joint.

³⁹⁷² Florence AUBRY GIRARDIN, in CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 38 ad art. 42 LTF ; HOHL, Vol. 2, 2^{ème} édition, p. 408-409 (recours cantonaux) et p. 471-472 (recours fédéraux) ; DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° 1021 ss ad art. 42 LTF ; Ivo W. HUNGERBÜHLER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 11 ad art. 311 CPC 2008 ; Nicolas JEANDIN, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 7 ad art. 312 CPC 2008 ; Beat MATHYS, in Baker&McKenzie, n° 12 ad art. 311 CPC 2008 ; Laurent MERZ, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 10 ad art. 42 LTF ; MEIER, Zivilprozessrecht, p. 505 ; Alexander MISIC, Verfassungsbeschwerde – Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte (Art. 113-119 BGG), thèse Zurich, Schulthess Juristische Medien, Zurich, 2011, p. 634 ; STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p. 429-430 ; TAPPY, Les voies de droit, p. 117-118 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 1371-1372 (ad art. 311 CPC 2008).

³⁹⁷³ ATF 134 III 379, cons. 1.2, SJ 2009 I 85. Cette arrêt a été confirmé à de multiples reprises : TF du 30 août 2012, 4A_742/2012, cons. 2 ; TF du 14 mai 2012, 5A_904/2011, cons. 1.1 ; TF du 23 février 2012, 4A_34/2012, cons. 1.1 ; TF du 20 février 2012, 5A_761/2011, cons. 1.2 ; TF du 23 décembre 2011, 4A_752/2011, cons. 3 ; TF du 14 décembre 2011, 5A_678/2011, cons. 1.1 ; TF du 22 septembre 2011, 5D_130/2011, cons. 1.1 ; TF du 23 juin 2011, 5D_77/2011, cons. 1 ; TF du 30 mars 2011, 5A_830/2010, cons. 1.1 ; TF du 7 février 2011, 4A_609/2010, cons. 2 ; TF du 8 janvier 2010, 5A_753/2009, cons. 1.1 ; TF du 21 décembre 2009, 4A_513/2009, cons. 1 ; TF du 22 septembre 2009, 5D_98/2009, cons. 2 ; TF du 1^{er} juillet 2009, 4D_80/2009, cons. 1 ; TF du 27 juin 2009, 5A_552/2008, cons. 1 ; TF du 26 juin 2009, 5D_45/2009, cons. 1.1 ; TF du 22 juin 2009, 5A_128/2009, cons. 1.1 ; TF du 5 juin 2009, 5A_826/2008, cons. 1.1 ; TF du 27 janvier 2009, 5A_552/2008, cons. 1 ; TF du 9 janvier 2009, 5A_595/2008, cons. 1.1 ; TF du 2 décembre 2008, 4A_356/2008, cons. 2.2).

³⁹⁷⁴ Trib. cant. JU, 5 septembre 2012, n° CC 52/2012 ; Trib. cant. GR, 5 juillet 2012, n° ZK1 12 23, cons. 1 ; Trib. app. TI, 25 janvier 2012, n° 14.2011.213, cons. 3 ; Trib. cant. JU, 28 septembre 2011, n° CC 19/2011, cons. 2.5. Certaines juridictions l'admettaient déjà sans problème sous l'empire du droit cantonal : Trib. cass. ZH, 20 avril 2010, cons. 3.2.b, ZR 109 (2010), pp. 200 ss ; Trib. cant. NE, 15 décembre 2005, cons. 1, RJN 2005, p. 127 ; Trib. cant. GR, 14 décembre 1970, PKG 1970, p. 37. D'autres, en revanche, étaient beaucoup plus réticentes : Trib. cant. VS, 30 juin 2009, cons. 2c)dd), RVJ 2009, p. 138.

³⁹⁷⁵ Voy. toutefois : Trib. app. TI, 25 janvier 2012, n° 14.2011.213, cons. 3.

³⁹⁷⁶ Plusieurs arrêts admettent la conversion sans toutefois indiquer clairement que les anciennes restrictions ont été abandonnés : TF du 14 mai 2012, 5A_904/2011, cons. 1.1 ; TF du 23 février 2012, 4A_34/2012, cons. 1.1 ; TF du 20 février 2012, 5A_761/2011, cons. 1.2 ; TF du 10 janvier 2012, 5A_690/2011, cons. 1.3 ; TF du 7 février 2011, 4A_609/2010, cons. 2 ; TF du 21 décembre 2009, 4A_513/2009, cons. 1 ; TF du 22 septembre 2009, 5D_98/2009, cons. 2 ; TF du 2 septembre 2009, 5D_87/2009, cons. 1.2 ; TF du 8 avril 2009, 5A_151/2009, cons. 1.1 ; TF du 9 janvier 2009, 5A_595/2008, cons. 1.1 ; TF du 2 décembre 2008, 4A_356/2008, cons. 2.2.

³⁹⁷⁷ TF du 31 août 2010, 5A_398/2010, cons. 1 ; TF du 9 mars 2010, 5D_8/2010, cons. 1.2 ; TF du 8 janvier 2010, 5A_383/2010, cons. 1.3 ; TF du 1^{er} juillet 2009, 4D_30/2009, cons. 1.2 ; TF du 30 juin 2009, 4D_78/2009 ; TF du 20

application aux recours adressés aux juridictions cantonales n'est pas contestée³⁹⁷⁸. Cette limitation des possibilités de convertir un recours irrecevable en recours recevable a une portée considérable. Elle restreint les possibilités de conversion d'un recours général, où le pouvoir d'appréciation de la juridiction est vaste, vers un recours limité, à l'appui duquel seuls certains griefs peuvent être invoqués. Concrètement cela signifie qu'un recours constitutionnel subsidiaire peut toujours être converti en recours en matière civile, car les griefs tirés de la violation des droits fondamentaux sont toujours recevables dans le recours en matière civile. La démarche inversée n'est toutefois pas possible. Le recours constitutionnel subsidiaire ne permettant de dénoncer que la violation des droits fondamentaux, il n'est pas possible de convertir un recours en matière civile, comportant des griefs tirés de la violation de la Constitution fédérale et du Code civil, en recours constitutionnel subsidiaire, car la conversion ne concernerait que certains griefs. De même, la conversion d'un appel en recours limité au droit n'est pas possible quand l'appelant conteste l'appréciation des faits pertinents, sans démontrer que celle-ci est *manifestement inexacte* au sens de l'article 320 lettre b du Code de procédure civile.

1103. A vrai dire rien, si ce n'est l'autorité naturelle du Tribunal fédéral, ne justifie une pareille restriction. Elle est même contraire au bon sens. Il nous paraît plus probable qu'une partie interjette un recours en matière civile, ou un appel, alors que seul le recours limité au droit, respectivement le recours constitutionnel subsidiaire, ne sont recevables. Il faut donc lever cette restriction afin d'écarter tout risque de formalisme excessif. Vu qu'elle ne repose que sur une construction jurisprudentielle, l'interprétation raisonnable permettrait de faire le nécessaire.

1104. Cela étant, tous les problèmes ne seraient pas pour autant résolus. Si la conversion est appliquée strictement, elle est également vouée à l'échec dans de nombreuses situations en raison de l'incompatibilité entre les griefs présentés dans le recours interjetés et ceux recevables dans le recours retenu. L'exemple classique est celui d'un recours en matière civile ne comportant aucun grief constitutionnel. Sa conversion débouchera sur un arrêt d'irrecevabilité, faute de grief compatibles avec la voie de

février 2009, 5A_799/2008, cons. 1.2 ; TF du 28 novembre 2008, 4A_465/2008, cons. 2 ; TF du 3 novembre 2008, 5D_119/2008, cons. 1.2 ; TF du 10 septembre 2008, 4A_380/2008, cons. 1.3. Apparemment exceptionnel : TF du 31 octobre 2007, 4A_296/2007, RSPC 2008, p. 33 (note Schweizer).

³⁹⁷⁸ Voy. HOHL, Vol. 2, 2^{ème} édition, p. 409 qui renvoie aux principes valables pour la procédure devant le Tribunal fédéral.

recours³⁹⁷⁹. Il existe toutefois des situations où il est difficile de séparer les griefs constitutionnels des autres griefs. Tel est le cas lorsqu'une partie se plaint de violation des articles 52 à 54 du Code de procédure civile. Techniquement parlant, il s'agit d'un grief fondé sur la légalité et non sur la violation des droits fondamentaux. Les dispositions du Code de procédure civile ne font toutefois qu'ancrer dans la loi des garanties de nature constitutionnelle. A notre avis, un recours en matière civile fondé sur la violation de celles-ci devrait être converti sans autre difficulté en recours constitutionnel subsidiaire, le Tribunal fédéral examinant d'office les griefs sous l'angle des articles 9, 29 et 30 de la Constitution fédérale ou de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'article 106 alinéa 2 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral ne devrait pas y faire obstacle, car les griefs constitutionnels sont motivés en substance par l'invocation des dispositions correspondantes du Code de procédure civile.

1105. On rencontre un problème similaire lorsqu'un même grief est invocable dans deux recours différents, le pouvoir d'examen n'étant pas le même. Ainsi, il est possible de se plaindre de l'appréciation erronée des faits dans le cadre d'une procédure d'appel³⁹⁸⁰, alors que le recours limité au droit ne permet de dénoncer que la « constatation manifestement inexacte des faits. »³⁹⁸¹ Entre ces deux types de grief, il n'existe qu'une différence de degré, et non de nature. L'un et l'autre portent sur la même problématique, soit la constatation des faits pertinents, le pouvoir d'examen de la juridiction d'appel étant plus large que celui de la juridiction de recours limité au droit. De même, le recours constitutionnel subsidiaire ne peut porter que sur l'application arbitraire du droit fédéral, alors que le recours en matière civile permet de se plaindre d'une violation pure et simple de celui-ci³⁹⁸². Lorsqu'un recours est converti, il serait manifestement excessif de ne pas réajuster simultanément les griefs, afin qu'ils correspondent au pouvoir d'appréciation reconnu dans le cadre du recours de destination. La jurisprudence a déjà fait un pas dans ce sens. Le Tribunal fédéral considère que la conversion d'un recours constitutionnel subsidiaire en recours en matière civile lui confère un plein pouvoir d'examen sur les griefs tirés de la violation du droit fédéral, lors même que la partie recourante ne se plaignait que d'application arbitraire de celui-ci³⁹⁸³.

³⁹⁷⁹ Voy. par exemple : TF du 18 septembre 2012, 5D_150/2012 ; TF du 30 juin 2009, 4D_78/2009.

³⁹⁸⁰ Art. 310 litt. b CPC 2008.

³⁹⁸¹ Art. 320 litt. b CPC 2008.

³⁹⁸² A moins qu'il ne s'agisse d'un recours portant sur des mesures provisoires : art. 98 LTF.

³⁹⁸³ TF du 13 février 2009, 5D_73/2008, cons. 1.3 ; ATF 134 III 379, cons. 1.2, SJ 2009 I 85. HOHL, Vol. 2, 2^{ème} édition, p. 471-472.

A l'évidence, cette solution doit également s'imposer pour les griefs concernant l'appréciation erronée des faits, lorsqu'un recours limité au droit est converti en appel. L'opération devrait également être possible en sens inverse. Quand un recours en matière civile est converti en recours constitutionnel subsidiaire, le Tribunal fédéral peut toujours examiner les griefs tirés de la violation du droit fédéral sous l'angle plus restreint de l'arbitraire et conclure, le cas échéant, à la violation de l'article 8 de la Constitution fédérale quand bien même cette disposition ne serait pas expressément invoquée par la partie recourante.

§ 2 : La formulation des griefs

1106. Le problème de la formulation des griefs dans les procédures de recours est intimement lié au style judiciaire employé devant les juridictions nationales. Autant dire que des différences considérables existent d'un pays à l'autre et que ce constat vaut tout particulièrement pour la Suisse et la France. Si l'on compare un mémoire ampliatif devant la Cour de cassation à un acte de recours devant le Tribunal fédéral, on ne peut qu'être frappé par les différences de rédaction. Le mémoire ampliatif français se compose de deux parties. Dans la première, la partie recourante expose chaque moyen séparément en utilisant une structure fixée et extrêmement synthétique³⁹⁸⁴. La seconde sert à présenter d'autres arguments supplémentaires de manière discursive. Le mémoire de recours suisse ne se distingue pas fondamentalement d'un acte d'appel, l'avocat exposant sous la forme d'un texte continu ses griefs contre l'arrêt cantonal.

1107. En fait, de nombreux points de comparaison entre les deux procédures existent. C'est pour cette raison que nous commencerons par exposer les principes généraux applicables à la rédaction des actes de recours, et surtout leur relation avec les exigences du procès équitable (A). Ensuite, nous nous pencherons sur la concrétisation de ces principes en droit interne (B).

A) La formulation des motifs à l'épreuve du procès équitable

1108. Toute la difficulté concernant la rédaction des recours provient de la manière dont la motivation est conçue. Dans l'abstrait, deux approches possibles sont

³⁹⁸⁴ Cette partie du mémoire ampliatif est parfois reproduite à la suite de l'arrêt de cassation, voy. par exemple : Cass. 3^{ème} civ., 3 juillet 2012, pourvoi n° 11-14457.

envisageables, que nous présenterons sommairement (1). Nous analyserons ensuite la position de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière (2).

1) Les deux approches de la motivation d'un recours

1109. Deux catégories différentes de motivation sont envisageables lorsqu'une partie a été déboutée. La première consiste à réitérer les arguments rejetés par la juridiction précédemment saisie (a). La seconde consiste à formuler des critiques directement adressées aux motifs du jugement querellé (b).

a) La motivation *par réitération*

1110. La motivation par réitération constitue la forme la plus simple de motivation. Elle ne se distingue pas de celle employée en première instance. La partie expose à nouveau intégralement ses moyens, ses prétentions et discute les preuves administrées jusqu'alors. Si des critiques sont adressées au jugement attaqué, celles-ci ne constituent pas l'élément central du recours. Elles se fondent alors dans le reste des arguments invoqués à l'appui du recours.

1111. Lorsqu'une telle motivation est admissible, aucun problème de formalisme excessif ne se pose. Si la partie concernée a été en mesure de se défendre utilement au cours de la procédure de première instance, alors elle sera aussi en mesure de le faire devant la juridiction de recours. Une pareille largesse incite toutefois les parties à multiplier les recours sans nécessairement s'interroger sur leur bien-fondé³⁹⁸⁵, surtout lorsque les frais de l'instance subséquente ne sont pas élevés. La tentation est toujours grande pour la partie déboutée de reprendre, sans aucune modification, les moyens exposés en première instance. L'argumentation présentée devant la juridiction de recours se croisera ainsi avec les motifs du jugement, ce qui ne facilite pas le travail de la juridiction du second degré. On songe, par exemple, au cas d'un appel au cours duquel le demandeur s'acharne à démontrer que les conditions de la responsabilité civile sont remplies et que le défendeur lui doit réparation du préjudice subi, sans répondre aux motifs du jugement de première instance accueillant le moyen tiré de la prescription. C'est pour cette raison que la motivation par réitération n'est pas acceptée devant toutes les juridictions, ou qu'elle est même parfois totalement exclue.

³⁹⁸⁵ En ce sens : BORÉ/BORÉ, La cassation en matière civile, p. 490, n° 82.65 concernant la procédure d'appel.

b) La motivation *par réfutation*

1112. La motivation par réfutation³⁹⁸⁶ se situe aux antipodes de celle par réitération. La partie recourante se focalise entièrement sur le jugement critiqué. Le recours est conçu comme une réponse à la décision attaquée. Chaque moyen de recours tend donc à en critiquer les motifs et à démontrer pour chaque argument que la position adoptée par la juridiction inférieure est erronée. Une telle précision implique tout d'abord d'identifier le motif, ou même la phrase, pertinente, ainsi que la règle de droit applicable, puis de faire le lien entre les deux en exposant les raisons pour lesquels le demandeur au recours considère que la juridiction inférieure s'est trompée. Même si un recours motivé *par réfutation* peut être mal fondé, il n'y a aucun risque que la partie recourante passe totalement à côté des motifs adoptés par la juridiction inférieure.

1113. La motivation par réfutation nécessite de plus grands efforts de la part de la partie recourante. Celle-ci ne peut se contenter de reprendre une argumentation juridique succincte rejetée en première instance. Il lui faut étayer ses arguments et pour cela elle doit parfaitement comprendre la portée du jugement attaquée. Lorsque le législateur exprime de telles attentes à l'égard de justiciables comparaissant personnellement, il y a de fort risques pour que celles-ci débouchent sur une situation de formalisme excessif, surtout si le défaut de motivation suffisante est une cause d'irrecevabilité du recours sans que le justiciable soit mis en mesure d'y remédier³⁹⁸⁷.

2) La position de la Cour européenne des droits de l'Homme

1114. La Cour européenne des droits de l'Homme a déjà eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur des requêtes concernant la motivation des recours adressés aux juridictions internes. Elle n'a jamais opéré de choix entre les deux types de motivations que nous avons présentés ci-dessus (a). Dans chaque affaire, elle s'efforce d'identifier la motivation qui était nécessaire pour que la juridiction de recours puisse efficacement exercer son office (b).

³⁹⁸⁶ Sur cette notion : BORÉ/BORÉ, La cassation en matière civile, p. 490-491, n° 82.64-82.65.

³⁹⁸⁷ En ce sens : VAN DIJK/VAN HOF/VAN RIJN/ZWAAK p. 575 : « *If the domestic court applies a certain admissibility requirement in too formalistic a way, this may amount to a disproportional restriction, especially if the applicant is not given the opportunity to correct his mistake.* »

a) L'absence de conception générale

1115. Avant d'examiner directement le problème de la motivation suffisamment précise des recours, la Cour européenne des droits de l'Homme se prononça de manière indirecte, soit au titre de l'épuisement des voies de recours internes pour d'autres griefs³⁹⁸⁸. Dans l'affaire *Ankerl*³⁹⁸⁹, le requérant s'était adressé au Tribunal fédéral suisse pour se plaindre de l'équité d'une procédure devant les juridictions genevoises. Il alléguait³⁹⁹⁰, à ce propos, que « *le fait [pour les juridictions cantonales] d'avoir admis que le représentant d'une partie soit entendu comme témoin assermenté cré[ait] une inégalité flagrante avec l'autre partie qui elle n'a[vait] pas été, par la force des choses, en mesure de citer des témoins susceptibles d'être assermentés* », que « *l'égalité des armes garantie tant par la Constitution fédérale que par la Convention européenne des Droits de l'Homme n'a[vait] pas été respectée* », que « *cette inégalité [était] d'autant plus flagrante lorsque le tribunal saisi n'a[vait] pas tenu le moins du monde compte dans sa décision des déclarations d'un témoin, fût-il entendu à titre de renseignement* » et qu'« *il s'agi[ssai]t là d'une violation grossière de la loi qui pourtant prévo[ya]it expressément, même si elle exclu[ai]t la prestation de serment, la faculté pour l'épouse de témoigner et impliqu[ait] donc l'examen de ce témoignage par le tribunal saisi.* » Ce moyen fut déclaré irrecevable, au motif que le requérant n'avait pas identifié les dispositions sur lesquelles il entendait se fonder³⁹⁹¹. Devant la Cour, le Gouvernement plaidait l'irrecevabilité de la requête pour absence d'épuisement des voies de recours internes. Il soutenait que le requérant n'avait pas respecté les règles de procédure applicables devant le Tribunal fédéral et que la juridiction n'avait pas été en mesure d'examiner son moyen au fond. Il relevait également que le grief soulevé devant la juridiction européenne n'était pas identique à celui soumis au Tribunal fédéral³⁹⁹². La Cour européenne des droits de l'Homme rejeta l'exception sur le simple constat que « *dans son mémoire devant le Tribunal fédéral, M. Ankerl a expressément invoqué les dispositions pertinentes de la Convention et, pour le moins en substance, exposé le grief qu'il formule à présent à Strasbourg* » et qu'« *il a donc donné au Tribunal fédéral une occasion adéquate de remédier par ses propres moyens à la situation incriminée.* »³⁹⁹³

³⁹⁸⁸ Cf. supra, n° 304.

³⁹⁸⁹ CourEDH, *Ankerl c. Suisse*, n° 17748/91, arrêt du 23 octobre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V.

³⁹⁹⁰ Affaire *Ankerl*, arrêt précité, § 21.

³⁹⁹¹ Affaire *Ankerl*, arrêt précité, § 22.

³⁹⁹² Affaire *Ankerl*, arrêt précité, § 31.

³⁹⁹³ Affaire *Ankerl*, arrêt précité, § 34.

Elle condamna ainsi implicitement l'approche formaliste suivie par le Tribunal fédéral, tout en se gardant bien de formuler la moindre remarque générale sur la question. On pouvait toutefois s'attendre à ce que les juridictions européennes maintiennent leur approche favorable aux requérants, voire même qu'elles la développent, quand elles seraient saisies de la question à titre principal. Cette évolution ne s'est toutefois pas imposée sans hésitation. Un an après l'affaire *Ankerl*, la Commission européenne des droits de l'Homme n'hésita pas à déclarer irrecevable une requête dirigée contre le Luxembourg au motif, entre autres, que les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées en raison de l'irrecevabilité du pourvoi en cassation. Or les motifs retenus par la Cour de cassation du Luxembourg étaient essentiellement les mêmes que ceux avancés par le Tribunal fédéral suisse, soit que le moyen n'était pas formulé de manière suffisamment précise³⁹⁹⁴.

1116. La première affaire, où la question de la précision des motifs était directement posée, concernait la procédure sans représentation obligatoire devant la Cour de cassation française³⁹⁹⁵. Les requérant avaient interjeté leur pourvoi au moyen d'une requête où ils se plaignaient du « *manque de bases légales, défaut de motif, violation de la loi, et (...) autres motifs* ». Le mémoire ampliatif plus détaillé avait été écarté, car leur avocat avait omis de produire un pouvoir de représentation. Cette circonstance avait entraîné l'irrecevabilité du pourvoi pour défaut de motivation suffisante, irrecevabilité que les requérants estimaient contraire à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Pour toute motivation, la Commission européenne des droits de l'Homme releva que « *que les déclarations de pourvoi des requérants ne contenaient aucun énoncé des moyens de cassation, les termes utilisés [...] constituant une formulation trop générale, d'usage courant, pour être considérés comme tel* » et que l'irrecevabilité pour défaut de motivation suffisante était prévisible au vu de la législation et de la jurisprudence. Elle arriva à la conclusion que le grief était irrecevable pour défaut manifeste de fondement, sans se prononcer sur le type de motivation qui pouvait lui paraître adéquat. Le contrôle direct exercé par la juridiction européenne en l'espèce était donc bien plus limité que celui de la Cour européenne des droit de l'Homme dans l'affaire *Ankerl*. On ne peut toutefois pas parler de divergence entre les deux organes du

³⁹⁹⁴ CommEDH, *Schreiner c. Luxembourg*, n° 29819/96, décision du 17 janvier 1997.

³⁹⁹⁵ CommEDH, *Gonzales, Mary, Delaquerriere, Schreiber, Kern, Gontier, Schreiber, Memeteau et Cossuta c. France*, n° 34166/96 ; 34167/96 ; 34168/96 ; 34169/96 ; 34170/96 ; 34171/96 ; 34172/96 et 34173/96, décision partielle sur la recevabilité du 22 octobre 1997.

contentieux européen, car l'affaire suisse avait été précédemment déclarée recevable par la Commission avant d'être soumise à la Cour. Il s'agissait donc d'une différence assumée. Autrement dit, la jurisprudence européenne voulait éviter que l'irrecevabilité pour absence de motivation suffisante ne face obstacle à l'examen d'autres griefs en raison de l'absence d'épuisement des voies de recours internes, mais elle n'était pas disposée à accepter d'examiner la question directement sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention.

1117. Par la suite, la Cour européenne des droits de l'Homme s'ouvrit progressivement à l'idée d'un contrôle direct des exigences de motivation. Dans l'affaire *Sociedad general de aguas de Barcelona*³⁹⁹⁶, la requérante se plaignait de ce que son pourvoi en cassation avait été déclaré irrecevable parce qu'elle n'avait pas démontré elle-même que le Tribunal suprême espagnol était compétent pour l'examiner³⁹⁹⁷. La Cour de Strasbourg se contenta de relever qu'il appartenait « *au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter la législation interne* », cela étant « *aussi vrai s'agissant de l'interprétation par les tribunaux des conditions légalement requises pour la présentation des pourvois en cassation.* » Sans donner d'autres précisions, la juridiction européenne estima d'emblée que « *l'interprétation à donner aux articles 93 et 96 de la loi relative à la juridiction contentieuse-administrative et aux conditions pour son application, est une question qui relève des cours et tribunaux espagnols* » et qu'en l'espèce, le résultat « *ne saurait en tout état de cause être qualifiée d'arbitraire, de déraisonnable ou de nature à entacher l'équité de la procédure.* » L'approche stricte suivie par la Commission européenne des droits de l'Homme était donc reprise, mais les motifs étaient plus fournis. Ceux-ci se retrouvent à l'identique dans deux autres décisions concernant toujours la motivation de la recevabilité d'un pourvoi en cassation adressé au Tribunal suprême espagnol³⁹⁹⁸.

b) Le critère des nécessités liées à l'office du juge
de recours

1118. La Cour européenne des droits de l'Homme entreprit de formuler quelques critères plus précis lorsqu'elle se décida pour la première fois à condamner un Etat en

³⁹⁹⁶ CourEDH, *Sociedad general de aguas de Barcelona, S.A. c. Espagne*, n° 46834/99, décision du 25 mai 2000.

³⁹⁹⁷ Il s'agissait, en effet, d'une affaire administrative (pollution du domaine public par des hydrocarbures) et le droit de la région autonome de Catalogne était pour partie applicable au litige, ce qui aurait pu exclure la recevabilité du pourvoi en cassation adressé au Tribunal suprême.

³⁹⁹⁸ CourEDH, *Ipamark c. Espagne*, n° 38233/03, décision du 17 février 2004 ; CourEDH, *Llopis Ruiz c. Espagne*, n° 59996/99, décision du 7 octobre 2003.

raison du formalisme imposés par ses juridictions nationales lors de l'examen d'un recours. Afin de séparer les formalités utiles de celles qui ne le sont pas, la Cour s'efforce systématiquement d'identifier les informations dont la juridiction suprême a réellement besoin pour exercer sa fonction. Si l'interprétation des règles de forme va au-delà de cette exigence, elle est excessivement formaliste.

1119. La juridiction européenne a profité d'une série d'affaires luxembourgeoises pour préciser sa pensée³⁹⁹⁹. Toutes portent sur la rédaction des pourvois en cassation, les principes de la procédure luxembourgeoise s'apparentant à ceux connus en droit français⁴⁰⁰⁰. Les moyens doivent tout d'abord être présentés de manière synthétique en indiquant la disposition violée, la partie de l'arrêt d'appel critiquée et la motivation correcte qui aurait dû être adoptée⁴⁰⁰¹, avant de les étayer dans un exposé informel nommée « *discussion* ». Plusieurs pourvois en cassation furent déclarés irrecevables parce qu'ils ne respectaient pas cette présentation. Dans l'affaire *Kemp*, le moyen tiré de la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 ne comportait aucune indication précise de la partie contestée de l'arrêt d'appel et du raisonnement qui aurait dû figurer⁴⁰⁰². Relevant que les règles relatives à la présentation des moyens de cassation découlaient de la jurisprudence de la Cour de cassation luxembourgeoise⁴⁰⁰³, la Cour européenne des droits de l'Homme considéra que la différence imposée entre l'énoncé du moyen de cassation et sa discussion poursuivait « *un but légitime* », car « *la précision exigée dans la formulation des moyens de cassation a clairement pour objectif de permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle en droit* »⁴⁰⁰⁴. La juridiction ne remit donc pas directement en cause l'obligation de motiver par réfutation le pourvoi en cassation. Elle constata toutefois qu'en l'espèce « *on ne saurait soutenir que les requérants auraient*

³⁹⁹⁹ CourEDH, *Petrovic c. Luxembourg*, n° 32956/08, arrêt du 17 février 2011 ; CourEDH, *Ewert c. Luxembourg*, n° 49375/07, arrêt du 22 juillet 2010 ; CourEDH, *Nunes Guerreiro c. Luxembourg*, n° 33094/07, arrêt du 5 novembre 2009 ; CourEDH, *Dattel (n° 2) c. Luxembourg*, n° 18522/06, arrêt du 30 juillet 2009 ; CourEDH, *Kemp et autres c. Luxembourg*, n° 17140/05, arrêt du 24 avril 2008. Voy. VAN BRUSTEM, n° 11.

⁴⁰⁰⁰ Sur les parallèles entre les deux ordres juridiques : Patrick KINSCH/Myriam PIERRAT, *La mission de la Cour de cassation – Point de vue luxembourgeois*, Annales du droit luxembourgeois, vol. 19 (2009), Bruylant, Bruxelles, pp. 83 ss, spécialement p. 105-108.

⁴⁰⁰¹ Par exemple : « *moyen tiré de la violation de l'article... ; en ce que la cour d'appel a retenu que.... ; alors que....* ». A titre de comparaison, voy. les moyens présentés par les requérants : affaire *Dattel (n° 2)*, arrêt précité, § 24 ; affaire *Nunes Guerreiro*, arrêt précité, § 11 ; affaire *Petrovic*, arrêt précité, § 13.

⁴⁰⁰² Affaire *Kemp*, arrêt précité, § 29.

⁴⁰⁰³ Affaire *Kemp*, arrêt précité, § 52. L'art. 10 al. 2 de la Loi luxembourgeoise du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure de cassation prescrit uniquement que le mémoire en cassation « *précisera les dispositions attaquées de l'arrêt ou du jugement et les moyens de cassation et contiendra les conclusions dont l'adjudication sera demandée* » et que « *la désignation des dispositions attaquées sera considérée comme faite à suffisance de droit lorsqu'elle résulte nécessairement de l'exposé des moyens ou des conclusions.* » (voy. la présentation du droit interne pertinent aux §§ 31-33 de l'arrêt précité). Ce constat n'est pas anodin, car la Cour « *semble faire preuve de davantage de méfiance encore lorsque la technique trouve son oridinge dans une construction jurisprudentielle.* » (VAN BRUSTEM, n° 11)

⁴⁰⁰⁴ Affaire *Kemp*, arrêt précité, § 53.

omis de soumettre à la connaissance des juges suprêmes les éléments déterminants de l'affaire ainsi que leurs doléances à l'égard de l'arrêt de la cour d'appel attaqué »⁴⁰⁰⁵. Ceux-ci, en effet, s'étaient « *plaints, au titre de l'article 1 du Protocole n° 1, que la cour d'appel faisait peser sur eux une charge disproportionnée en rejetant leur demande en rétrocession des terrains litigieux* » et ils avaient demandé « *à la Cour de cassation de casser l'arrêt attaqué.* »⁴⁰⁰⁶ Ces éléments étaient suffisants aux yeux de la Cour européenne des droits de l'Homme, pour qui « *la précision exigée [...] dans la formulation du moyen de cassation litigieux n'était pas indispensable pour que la haute juridiction suprême puisse exercer son contrôle.* »⁴⁰⁰⁷ Bien au contraire, la pratique suivie « *affaibli[ssai]t à un degré considérable la protection des droits des justiciables devant la haute juridiction nationale, surtout si l'on [tenait] compte du fait que le Luxembourg ne connaît pas le système des avocats aux Conseils spécialisés* »⁴⁰⁰⁸

1120. Une motivation similaire se retrouve dans trois autres arrêts, où des moyens de cassation avaient été déclarés irrecevables parce qu'ils ne répondaient pas aux exigences de la jurisprudence, quand bien même leur portée était parfaitement compréhensible⁴⁰⁰⁹. La Cour précisa à cette occasion que « *que le mémoire en cassation doit être considéré dans son ensemble, en ce sens que le requérant doit avoir formulé ses doléances à l'égard de l'arrêt d'appel soit dans l'énoncé du moyen de cassation même, soit au besoin dans la discussion qui développe le moyen.* »⁴⁰¹⁰

1121. La Cour n'alla toutefois pas jusqu'à imposer à la Cour de cassation du Luxembourg de recevoir des moyens de cassation difficilement compréhensibles. Ainsi, dans l'affaire *Petrovic*, le requérant se plaignait de ce que son opposition à un arrêt le condamnant par défaut à vingt ans de travaux forcés avait été déclarée irrecevable. Il dénonçait une violation de l'article 187 du Code d'instruction criminelle luxembourgeois, mais n'indiquait pas le raisonnement que la cour d'appel aurait dû adopter au lieu des considérants figurant dans son arrêt. La présentation générale du moyen de cassation était par ailleurs confuse⁴⁰¹¹. Cela suffit à la juridiction européenne pour « *constater que les*

⁴⁰⁰⁵ Affaire *Kemp*, arrêt précité, § 57.

⁴⁰⁰⁶ Affaire *Kemp*, arrêt précité, *ibid.*

⁴⁰⁰⁷ Affaire *Kemp*, arrêt précité, § 58.

⁴⁰⁰⁸ Affaire *Kemp*, arrêt précité, *ibid.*

⁴⁰⁰⁹ Affaire *Ewert*, arrêt précité, §§ 80-96 ; affaire *Nunes Guerreiro*, arrêt précité, §§ 29-40 ; affaire *Dattel* (n° 2), arrêt précité, §§ 36-47.

⁴⁰¹⁰ Affaire *Ewert*, arrêt précité, § 85 ; affaire *Nunes Guerreiro*, arrêt précité, § 32 ; affaire *Dattel* (n° 2), arrêt précité, § 32.

⁴⁰¹¹ Voy. le raisonnement tortueux autour du concept d'acte d'exécution : affaire *Petrovic*, arrêt précité, § 13.

développements produits à l'appui du moyen litigieux n'étaient pas formulés de manière à permettre à la Cour de cassation d'en apprécier la portée et d'exercer ainsi son contrôle », car le requérant « mentionna[it] certes de manière compréhensible la motivation retenue par la cour d'appel qu'il mettait en cause, mais resta[it] en défaut d'établir en quoi la substitution de la motivation qu'il proposait à celle retenue par la cour d'appel modifierait la solution litigieuse. »⁴⁰¹²

1122. L'approche suivie par la Cour européenne des droits de l'Homme se retrouve dans des affaires concernant d'autres pays. Elle a ainsi sanctionné les juridictions belges et grecques pour avoir déclaré irrecevable un pourvoi en cassation qui se fondait directement sur le texte de la Convention, pourtant directement applicable en droit interne, sans remettre en cause l'application du droit interne pertinent⁴⁰¹³. De même, l'obligation de relater dans un recours les faits pertinents ne devrait pas entraîner l'irrecevabilité de l'acte si ceux-ci ressortent suffisamment de la décision administrative critiquée⁴⁰¹⁴.

1123. S'agissant du contexte procédural devant être pris en compte par les juridictions nationales, la Cour impose aux juridictions internes de tenir compte de toutes les circonstances matérielles ayant rendu plus difficile, voir impossible, la production d'un mémoire de recours motivé. On ne peut ainsi attendre d'une partie qu'elle motive un recours de manière très étayée si elle doit rédiger son mémoire sans avoir pris connaissance par écrit du jugement⁴⁰¹⁵. Lorsqu'un recours est interjeté en même temps qu'une demande d'assistance judiciaire est présentée, la juridiction ne saurait se montrer trop formaliste dans l'examen du pourvoi initial car « à partir du moment où le droit interne autorise les intéressés à se pourvoir en cassation sans l'assistance d'un conseil, exiger que ceux-ci formulent leurs doléances à l'égard de l'arrêt de la cour d'appel attaqué avec la même précision que s'ils étaient déjà assistés d'un conseil, pour pouvoir justement prétendre au bénéfice de l'aide juridictionnelle, équivaut aux yeux de la Cour à

⁴⁰¹² Affaire *Petrovic*, arrêt précité, § 31.

⁴⁰¹³ CourEDH, *RTBF c. Belgique*, n° 50084/06, arrêt du 29 mars 2011, §§ 72-75 ; CourEDH, *Perlala c. Grèce*, n° 17721/04, arrêt du 22 février 2007, § 27.

⁴⁰¹⁴ CourEDH, *L'Erablière A.S.B.L. c. Belgique*, n° 49230/07, arrêt du 24 février 2009, Sélectionné pour publication, §§ 42-44.

⁴⁰¹⁵ CourEDH, *Georgiy Nikolayevich Mikhaylov c. Russie*, n° 4543/04, arrêt du 1^{er} avril 2010, §§ 50-60 ; CourEDH, *Mamikonyan c. Arménie*, n° 25083/05, arrêt du 16 mars 2010, §§ 25-37.

*condamner à l'avance toute chance, pour certains des intéressés, notamment les profanes en droit et les étrangers [...] que leur demande aboutisse. »*⁴⁰¹⁶

1124. Quels principes généraux peut-on dégager de la jurisprudence européenne ? Fidèle à son approche concrète, la Cour de Strasbourg se garde bien de fixer des règles précises concernant la présentation des mémoires de recours adressés aux juridictions nationales. Celles-ci ne peuvent aller au-delà de ce qui est nécessaire pour exercer leur office. Sitôt que les moyens de recours ressortent suffisamment de l'acte lui-même, ils doivent être examinés, quand bien même la formulation employée ne correspondrait pas aux exigences du droit interne. La Cour européenne des droits de l'Homme refuse de se prononcer clairement contre la motivation par réfutation, à condition que le droit interne n'impose pas à peine d'irrecevabilité une présentation trop stéréotypée des moyens de recours. Une grande importance est accordée au contexte, plus particulièrement à la représentation devant les juridictions de recours. En relevant que le droit luxembourgeois ne comporte pas de barreau de cassation spécialisé, la juridiction européenne approuve implicitement des règles plus strictes de présentation des actes de recours si la procédure implique la présence de mandataires particulièrement qualifiés dans le domaine. De manière symétrique, le fait que le requérant introduise seul un recours et demande la désignation d'un mandataire d'office oblige les juridictions nationales à faire preuve d'une plus grande souplesse à son égard.

B) La réception des principes en droit interne

1125. Les exigences de motivation des actes de recours sont différentes en droit français ou suisse. Nous allons donc les traiter séparément. A titre général, on remarque que le droit français se caractérise par une approche pragmatique de la question (1), alors que le droit suisse est davantage marqué par l'idéalisme (2).

1) Le pragmatisme du droit français

1126. Le législateur français et les tribunaux ont choisi de concilier de manière pragmatique la bonne administration de la justice, impliquant des recours soigneusement motivés, avec la sauvegarde du droit d'accès à une juridiction de recours. Les exigences de motivation des recours dépendent ainsi de la juridiction compétente et surtout de la représentation des parties. Il n'existe donc pas de standard de motivation unique. Alors

⁴⁰¹⁶ CourEDH, *Peca (n° 2) c. Grèce*, n° 33067/08, arrêt du 10 juin 2010, § 32.

qu'une grande souplesse est appliquée pour les procédures devant la cour d'appel (a), le pourvoi en cassation obéit à un formalisme strict dont le respect est assuré par l'existence d'un barreau spécialisé (b).

a) La souplesse des procédures devant la cour
d'appel

1127. Il existe trois catégories de procédures devant la cour d'appel. Les deux premières concernent l'appel, qui se déroule de manière différente selon que les parties doivent être représentées par un mandataire ou sont autorisées à comparaître seules devant la juridiction. A côté de cela, une voie de recours particulière existe en matière de conflits de compétence devant certaines juridictions, le contredit. Celui-ci obéit à des règles différentes de l'appel.

1128. Lorsque la représentation n'est pas obligatoire en degré d'appel⁴⁰¹⁷, la procédure est en principe orale⁴⁰¹⁸. La partie appelante est certes tenue de déclarer par écrit son appel au greffe de la juridiction de recours⁴⁰¹⁹, mais elle n'a aucune obligation de le motiver à ce stade⁴⁰²⁰. Les parties sont alors convoquées à l'audience de débats⁴⁰²¹. Si l'affaire n'est pas encore en état d'être jugée, la juridiction d'appel peut organiser un échange de conclusions écrites⁴⁰²². Il ne s'agit toutefois que d'une faculté. La procédure d'appel sans représentation obligatoire ne se distingue donc pas de la procédure orale de première instance⁴⁰²³. Elle ne soulève donc aucun problème particulier de formalisme excessif.

1129. S'agissant des procédures avec représentations obligatoires, les parties sont tenues de conclure par écrit devant la cour d'appel⁴⁰²⁴. Les conclusions doivent

⁴⁰¹⁷ Art. 931 ss CPC 1975.

⁴⁰¹⁸ Art. 946 al. 1 CPC 1975.

⁴⁰¹⁹ Art. 932 CPC 1975.

⁴⁰²⁰ Voy. l'art. 933 CPC 1975 renvoyant à l'art. 58 CPC 1975 concernant la requête, laquelle, à la différence de l'assignation (art. 56 CPC 1975) doit comporter une indication de son objet sans que son auteur ne soit tenu d'exposer les moyens de fait et de droit qu'il entend invoquer. Le Code de procédure civile fait toutefois exception lorsque le juge des tutelles relève lui-même appel d'une délibération du conseil de famille (art. 1242-1 CPC 1975).

⁴⁰²¹ Art. 937 CPC 1975.

⁴⁰²² Art. 939 et 946 al. 2 CPC 1975.

⁴⁰²³ Il serait toutefois hâtif d'en déduire qu'un procès plaidé oralement en première instance n'est pas soumis à la représentation obligatoire en appel. Cette procédure n'est applicable que dans les cas spécifiés par la loi (art. 899 CPC 1975 *a contrario*). L'absence de représentation obligatoire n'est prévue qu'en matière sociale (art. R. 1461-2 al. 2 C. trav. et art. R. 142-28 al. 5 CSS), pour certains litiges familiaux (art. 1061-1 CPC 1975 : funérailles ; art. 1192 al. 1 CPC 1975 : assistance éducative ; art. 1200-11 CPC 1975 : aide à la gestion du budget familial ; art. 1239 al. 4 CPC 1975 : procédures devant le juge des tutelles et délibérations du conseil de famille ; art. 1262-7 al. 2 CPC 1975 : accompagnement judiciaire). Cela signifie que l'appel d'un jugement rendu par un tribunal d'instance en matière locative, ou d'un tribunal de commerce, est soumis à l'obligation d'être représenté par un avocat.

⁴⁰²⁴ Art. 908 à 910 CPC 1975.

« *formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ses prétentions est fondée* » ; les prétentions doivent être « *sous forme de dispositif* »⁴⁰²⁵. Lorsqu'une partie conclut à l'infirmité du jugement attaqué, elle doit « *expressément énoncer les moyens qu'elle invoque sans pouvoir procéder par voie de référence à ses conclusions de première instance.* » Rien n'indique donc que les parties doivent expressément critiquer le jugement de première instance. Il leur suffit d'énoncer les moyens factuels et juridiques fondant leurs prétentions⁴⁰²⁶. Autrement dit, une motivation par réitération demeure toujours possible⁴⁰²⁷.

1130. La jurisprudence a développé une approche pragmatique consistant à liquider sommairement par un jugement au fond les appels qui ne sont pas motivés de manière sérieuse, ou qui ne sont pas motivés du tout⁴⁰²⁸. Il arrive souvent que le prononcé d'une amende civile, ou de dommages-intérêts, vienne sanctionner cet usage abusif du droit d'appel⁴⁰²⁹, même si la Cour de cassation y est en principe défavorable⁴⁰³⁰. Dans tous les cas, l'appel est examiné au fond. Il est toutefois indiscutable que les chances de succès de la procédure d'appel sont amplement accrues si l'avocat de l'appelant s'efforce d'identifier les erreurs affectant le jugement de première instance⁴⁰³¹. Vu le caractère facultatif de l'office du juge⁴⁰³², les tribunaux, qu'ils soient de première instance ou d'appel, peuvent s'en tenir aux exposés des parties sans être obligées de rechercher si d'autres moyens de droit pouvaient être envisagés ou s'il existe des faits tirés du dossier favorables à l'appelant⁴⁰³³.

1131. A la différence de la procédure d'appel, le contredit de compétence doit être motivé à peine d'irrecevabilité⁴⁰³⁴. Même dans ce cas, la jurisprudence sait demeurer

⁴⁰²⁵ Art. 954 al. 1 et 2 CPC 1975.

⁴⁰²⁶ JUNILLON, Appel, p. 1389-1390, n° 541.501.

⁴⁰²⁷ DEVILLAIRS (p. 286-287) semble partir de l'idée que la motivation par réfutation s'impose (« *les conclusions de l'appelant devront tendre tout à la fois, à la critique du jugement et à la réfutation des conclusions de l'intimé. Il devra ainsi procéder à une restructuration de son analyse, connaissance prise du jugement intervenu et des moyens soulevés par l'adversaire, qu'il reprendra impérativement dans ses dernières écritures* ») sans toutefois se prononcer sur les conséquences d'une motivation insuffisante.

⁴⁰²⁸ Par exemple : Douai, 13 octobre 2011, RG n° 11/00434 ; Agen, 7 octobre 2008, RG n° 08/00638.

⁴⁰²⁹ Lyon, 6 mars 2012, RG n° 10/06475 ; Lyon, 12 décembre 2011, RG n° 10/04665 ; Lyon, 15 novembre 2011, RG n° 10/08163 ; Lyon, 30 mai 2011, RG n° 10/05437 ; Lyon, 24 mai 2011, RG n° 10/00444 ; Lyon, 17 janvier 2011, RG n° 10/01257 ; Orléans, 28 février 2008, RG n° 06/03190 ; Paris, 15 janvier 2008, RG n° 06/13217.

⁴⁰³⁰ Cass. 3^{ème} civ., 16 janvier 1991, Bull. civ. III, n° 26 ; Cass. 3^{ème} civ., 22 mai 1986, Gaz. Pal. 1987. 1. somm. 41 (obs. Croze et Morel). Pour plus de précisions : FERRAND, Appel, n° 665.

⁴⁰³¹ En ce sens : TRAVIER/WATREMET, Procédure devant la cour d'appel, n° 105.

⁴⁰³² Cf. supra, n° 1038 ss.

⁴⁰³³ Si elles entendent se pourvoir en cassation contre l'arrêt d'appel, les parties négligentes risquent de se voir alors opposer la nouveauté de leurs moyens, faute de conclusions suffisamment précises en degré d'appel (BORÉ/BORÉ, La cassation en matière civile, p. 490-492, n° 82.65 et 82.71).

⁴⁰³⁴ Art. 82 CPC 1975.

souple. La chambre sociale de la Cour de cassation est exemplaire dans ce registre. Elle admet qu'une partie justifie la compétence du conseil de prud'homme en alléguant sans autre précision que le contrat litigieux est un contrat de travail⁴⁰³⁵, et si le litige est international, en prétendant qu'elle exécutait ledit contrat en France⁴⁰³⁶. L'existence d'un contrat de travail se ramène ainsi à l'allégation qu'il existe un lien de subordination entre les parties⁴⁰³⁷. Les autres chambres sont un peu plus strictes⁴⁰³⁸. Il leur arrive toutefois de donner leur bénédiction à des contredits à peine motivés, telle cette espèce où la partie contredisante se bornait à « *reprendre succinctement quelques arguments soulevés en première instance sans aucune référence à la motivation de la décision qui y répondait de manière argumentée.* »⁴⁰³⁹ En revanche, il ne suffit pas de se plaindre sans autre précision « *de l'inopposabilité et de l'inapplicabilité de la clause attributive de compétence.* »⁴⁰⁴⁰

1132. Au vu de ces éléments, nous arrivons à la conclusion que les procédures devant la cour d'appel ne soulèvent aucun problème de formalisme excessif. Les actes de la procédure n'ont pas besoin d'être motivés d'une manière trop approfondie. Une procédure particulière, faisant la part belle à l'oralité, est prévue lorsque les parties ne sont pas obligées d'être représentées par un avocat. La procédure devant la cour d'appel est donc adaptée aux circonstances de l'espèce. Cela constitue la meilleure garantie que l'excès de formalisme sera évité.

b) La professionnalisation du pourvoi en cassation

1133. Après une réforme intervenue en 2004, la représentation par un avocat aux Conseils est désormais devenue la règle devant la Cour de cassation. Afin de ne pas rendre illusoire l'accès à la juridiction suprême, la demande d'aide juridictionnelle interrompt valablement le délai pour se pourvoir⁴⁰⁴¹. La représentation effective est donc pleinement assurée. Cela permet de concilier les impératifs de rapidité, et de gestion des flux, avec les exigences du procès équitable. En effet, selon deux éminents praticiens,

⁴⁰³⁵ Cass. soc., 13 juin 2012, n° 10-26631 ; Cass. soc., 10 janvier 2012, pourvoi n° 11-17378 ; Cass. soc., 10 décembre 2008, pourvoi n° 08-40356 ; Cass. soc., 24 février 2004, pourvoi n° 02-41275 ; Cass. soc., 20 janvier 2004, pourvoi n° 01-44946 ; Cass. soc., 1^{er} octobre 2002, pourvoi n° 00-44428 ; Cass. soc., 27 mai 1999, pourvoi n° 96-42291 ; Cass. soc., 8 octobre 1998, pourvoi n° 97-40074 ; Cass. soc., 26 juin 1997, pourvoi n° 94-43173 ; Cass. soc., 18 octobre 1995, pourvoi n° 92-41770 ; Cass. soc., 17 novembre 1992, pourvoi n° 89-44024. Voy. toutefois : Cass. soc., 14 juin 2006, pourvoi n° 04-45801 ; Cass. soc., 21 juin 2000, pourvoi n° 98-42876 ; Cass. soc., 11 juin 1987, pourvoi n° 85-44514.

⁴⁰³⁶ Cass. soc., 31 mai 2011, pourvoi n° 10-24751.

⁴⁰³⁷ Cass. soc., 15 mars 2006, pourvoi n° 04-47379.

⁴⁰³⁸ Voy. Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2001, pourvoi n° 99-14231 (la juridiction d'appel ne peut statuer sur un moyen qui n'a pas été présenté dans le contredit) ; Cass. 2^{ème} civ., 27 juin 1985, Bull. civ. I, n° 130.

⁴⁰³⁹ Cass. 2^{ème} civ., 20 octobre 2005, pourvoi n° 03-19332.

⁴⁰⁴⁰ Cass. 2^{ème} civ., 22 mars 2006, Bull. civ. II, n° 81.

⁴⁰⁴¹ Cf. supra, n° 925.

l'irrecevabilité d'un moyen n'est que rarement prononcée par la Cour de cassation⁴⁰⁴². Cela s'explique par l'existence d'un barreau spécialisé dans la défense des parties devant la juridiction suprême.

1134. La nécessité de diminuer le nombre de pourvois irrecevables pour vice de forme constitue d'ailleurs la raison pour laquelle les exceptions à la représentation obligatoire devant la Cour de cassation ont été drastiquement réduites en 2004⁴⁰⁴³. Malgré son caractère éminemment technique, la procédure de cassation ne soulève, à notre avis, aucun problème particulier de formalisme excessif, car le droit à l'assistance par un avocat aux Conseils y est consacré de manière effective⁴⁰⁴⁴.

2) L'idéalisme du droit suisse

1135. A la différence du droit français que nous venons d'examiner, le droit suisse n'a pas développé une approche nuancée des exigences de motivation des actes de recours. Sur ce point, l'ordre juridique suisse est frappé du sceau d'un certain idéalisme. Celui-ci se traduit par une tension entre le mythe proclamé d'une procédure accessible à tous (a) et le formalisme considérable de la pratique judiciaire (b).

a) Le mythe d'une procédure accessible à tous

1136. Le droit suisse repose sur le principe selon lequel les parties peuvent toujours agir seules⁴⁰⁴⁵. Certes les tribunaux peuvent les inviter à se faire représenter par un avocat lorsqu'elles sont manifestement incapables de se défendre correctement⁴⁰⁴⁶, mais il est rarement fait usage de cette faculté. La doctrine se montre un peu plus ouverte, tout en demeurant très circonspecte. Elle admet qu'une partie ne « *disposant pas de connaissances procédurales suffisantes* »⁴⁰⁴⁷ doit être invitée à se faire représenter par un

⁴⁰⁴² BORÉ/BORÉ, Le pourvoi en cassation, n° 582. Il est vrai que l'irrecevabilité du pourvoi donne lieu à une décision de non-admission (art. 1013-1014 CPC 1975) qui n'est pas rendue publique, parce que non motivée. En revanche, il existe très peu d'arrêts où un moyen isolé serait déclaré non admis, en raison d'un manque de motivation évident, les autres moyens étant examinés sur le fond. On peut donc en extrapoler que les avocats aux Conseils s'acquittent le plus souvent correctement de leur tâche. Voy. pour un exemple de moyen irrecevable : Cass. 2^{ème} civ., 30 avril 2009, Procédures 2009, comm. 222 (note Perrot).

⁴⁰⁴³ En particulier, la possibilité d'interjeter un pourvoi sans être représenté en matière sociale a été supprimée : Philippe BLONDEL, Tribune : la généralisation de la représentation obligatoire, in Marianne KELLER (dir.), Procès du travail, travail du procès, Coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Vol. 16, L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2004, pp. 395 ss, spécialement p. 402-403.

⁴⁰⁴⁴ En ce sens : CourEDH, *Del Sol c. France*, n° 46800/99, arrêt du 26 février 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-II. VAN BRUSTEM, n° 6.

⁴⁰⁴⁵ Voy. art. 68 al. 1 CPC 2008 *a contrario*.

⁴⁰⁴⁶ Art. 69 CPC 2008 et art. 41 al. 1 LTF. Une disposition similaire n'existe pas en matière d'exécution forcée.

⁴⁰⁴⁷ Florence AUBRY GIRARDIN, in CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° 9 ad art. 41 LTF ; Nicolas JEANDIN, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 4 ad art. 69 CPC 2008.

avocat, mais que le simple fait de mal se défendre n'est pas suffisant⁴⁰⁴⁸. La législation suisse est donc substantiellement différente du droit français où la représentation est obligatoire, sans exception possible, devant certaines juridictions.

1137. Cette méfiance à l'égard de la représentation obligatoire fait partie des principes historiques de l'ordre juridique suisse⁴⁰⁴⁹. Elle procède sur la vision optimiste du citoyen, suffisamment libre et éclairé pour comparaître seul devant son juge et défendre héroïquement ses droits. On peut faire le parallèle avec un autre mythe fondateur du droit privé suisse : le refus d'accorder un statut particulier aux commerçants sous prétexte que les progrès sociaux ont suffisamment transformé la société pour que tous soient en mesure de passer avec profit des actes de commerce⁴⁰⁵⁰. Alors que cette vision idéalisée a été abandonnée, s'agissant du droit matériel⁴⁰⁵¹, elle persiste en droit judiciaire privé. Il ressort ainsi des travaux préparatoires de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral que l'obligation d'être représenté en justice « *est incompatible avec la tradition juridique suisse* »⁴⁰⁵², selon laquelle « *toute partie peut conduire seule un procès jusqu'au Tribunal fédéral* »⁴⁰⁵³. Pourtant, un juge fédéral n'a pas hésité à proposer, il y a une quinzaine d'années, l'introduction de la représentation obligatoire en matière civile avec la création d'un barreau spécialisé, sur le modèle de ce qui se fait notamment en France⁴⁰⁵⁴. Il s'agissait toutefois d'une voix isolée, même si elle était porteuse d'un certain pragmatisme.

1138. Les textes légaux s'inscrivent dans le prolongement de cette approche idéalisée du contentieux. Les dispositions relatives à l'appel et au recours indiquent uniquement que ceux-ci doivent être motivés, sans donner plus de précision sur la nature de la motivation⁴⁰⁵⁵. L'article 42 alinéa 2 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral dispose

⁴⁰⁴⁸ Markus AFFENTRANGER, in Baker&McKenzie, n° 2 ad art. 69 CPC 2008 ; Tanja DOMEJ, in OBERHAMMER, n°2 ad art. 69 CPC 2008 ; GASSER/RICKLI, n° 2 ad art. 69 CPC 2008 ; Stephanie HRUBESCH-MILLAUER, in BRUNNER/GASSER/SCHWANDER, n° 3 ad art. 69 CPC 2008 ; Laurent MERZ, in NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° 12 ad art. 41 LTF ; Roger MORF, in GEHRI/KRAMER, n° 3 ad art. 69 CPC 2008 ; Ernst STAEHELIN/Silvia SCHWEIZER, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 5 ad art. 69 CPC 2008 ; Luca TENCHIO, in SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, n° 8 ad art. 69 CPC 2008 ; Francesco TREZZINI, in COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. 259-260.

⁴⁰⁴⁹ Voy. BOHNET/MARTENET, p. 1275 ; Walter FELLMANN, *Anwaltsrecht*, Coll. Stämpfli juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2010, p. 278.

⁴⁰⁵⁰ Pour plus de précisions : Walther MUNZIGER, *Zur Frage eines Schweizerischen Handelsgesetzes*, Verlag von Jent und Gassmann, Berne/Soleure, 1862, pp. 23 ss.

⁴⁰⁵¹ Notamment avec l'apparition du droit de la consommation, qui pallie la vulnérabilité de certaines catégories de la population.

⁴⁰⁵² Message FF 2001 4092.

⁴⁰⁵³ Message FF 2001 4091.

⁴⁰⁵⁴ LÜCHINGER, pp. 42 ss.

⁴⁰⁵⁵ Art. 311 al. 1 et 321 al. 1 CPC 2008.

que les moyens présentés à l'appui d'un recours doivent « *exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit* ». Les travaux préparatoires laissent d'ailleurs au Tribunal fédéral « *le soin de déterminer si une motivation qui ne mentionne pas explicitement les dispositions violées est suffisante.* »⁴⁰⁵⁶ En comparaison, l'article 978 alinéa 2 du Code de procédure civile français oblige le demandeur en cassation à indiquer « *le cas d'ouverture invoqué* », la « *partie critiquée de la décision* » et « *ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué* », ce qui est considérable. Le droit suisse se prête, à première vue, sans difficulté à une interprétation souple, destinée à permettre aux justiciables de se défendre seuls de manière effective.

b) Le formalisme de la pratique

1139. La doctrine astreint les parties à fournir une motivation très précise de leur recours. Elles doivent ainsi critiquer de manière détaillée les motifs adoptés par la juridiction de première instance⁴⁰⁵⁷, ou par le tribunal cantonal s'il s'agit d'un recours au Tribunal fédéral⁴⁰⁵⁸, afin de démontrer « *en quoi la juridiction inférieure a erré* »⁴⁰⁵⁹. Les exigences sont les mêmes pour l'appel que pour le recours limité au droit⁴⁰⁶⁰. S'agissant des recours adressés aux juridictions cantonales, des aménagements particuliers sont parfois admis pour les litiges soumis à la procédure simplifiée⁴⁰⁶¹, ou lorsque le jugement se fonde sur plusieurs motifs alternatifs⁴⁰⁶². Ils portent toutefois sur des points secondaires et demeurent contestés en doctrine⁴⁰⁶³.

1140. Il n'existe donc pas de différence notable entre les exigences de motivation concernant le deuxième degré de juridiction et le Tribunal fédéral. De même, la

⁴⁰⁵⁶ Message FF 2001 4093.

⁴⁰⁵⁷ Dominik GASSER/Rahel MÜLLER/Tamara PIETSCH-KOJAN, Ein Jahr Schweizerische ZPO – ein Erfahrungsbericht, Revue de l'avocat 2012, pp. 8 ss, spécialement p. 13-14; Nicolas JEANDIN, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 3 ad art. 311 CPC 2008 et n° 4 ad art. 312 CPC 2008; KUSTER, p. 125; Peter REETZ, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 36 ad art. 311 CPC 2008; SEILER, Die Berufung pp. 363 ss (la motivation n'a pas besoin de comporter une argumentation juridique s'agissant de l'appel). *Contra*: Beat MATHYS, in Baker&McKenzie, n° 16 ad art. 311 CPC 2008 pour qui il suffit que l'appelant indique que le raisonnement juridique « *viole la loi* » ou que les faits pertinents « *ont été mal constatés.* »

⁴⁰⁵⁸ CHEVALIER, p. 153-154; MÜNCH/LUCZAK, p. 126; VON WERDT, p. 138.

⁴⁰⁵⁹ CHAIX, Le recours, p. 264.

⁴⁰⁶⁰ CHAIX, Le recours, p. 265.

⁴⁰⁶¹ SEILER, Die Berufung, p. 367.

⁴⁰⁶² SEILER, Die Berufung, p. 368 qui tient à souligner la différence avec la procédure appliquée devant le Tribunal fédéral. *Contra*: Peter REETZ, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 43 ad rem. prélim. art. 308-318 CPC 2008. S'agissant du Tribunal fédéral, l'exigence fait l'objet d'une jurisprudence constante: Jean-François POUDRET, Motivation du recours contre une décision reposant sur plusieurs motifs indépendants, RSPC 2008, pp. 107 ss; Martin SCHUBARTH, Anfechtung von Doppelbegründungen und iura novit curia, RSPC 2008, pp. 303 ss.

⁴⁰⁶³ Voy. Nicolas JEANDIN, in BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° 3 ad art. 311 CPC 2008 (différences de traitement entre la procédure ordinaire et la procédure simplifiée) et Peter REETZ, in SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° 43 ad rem. prélim. art. 308-318 CPC 2008 (motivation alternative).

distinction effectuée par certains⁴⁰⁶⁴ entre divers degrés de précision selon les griefs avancés est surtout rhétorique⁴⁰⁶⁵. Quelque soit le litige, des remarques générales ou la reprise des arguments exposés précédemment ne sont pas suffisantes⁴⁰⁶⁶, même lorsque la maxime inquisitoire est applicable⁴⁰⁶⁷.

1141. La jurisprudence s'inscrit dans ce contexte de sévérité doctrinale. Parmi les arrêts récents, on rencontre plusieurs espèces où la juridiction suprême répond aux griefs de la partie recourante avant de déclarer son recours irrecevable, faute de reposer sur une motivation suffisamment étayée⁴⁰⁶⁸. Les exigences de motivation de la juridiction suprême sont donc particulièrement élevées. Il faut non seulement que les griefs soient cohérents, mais en plus ils doivent susciter un débat original. D'autres arrêts se contentent d'entériner, par référence à la jurisprudence antérieure, les idées de la doctrine que nous venons de présenter⁴⁰⁶⁹. Le Tribunal fédéral a annoncé qu'il entendait soumettre à des exigences similaires les recours adressés aux juridictions cantonales⁴⁰⁷⁰. Il lui arrive parfois de sanctionner les exigences déraisonnables des juridictions cantonales, notamment lorsque le recours est interjeté par une personne internée dans une clinique psychiatrique⁴⁰⁷¹. Cette mansuétude demeure toutefois isolée.

1142. Les attentes des juridictions et de la doctrine à l'égard des plaideurs sont élevées. Elles sont en réalité identiques à celles valant pour la procédure devant la Cour de cassation française. Certes, les actes de recours adressés aux juridictions suisses ne sont pas présentés selon les mêmes règles. On ne retrouve pas le moyen et sa structure squelettique⁴⁰⁷². Même si les mémoires présentées par les parties devant les juridictions suisses sont apparemment plus proches des conclusions d'appel du droit français, les

⁴⁰⁶⁴ Pour la procédure devant le Tribunal fédéral : CHEVALIER, p. 152-153 ; VON WERDT, p. 136.

⁴⁰⁶⁵ HAFTER, p. 308 ; Thomas GEISER/Peter MÜNCH/Felix UHLMANN/Philippe GELZER (édit.), *Prozessieren vor Bundesgericht*, Coll. Handbücher für die Anwaltspraxis, Vol. 1, 3^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2011, p. 71. Les exemples cités par VON WERDT, p. 138-140, montrent également que mis à part l'indication précise de la disposition violée, il n'y a guère de différence entre les deux catégories de motivation.

⁴⁰⁶⁶ SEILER, *Die Berufung*, p. 366. Pour la procédure devant le Tribunal fédéral : VON WERDT, p. 137.

⁴⁰⁶⁷ Alexander BRUNNER, *in* OBERHAMMER ; n° 6 ad art. 311 CPC 2008 ; SEILER, *Die Berufung*, p. 367 et les auteurs cités. La maxime inquisitoire n'est jamais applicable devant le Tribunal fédéral, car cette juridiction ne revoit pas l'appréciation des faits, sauf exceptions mentionnées aux art. 97 et 99 LTF.

⁴⁰⁶⁸ Voy. quelques exemples frappants : TF du 20 mars 2012, 5A_668/2011 ; TF du 3 janvier 2012, 5A_666/2011 ; TF du 16 décembre 2011, 5A_441/2011 ; TF du 12 décembre 2011, 5A_669/2011 ; TF du 28 novembre 2011, 5A_614/2011. Cas limite : TF du 14 décembre 2011, 5A_678/2011.

⁴⁰⁶⁹ Parmi tant d'autres : TF du 1^{er} décembre 2011, 4A_398/2011, cons. 3.1 ; TF du 22 novembre 2011, 5A_749/2011, cons. 1.4. L'arrêt de principe a été rendu en matière administrative : ATF 134 II 244, cons. 2, JdT 2009 I 716, RDAF 2009 I 462.

⁴⁰⁷⁰ TF du 27 août 2012, 5A_438/2012, cons. 2.2 ; ATF 138 III 374, cons. 4.3.1 ; TF du 7 décembre 2011, 4A_659/2011, cons. 3, SJ 2012 I 232.

⁴⁰⁷¹ TF du 13 décembre 2011, 5A_819/2011.

⁴⁰⁷² Cf. *supra*, n° 1119.

tribunaux n'examinent au fond les griefs que s'ils obéissent à la même logique qu'un moyen de cassation en droit français⁴⁰⁷³. Pour s'en rendre compte, il suffit de se référer aux conseils figurant dans un ouvrage de stratégie judiciaire⁴⁰⁷⁴. Les apparences du droit suisse sont donc trompeuses. Cette fausse simplicité est même, à notre avis, de nature à induire les plaideurs en erreur. La structure rigide du moyen de cassation en droit français sert en même temps de guide pour les parties. En suivant le schéma à la lettre, le demandeur peut s'assurer qu'il n'a pas oublié certains éléments et le défendeur est à même d'identifier immédiatement les points pertinents du raisonnement. La présentation sous la forme d'un texte continu, pratiquée en Suisse, peut se transformer en piège redoutable. Les parties sont fréquemment tentées de critiquer, paragraphe par paragraphe, si ce n'est ligne par ligne, les motifs du jugement querellé sans se soucier d'identifier clairement les erreurs de raisonnement et d'indiquer quelle était la solution correcte⁴⁰⁷⁵.

1143. Combinée avec l'absence de mandataires spécialisés dans la représentation devant le Tribunal fédéral, l'impossibilité d'interrompre les délais de recours par une demande d'assistance judiciaire⁴⁰⁷⁶ et le refus de toute régularisation hors délai d'une motivation défailante⁴⁰⁷⁷, la précision attendue par la juridiction suprême suisse de la part des parties nous paraît incompatible avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'interprétation des dispositions pertinentes ne comporte aucune mise en balance des intérêts en jeux. Il est incontestable qu'« *avec la charge considérable du Tribunal fédéral, on ne peut pas admettre que les recourants s'abstiennent de motiver suffisamment leurs conclusions et par là de contribuer à une justice efficace* »⁴⁰⁷⁸. Le texte de l'article 42 alinéa 2 de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, imposant aux parties « *exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit* » n'est pas en soi

⁴⁰⁷³ Voy. par exemple : TF du 2 juillet 2012, 5A_379/2012, cons. 1.3 : « *Der Beschwerdeführer muss auf den angefochtenen Entscheid eingehen und im Einzelnen aufzeigen, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt; er soll im Schriftsatz mit seiner Kritik an den Erwägungen der Vorinstanz ansetzen, die er als rechtsfehlerhaft erachtet [...] Allgemein gehaltene Einwände, die er ohne aufgezeigten oder erkennbaren Zusammenhang mit bestimmten Entscheidungsgründen vorbringt, genügen nicht* ». On peut comparer ces indications avec celles figurant chez BORÉ/BORÉ concernant la rédaction d'un moyen de cassation (Le pourvoi en cassation, n° 581) : « *En même temps qu'il précise le cas d'ouverture invoqué et le texte violé, le moyen doit indiquer "en quoi la décision encourt le reproche allégué". Ce vice doit être dénoncé avec toute la clarté et la précision nécessaires pour emporter l'adhésion du juge. Par exemple, le grief de défaut de réponse à conclusions doit soit citer les conclusions délaissées, soit, si cette citation était trop longue, résumer le moyen délaissé avec un renvoi précis à la page des conclusions. De même, le grief de contradiction de motifs doit indiquer les deux termes de la contradiction reprochée soit par citation de l'arrêt, soit par une analyse appuyée d'un renvoi précis à la page et à la ligne.* »

⁴⁰⁷⁴ HAFTER, p. 310-311.

⁴⁰⁷⁵ Il arrive même sporadiquement au Tribunal fédéral de refuser d'examiner un grief n'indiquant pas expressément la disposition qui a été violée. Sur cette question : François BOHNET, Note sous TF du 21 novembre 2007, 4D_41/2007, RSPC 2008, p. 28.

⁴⁰⁷⁶ Voy. notre suggestion en sens contraire, supra, n° 932.

⁴⁰⁷⁷ Cf. supra, n° 611.

⁴⁰⁷⁸ Message FF 2001 4093.

criticable. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a d'ailleurs jamais remis en cause les exigences de motivation similaires connues en droit luxembourgeois⁴⁰⁷⁹. En revanche, il n'est pas correct d'attendre la même précision d'un avocat dont les honoraires ont été versés d'avance et d'une partie rédigeant en toute hâte un recours tout en comptant, en vain, sur l'octroi subséquent de l'assistance judiciaire. Lorsque le Tribunal fédéral déclare irrecevable, faute d'être suffisamment motivé, un recours après avoir répondu à plusieurs arguments qu'il contenait, il est évident que les lacunes n'ont pas empêché la juridiction suprême d'exercer son contrôle. Dès lors, l'irrecevabilité ne s'imposait pas et elle constitue une violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

1144. Les rigueurs de la jurisprudence fédérale s'inscrivent dans le cadre d'une évolution historique continue depuis 1874 et sur laquelle il est intéressant de se pencher. Initialement la procédure devant la juridiction suprême était presque entièrement orale. La Loi fédérale d'organisation judiciaire de 1874 prévoyait uniquement que le recours devait être déclaré par écrit dans les vingt jours. Ensuite, les parties étaient convoquées à une audience après transmission du dossier par la juridiction cantonale dont l'arrêt était attaqué⁴⁰⁸⁰. La procédure était extrêmement souple⁴⁰⁸¹. Elle était donc accessible à des plaideurs non représentés et correspondait aux idéaux que nous venons de mentionner. Le vent ne tarda toutefois pas à tourner. En 1893, la motivation écrite fit son apparition, mais uniquement pour les litiges dont la valeur était proche du taux de compétence du Tribunal fédéral⁴⁰⁸². Désormais, ces affaires furent jugées sans audience, sur la base des observations des parties⁴⁰⁸³. Les travaux préparatoires révèlent que le Tribunal fédéral commençait alors à souffrir de surcharge, même si le nombre de recours nous paraît aujourd'hui faible⁴⁰⁸⁴. Le projet prévoyait d'ailleurs une obligation générale de motiver les recours en matière civile⁴⁰⁸⁵ qui ne fut pas retenue lors des débats parlementaires⁴⁰⁸⁶.

⁴⁰⁷⁹ Cf. supra, n° 1120.

⁴⁰⁸⁰ Cf. art. 30 OJF 1874. Toute la procédure de recours était réglée en un seul article.

⁴⁰⁸¹ S'agissant des pouvoirs du Tribunal fédéral, le Gouvernement soulignait qu'il pouvait statuer lui-même sur le fond, car il n'était pas obligé de « renvoyer à un autre tribunal de première instance un jugement qui aurait été reconnu fautif, comme cela est le cas par exemple en France. » (Message FF 1874 I 1000)

⁴⁰⁸² Art. 67 al. 4 OJF 1893.

⁴⁰⁸³ Voy. art. 71 al. 4, 72 et 73 OJF 1893. Le taux de compétence était fixé à CHF 2 000 et la procédure écrite était appliquée jusqu'à CHF 4 000 (art. 59 al. 1 et 71 al. 4 OJF 1893).

⁴⁰⁸⁴ Message FF 1892 II 101 fait état d'une augmentation du nombre de recours de 37 à 122 entre 1881 et 1891. Il s'agit tout de même d'un triplement, à une époque où la juridiction suprême n'avait que deux greffiers (art. 8 OJF 1874) qui devaient tout écrire à la main.

⁴⁰⁸⁵ Art. 68 al. 2 P-OJF, in FF 1892 II 236. Une audience était toutefois possible, d'office ou sur requête, lorsque la valeur litigieuse dépassait CHF 5 000 (art. 73 P-OJF, in FF 1892 II 237-238).

⁴⁰⁸⁶ La pratique se montra également souple, admettant, par exemple, que le recourant renvoie aux mémoires adressés à la juridiction cantonale

La nécessité de motiver par écrit les recours apparaissait donc comme un bon moyen d'en limiter le nombre et d'accélérer le traitement de ceux-ci.

1145. Immédiatement après l'entrée en vigueur de la loi de 1893, le Tribunal fédéral se montra encore souple, admettant, par exemple, que la partie recourante se contente de déclarer qu'elle réitérait les arguments présentés à la juridiction cantonale⁴⁰⁸⁷. L'obligation de motiver le recours par écrit n'allait donc pas au-delà de ce qui se pratiquait alors devant les juridictions cantonales. Surtout, la motivation par réitération était possible. La procédure écrite devant le Tribunal fédéral ressemblait donc encore à une procédure d'appel. Quiconque avait pu plaider seul sa cause devant le tribunal cantonal pouvait donc raisonnablement espérer qu'il pourrait s'adresser seul à la juridiction suprême. Quelques années plus tard, en revanche, le Tribunal fédéral durcit sa pratique, exigeant des parties qu'elles « *critiquent les considérants du jugement querellé* »⁴⁰⁸⁸. Cet accroissement du formalisme procédural ne fit l'objet d'aucun débat et la doctrine ne formula aucune critique à ce propos⁴⁰⁸⁹. A notre avis, ce silence était le signe que l'ère héroïque des justiciables comparissant seuls était définitivement close. La motivation par réfutation s'imposa définitivement dans la Loi fédérale d'organisation judiciaire de 1943⁴⁰⁹⁰. Son article 55 alinéa 1 lettre c obligeant la partie recourante à indiquer « *quelles sont les règles de droit fédéral violées par la décision attaquée et en quoi consiste cette violation.* » Le législateur avait cependant tempéré les rigueurs de cette disposition en prévoyant à l'article 55 alinéa 2 que les mémoires insuffisamment motivés seraient retournés à leur expéditeur pour être complétés⁴⁰⁹¹. De nouveau, le Tribunal fédéral ne tarda pas à durcir sa pratique. Dans son commentaire de la Loi de 1943, BIRCHMEIER⁴⁰⁹², également greffier du Tribunal fédéral, ne fait aucun commentaire sur l'article 55 alinéa 2, signe que la disposition n'était pas fréquemment appliquée en pratique⁴⁰⁹³. La jurisprudence publiée est, en effet, rare et elle écarte généralement

⁴⁰⁸⁷ ATF 20 I 393, cons. 3. La doctrine était favorable à cet assouplissement : Alexandre REICHEL, Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, Verlag von Goepper & Lehmann, Berne, 1896, n° 2 ad art. 67 OJF 1893.

⁴⁰⁸⁸ ATF 29 II 597.

⁴⁰⁸⁹ Voy. par exemple : Theodor WEISS, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 – Eine systematische Darstellung auf Grundlage der bundesgerichtlichen Praxis, Verlag von Stämpfli & Cie, Berne, 1908, p. 108 qui se contente de relever, en note de bas de page, le changement de jurisprudence. L'auteur était pourtant greffier du Tribunal fédéral. La nature du changement opéré ne pouvait lui échapper.

⁴⁰⁹⁰ Art. 55 al. 1 litt. c OJF 1943.

⁴⁰⁹¹ Art. 55 al. 2 OJF 1943. Voy. sur ce point : Message FF 1943 I 132.

⁴⁰⁹² Wilhelm BIRCHMEIER, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 : unter Berücksichtigung der Schluss und Uebergangsbestimmungen, Schulthess, Zurich, 1950.

⁴⁰⁹³ Pourtant un arrêt de 1945 avait admis la régularisation, à condition toutefois que la partie recourante ait fourni une motivation embryonnaire : ATF 71 II 34, cons. 2, JdT 1945 I 159.

l'application de cette disposition en dépit de son texte clair⁴⁰⁹⁴. Deux auteurs⁴⁰⁹⁵ relèvent ainsi « *qu'une prolongation du délai de recours afin d'améliorer la motivation est exclue et un délai supplémentaire à cette fin n'est pas octroyé, malgré le texte de l'article 55 alinéa 2.* »⁴⁰⁹⁶ Il n'est donc pas surprenant que cette disposition n'ait pas été reprise dans la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral de 2005. Tout au long de son histoire, la juridiction suprême n'a donc fait qu'accroître sans cesse ses exigences à l'égard des plaideurs, le législateur entérinant après coup, à la manière d'un fait accompli, les durcissements successifs de la pratique judiciaire. Il n'est donc pas surprenant qu'en 1994, un juge fédéral ait pu publiquement laisser entendre que la procédure devant le Tribunal fédéral nécessitait des connaissances particulières qui échappaient à la plupart des avocats⁴⁰⁹⁷. Cette opinion va clairement à l'encontre des idées généralement reçues. Elle n'en est pas moins marquée du sceau de la sincérité.

1146. Le passage progressif d'une procédure orale à une procédure écrite, puis de la motivation par réitération à la motivation par réfutation aurait dû entraîner un changement progressif de conception du rôle des parties. Malheureusement, le mythe du justiciable comparaissant seul devant la juridiction suprême demeure tenace, même s'il n'est plus d'actualité depuis plus d'un siècle. Le décalage entre la pratique toujours plus sévère du Tribunal fédéral et l'idéologie ambiante est patent. Il ne nous paraît cependant plus possible de poursuivre sur cette voie, encore moins depuis que la juridiction suprême a étendu ses exigences aux procédures devant les juridictions cantonales⁴⁰⁹⁸. Notre point de vue est conforté par le fait que la juridiction européenne a communiqué deux requêtes au Gouvernement suisse concernant la motivation des recours adressés au Tribunal fédéral en matière civile et les problèmes liés à l'assistance judiciaire⁴⁰⁹⁹.

1147. Les juridictions doivent faire preuve de pragmatisme. Soit les exigences en matière de motivation des recours sont revues à la baisse, afin que le recours demeure à la portée des justiciables sans connaissances juridiques, soit le dispositif d'assistance judiciaire est modifié de manière à garantir un accès effectif à la juridiction suprême.

⁴⁰⁹⁴ Cf. supra, note de bas de page n° 4086.

⁴⁰⁹⁵ L'un était juge (Messmer) et l'autre greffier (Imboden).

⁴⁰⁹⁶ MESSMER/IMBODEN, p. 154-155 : « Eine Erstreckung der Berufungsfrist zur Verbesserung der Begründung ist ausgeschlossen, und eine Nachfrist dazu wird entgegen dem Wortlaut von Art. 55 Abs. 2 OG nicht gewährt. »

⁴⁰⁹⁷ LÜCHINGER, p. 43.

⁴⁰⁹⁸ Cf. supra, n° 1140-1141.

⁴⁰⁹⁹ CourEDH, *Bakker c. Suisse*, n° 7198/07, communication au Gouvernement du 7 septembre 2012 ; CourEDH, *Boukerboua c. Suisse*, n° 34850/08, communication au Gouvernement du 5 janvier 2012.

1148. Sachant que la Cour européenne des droits de l'Homme n'interdit pas aux juridictions suprêmes nationales d'avoir des exigences élevées concernant la motivation des recours, il nous paraît plus logique que devant le Tribunal fédéral le changement porte sur le dispositif d'assistance judiciaire et que les juridictions invitent les parties à régulariser les motivations défaillantes. Ayant déjà présenté nos idées sur ces deux points, nous n'y reviendrons pas.

1149. En revanche, pour la procédure devant les juridictions cantonales, un assouplissement nous paraît indispensable, ce qui n'exclut pas la modification des règles sur l'assistance judiciaire dans un sens plus favorable aux parties. Comme garantie supplémentaire contre l'excès de formalisme, l'absence de motivation suffisante devrait être régularisable⁴¹⁰⁰ à l'instar de ce qui était admis devant les tribunaux zurichois⁴¹⁰¹. A notre avis, aucun risque de durée excessive de la procédure n'est à craindre. Les juridictions du canton de Zurich ont dans leur ressort la ville la plus peuplée de Suisse. Si la régularisation de l'absence de motivation n'avait alors aucune influence négative, elle devrait être possible dans toute le pays. Lorsque les parties persistent à ne pas motiver correctement leurs actes de recours, en dépit des exhortations des tribunaux, ceux-ci pourraient alors prendre exemple sur les procédés suivis devant les cours d'appel françaises. D'ailleurs, plusieurs auteurs⁴¹⁰² ont déjà suggéré de juger les appels insuffisamment motivés sur la base du dossier, la partie recourante subissant ainsi le risque que certaines erreurs échappent à la sagacité des magistrats. Cela constitue, à notre avis, une sanction bien plus proportionnée que l'irrecevabilité. Si la juridiction constate certaines erreurs manifestes, elle demeure libre de les relever et d'accepter le recours en conséquence.

⁴¹⁰⁰ Implicitement en ce sens : HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, p. 82.

⁴¹⁰¹ Voy. s'agissant de l'appel : FRANK/STRÄULI/MESSMER, n° 4 ad § 264 ZPO ZH ; Urs KORNER, Die Berufung im Zürcher Zivilprozess, thèse Zurich, W. Schneider Drückerei, Zurich, 1980, p. 58. En revanche pour le *Rekurs*, terme difficilement traduisible en français, le Code zurichois prévoyait la régularisation : FRANK/STRÄULI/MESSMER, et n° 3 ad § 271 ZPO ZH ; Philippe E. MEYER, Der Rekurs im Zürcher Zivilprozess, thèse Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1985, p. 161-162.

⁴¹⁰² Ceux-ci se réfèrent au droit zurichois, et non au droit français : Isaak MEIER, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung – Überblick mit Kritik und Änderungsvorschlägen, Schulthess, Zurich, 2003, p. 37-39 ; Karl SPÜHLER, Die neue Rechtsmittelordnung, in Karl SPÜHLER (édit.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung – Eine Orientierung, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich, 2003, p. 51 ss, spécialement, p. 55 (considère que l'irrecevabilité n'était qu'une « Verkürzung des Rechtsschutzes, welche zu korrigieren ist. »). Opposé : SEILER, Die Berufung, p. 375-376 ; SPÜHLER/VOCK, p. 25-26 qui soulignent la plus grande sévérité du droit fédéral au regard du droit zurichois abrogé.

CONCLUSION DU TITRE II

1150. A l'instar de ce que nous avons déjà pu précédemment constater, les différences entre les approches privatiste et publiciste de l'interdiction du formalisme excessif n'ont pas de conséquence au niveau des principes généraux. La nécessité d'interpréter de manière raisonnable le droit judiciaire privé se retrouve aussi bien en droit français que suisse. Les deux ordres juridiques ont d'ailleurs connu une évolution similaire s'agissant de l'office du juge et des conséquences de l'autorité de la chose jugée. En dépit du texte légal invitant les magistrats à appliquer le droit d'office, les juridictions suprêmes suisses et françaises ont réduit, à des degrés certes divers, la portée de cette obligation. Parallèlement, elles ont renforcé la forclusion découlant de l'autorité de la chose jugée, encore qu'il demeure de nombreuses incertitudes à ce propos en droit suisse. Les risques d'excès de formalisme sont essentiellement les mêmes dans les deux pays.

1151. Concernant les autres problèmes abordés, nous avons pu constater que chaque ordre juridique présente ses forces et ses faiblesses. Ainsi, l'interprétation des règles relatives au respect des délais en droit français a conduit à une grande fragmentation de la question. Dans certains cas, la date déterminante est celle de la réception de l'acte, alors que dans d'autres, le délai est respecté par la remise de l'acte à la poste. Ces différences peuvent induire les parties en erreur. Celles-ci sont de surcroît obligées d'accomplir un grand nombre de démarches au greffe de la juridiction de recours. Le droit suisse est plus favorable, car le principe de l'expédition est appliqué à tous les délais et tous les actes de procédure peuvent être transmis par voie postale sans risque procédural pour leur auteur. En revanche, si l'on se place sur le terrain de l'assistance judiciaire et des procédures de recours, le droit français est nettement plus favorable aux parties. Non seulement la demande d'aide juridictionnelle interrompt presque tous les délais de procédure, ce qui n'est pas le cas en Suisse, mais en plus l'existence de procédures orales de recours permet aux parties de se défendre utilement seules. Rien de tout cela n'existe en droit suisse. La requête d'assistance judiciaire n'a aucun effet interruptif, même si nous avons proposé un changement de jurisprudence, et les exigences de motivation sont aussi sévères que celles valant pour la procédure devant la Cour de cassation française.

1152. On retrouve une situation similaire s'agissant de l'identification des parties au litige et des biens. Alors que le droit français admet avec largesse l'emploi de la

procédure d'ordonnance sur requête, soit pour identifier un contradicteur potentiel, soit pour obtenir des mesures contre un groupe de personnes non identifiées, de telles possibilités n'existent pas en droit suisse qui, en revanche, autorise les mesures conservatoires portant sur des biens dont la localisation, ou la description, ne peut être effectuée de manière précise par la partie requérante. Finalement, les tribunaux suisses ont une approche plus stricte de l'office du juge en matière de faits et de prétentions. Ces quelques exemples nous montrent que l'approche publiciste ne garantit pas en soi que l'interprétation du droit procédural soit moins stricte que l'approche privatiste.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

1153. Notre analyse de différents points précis en relation avec l'interdiction du formalisme excessif a mis en lumière de nombreuses similitudes entre les ordres juridiques suisse et français sur le plan des principes. Tous deux admettent la régularisation et la guérison des vices de procédure et reconnaissent un certain pouvoir au juge sur l'objet du litige. De même, le renouvellement de la matière litigieuse devant la juridiction suprême fait l'objet de controverses dans les deux pays. Alors qu'en France la notion de « *moyen nouveau mélangé de fait et de droit* » est entourée d'incertitudes, quand elle n'est pas utilisée pour évacuer un débat délicat, le Tribunal fédéral suisse a fréquemment interdit les nouveaux moyens de droit en dépit du libellé de la loi. On retrouve dans les deux pays le même manque de transparence qui, s'agissant de la France, a défavorablement attiré l'attention de la Cour européenne des droits de l'Homme.

1154. Les différences entre ces deux ordres juridiques sont surtout la conséquence d'évolutions historiques qui ne sont pas en lien direct avec l'interdiction du formalisme excessif. C'est ainsi que le droit suisse ne connaît pas l'institution de l'ordonnance sur requête ou que le droit français se montre plus exigeant à l'égard des parties souhaitant obtenir une mesure conservatoire. De même, la conversion des recours fait l'objet d'un vaste débat en Suisse, car la multiplication des différentes voies de recours dirigées contre une seule décision est plus fréquente qu'en France. Le fait que l'approche privatiste soit suivie en France, et l'approche publiciste en Suisse, n'a aucune incidence. Dans l'ensemble, droit suisse et droit français abordent de la même manière les grands enjeux liés à l'interdiction du formalisme excessif.

1155. Un examen plus poussé révèle des divergences sur le plan de la méthode. Doctrine et jurisprudences françaises demeurent plus attachées aux textes légaux. On en veut pour preuve le refus par la jurisprudence d'admettre la régularisation en dehors des hypothèses prévues par le Code de procédure civile, les multiples règles relatives aux délais de procédure ou les difficultés entourant l'extension de la guérison des vices de procédure à d'autres cas de figure que la nullité pour vice de forme et l'effet dévolutif de l'appel. Il s'agit d'une conséquence de l'approche privatiste qui se fonde pour l'essentiel sur le texte légal. Le droit suisse, en revanche, ne présente pas le même degré de précision. La guérison des vices de procédure n'est pas mentionnée, même si elle fait l'objet d'un débat doctrinal et jurisprudentiel soutenu depuis plusieurs années. Bien moins

étouffé, le Code fédéral de procédure civile, mais aussi la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral et la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, comportent cependant une disposition générale relative à la régularisation des vices de procédure de nature formelle. Il ne s'agit toutefois pas d'une codification de la pratique jurisprudentielle, car celle-ci était plus vaste et ne se limitait pas à une certaine catégorie de vices de procédure.

1156. Nous concluerons en observant qu'il appartient en premier lieu au législateur de rédiger les textes légaux de manière à résoudre certains problèmes. Ainsi, le fait que le droit suisse ne connaisse pas d'institution équivalente à l'ordonnance sur requête, si on fait abstraction de certaines solutions du droit cantonal, dont la constitutionnalité est d'ailleurs douteuse, rend vaine toute tentative de s'adresser à la justice civile lorsque l'identité de l'adversaire n'est pas certaine.

Conclusion générale

1157. Arrivé au terme de notre étude, il est temps maintenant de tenter de revenir à l'interrogation que nous avons annoncée dans l'introduction : les deux approches de l'interdiction du formalisme excessif conduisent-elles à des résultats similaires, ou devrait-on privilégier l'une au détriment de l'autre ?

1158. Nous avons vu que l'option en faveur de l'une ou de l'autre est avant tout la conséquence de la manière dont les juridictions sont organisées, singulièrement de leur pouvoir d'examen. Alors que le Tribunal fédéral suisse a durant longtemps vu sa compétence étroitement limitée en matière procédurale, il a développé l'approche publiciste afin d'exercer tout de même un certain contrôle. La Cour de cassation française a pu choisir l'approche privatiste, car elle n'avait pas besoin de passer par le prisme des libertés fondamentales pour interpréter le Code de procédure civile. Quant à la Cour européenne des droits de l'Homme, elle n'est bien entendu compétente que pour vérifier l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, ce qui la condamne également à suivre l'approche publiciste.

1159. La réponse s'impose désormais d'elle-même : loins de conduire à des résultats différents, les deux approches sont complémentaires. Cela signifie qu'elles ont chacune leurs avantages et leurs inconvénients. L'approche publiciste permet de voir les choses en grand, cela se traduit souvent par un manque de précision, comme nous avons pu nous en rendre compte en examinant la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse en matière de régularisation des vices de procédure. En revanche, l'approche privatiste, plus technique, s'attache surtout à l'exégèse du texte légal. Elle permet de s'assurer que les solutions retenues s'inscriront parfaitement dans le cadre légal. Lorsqu'elle inspire des réformes législatives, elle conduit à étoffer les textes adoptés. Preuve en est le fait que le Code de procédure civile français est plus détaillé que son équivalent suisse qui laisse de nombreux points sans réponse.

1160. En revanche, ni l'une ni l'autre n'améliorent la qualité intrinsèque de la législation. Tant les codes suisses que français présentent des contradictions qui appellent

de nouvelles solutions jurisprudentielles. Celles-ci feront le lit des réformes futures et ainsi de suite. On comprend, dès lors, pourquoi chaque nouveau code est à la fois le remède apporté aux problèmes du passé et la source de toute interrogation future.

1161. Vu la complémentarité des deux approches de l'interdiction du formalisme excessif, les tribunaux et la doctrine suisses et français gagneraient certainement à s'inspirer mutuellement. Aucun des deux pays ne possédant un droit judiciaire globalement moins formaliste que celui de son voisin, les échanges seraient enrichissants de part et d'autre. C'est ainsi que la pratique des tribunaux français deviendrait moins dépendante du texte légal et pourrait envisager d'étendre la régularisation et la guérison à d'autres vices de procédure que ceux pour lesquelles elles ont été instituées, ou de clarifier les principes concernant le respect des délais pour agir en justice. De manière symétrique, le droit suisse progresserait certainement s'il s'inspirait de la profondeur des débats agitant la doctrine française autour des concepts de grief et d'effet dévolutif ou s'il reconnaissait un effet interruptif du délai pour agir à toute demande d'assistance judiciaire.

1162. Finalement, et nous concluerons sur cette remarque, praticiens et théoriciens des deux pays auraient tout avantage à tirer le meilleur parti possible de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en la matière. Bien que l'incidence de celle-ci sur le droit privé ait fait l'objet d'études dans les deux pays⁴¹⁰³, les nombreux arrêts et décisions rendus en matière de formalisme excessif n'ont pas encore été suffisamment pris en compte, à tout le moins pour ce qui est de la procédure civile.

⁴¹⁰³ Anne DEBET, *L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, thèse Paris II, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 15, Dalloz, Paris, 2002 ; Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN, *L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux*, thèse Genève, Coll. Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2002.

BIBLIOGRAPHIE

I) Ouvrages généraux

1. Droit français

- Jacques BERRIAT SAINT-PRIX, Cours de procédure civile fait à la faculté de droit de Paris, 5^{ème} édition, 2 vol., Nève, Paris, 1825. (cité : BERRIAT SAINT-PRIX, vol. , p.)
- Charles Jules Armand BIOCHE, Dictionnaire de procédure civile et commerciale, 6 vol., Videcoq, Paris, 1839-1842. (cité : BIOCHE, v° n°)
- Emmanuel BLANC, La nouvelle procédure civile après la réforme judiciaire, Libraire du journal des notaires et des avocats, Paris, 1958.
- Joseph-Edouard BOITARD, Leçons sur le code de procédure civile, 4^{ème} édition, 2 vol., Gustave Thorel Libraire-éditeur, Paris, 1847. (cité : BOITARD, vol. , p)
- Pierre BONCENNE, Théorie de la procédure civile, 2^{ème} édition, 6 vol., Videcoq, Paris, 1837. (cité : BONCENNE, vol. , p.)
- Henry François Joseph Xavier BONFILS, Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale, A. Rousseau, Paris, 1885. (cité : BONFILS, p.)
- Jacques BORÉ, La cassation en matière civile, Sirey, Paris, 1988.
- Loïc CADIET/Jacques NORMAND/Soraya AMRANI MEKKI, Théorie générale du procès, Coll. Thémis droit, PUF, Paris, 2010. (cité : CADIET/NORMAND/AMRANI MEKKI, p.)
- Guillaume-Louis-Justin CARRÉ, Les lois de procédure civile, 3^{ème} édition par Adolphe CHAUVEAU, 7 vol., Cosse, Paris, 1849-1858. (cité : CARRÉ/CHAUVEAU, vol. p.)
- Charles CÉZAR-BRU, Supplément au Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1933.
- Gérard CORNU/Jean FOYER, Procédure civile, Presses Universitaires de France, Paris, 1958.

-Gérard CORNU/Jean FOYER, Procédure civile, 3^{ème} édition, Coll. Thémis, Presses Universitaires de France, Paris, 1996.

-Gérard COUCHEZ/Xavier LAGARDE, Procédure civile, 16^{ème} édition, Coll. Sirey Université, Sirey, Paris, 2011. (cité : COUCHEZ/LAGARDE, p.)

-Jean Baptiste DELAPORTE, Commentaires sur le code de procédure civile, 2 vol., Garnery, Paris, 1807. (cité : DELAPORTE, vol. , p.)

-Jean-Marie DENIEUL, Petit traité de l'écrit judiciaire, 5^{ème} édition, Coll. Dalloz service, Dalloz, Paris, 2005.

-Jean-Esprit-Marie-Pierre Lemoine DEVILLENEUVE/Antoine-Auguste CARETTE, Lois annotés ou Lois, décrets, ordonnances, avis du Conseil d'Etat, etc. avec notes historiques, de concordance et de jurisprudence, 2^{ème} série : 1831-1848, Administration du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1854. (cité : DEVILLENEUVE/CARETTE, p.)

-Ernest FAYE, Cour de cassation – Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile suivi du Code des Lois, Décrets, Ordonnances et Règlements, A. Chevalier-Marescq & Cie, Paris, 1903.

-Pierre-Antoine FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 15 tomes, Videcoq, Paris, 1835.

-Eugène GARSONNET/Charles CÉZAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant les Conseils de Prud'hommes, 3^{ème} édition, 9 vol. (+ 3 vol. de suppl.), Sirey, Paris, 1912-1938. (cité : GARSONNET/CÉZAR-BRU, tome, vol. , p.)

-Ernest GLASSON/Albert TISSIER/René MOREL, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile, 3^{ème} édition, 5 vol., Sirey, Paris, 1925-1936. (cité : GLASSON/TISSIER/MOREL, vol. , p.)

-Serge GUINCHARD/Cécile CHAINAIS/Frédérique FERRAND, Procédure civile – Droit interne et droit de l'union européenne, 30^{ème} édition, Coll. Précis Droit privé, Dalloz, Paris, 2010. (cité : GUINCHARD/CHAINAIS/FERRAND, p.)

-Serge GUINCHARD/Cécile CHAINAIS/Constantin S. DELICOSTOPOULOS/Ioannis S. DELICOSTOPOULOS/Mélina DOUCHY-LOUDOT/Frédérique FERRAND/Xavier

LAGARDE/Véronique MAGNIER/Hélène RUIZ FABRI/Laurence SINOPOLI/Jean-Marc SOREL, Droit processuel – Droits fondamentaux du procès, 7^{ème} édition, Coll. Précis droit privé, Dalloz, Paris, 2013.

(cité : GUINCHARD/CHAINAIS/DELICOSTOPOULOS/DELICOSTOPOULOS/DOUCHY-
OUDOT/FERRAND/LAGARDE/MAGNIER/RUIZ FABRI/SINOPOLI/SOREL, p.)

-Jacques HÉRON/Thierry LE BARS, Droit judiciaire privé, 4^{ème} édition, Coll. Domat droit privé, Montchrestien Lextenso éditions, Paris, 2010. (cité : HÉRON/LE BARS, p.)

-Nicolas LAVIELLE, Études sur la procédure civile : Nécessité de réviser le Code de 1806, Cotillon Éditeur, Paris, 1862.

-Marcel LABORDE-LACOSTE, Précis élémentaire de procédure civile conforme aux programmes des examens de licence et aux nouveaux programmes de capacité, Sirey, Paris, 1939.

-Christophe LEFORT, Procédure civile, 2^{ème} édition, Dalloz, 2007.

-Pierre LEPAGE, Questions sur le code de la procédure civile dans lesquelles les difficultés relatives à la pratique de cette loi sont expliquées, Buisson, Paris, 1807. (cité : LEPAGE, p.)

-Guillaume LOCRÉ, Esprit du Code de procédure civile ou Conférence du Code de procédure avec les discussions du Conseil, les observations du Tribunal, les exposés de motifs, les discours des orateurs du Tribunal, les dispositions des autres Codes, 5 vol., Imprimerie P. Didot l'Aîné, Paris, 1816. (cité : LOCRÉ, vol. , p.)

-Henri MAZEAUD/Léon MAZEAUD, Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle, 4^{ème} édition, Tome I, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1947.

-René MOREL, Traité élémentaire de procédure civile: organisation judiciaire, compétence, procédure, 2^{ème} édition, Sirey, Paris, 1949.

-Henri MOTULSKY, Droit processuel, Editions Montchrestien, Paris, 1973.

-Eustache-Nicolas PIGEAU, La procédure civile des tribunaux de France démontrée par principes et mise en action par des formules, 2 tomes, Garnery, Paris, 1807.

-Eustache-Nicolas PIGEAU, Commentaires sur le Code de procédure civile, 2 vol., Brière Libraire-éditeur, Paris, 1827. (cité : PIGEAU, vol. , p.)

- Edouard REGNARD, De l'organisation judiciaire et de la procédure civile en France, Auguste Durand Éditeur, Paris, 1855. (REGNARD, p.)
- Henry François RIVIÈRE/Faustin HÉLIE/André WEISS, Code de procédure civile annoté des arrêts de la Cour de cassation et des circulaires ministérielles, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1914.
- Henry SOLUS/Roger PERROT, Droit judiciaire privé, 3 vol., Sirey, Paris, 1961-1991. (cité : SOLUS/PERROT, vol. , p.)
- Adolphe Pierre TARBÉ DES SABLONS, Cour de cassation – Lois et Règlements à l'usage de la Cour de cassation, Librairie Encyclopédique de Roret, Paris, 1840.
- François TERRÉ/Philippe SIMLER/Yves LEQUETTE, Droit civil – Les obligations, 10^{ème} édition, Coll. Précis Droit privé, Dalloz, Paris, 2009.
- Jean VINCENT, Précis de procédure civile, 15^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1971
- Henri VIZIOZ, Etudes de procédure, Editions Bière, Bordeaux, 1956.

2. *Droit suisse*

- Kurt AMMON/Fridolin WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, 8^{ème} édition, Verlag Stämpfli AG, Berne 2008.
- Andreas AUER /Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse Vol. 2 : Les droits fondamentaux, 2^{ème} édition, Staempfli Editions SA, Berne, 2006. (cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Vol. 2, p.)
- Berhard BERGER/Andreas GÜNGERICH, Zivilprozessrecht – Unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes, Coll. Stämpflis juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2008. (cité : BERGER/GÜNGERICH, p.)
- Wilhelm BIRCHMEIER, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 : unter Berücksichtigung der Schluss und Uebergangsbestimmungen, Schuthess, Zurich, 1950.
- Raymond BISANG/Peter BURKHALTER/Raoul FUTTERLIEB/Peter HEINRICH/Andreas MAAG/Jürg P. MÜLLER/Beat ROHRER/Katharina

STUCKI/Mathias TSCHUDI, Das schweizerische Mietrecht, 3^{ème} édition, Schulthess Juristische Medien, Zurich/Bâle/Genève, 2008.

-François BOHNET/Vincent MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Coll. Précis de droit Stämpfli, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009. (cité : BOHNET/MARTENET, p.)

-Samuel BURY, Manuel de droit public à l'usage du citoyen, Imprimerie L. Corbaz et Cie, Lausanne, 1869.

-Hermann BÜRGI/Kaspar SCHLÄPFER/Matthias HOTZ/Carlo PAROLARI, Handbuch zur Thurgauer Zivilprozessordnung, Schulthess, Zurich, 2000.

-Walter FELLMANN, Anwaltsrecht, Coll. Stämpflis juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2010.

-Peter FORSTMOSER/Hans-Ueli VOGT, Einführung in das Recht, 4^{ème} édition, Coll. Stämpfli juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2008.

-Hans FRITZSCHE/Emil SCHURTER, Das Zivilprozessrecht der Schweiz, Band II. 1. Hälfte: Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte, Rascher & Cie A.-G. Verlag, Zürich, 1931.

-Louis GAILLARD, Introduction au Code de procédure civile à l'attention des praticiens, Georg éditeur, Genève, 2010. (cité : GAILLARD, p ; l'ouvrage est également disponible à l'adresse www.georglaw.ch, lien visité le 11 août 2011 pour la dernière fois)

-Max GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^{ème} édition, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1979. (cité : GULDENER, p.)

-Walther J. HABSCHEID, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht – Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2^{ème} édition, Coll. Das Recht in Theorie und Praxis, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort sur le Main, 1990. (cité : HABSCHEID, p.)

-Ulrich HÄFELIN/Walter HALLER/Helen KELLER, Schweizerisches BundeStaatsrecht, 7^{ème} édition, Schulthess, Zurich, 2008. (cité : HÄFELIN/HALLER/KELLER, p.)

-Jacques HALDY, La nouvelle procédure civile suisse : introduction pour les praticiens et les étudiants, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2009. (cité : HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, p.)

-Yvo HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, 2 vol., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1982.

-David HOFMANN/Christian LÜSCHER, Le Code de procédure civile, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009. (cité : HOFMANN/LÜSCHER, p.)

-Fabienne HOHL, Procédure civile, 2 vol., Coll. Précis de droit Staempfli, 1^{ère} édition, Staempfli Editions SA, Berne, 2001-2002. (cité : HOHL, Vol. , 1^{ère} édition, p.)

-Fabienne HOHL, Procédure civile, Tome II : Compétence, délais, procédure et voies de recours, Coll. Précis de droit Staempfli, 2^{ème} édition, Staempfli Editions SA, Berne, 2010-2012. (cité : HOHL, Vol. 2, 2^{ème} édition, p.)

-Simon KAISER, Schweizerisches Staatsrecht, 3 vol., Druck und Verlag von Scheitlin und Zollikofer, Saint Gall, 1858-1860.

-Regina KIENER/Walter KÄLIN, Grundrechte, Coll. Stämpflis juristische Lehrbücher, Stämpfli, Berne, 2007. (cité : KIENER/KÄLIN, p.)

-Max KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^{ème} édition, Verlag Stämpfli & Cie AG, Berne, 1984. (cité : KUMMER, Grundriss, p.)

-Christoph LEUENBERGER/Beatrice UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Coll. Stämpflisjuristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2010. (cité : LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, p.)

-Sylvain MARCHAND, Poursuite pour dettes et faillite – Du palais de justice à la salle des ventes, Coll. Quid juris ?, Schulthess, Zurich, 2008.

-Isaak MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht – Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Schulthess, Zurich, 2010. (cité : MEIER, Zivilprozessrecht, p.)

-Jörg Paul MÜLLER, Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux (trad. Michel HOTTELIER/Luzius MADER/Michel ROSSINELLI), Editions Staempfli & Cie SA, Berne, 1983.

-Jörg Paul MÜLLER/Markus SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4^{ème} édition, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2008. (cité : MÜLLER/SCHEFER, p.)

- Walther MUNZIGER, Zur Frage eines Schweizerischen Handelsgesetzes, Verlag von Jent und Gassmann, Berne/Soleure, 1862.
- René RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrecht, Helbling und Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich, 2003. (cité : RHINOW, p. n°)
- Karl SPÜHLER/Annette DOLGE/Myriam A. GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9^{ème} édition, Coll. Stämpfli juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2010. (cité : SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, p.)
- Adrian STAEHELIN/Daniel STAEHELIN/Pascal GROLIMUND, Zivilprozessrecht nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – Unter Einbezug des internationalen Rechts, Schulthess, Zurich, 2008. (cité : STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, p.)
- Henri-Robert SCHÜPBACH, Traité de procédure civile, Schulthess, Zurich, 1992. (cité : SCHÜPBACH, Traité de procédure civile, p.)
- Thomas SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2^{ème} édition, Schulthess, Zurich, 2012. (cité : SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, p.)
- Rudolf Eduard ULLMER, Der Zürcherische Zivilprozess nach den Gesetzen und der Praxis dargestellt, Druck und Verlag von David Bürkli, Zürich, 1861.
- Oskar VOGEL/Karl SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechtes und des internationalen Zivilprozessrecht der Schweiz, 8^{ème} édition, Coll. Stämpfli juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2006. (cité : VOGEL/SPÜHLER, p.)
- Hans Ulrich WALDER-RICHLI/Béatrice GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht – Nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 5^{ème} édition, Schulthess, Zürich, 2009. (WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, p.)
- Theodor WEISS, Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 – Eine systematische Darstellung auf Grundlage der bundesgerichtlichen Praxis, Verlag von Stämpfli & Cie, Berne, 1908.

3. Droit européen et comparé

-Pierre ARMINJON/Boris NOLDE/Martin WOLFF, Traité de droit comparé, 3 Tomes, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950.

-Basil MARKESINIS, Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre, Sellier – European Law Publishers, München, 2004, pp. 196 ss

-Léontin-Jean CONSTANTINESCO, Traité de droit comparé, 4 Tomes, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1972. (cité : CONSTANTINESCO, Tome, p.)

-Jan PAULSSON, Denial of Justice in International Law, Coll. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, Cambridge University Press, Cambridge/New-York/Melbourne/Madrid/Cape Town/Singapore/São Paulo, 2005.

-Karen REID, A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights, 3^{ème} édition, Thomson/Sweet and Maxwell, Londres, 2008. (cité : REID, p.)

-Hans-Werner RENGELING/Peter SZCZEKALLA, Grundrechte in der Europäischen Union–Charte der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze, Heymanns Verlag, Cologne/Berlin/Munich, 2004.

-Jean-François RENUCCI, Traité de droit européen des droits de l'Homme, L.G.D.J., Paris, 2007. (cité : RENUCCI, p.)

-Konrad ZWEIGERT/Hein KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3^{ème} édition, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996. (cité : ZWEIGERT/KÖTZ, p.)

-Pieter VAN DIJK/Fried VAN HOF/Arjen VAN RIJN/Leo ZWAAK, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4th ed, Intersentia, Antwerpen, 2006. (cité : VAN DIJK/VAN HOF/ZWAAK, p.)

-Jacques VELU/Rusen ERGEC, La Convention européenne des droits de l'Homme, Extrait du *Répertoire pratique du droit belge* Complément Tome VII, Bruylant, Bruxelles, 1990. (cité : VELU/ERGEC, p.)

-Mark VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) : unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2^{ème} édition, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1999. (cité : VILLIGER, Handbuch, p.)

-Georg Friedrich VON MARTENS, Précis du droit moderne des gens de l'Europe, Nouvelle édition par M. S. Pinheiro-Ferreira, 2 vol., J. P. Aillaud et Heideloff, Paris, 1831.

II) Monographies et thèses

1. Droit français

-Isidore ALAUZET, Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français, Imprimerie Nationale, Paris, 1849.

-Soraya AMRANI-MEKKI, Le temps et le procès civil, thèse Paris II, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 11, L.G.D.J., Paris, 2002. (cité : AMRANI-MEKKI, p.)

-Lionel ASCENSI, Du principe de la contradiction, thèse Paris I, Coll. Bibliothèque de droit privé : tome 154, L.G.D.J., Paris, 2006. (cité : ASCENSI, p.)

-Christian ATIAS, Le contentieux contractuel, 4^{ème} édition, Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, Aix-en-Provence, 2008.

-Pierre AZARD, L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français, thèse Paris, Les éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1936. (cité : AZARD, p.)

-Michel BARBOT, Le juge chargé de suivre la procédure (décret-loi du 30 octobre 1935), thèse Paris, F. Loviton, 1936.

-Jean BARON, Le magistrat chargé de suivre la procédure : modifications apportées à la procédure civile par le décret-loi du 30 octobre 1935, thèse Toulouse, Imprimerie régionale, 1938.

-Jean BEAUCHARD, Le renouvellement en appel de la matière litigieuse dans le procès civil, thèse Poitiers, 2 vol., dactyl., 1979 . (cité : BEAUCHARD, p.)

-Emmanuel BLANC, La nouvelle procédure civile après la réforme judiciaire, Librairie du journal des notaires et des avocats, Paris, 1958.

-Guy BLOCK, Les fins de non-recevoir, thèse Nice, L.G.D.J.-Bruylant, Paris-Bruxelles, 2002. (cité : BLOCK, p.)

-Bertrand BOCCON-GIBOT, De la Transformation de la Procédure sous l'Influence de la Jurisprudence et de la Pratique, thèse Paris, Editions A. Pedone, Paris, 1936. (cité : BOCCON-GIBOT, p.)

-Raymond BORDEAUX, Philosophie de la procédure civile : mémoire sur la réformation de la justice, Imprimerie de A. Hérisseux, Évreux, 1857. (cité : BORDEAUX, p.)

-Jacques BORÉ/Louis BORÉ, La cassation en matière civile, Coll. Dalloz Action 2009/2010, Dalloz, Paris, 2008. (cité : BORÉ/BORÉ, La cassation en matière civile, p.)

-Pierre BOYREAU, De la prohibition des demandes nouvelles en appel, thèse Bordeaux, Imprimerie-libraire Delmas, Bordeaux, 1945. (cité : BOYREAU, p.)

-Pierre CAGNOLI, Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, thèse Caen, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 368, L.G.D.J., Paris, 1999.

-Nicolas CAYROL, Les actes ayant pour objet l'action en justice, Série : études et recherches, Coll. « droit civil », Economica, Paris, 2001. (cité : CAYROL, Les actes ayant pour objet l'action en justice, p.)

-Henry CHABRAT, Commentaire de la Loi du 12 janvier 1933 modifiant les articles 61, 64, 70, 456 et 1029 du Code de procédure civile, thèse Toulouse, Imprimerie Andrau et Laporte, Toulouse, 1933. (cité : CHABRAT, p.)

-Xumin CHEN, L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et la procédure civile française, thèse Aix-Marseille III, dactyl., 2002. (cité : CHEN, p.)

-Didier CHOLET, La célérité de la procédure en droit processuel, thèse Paris I, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 466, L.G.D.J., Paris, 2006.

-Michel-Frédéric COUTANT, Essai d'une théorie générale des nullités en procédure civile, pénale et administrative, thèse Aix-Marseilles III, 2 vol., dactyl., 1996. (cité : COUTANT, p.)

-Théophile CRÉPON, Du pourvoi en cassation en matière civile, Tome II, L. Larose & Forcel, Paris, 1892.

-Marc DE BIÉVILLE, Les nullités des actes de procédure en matière civile, thèse Paris, Imprimerie Nationale, Fribourg-en-Brisgau, 1944. (cité : DE BIÉVILLE, p.)

- Eliane DE VALICOURT, L'erreur judiciaire, thèse Paris II, Coll. Logiques juridiques, L'Harmattan, Paris, 2005. (cité : DE VALICOURT, p.)
- Louis-Albert DEVILLAIRS, Les conclusions écrites dans le procès civil : étude de procédure civile, thèse Strasbourg III, 2 vol., dactyl., 2006. (cité : DEVILLAIRS, p.)
- Christian DUPEYRON, La régularisation des actes nuls, thèse Toulouse, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 127, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1974. (cité : DUPEYRON, p.)
- Philippe DUVAL, La genèse du code de procédure civile de 1806 : à la frontière du droit et du politique, thèse Montpellier I, dactyl., 2007. (cité : DUVAL, p.)
- Pierre ESTOUP, La pratique des procédures rapides – référés, ordonnances sur requêtes, procédures d'injonction, Litec, Paris, 1990
- Frédérique EUDIER, Ordre public substantiel et office du juge, thèse Rouen, dactyl., 1994, p. 75-76. (cité : EUDIER, Ordre public substantiel, p.)
- Edmond-Pierre FAURIE, De la Révision du Code de procédure civile (Extrait du journal L'Écho du Palais), Imprimerie G. Gounouilhou, Bordeaux, 1892.
- Louis FAVOREU, Du déni de justice en droit public français, thèse Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1964. (cité : FAVOREU, p.)
- Frédérique FERRAND, Cassation française et Révision allemande, thèse Lyon, Coll. Les grandes thèses du droit français, Presses Universitaires de France, Paris, 1993.
- Jean-Louis GALLET, La procédure civile devant la cour d'appel, Coll. Jurisclasseur Pratique professionnelle, Litec, Paris, 2003. (cité : GALLET, p.)
- Thérèse GAMBIER, Les nullités de procédure en matière civile, thèse Dijon, dactyl., 1984. (cité : GAMBIER, p.)
- Georges GHIENNE, Les nullités de forme de procédure civile – Le Décret-Loi du 30 octobre 1935, thèse Lille, Imprimerie Duriez-Bataille, Lille, 1937. (cité : GHIENNE, p.)
- Jean-Pierre GILLI, La cause juridique de la demande en justice – Essai de définition, thèse Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1962 (cité : GILLI, p.)
- Ernest Désiré GLASSON, Les sources de la procédure civile française, L. Larose et Forcel Libraires-Editeurs, Paris, 1882.

- Jacques JALADY, De la portée de l'article 173, alinéa 1er du Code de procédure civile en matière de nullités de procédure, thèse Paris, dactyl., 1951. (cité : JALADY, p.)
- Thomas JANVILLE, La qualification juridique des faits, thèse Paris II, 2 vol., Coll. Institut de droit des affaires, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2004. (cité : JANVILLE, vol. , p.)
- Auguste JOCCOTON, Des exceptions de procédure en matière civile et commerciale, A. Durand Libraire, Paris, 1859. (cité : JOCCOTON, p.)
- Nicolas LAVIELLE, Études sur la procédure civile : Nécessité de réviser le Code de 1806, Cotillon Éditeur, Paris, 1862. (cité : LAVIELLE, p.)
- Christophe LEFORT, Théorie générale de la voie d'appel, thèse Angers, dactyl., 2000. (cité : LEFORT, p.)
- Bruno MATHIEU, Essai sur le principe d'efficacité en droit judiciaire privé, thèse Aix-Marseilles III, dactyl., 1993.
- Eve MATRINGE, La réforme de la responsabilité civile en droit suisse : modèle pour le droit français ?, thèse Strasbourg, dactyl., 2010. (cité : MATRINGE, p.)
- Géraldine MAUGAIN, La modélisation du procès civil – Émergence d'un schéma procédural en droit interne, thèse Dijon, dactyl., 2010. (cité : MAUGAIN, p.)
- Brice MAUREL, Le juge chargé de suivre la procédure d'après le décret-loi du 30 octobre 1935, thèse Paris, Les presses modernes, 1938.
- Lucie MAYER, Actes du procès et théorie de l'acte juridique, thèse Paris, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, Vol. 20, IRJS Editions, Paris, 2009. (cité : MAYER, p.)
- Jacques MIGUET, Immutabilité et évolution du litige, thèse Toulouse, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 150, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1977. (cité : MIGUET, p.)
- Lionel MINIATO, Le principe du contradictoire en droit processuel, thèse Toulouse, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 483, L.G.D.J, Paris, 2008. (cité : MINIATO, p.)
- Jacques NORMAND, L'office du juge et la contestation, thèse Lille, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965. (cité : NORMAND, L'office du juge et la contestation, p.)

-Vincent ORIF, La règle de l'unicité de l'instance, thèse Paris X Ouest-Nanterre-La Défense, dactyl., 2010. (cité : ORIF, p.)

-Claude PARODI, L'esprit général et les innovations du nouveau Code de procédure civile, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1976. (cité : PARODI, p.)

-Françoise PERRET-RICHARD, Les dispositifs des décisions judiciaires civiles, thèse Saint-Etienne, dactyl., 2001.

-Jean-Baptiste PERRIN, Traité des nullités en matière civile, Imprimerie Gauthier Neveu libraire, Lons-le-Saulnier, 1816.

-Loïs RASCHEL, Le droit processuel de la responsabilité civile, thèse Paris I, Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherches Juridiques de la Sorbonne – André Tunc, Vol. 25, IRJS, Paris, 2010. (cité : RASCHEL, p.)

-Jean-Pierre ROYER, Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République, Coll. Droit fondamental, Presses Universitaires de France, 1995. (cité : ROYER, p.)

-Karim SALHI, Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé, thèse Caen, 2 vol., dactyl., 2004. (cité : SALHI, p.)

-Marcel SCHULER, L'instruction des affaires civiles d'après le décret-loi du 30 octobre 1935 (art. 82a à 82e C. proc. civ.), thèse Paris, F. Loviton, Paris, 1938.

-Edmond SELIGMAN, Quelles sont, au point de vue juridique et au point de vue philosophique, les réformes dont notre procédure civile est susceptible ?, Auguste Durand Libraire-éditeur, Paris, 1855. (cité : SELIGMAN, p.)

-Victor Hippolyte SOLON, Traité des nullités des conventions et des actes en tout genre en matière civile – Nouvelle édition augmentée de la législation de Belgique, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, Bruxelles, 1836.

-Daniel THIELAND, Des nullités de forme de l'exploit d'ajournement devant le tribunal civil, thèse Paris, Imprimerie Bonvalot-Jouve, 1906.

-Laura WEILLER, La liberté procédurale du contractant, thèse Aix-Marseille III, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004. (cité : WEILLER, p.)

-Etienne VERGÈS, Les principes directeurs du procès judiciaire, thèse Aix-Marseille III, dactyl, 2000. (cité : VERGÈS, p.)

-Georges VINCENS, Les nullités de procédure civile, thèse Montpellier, dactyl., 1965.
(cité : VINCENS, p.)

-Maria-Luisia YALAOUI, La sanction de l'inexistence en procédure civile, Mémoire de DEA Aix-Marseille III, dactyl., 1993

-Jean ZARZYCKI, De la demande en justice, thèse Caen, Librairie générale de droit et jurisprudence, Paris, 1937.

2. Droit suisse

-Emine Eylem AKSOY RÉTORNAZ, La sauvegarde des droits de l'Homme dans l'exécution de la peine privative de liberté, notamment en Suisse et en Turquie, thèse Neuchâtel et Galatasaray (Istanbul), Coll. Etudes, Schulthess éditions romandes, Genève, 2011. (cité : AKSOY RÉTORNAZ, p.)

-Michele ALBERTINI, Der Verfassungsmässige anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates – Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, thèse Berne, Coll. Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2000. (cité : ALBERTINI, p.)

-Lorenzo ANASTASI, Il sistema dei mezzi d'impugnazione del codice di procedura civile ticinese, thèse Zürich, ADAG Administration & Druck AG, Zürich, 1981.

-Sabine ASPRION STÖCKLIN, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht de lege lata und de lege ferenda, thèse Bâle, s. l., 2008.

-Pierre-Yves BAUMANN, La garantie de la double instance sur le fond – Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne, Université de Lausanne, Faculté de droit, 1999. (cité : BAUMANN, p.)

-Pierre-François BELLOT, Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le canton de Genève – Première partie, Luc Sestié, Genève, 1821.

-Anne BENOIT, Le partage vertical des compétences en tant que garant de l'autonomie des Etats fédérés en droit suisse et en droit américain, thèse Neuchâtel, Schulthess, Genève, 2009.

-François BERGOËND, Etude sur les recours de droit public au Tribunal fédéral suisse, thèse Lyon, Arthur Rousseau Editeur, Paris, 1904.

-Stephen V. BERTI, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts auf den kantonalen Zivilprozess im Lichte der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, thèse Zürich, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band 82, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1989. (cité : BERTI, Zum Einfluss ungeschriebenen Bundesrechts, p.)

-Thomas BISCHOF, Die Zustellung im internationalen Rechtsverkehr in Zivil- oder Handelssachen, thèse Saint-Gall, Coll. Publications de l'Institut suisse de droit comparé, Vol. 31, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1997.

-Bernhard BODMER, Die allgemeine Feststellungsklage im schweizerischen Privatrecht, thèse Bâle, Coll. Basler Studien zur Rechtswissenschaft – Reihe A : Privatrecht, Vol. 9, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1984.

-Marcel BOLZ, Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte, thèse Zurich, Coll. Zürcher Studien zum öffentlichen Recht : Vol. 103, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1991.

-Claude BONNARD, De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, thèse Lausanne, Imprimerie Held SA, Lausanne, 1948. (cité : BONNARD, p.)

-C. Jürgen BRÖNIMANN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozess, thèse Berne, Stämpfli & Cie AG, Berne, 1989.

-Christoph BURRI, Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags – Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen, thèse Fribourg, Coll. Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Vol. 298, Schulthess juristische Medien, Zurich/Bâle/Genève, 2010.

-Marco CHEVALIER ; Die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht, thèse Bâle, Coll. Basler Studien zur Rechtswissenschaft – Reihe A : Privatrecht, Vol. 97, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2009. (cité : CHEVALIER, p.)

-Ulrich CHRISTINGER, Die Voraussetzungen der staatsrechtlichen Beschwerde nach dem neuen OG vom 16. Dezember 1943, thèse Berne, Buchdruckerei Bircher, Sulgen, 1946.

- Philippe CONOD, Le code de procédure civile vaudois de 1824 ou la fidélité à la pratique judiciaire, thèse Lausanne, Imprimerie Fleury IPH & Cie, Yverdon-les-Bains, 1987.
- Jean CREUX, Die Stellung des Richters im genferischen Zivilprozess, thèse Zürich, Verlag P.G. Keller, Winterthur, 1960.
- Eugen CURTI, Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetze (Art. 4 der schweizerischen Bundesverfassung), thèse Berne, Zollikofer'sche Buchdruckerei, Saint Gall, 1888.
- Patricia DIETSCHY, Les conflits du travail en procédure civile suisse, thèse Neuchâtel, collectiob neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2011. (cité : DIETSCHY, Les conflits du travail, p.)
- Yves DONZALLAZ, La notification en droit interne suisse^o : étude de procédure civile, pénale et administrative cantonales et fédérales (OJF, PCF, PA, LTF, OSCert, LPO) et de LP, Berne, Staempfli, 2002. (cité : DONZALLAZ, La notification en droit interne, p.)
- Georges DREYER, Le recours de droit public au Tribunal fédéral – le conflit de compétence et les différends de droit public entre cantons, Librairie de droit F. Roth & Cie, Lausanne, 1940.
- Michel DUCROT, La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole : quelques législations cantonales au regard du droit fédéral, thèse Genève, Collection Genevoise, Schulthess, Zurich 2005.
- Christian FAVRE, L'assistance judiciaire gratuite en droit suisse, thèse Lausanne, Imprimerie Chabloz SA, Tolochenaz, 1989. (cité : FAVRE, p.)
- Walter FELLMANN, Anwaltsrecht, Coll. Stämpflis juristische Lehrbücher, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2010.
- Alain FISCHBACHER, Verfassungsrichter in der Schweiz und in Deutschland, thèse Zurich, Coll. Zürcher Studien zum Öffentlichen Recht : Vol. 168, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève, 2006.
- Eugen FRITSCHI, Verfahrensfragen bei der Konkurseröffnung, thèse Zurich, Coll. Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Vol 163, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 2010.

-Frank FURRER, Heilung des Formmangels im Vertrag, thèse Zurich, Schulthess, 1992. (cité : FURRER, p.)

Zaccharia GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts (die staatsrechtliche Beschwerde), Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1933. (cité : GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, p.)

-Michael GRABER, Die Berufung in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Berne, Coll. Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht/Etudes de droit de procedure civile Suisse, Dike Verlag AG, Zurich/Saint-Gall, 2011. (cité : GRABER, p.)

-Etienne GRISEL, Egalité – Les garanties de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, 2^{ème} édition, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009. (cité : GRISEL, p.)

-Max GULDENER, Über die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechtes, Coll. Schriften zum Prozessrecht, Vol. 2, Duncker & Humbolt, Berlin, 1966. (cité : GULDENER, Über die Herkunft, p.)

-Arthur HAEFLIGER, Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich – Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Verlag Stämpfli & Cie AG, Berne, 1985. (cité : HAEFLIGER, p.)

-Peter HAFTER, Strategie und Technik im Zivilprozess – Einführung in die Kunst des Prozessierens, 2^{ème} édition, Schulthess Juristische Medien, Zurich, 2011. (cité : HAFTER, p.)

-Andreas HEUSLER, Der Zivilprozess der Schweiz, Coll Das Zivilprozessrecht der Kulturstaaen – Eine Vorarbeit zur deutschen Prozessreform, J. Bensheimer, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1923. (cité : HEUSLER, p.)

-Fabienne HOHL, La réalisation du droit et les procédures rapides – Evolution et réformes, thèse d'habilitation Fribourg, Coll. Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg Suisse, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1994. (cité : HOHL, La réalisation du droit et les procédures rapides, p.)

-Heiner HOLZER, Die Streitbelegungsabrede – Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation, thèse Fribourg, Coll. Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Universitätsverlag, Fribourg, 1998.

- Roland ILG, Heilung fehlerhafter Klageeinleitung durch Rückbeziehung des Eintritts der Rechtshängigkeit, durch Prozessüberweisung sowie insbesondere durch Restitution auf dem Wege der analogen Anwendung von Art. 139 OR, thèse Zurich, Juris Druck Verlag, Zurich, 1968.
- Sylvain-Georges KABLAN, Le contrat de soins en droit ivoirien, français et suisse, thèse Neuchâtel, dactyl., 2011. (cité : KABLAN, p.)
- Walther KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2^{ème} édition, Verlag Stämpfli Cie AG, Berne, 1994. (cité : KÄLIN, p.)
- Rio KAMBER, Das Zustellungswesen im schweizerischen Zivilprozess, thèse Zurich, Verlag P.G. Keller, Winterthour, 1957.
- Peter KARLEN, Das neue Bundesgerichtsgesetz – Die wesentlichen neuerungen und was sie bedeuten, Helbling & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich, 2006.
- Alfred KÖLZ, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte – Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2004. (cité : KÖLZ, p.)
- Urs KORNER, Die Berufung im Zürcher Zivilprozess, thèse Zurich, W. Schneider Druckerei, Zurich, 1980.
- Joël KRIEGER, Le Code de procédure civile vaudois de 1847 – Du dogmatisme révolutionnaire au pragmatisme judiciaire, thèse Lausanne, Imprimerie Monney, Clarens, 1993. (cité : KRIEGER, p.)
- Max KUMMER, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, thèse Berne, Coll. Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, Vol 311, Verlag Stämpfli & Cie, Berne, 1954. (cité : KUMMER, Klagerecht, p.)
- Florian KUSTER, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Lucerne, s.éd., Lucerne, 2011. (cité :KUSTER, p.)
- David LACHAT, Procédure civile en matière de baux et loyers, Editions de l'Association suisse des locataires – Fédération romande, Lausanne, 2011.
- Hans MARTI, Die staatsrechtliche Beschwerde – mit Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bis zum 1. August 1978, 4^{ème} édition, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Stuttgart, 1979. (cité : MARTI)

-Fritz MATTMANN, Die Anspruchs- und Klagerechtsverwirkung aus prozessualen Gründen in den schweizerischen Zivilprozessgesetzen, thèse Fribourg, Verlag P.G. Keller, Winterthur, 1963. (cité : MATTMANN, p.)

-Georg MESSMER/Hermann IMBODEN, Die Eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen : Berufung, zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde, Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1992. (cité : MESSMER/IMBODEN, p.)

-Isaak MEIER, Iura novit curia – die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1975. (cité : MEIER, Iura novit curia, p.)

-Isaak MEIER, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung – Überblick mit kritik und Änderungsvorschlägen, Schulthess, Zurich, 2003

-Peter MEIER, Mündlichkeit und Schriftlichkeit im aargauischen Zivilprozessrecht, thèse Zürich, Verlag Hans Schellenberger, Winterthur, 1961. (cité : MEIER, Mündlichkeit und Schriftlichkeit, p.)

-Philippe E. MEYER, Der Rekurs im Zürcher Zivilprozess, thèse Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1985.

-Rosmarie MÜLLER, Der Auforschungsbeweis – Eine Untersuchung zur Substanziierung des Beweithemas und zur Mitwirkungspflicht der Parteien bei Beweisnot im Zivilprozess, thèse Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1991.

-Walther MUNZIGER, Zur Frage eines Schweizerischen Handelsgesetzes, Verlag von Jent und Gassmann, Berne/Soleure, 1862.

-Andrea OLGATI, Le norme generali per il procedimento civile nel Canton Ticino, thèse Zurich, La Buona Stampa, Lugano-Pregassona, 2000. (cité :OLGATI, p.)

-Mathias PACHLATKO, Ausgewählte Fragen zum schweizerischen Arrestrecht, thèse Zurich, Zurich, 1979.

-Jean-Jacques ROGNON, Les conclusions – Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne, Imprimerie Ganguin et Laubscher SA, Montreux, 1974. (cité : ROGNON, p.)

- Claude ROSSEL, Le déni de justice formel dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, thèse Lausanne, Imprimerie H. Jaunin SA, Lausanne, 1951. (cité : ROSSEL, p.)
- Martin SARBACH, Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse Zurich, Coll. Abhandlungen zum schweizerischen Recht : Vol. 673, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2003. (cité : SARBACH, p.)
- Thomas SCHERRER, Geschichte und Auslegung des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV, thèse Saint Gall, Coll. Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis IRP-HSG, Vol. 5, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Saint Gall, 2001.
- Beat SCHMID, Das Verbot des überspitzten Formalismus, thèse Bâle, Econom Druck AG, Bâle, 1989. (cité : SCHMID, p.)
- Aline SCHMIDT NOËL, La limitation des droits fondamentaux en droit comparé, thèse Neuchâtel, dactyl., 2011. (cité : SCHMIDT NOËL, p.)
- Henri-Robert SCHÜPBACH, Le recours en cassation spécialement en procédure civile neuchâteloise, thèse Neuchâtel, Imprimerie Henri Jaunin SA, Lausanne, 1961. (cité : SCHÜPBACH, Le recours en cassation, p.)
- Daniel SCHWANDER, Die objective Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme : Ein Beitrag zum Verhältnis vom materiellem Recht und Zivilprozessrecht, thèse Zurich, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2002. (cité : SCHWANDER; Die objective Reichweite, p.)
- Goran SEFEROVIC, Das Schweizerische Bundesgericht 1848-1874 – Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat, thèse Zurich, Schluthess Juristische Medien AG, Zurich, 2010.
- Benedikt SEILER, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Bâle, Coll. Basler Studien zur Rechtswissenschaft – Reihe A : Privatrecht, Vol. 101, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011. (cité : SEILER, Die Berufung, p)
- Elsa SIGG-MEIERHANS, Staatsrechtliche Beschwerde und kantonales Zivilprozessrecht, thèse Zürich, s. éd., 1973. (cité : SIGG-MEIERHANS, p.)
- Karl SPÜHLER, Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde, Verlag Stämpfli Cie AG, Berne, 1994. (cité : SPÜHLER, p.)

-Karl SPÜHLER/Dominik VOCK, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zurich und im Bund, 2^{ème} édition, Schulthess Juristische Medien AG, 2011.

-Adrian STAEHELIN/Thomas SUTTER, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft unter Einbezug des Bundesrechts, Schulthess, Zurich, 1992.

-Thomas STRÄULI, Fehlerhafte Prozesshandlung der Parteien und ihre Heilung im zürcherischen Zivilprozess, thèse Zurich, Buchdruckerei Schönenberger AG, Winterthour, 1966. (cité : STRÄULI, p.)

-Thomas SUTTER-SOMM, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im schweizerischen Zivilprozessrecht, thèse d'habilitation Fribourg, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998. (cité : SUTTER-SOMM, Auf dem Weg zur Rechtseinheit, p.)

-Francesco TREZZINI, Celerità e lentezza della giustizia civile di primo grado – con riferimento al nuovo diritto processuale civile svizzero, thèse Lucerne, Coll. Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft : Tome 50, Schulthess, Zurich, 2010. (cité : TREZZINI, Celerità e lentezza, p.)

-Alois TROLLER, Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus, Verlag von Helbling & Lichtenhahn, Bâle, 1945. (cité : TROLLER, p.)

-Felix UHLMANN, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), thèse d'habilitation Bâle, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2005. (cité : UHLMANN, p.)

-Rodolphe Edouard ULLMER, Le droit public de la Suisse ou jurisprudence des arrêts des autorités fédérales suisses pendant les années 1848-1860 – traduit de l'allemand par Eugène Borel, 2 vol., Imprimerie Montandon Frères, Neuchâtel, 1864. (cité : ULLMER, vol. , p.)

-Dominik VOCK/Danièle MÜLLER, SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO, Schulthess, Zurich, 2012.

-Gregor VON ARX, Der Streitgegenstand, im schweizerischen Zivilprozessrecht : unter Berücksichtigung seiner Auswirkungen auf ausgewählte zivilprozessuale Institute, thèse Bâle, Coll. Basler Studien zur Rechtswissenschaft – Reihe A : Privatrecht, Vol. 90, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2007.

- Peter VON SALIS, Probleme des Suspensiveffektes von Rechtsmitteln im Zivilprozess- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, thèse Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zurich, 1980.
- Nicolas VON WERDT, Die Beschwerde in Zivilsachen – Ein Handbuch für Beschwerdeführer und Beschwerdegegner, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2010. (cité : VON WERDT, p.)
- Fridolin M. R. WALTHER, Die Auslegung des schweizerischen Zivilprozessrechts, insbesondere des Bundesgesetzes über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz) – zugleich ein Beitrag zur Bewältigung des Quellenpluralismus und der Methodenvielfalt, thèse Berne, Coll. Abhandlungen zum Schweizerischen Recht – Neue Folge, Vol. 665, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2002. (cité : WALTHER, Die Auslegung des schweizerischen Zivilprozessrechts, p.)
- Andreas WEISS, Solidarität nach Art. 143-149 des Schweizerischen Obligationenrechts unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung, thèse Lucerne, Coll. Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Vol. 55, Schulthess Juristische Medien, Zurich, 2011.
- Hans WEYMUTH, Mündlichkeit und Schriftlichkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht – Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Studie, thèse Zurich, Buchdruckerei A. Kuhn, Schöflisdorf, 1931.
- René WIEDERKEHR, Fairness als Verfassungsgrundsatz, thèse d’habilitation, Lucerne, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2006.
- Rolf WYSS, Das Verhältnis von Mündlichkeit und Schriftlichkeit zu den wichtigsten Prozessmaximen am Beispiel des Zivilprozessrechts des Kantons Zürich, thèse Zurich, Juris Druck +Verlag, Zurich, 1971. (cité : WYSS, Das Verhältnis von Mündlichkeit und Schriftlichkeit, p.)
- Simone WYSS, Das subjektive öffentliche Recht als Begriff des Bundesgerichts – Herkunft, Funktion, Berechtigung, thèse Berne, Coll. Neue Literatur zum Recht, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2009.
- Philipp ZIEGLER, Von der Rechtsmittelvielfalt zur Einheitsbeschwerde – Bestandesaufnahme-Probleme-Lösungen, thèse Bâle, Coll. Basler Studien zur Rechtswissenschaft – Reihe B : Öffentliches Recht, Vol. 66, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2003. (cité : ZIEGLER, p.)

-Ariane ZURBUCHEN, La procédure d'interdiction – Etude de droit fédéral et de procédure vaudoise, thèse Lausanne, Imprimerie Chabloy SA, Lausanne, 1991.

3. Droit européen

-Antonietta CONFALONIERI, Europa e giusto processo – Istruzioni per l'uso, G. Giappichelli Editore, Turin, 2010.

-Anne DEBET, L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le droit civil, thèse Paris II, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 15, Dalloz, Paris, 2002.

-Arthur HAEFLIGER/Frank SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz : Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis, 2^{ème} édition, Stämpfli, Berne, 1999. (cité : HAEFLIGER/SCHÜRMANN, p.)

-Elias KASTANAS, Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, thèse Genève, Coll. Organisation internationales et relations internationales, Vol. 35, Bruylant, Bruxelles, 1996. (cité : KASTANAS, p.)

-Elisabeth LAMBERT, Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme, thèse Strasbourg, Coll. Organisation internationale et relations internationales, Bruylant, Bruxelles, 1999.

-Laure MILANO, Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, thèse Montpellier, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 57, Dalloz, Paris, 2006. (cité : MILANO, p.)

-Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN, L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux, thèse Genève, Coll. Genevoise, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2002.

-Peter QUASDORF, Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union, thèse Dresde, Coll. Europäische Hochschulschriften Reihe II : Rechtswissenschaft, Vol. 3162, Peter Lang, Francfort-sur-le-Main/Berlin/Berne–Bruxelles/New-York/Oxford/Vienne, 2001.

-Xavier-Baptiste RUEDIN, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Procédure, obligation des Etats, pratique et réforme, thèse Berne, Collection de droit international public, Helbing Lichtenhahn/L.G.D.J./Bruylant, Bâle/Paris/Bruxelles, 2009.

-Thomas SCHMUCKLI, Die Fairness in der Verwaltungsrechtspflege – Art. 6 Ziff. 1 EMRK und die Anwendung auf die Verwaltungsrechtspflege des Bundes, thèse Fribourg, Coll. Arbeiten au dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Vol. 96, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Fribourg, 1990. (cité : SCHMUCKLI, p.)

-Sébastien VAN DROOGHENBROECK, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme : prendre l'idée simple au sérieux, thèse Facultés universitaires Saint-Louis, Coll. Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Vol. 90, Bruylant, Bruxelles, 2001. (cité : VAN DROOGHENBROECK, p.)

III) Commentaires de texte légaux et articles d'encyclopédies juridiques

1. Droit français

-Jean BEAUCHARD, *Jurisclasseur Procédure*, fasc. 136, v° « Nullité des actes de procédure-Généralités », 2009. (cité : BEAUCHARD, Nullité des actes de procédure-Généralités, n°)

-Jean BEAUCHARD, *Jurisclasseur Procédure*, fasc. 137, v° « Nullité des actes de procédure-Vices de forme », 2009. (cité : BEAUCHARD, Nullité des actes de procédure-Vices de forme, n°)

-Jean BEAUCHARD, *Jurisclasseur Procédure*, fasc. 138, v° « Nullité des actes de procédure-Irrégularités de fond », 2009. (cité : BEAUCHARD, Nullité des actes de procédure-Irrégularités de fond, n°)

-Emmanuel BLANC, La Nouvelle procédure civile 1973 : commentaire des décrets des 9 septembre 1971 modifié, 20 juillet et 28 août 1972, Librairie du Journal des notaires et des avocats, Paris, 1973.

-Emmanuel BLANC, La Preuve judiciaire : commentaire du décret du 17 décembre 1973, Librairie du Journal des notaires et des avocats, Paris, 1974.

- Jacques BORÉ/Louis BORÉ, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Pourvoi en cassation », 2008. (cité : BORÉ/BORÉ, n°)
- Nicolas CAYROL, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Procédure devant le Tribunal de grande instance », 2011. (cité : CAYROL, Procédure devant le Tribunal de grande instance)
- Yvon DESDEVISES/Mélina DOUCHY-LOUDOT, *Jurisclasseur Procédure*, fasc. 540, v° « Jugement par défaut et opposition », 2009. (cité : DESDEVISES/DOUCHY-LOUDOT, n°)
- Yvon DESDEVISES/Olivier STAES, *Jurisclasseur Procédure*, fasc. 126-6, v° « Demande en justice-Demande initiale », 2011. (cité DESDEVISES/STAES, n°)
- Jean-Marc DESPAQUIS, *Jurisclasseur Procédure*, fasc. 122, v° « Aide Juridique-Aide juridictionnelle-Aide à l'accès au droit », 2011. (cité : DESPAQUIS, n°)
- Frédérique FERRAND, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Appel », 2012. (cité : FERRAND, Appel, n°)
- Cyril GAILLARD/Kee-Yoon KIM/Aude SYBILLIN/Romain CROS, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Prud'hommes », 2011. (cité : GAILLARD/KIM/SYBILLIN/CROS, n°)
- Serge GUINCHARD, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Procès équitable », 2011. (cité : GUINCHARD, procès équitable, n°)
- Antoine HONTEBEYRIE, *Répertoire Dalloz de droit civil*, v° « Prescription extinctive », 2011. (cité : HONTEBEYRIE, n°)
- Anne LEBORGNE, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Actes de procédure », 2005. (cité : LEBORGNE, Actes de procédure, n°)
- François LUCHAIRE, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, éd. de 1955, v° « Algérie ».
- Jacques NORMAND/Corinne BLÉRY, *Jurisclasseur Procédure*, fasc. 151, Principes directeurs du procès-Office du juge-Détermination des éléments de l'instance-Les parties-L'objet du litige, 2009. (cité : NORMAND/BLÉRY, fasc. 151, n°)

- Jacques NORMAND/Corinne BLÉRY, *Jurisclasseur Procédure*, fasc. 152, Principes directeurs du procès-Office du juge-Fondement des prétentions litigieuses, 2009. (cité : NORMAND/BLÉRY, fasc. 152, n°)
- Roger PERROT/Natalie FRICÉRO/Mélina DOUCHY-LOUDOT, *Jurisclasseur Procédure*, fasc. 554, Autorité de la chose jugée-Autorité de la chose jugée au civil sur le civil, 2011. (cité : PERROT/FRICÉRO/DOUCHY-LOUDOT, n°)
- Isabelle PÉTEL-TEYSSIÉ, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Demandes nouvelles », 2008. (cité : PÉTEL-TEYSSIÉ, Demandes nouvelles, n°)
- Isabelle PÉTEL-TEYSSIÉ, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », 2005. (cité : PÉTEL-TEYSSIÉ, Défenses, n°)
- Sylvie PIERRE-MAURICE, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Ordonnance sur requête », 2011. (cité : PIERRE-MAURICE, Ordonnance sur requête, n°)
- Emmanuel PUTMAN, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Nullités », 1994. (cité : PUTMAN, Nullités, n°)
- Michel REDON, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Timbre (droit de) et contribution pour l'aide juridique », 2011.
- Marc-Antoine RODIER, Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667 relative aux usages des Cours de Parlement et principalement de celui de Toulouse, Dupleix Lapporte et Compagnie, Toulouse, 1769. (cité : RODIER, p.)
- Joseph-André ROGRON, Les cinq codes expliqués par leurs motifs, par des exemples et par la jurisprudence, Edition augmentée de la législation et de la jurisprudence belges, Société typographique belge Adolphe Wahlen et Cie, Bruxelles, 1839. (cité : ROGRON, comm. ad art.)
- François SERPILLON, Code civil ou commentaire sur l'Ordonnance du mois d'avril 1667, Delaguet, Paris, 1776.
- Dominique-Bruno THOLY/Karine HISEL, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Prud'hommes », 1996. (cité : THOLY/HISEL, n°)
- Bernard TRAVIER/Fabien WATREMET, *Répertoire Dalloz de procédure civile*, v° « Procédure devant la cour d'appel », 2005. (cité : TRAVIER/WATREMET, Procédure devant la cour d'appel, n°)

2. Droit suisse

-Jean-François AUBERT/Kurt EICHENBERGER/Jörg Paul MÜLLER/René A. RHINOW/Dietrich SCHINDLER (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse* du 29 mai 1874, Helbing & Lichtenhahn/Schulthess/Stämpfli, Bâle/Berne/Zurich, 1995.

-Jean-François AUBERT/ Pascal MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, Schulthess, Zurich, 2003. (cité : AUBERT/MAHON, n° ad art. Cst)

-BAKER&MCKENZIE (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung*, Coll. Stämpfli Hankommentar, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2010. (cité : auteur, *in* Baker&McKenzie, n° ad art. CPC 2008)

-Bernard BERTOSSA/Louis GAILLARD/Jacques GUYET/André SCHMIDT, *Commentaire de la loi de procédure civile du canton de Genève*, Georg Editeur, Genève, 2002-2007. (cité : BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMID, n° ad art. LPC GE)

-Giovanni BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit Auszügen aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG – Kommentar*, Coll. Navigator.ch, Orell Füssli, Zürich, 2007. (cité : BIAGGINI, n° ad art. Cst)

-Wilhelm BIRCHMEIER, *Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege* vom 16. Dezember 1943 : unter Berücksichtigung der Schluss und Uebergangsbestimmungen, Schulthess, Zürich, 1950.

-François BOHNET, *Code de procédure civile neuchâtelois commenté*, 2^{ème} édition, Collection neuchâteloise, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2005. (cité : BOHNET, CPCN commenté, n° ad art. CPC NE)

-François BOHNET/Marino MONTINI (édit.), *Droit du bail à loyer – Commentaire pratique*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2010.

-François BOHNET/ Jacques HALDY/Nicolas JEANDIN/Philippe SCHWEIZER/Denis TAPPY, (édit.), *Code de procédure civile commenté*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2011. (cité : auteur, *in* BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, n° ad art. CPC 2008)

-Georges BROSSET, *Fiche juridique suisse n° 956*, v° « Formalisme excessif en tant que motif de recours de droit public », Genève, 1978. (cité : BROSSET, p.)

-Alexander BRUNNER/Dominik GASSER/Ivo SCHWANDER, (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung – Kommentar*, Dike Verlag, Zurich/Saint-Gall, 2011. (cité : auteur, *in* BRUNNER/GASSER/SCHWANDER n° ad art. CPC 2008)

-Alfred BÜHLER/Andreas EDELMANN/Albert KILLER, *Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung – Zivilrechtspflegegesetz (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 18. Dezember 1984*, Sauerländer, Aarau/Francfort-sur-le-Main/Salzburg, 1998. (cité : BÜHLER/EDELMANN/KILLER, n° ad § ZPO AG)

-Hermann BÜRGI/Kaspar SCHLÄPFER/Matthias HOTZ/Carlo PAROLARI, *Handbuch zur Thurgauer Zivilprozessordnung*, Schulthess, Zurich, 2000. (cité : BÜRGI/SCHLÄPFER/HOTZ/PAROLARI, n° ad § ZPO TG)

-Bruno COCCHI/Francesco TREZZINI, *Codice di procedura civile ticinese massimato e commentato - edizione massimata e commentata del Codice di procedura civile ticinese del 17 febbraio 1971, entrato in vigore il 1° gennaio 1972 e degli art. 19-25 della legge cantonale di applicazione della legge federale sull'esecuzione e sul fallimento (LALEF)*, Ed. ADV, Lugano, 2000. (cité : COCCHI/TREZZINI, p. ad art. CPC TI)

-Bruno COCCHI/Francesco TREZZINI, *Codice di procedura civile ticinese massimato e commentato : appendice 2000/2004*, Edizioni ADV Publishing House, Lugano, 2005. (cité : COCCHI/TREZZINI-Appendice, p. ad art. CPC TI)

-Bruno COCCHI/Francesco TREZZINI/Giorgio A. BERNASCONI, *Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008*, Edizioni ADV Publishing House, Lugano, 2011. (cité : auteur, *in* COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI, p. ad art. CPC 2008)

-Bernard CORBOZ/Alain WURZBURGER/Pierre FERRARI/Jean-Maurice FRÉSARD/Florence AUBRY GIRARDIN, (édit.), *Commentaire de la LTF*, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009. (cité : auteur *in* CORBOZ/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, n° ad art. LTF)

-Louis DALLÈVES/Bénédict FOËX/Nicolas JEANDIN (édit.), *Commentaire romand : Poursuite et faillite – Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé*,

Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Munich, 2005. (cité : auteur, *in* DALLÈVES/FOËX/JEANDIN, n° ad art. LP)

-Yves DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral – Commentaire, Stämpfli éditions SA, Berne, 2008. (cité : DONZALLAZ, Commentaire LTF, n° ad art. LTF)

-Bernhard EHRENZELLER/Philippe MASTRONARDI/Rainer J. SCHWEIZER/ Klaus A. VALLENDER (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 1^{ère} édition, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2002. (cité : auteur, *in* EHRENZELLER/ MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 1^{ère} édition, n° ad art. Cst)

-Bernhard EHRENZELLER/Philippe MASTRONARDI/Rainer J. SCHWEIZER/ Klaus A. VALLENDER (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2^{ème} édition, Schulthess Juristische Medien AG, Zurich, 2008. (cité : auteur, *in* EHRENZELLER/ MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER, 2^{ème} édition, n° ad art. Cst)

-Michel ESSEIVA/Christophe MAILLARD/Christophe TORNARE, Code de procédure civile fribourgeois annoté, 2^{ème} édition, Librophoros, Fribourg, 2007.

-Richard FRANK/Hans STRÄULI/Georg MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung – Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976, 3^{ème} édition, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1997. (cité : FRANK/STRÄULI/MESSMER, n° ad § ZPO ZH)

-Dominik GASSER/Brigitte RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurz Kommentar, Dike Verlag, Zurich/Saint-Gall, 2010. (cité : GASSER/RICKLI, n° ad art. CPC 2008)

-Peter GAUCH/Jörg SCHMID (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V : Obligationenrecht, Teilband V2b, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1996. (cité : auteur, *in* GAUCH/SCHMID, n° ad art. CO)

-Myriam A. GEHRI/Michael KRAMER, Schweizerische Zivilprozessordnung – Kommentar, Coll. Navigator.ch, Orell Füssli, Zurich, 2010. (cité : GEHRI/ KRAMER , n° ad art. CPC 2008)

-Pierre-Robert GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite – Loi du 11 avril 1889, texte en vigueur le 1er janvier 1997, Vol. 1 : Article 1-88, Editions Payot, Lausanne, 1999. (cité : GILLIÉRON, n° ad art. LP)

Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT/Wolfgang WIEGAND, Basler Kommentar : Obligationenrecht I (Art. 1-529 OR), 4^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2007, n° 2 ad art. 274a CO. (cité : auteur, *in* HONSELL/VOGT/WIEGAND, n° ad art. CO)

-Daniel HUNKELER (édit.), Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz – Kurzkomentar, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2009, n° 15 ad art. 32 LP. (cité : auteur, *in* HUNKELER, n° ad art. LP)

-Carl JAEGER/Hans Ulrich WALDER/Thomas M. KULL/Martin KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs – Erläutert für den praktischen Gebrauch, 2 vol., 4^{ème} édition, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1997.

-Georg LEUCH/Omar MARBACH/Franz KELLERHALS/Martin STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern – Kommentar samt einem Anhang zugehöriger Erlasse, 5^{ème} édition, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2000. (cité : LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, n° ad art. CPC BE)

-Christophe LEUENBERGER/Beatrice UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen – Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1999. (cité : LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, n° ad art. ZPO SG)

-Barbara MERZ, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2^{ème} édition, Stämpfli Verlag AG, Berne. (cité : MERZ, n° ad § ZPO TG)

-Marcel A. NIGGLI/Peter UEBERSAX/Hans WIPRÄCHTIGER, (édit.), Basler Kommentar : Bundesgerichtsgesetz, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2011. (cité : auteur, *in* NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER, n° ad art. LTF)

-Paul OBERHAMMER, Kurzkomentar ZPO, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2011. (cité : auteur, *in* OBERHAMMER n° ad art. CPC 2008)

-Hansjörg PETER, Edition annotée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Stämpfli Editions SA, Berne, 2010. (cité : PETER, Edition annotée de la LP, p.)

-Jean-François POUDRET/Jacques HALDY/Denis TAPPY, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} édition, Editions Payot, Lausanne, 2002. (cité : POUDRET/HALDY/TAPPY, n° ad art. CPC VD)

-Jean POUDRET/Suzette SANDOZ-MONOD, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, Berne, Staempfli, 1992. (cité : POUDRET/SANDOZ-MONOD, n° ad art. OJF)

-Alexandre REICHEL, Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, Verlag von Goepper & Lehmann, Berne, 1896.

-Thomas SÄGESSER (édit.), Die Bundesbehörden – Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2000 (cité : auteur, *in* SÄGESSER, n°)

-Charles SCHAUB/Pierre ODIER/Edouard MALLET, Loi sur la procédure civile du canton de Genève suivie de l'exposé des motifs par feu P.F. Bellot, 2^{ème} édition, Librairie d'Abraham Cherbuliez, Paris/Genève, 1837.

-Ingeborg SCHWENZER, (édit), Scheidung : Vol. II, Coll. FamKOMMENTAR, 2^{ème} édition, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2011. (cité : auteur, *in* SCHWENZER, n° ad art. CPC 2008)

-Hansjörg SEILER/Nicolas VON WERDT/Andreas GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Coll. Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2007. (cité :, auteur, *in* SEILER/VON WERDT/ GÜNGERICH, n° ad art. LTF)

-Karl SPÜHLER/Annette DOLGE/Dominik VOCK, Kurzkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Dike, Zurich, 2006. (cité : SPÜHLER/DOLGE/VOCK, n° ad art. LTF)

-Karl SPÜHLER/Luca TENCHIO/Dominik INFANGER, (édit.), Basler Kommentar : Schweizerische Zivilprozessordnung, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2010. (cité : auteur, *in* SPÜHLER/ TENCHIO/INFANGER n° ad art. CPC 2008)

-Adrian STAEHELIN/Thomas BAUER/Daniel STAEHELIN, Basler Kommentar : Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2 vol., 2^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2010. (cité : auteur, *in* STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, n° ad art. LP)

-Thomas SUTTER-SOMM/François HASENBÖHLER/Christoph LEUENBERGER, (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Schulthess, Zurich, 2010. (cité : auteur, *in* SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, n° ad. art. CPC 2008)

-Luc THÉVENOZ/Franz WERRO, *Commentaire romand : Code des obligations I – Code des obligations art. 1-529 Loi sur le crédit à la consommation Loi sur les voyages à forfait*, Helbing & Lichtenhahn, Genève/Bâle/Munich, 2003, n°10 ad art. 139 CO. (cité : auteur, *in* THÉVENOZ/WERRO, n° ad. art. CO)

-Hans Ulrich WALDER, *SchKG Kommentar*, 17^{ème} édition, Orell Füssli Verlag AG, Zurich, 2007.

3. Droit européen et comparé

-Sergio BARTOLE/Benedetto CONFORTI/Guido RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padoue, 2001.

-Corneliu BÎRSAN, *Conventia europeana a drepturilor omului : comentariu pe articole*, 2^{ème} édition, Coll. Comentarii Beck, C.H. Beck, Bucarest, 2010. (cité : BÎRSAN, n° ad art. CEDH)

-Ireneu CABRAL BARRETO, *A Convenção europeia dos direitos do Homem anotada*, 4^{ème} édition, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

Jochen Abraham FROWEIN/Wolfgang PEUKERT, *Europäisches Menschenrechtskonvention : EMRK-Kommentar*, 3^{ème} édition, Engel, Kehl am Rhein, 2009. (cité FROWEIN/PEUKERT, n° ad art. CEDH)

-Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de derechos humanos – Comentario Sistemático*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

-Jens MEYER-LADEWIG, *EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention : Handkommentar*, 3^{ème} édition, Nomos, Baden-Baden, 2011. (cité : MEYER-LADEWIG, n° ad art.)

-Louis-Edmond PETTITI/Emmanuel DECAUX/Pierre-Henri IMBERT (dir.), La Convention européenne des droits de l'Homme : commentaire article par article, 2^{ème} édition, Economica, Paris, 1999. (cité : auteur, titre, *in* PETTITI/DECAUX/IMBERT, p.)

IV) Articles et parties d'ouvrages

1. Droit français

-Hughes ADIDA-CANAC, L'erreur du juge : entre réparation, indemnisation et responsabilité, D. 2009. 1288.

-Georges ASSELIN, L'automatisme des nullités de procédure, Gaz. Pal. 1951. 1. 64.

-Mireille BACACHE, Office du juge et responsabilité civile, *in* Loïc CADIET/Thierry LE BARS/Pierre MAYER/Pierre CALLÉ (édit.), Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron, L.G.D.J., Paris, 2008, pp. 23 ss. (cité BACACHE, p.)

-Monique BANDRAC, L'action en justice, droit fondamental, *in* Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz, Paris, 1996, pp. 1 ss.

-Jean-Pierre BEGUET, Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé, RTD civ. 1947, pp. 131 ss.

-Jacques BELLICHACH, La face cachée du contredit, D. 2009. 1914.

-Maurice BENCIMON/Olivier BERNABE/Patricia HARDOUIN/Pascale NBOUDET-VOGEL/Olivier PASSERA, Autorité de la chose jugée et immutabilité du litige, Justices, n° 5, pp. 157 ss.

-Philippe BERTIN, La rectification des jugements – problèmes de procédure, Gaz. Pal. 1983. 1. doct. 264.

-Alain BLAISSE, Le problème des pièces et conclusions tardives (principalement devant le tribunal de grande instance), JCP 1988 I 3317. (cité : BLAISSE, n°)

-Corinne BLÉRY, Concentration des demandes et office du juge : une nouvelle donne au sein des principes directeurs du procès ? (Du renouvellement des rôles du juge et des parties quant au droit lors d'un procès), *in* Loïc CADIET/Thierry LE BARS/Pierre

MAYER/Pierre CALLÉ (édit.), Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron, L.G.D.J., Paris, 2008, pp. 111 ss. (cité : BLÉRY, Concentration des demandes et office du juge, p.)

-Corinne BLÉRY, Office du juge : entre activité exigée et passivité permise – Réflexions à partir de la jurisprudence récente sur l'article 12 du Code de procédure civile, Procédures 2012, Etude n° 6. (cité : BLÉRY, Office du juge : entre activité exigée et passivité permise, n°)

-Corinne BLÉRY/Loïs RASCHEL, Les rôles respectifs du juge et des parties en droit interne et international, *in* Corinne BLÉRY/Loïs RASCHEL (édit.), Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky – Colloque organisé à l'occasion du quarantième anniversaire de la disparition de Henri Motulsky (1905-1971), Procédures 2012, dossier, article n° 4. (cité : BLÉRY/RASCHEL, n°)

-Philippe BLONDEL, Tribune : la généralisation de la représentation obligatoire, *in* Marianne KELLER (dir.), Procès du travail, travail du procès, Coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Vol. 16, L.G.D.J./Lextenso, Paris, 2004, pp. 395 ss.

-Philippe BLONDEL, Les offices croisés du justiciable, de son ou de ses conseils, du technicien ou de tout autre intervenant à l'œuvre de justice et du juge pour une première instance revisitée et dominée par un principe de complétude ou Le décryptage d'un songe procédural, *in* Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), Coll. Etudes juridiques, vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 159 ss.

-Philippe BLONDEL, Henri Motulsky et les missions pratiques, *in* Corinne BLÉRY/Loïs RASCHEL (édit.), Qu'est devenue la pensée de Henri Motulsky – Colloque organisé à l'occasion du quarantième anniversaire de la disparition de Henri Motulsky (1905-1971), Procédures 2012, dossier, article n° 8. (cité : BLONDEL, Henri Motulsky, n°)

-Georges BOLARD, Le juge et les droits de la défense, *in* Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, Paris, 1991, pp. 49 ss.

-Georges BOLARD, Les dernières conclusions, JCP 2001 éd. G I 297.

-Georges BOLARD, Les faits tirés du dossier, *in* Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand, Litec, Paris, 2003, pp.43 ss. (cité : BOLARD, Les faits tirés du dossier, p.)

-Georges BOLARD, L'office du juge et le rôle des parties : entre arbitraire et laxisme, JCP 2008 édit. G I 156. (cité : BOLARD, L'office du juge, n°)

-Georges BOLARD, L'autorité de la chose jugée et les principes directeurs du procès, *in* Polska Akademia Nauk oddział w Lublinie (édit.), TEKA – Komisji Prawniczej III/2010, Lublin, 2010. (disponible à l'adresse internet suivante : http://www.pan-ol.lublin.pl/wydawnictwa/TPraw3_2010.html ; lien consulté le 30 septembre 2012)

-Antoine BOLZE, Codification et procédure civile, *in* Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), Coll. Etudes juridiques, vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 95 ss. (cité : BOLZE, Codification et procédure civile, p.)

-Antoine BOLZE, Leçon de droit civil sur les nullités des actes de procédure, *in* Nicole GUIMEZANES (édit.), Leçons du Droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 156 ss. (cité : BOLZE, Leçon de droit civil sur les nullités, p.)

-Jean-Pierre BROUILLAUD, Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées, D. 1996. chron. 98ss.

-Loïc CADIET, La sanction et le procès civil, *in* Loïc CADIET/Thierry LE BARS/Pierre MAYER/Pierre CALLÉ (édit.), Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron, L.G.D.J., Paris, 2008, pp. 125 ss. (cité : CADIET, La sanction et le procès civil, p.)

-Loïc CADIET, Les tendances contemporaines de la procédure civile en France, *in* Marc PUECH/Dominique D'AMBRA/Isabelle DESPRÉS/Yves STRICKLER (édit.), De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, Paris, 2009, pp. 65 ss. (cité : CADIET, Les tendances contemporaines de la procédure civile, p.)

-Jean-Pascal CHAZAL/Sophie WATTEL, Prescription et vices de procédure : contrariété entre le Code civil et le Code de procédure civile ?, Procédures 2009, Focus n° 50, novembre 2009, pp. 2 ss. (cité : CHAZAL/WATTEL, p.)

-Didier CHOLET, Contredit, *in* Serge GUINCHARD (édit.), Droit et pratique de la procédure civile droit interne-droit communautaire, Coll. Dalloz action 2012/2013, Dalloz, Paris, 2012, pp. 1234 ss.

- Gérard CLÉMENT, De la règle « pas de nullité sans grief » en droit judiciaire privé et en procédure pénale, *Revue des sciences criminelles* 1984, pp.433 ss. (cité : CLÉMENT, p.)
- Gérard CORNU, Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions) *in* Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, Paris, 1991, pp. 83 ss. (cité : CORNU, Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes, p.)
- Paul CUCHE, Le centenaire du Code de procédure, *Revue politique et parlementaire*, Tome XLVIII (1906), pp. 140 ss. (cité : CUCHE, p.)
- Serge DAUCHY, La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1806, *in* Loïc CADIET/Guy CANIVET, 1806-1976-2006 De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France, LexisNexis Litec, Paris, 2006, pp. 77 ss. (cité : DAUCHY, p.)
- Ioannis DELICOSTOPOULOS/Constantin DELICOSTOPOULOS, L'autorité de la chose jugée et les faits, *in* Justices et droit du procès – Du légalisme processuel à l'humanisme procédural, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 681 ss.
- Olivier DESHAYES, L'office du juge à la recherche de sens, *D.* 2008. 1102.
- Annick DORSNER-DOLIVET, A propos du recours en rectification, *RTD civ.* 1989, pp. 205 ss. (cité : DORSNER-DOLIVET, p.)
- Annick DORSNER-DOLIVET/Thierry BONNEAU, L'ordre public, les moyens d'ordre public en procédure, *D.* 1986, chron. 59.
- Mélina DOUCHY-OUDOT, La scission des phases de l'instance : la mise en état, *in* Marc PUECH/Dominique D'AMBRA/Isabelle DESPRÉS/Yves STRICKLER (édit.), *De code en code*, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, Paris, 2009, pp. 232 ss. (cité°: DOUCHY-OUDOT, p.)
- Emmanuel DU RUSQUEC, Nature et régime des nullités pour vice de forme dans les actes de procédure, *Gaz. Pal.* 1979. 1. doctr. 136.
- Carole FATTACINI, Pourvoi en cassation, *in* Serge GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile – Droit interne – Droit communautaire*, Coll. Dalloz Action 2012/2013, Dalloz, Paris, 2012, pp. 1448 ss. (cité : FATTACINI, p. n°)

-Natalie FRICERO, L'efficacité du jugement, *in* Serge GUINCHARD (dir.), Droit et pratique de la procédure civile – Droit interne – Droit communautaire, Coll. Dalloz Action 2012/2013, Dalloz, Paris, 2012, pp. 1068 ss.

-Natalie FRICERO, Rectification des erreurs et omissions matérielles, *in* Serge GUINCHARD (dir.), Droit et pratique de la procédure civile droit interne-droit communautaire, Coll. Dalloz Action 2012/2013, Dalloz, Paris, 2012, pp. 1256 ss. (cité : FRICERO, Rectification des erreurs et omissions matérielles, p. n°)

-Marie-Anne FRISON-ROCHE, L'erreur du juge, RTD civ. 2001, pp. 819 ss.

-Marie-Anne FRISON-ROCHE, La procédure et l'effectivité des droits substantiels, *in* Dominique D'AMBRA/Florence BENOÎT-ROHMER/Constance GREWE (dir.), Procédure(s) et effectivité des droits – Actes du colloque des 31 mai et 1^{er} juin 2002 organisé à la Faculté de droit de Strasbourg par l'Institut de recherche Carré de Malberg (IRCM) et l'Equipe des droits de l'homme du groupe de recherche sur les identités et la construction européenne (GRICE), Coll. Droit et justice, Vol. 49, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 1 ss. (cité : FRISON-ROCHE, La procédure et l'effectivité des droits substantiels, n°)

-Eric GARAUD/Jean-Pierre MARGUÉNAUD/Marie-Christine MEYZEAUD-GARAUD/Béatrice MOUTEL/Jean-Marie PLAZY, Les manifestations concrètes de l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, *in* Jean-Pierre MARGUÉNAUD (éd.), CEDH et droit privé – L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français, Mission de recherche « Droit et Justice », Coll. Perspectives sur la justice, La documentation française, Paris, 2001, pp. 110 ss.

-Xavier GODIN, Les antécédents du Code de procédure civile de 1806 : l'Ordonnance civile de 1667 et l'œuvre des jurisconsultes, *in* Joël HAUTEBERT/Sylvain SOLEIL (dir.), Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe, Tome 1 : Le Code de 1806 et la procédure civile en Europe – Le décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe, Actes du colloque organisé à Rennes les 9 et 10 novembre 2006, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2007, pp. 9 ss. (cité : GODIN, p.)

-Serge GUINCHARD, Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile, *in* Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, Paris, 2000, pp. 355 ss.

-Blandine HERVOUËT, Le projet de Code vu par les cours d'appel et la Cour de cassation, *in* Joël HAUTEBERT/Sylvain SOLEIL (dir.), Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe, Tome 1 : Le Code de 1806 et la procédure civile en Europe – Le décret de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe, Actes du colloque organisé à Rennes les 9 et 10 novembre 2006, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2007, pp. 57 ss.

-Jean-Michel HOCQUARD, Le plaideur, l'avocat et le nouveau Code de procédure civile, *in* Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), Coll. Etudes juridiques, vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 64 ss

-Philippe HOONAKER, Ordonnances sur requête, *in* Serge GUINCHARD (édit.), Droit et pratique de la procédure civile droit interne-droit communautaire, Coll. Dalloz action 2012/2013, Dalloz, Paris, 2012, pp. 751 ss. (cité : HOONAKER, p. n°)

-René JAPIOT, Des sanctions en matière de procédure, RTD civ. 1914, pp. 224 ss. (cité : JAPIOT, p.)

-Emmanuel JEULAND, Autour de la forme et du fond, problèmes de procédure, *in* Marc PUECH/Dominique D'AMBRA/Isabelle DESPRÉS/Yves STRICKLER (édit.), De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr, Dalloz, Paris, 2009, pp. 445 ss.

-Emmanuel JEULAND, La conception du procès civil dans le Code de procédure civile de 1975, *in* Loïc CADIET/Guy CANIVET (édit.), 1806-1976-2006 De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France, LexisNexis Litec, Paris, 2006, pp. 101 ss. (cité : JEULAND, La conception du procès civil, p.)

-Pierre JULIEN, Ce que la raison ou la nécessité commande (à partir des articles 17 et 461 du Nouveau Code de procédure civile), *in* Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand, Litec, Paris, 2003, p. 241 ss.

-Jacques JUNILLON, Le nouveau Code de procédure civile : une philosophie en danger, *in* Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005), Coll. Etudes juridiques, Vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 59 ss.

-Jacques JUNILLON, Conséquence de la loi réformant la prescription : une déclaration d'appel irrégulière peut-elle interrompre le délai d'appel ?, *Procédures* 2009, Fiche pratique n° 2, mai 2009. (cité : JUNILLON, Conséquence de la loi réformant la prescription, p.)

-Jacques JUNILLON, Le formalisme, *in* Serge GUINCHARD (édit.), *Droit et pratique de la procédure civile droit interne-droit communautaire*, Coll. Dalloz action 2012/2013, Dalloz, Paris, 2012, pp. 396 ss. (cité : JUNILLON, Le formalisme, p.)

-Jacques JUNILLON, Appel, *in* Serge GUINCHARD (édit.), *Droit et pratique de la procédure civile droit interne-droit communautaire*, Coll. Dalloz action 2012/2013, Dalloz, Paris, 2012, pp. 1293 ss. (cité : JUNILLON, Appel, p.)

-Jacques JUNILLON, Opposition, *in* Serge GUINCHARD (édit.), *Droit et pratique de la procédure civile droit interne-droit communautaire*, Coll. Dalloz action 2012/2013, Dalloz, Paris, 2012, pp. 1405 ss.

-Jean-Paul LACROIX-ANDRIVET, Procédure devant le tribunal de grande instance, *in* Serge GUINCHARD (édit.), *Droit et pratique de la procédure civile droit interne-droit communautaire*, Coll. Dalloz action 2012/2013, Dalloz, Paris, 2012, pp. 790 ss. (cité : LACROIX-ANDRIVET, p.)

-Xavier LAGARDE, L'adieu à la cause. Relire Motulsky, *in* Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), *Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, Coll. Etudes juridiques, vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 307 ss.

-René LAUBA, Saisies-ventes de meubles corporels de droit commun : incidents de saisie, *in* Serge GUINCHARD/Tony MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Coll. Dalloz Action 2013-2014, Dalloz, Paris, 2012, pp. 762 ss.

-Edouard DE LEIRIS, Saisies-attributions de droit commun : acte de saisie-attribution, *in* Serge GUINCHARD/Tony MOUSSA (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Coll. Dalloz Action 2013-2014, Dalloz, Paris, 2012, pp. 889 ss.

-Farid LEKÉAL, Entre séduction charnelle et spirituelle : les magistrats d'Alger au cœur de la rivalité entre civils et militaires (1832-1834), *in* Annie DEPERCHIN/Nicolas DERASSE/Bruno DUBOIS (édit.), *Figures de justice – Etudes en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, Centre d'Histoire Judiciaire, Lille, 2004, pp. 705 ss.

- Georges LELOIR, Quelques mots sur l'abus des nullités en matière de procédure civile ou criminelle, D.H. 1933, chron. 69.
- Jacqueline LEMÉE, La règle « pas de nullité sans grief » depuis le nouveau code de procédure civile, RTD civ. 1983, pp. 24 ss. (cité : LEMÉE, p.)
- Shlomo LEVIN, L'interprétation des règles de procédure civile, *in* Justices et droit du procès Du légalisme processuel à l'humanisme procédural, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 821 ss (cité : LEVIN, p.)
- Yvette LOBIN, La notion de grief dans les nullités des actes de procédure, *in* Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz, Paris, 1981, pp. 233 ss. (cité : LOBIN, p.)
- Raymond MARTIN, La règle de droit adéquate dans le procès civil, D. 1990. chron. 162.
- Raymond MARTIN, Un virus dans le système des défenses du nouveau code de procédure civile : le droit d'action, RGDP 1998, pp. 419 ss.
- Véronique MIKALEF-TOUDIC, De la distinction entre l'appel et le recours en annulation à l'encontre d'une sentence arbitrale (à propos d'un arrêt de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 20 mars 2003), *in* Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), Coll. Etudes juridiques, vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 233 ss.
- Lionel MINIATO, L'introuvable principe de loyauté en procédure civile, D. 2007. 1035. (cité : MINIATO, L'introuvable principe de loyauté, p.).
- Henri MOTULSKY, Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits, Rapport au IV^{ème} congrès international de droit comparé, *in* Ecrits : études et notes de procédure civile, Dalloz, Paris, 1973, pp. 31 ss.
- Henri MOTULSKY, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, *in* Ecrits : études et notes de procédure civile, Dalloz, Paris, 1973, pp. 101 ss.
- Henri MOTULSKY, La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès, *in* Ecrits : études et notes de procédure civile, Dalloz, Paris, 1973, pp. 130 ss.
- Henri MOTULSKY/Gérard CORNU, Les modifications apportées à la procédure par la mise en état des causes par le décret du 7 décembre 1967, *in* Ecrits : études et notes de procédure civile, Dalloz, Paris, 1973, pp. 235 ss.

-Jérôme PASSA, Recevabilité en appel des demandes tendant aux mêmes fins dans le procès civil, *Justices*, n° 7, pp. 105 ss.

-André PERDRIAU, La rectification des jugements civils, *JCP* 1995 éd. G I 3886. (cité : PERDRIAU, n°).

-Roger PERROT, Les nullités de procédure en matière civile selon le droit français, *in* Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Tome XIV : 1961-1962, Dalloz, Paris, 1965, pp. 731 ss. (cité : PERROT, Les nullités de procédure, p.)

-Jean-Étienne-Marie PORTALIS, Discours préliminaire prononcé, le 24 thermidor an 8, lors de la présentation du projet de la commission du Gouvernement, publié *in* Pierre-Antoine FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome 1, Videcoq, Paris 1835.

-Muriel SANTA-CROCE, De quelques difficultés de qualification en droit judiciaire privé, *in* Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité, *Liber amicorum* Cyrille David, Coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, Vol. 8, L.G.D.J., Paris, 2005, pp. 409 ss.

-Louis SÉGUR, L'inexistence en procédure civile, *JCP* 1968. I 2129. (cité : SÉGUR, n°)

-Stefano SOLIMANO, Le rôle de Pigeau dans l'élaboration du Code de procédure civile de 1806, *in* Joël HAUTEBERT/Sylvain SOLEIL (dir.), Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe, Tome 1 : Le Code de 1806 et la procédure civile en Europe – Le décrets de 1806 et la procédure du contentieux administratif en Europe, Actes du colloque organisé à Rennes les 9 et 10 novembre 2006, Editions Juridiques et Techniques, Paris, 2007, pp. 33 ss. (cité : SOLIMANO, p.)

-Jean-Michel SOMMER, Mise en oeuvre des mesures conservatoires, *in* Serge GUINCHARD/Tony MOUSSA, Droit et pratique des voies d'exécution, Coll. Dalloz action 2013/2014, Dalloz, Paris, 2012, pp. 574 ss.

-François TERRÉ, La réception du nouveau Code de procédure civile par la doctrine, Jean FOYER/Catherine PUIGELIER (dir.), Le nouveau Code de procédure civile (1975-2005), Coll. Etudes juridiques, Vol. 25, Economica, Paris, 2006, pp. 27 ss (cité : TERRÉ, La réception du nouveau Code de procédure civile par la doctrine, p.)

-Philippe THÉRY, Le litige en droit judiciaire privé – Petits exercices de procédure élémentaire, *in* Justices et droit du procès – Du légalisme processuel à l’humanisme procédural, Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard, Dalloz, Paris, 2010, pp. 853 ss.

-Renaud THOMINETTE, Procédure de mise en état^o: pour un respect efficace du principe de contradiction, D. 2006. 1764.

-Patrick TILLIE, La représentation obligatoire devant la Cour de cassation, *in* : Marianne KELLER (édit.), Procès du travail – travail du procès, Coll. Bibliothèque de l’Institut André Tunc, Vol. 16, L.G.D.J. Lextenso-éditions, Paris, 2008, pp. 387 ss

-Daniel TOMASIN, Remarques sur la nullité des actes de procédure, *in* Mélanges offerts à Pierre Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1981, p. 853 ss. (cité : TOMASIN, p.)

-JeanVIATTE, L’irrecevabilité en droit judiciaire privé, Gaz. Pal. 1980. 2. doct. 470.

-Geneviève VINEY, Introduction à la responsabilité, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, 3^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 2008. (cité : VINEY, p.)

-Georges WIEDERKEHR, Les exposés des motifs du code de procédure civile de 1806, *in* Loïc CADIET/Guy CANIVET, 1806-1976-2006 De la commémoration d’un code à l’autre : 200 ans de procédure civile en France, LexisNexis Litec, Paris, 2006, pp. 91 ss (cité : WIEDERKEHR, Les exposés des motifs, p.)

-Georges WIEDERKEHR, La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile, D. 1984 chron. XXVII, pp. 165 ss. (cité : WIEDERKEHR, La notion de grief, p.)

2. *Droit suisse*

-Stéphane ABBET, Le principe de la bonne foi en procédure civile, SJ 2010 II 221. (cité : ABBET, p.)

-Christine BALTZER-BADER, Die Rechtsmittel, *in* Thomas SUTTER-SOMM/Franz HASENBÖHLER, Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung – Mitglieder der Expertenkommission erläutern den Vorentwurf, Schulthess Juristische Medien AG, Bâle/Genève, 2003, pp. 87 ss.

- Lukas BERGER/David RÜETSCHI/Florian ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, REPRAX 2012, pp. 1 ss.
- Stephen V. BERTI, Vom Beruf unserer Zeit für zivilprozessuale Gesetzgebung, Zeitschriften und « doktrinaire Entspannung » : ein Plädoyer für den Rechtsschutzanspruch, RSPC 2005, pp. 67 ss.
- Stephen V. BERTI, Neue Gedanken zum Streit- oder Prozessgegenstand, RSPC 2008, pp. 193 ss
- Stephen V. BERTI, Analytische Überlegungen zur funktionalen Stellung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, RDS 128 (2009) I, pp. 413 ss.
- François BOHNET, Faire défaut à Neuchâtel : Le régime du CPCN, RJN 2000, pp. 41 ss. (cité : BOHNET, Faire défaut à Neuchâtel, p.)
- François BOHNET, La procédure sommaire selon le Code de procédure civile suisse, RJJ 2008, pp. 263 ss. (cité : BOHNET, La procédure sommaire, p.)
- François BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 128, (2009), pp. 185 ss. (cité : BOHNET, Les défenses en procédure civile, p.)
- François BOHNET, Les exceptions en procédure civile suisse, *in* François BOHNET (édit.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour les praticiens, Coll. CEMAJ, Schulthess Editions romandes, 2010, pp. 140 ss. (cité : BOHNET, Les exceptions en procédure civile suisse, p.)
- François BOHNET, Code de procédure civile, année une : premiers jalons en place, Plaidoyer, 6, (2011), p. 10 ss. (cité : BOHNET, Code de procédure civile, année une, p.)
- François BOHNET/Philippe SCHWEIZER, Les défenses relatives à l'instance et à l'action, RJN 1997, pp. 13 ss. (cité : BOHNET/SCHWEIZER, p.)
- François BOHNET/Samuel MONBARON, Les modes amiables de résolution des conflits en procédure civile suisse – Présentation au regard du droit français, berceau de la conciliation, RSPC 2010, pp. 87 ss.
- François BOHNET/Nicolas BRÜGGER, La notification en procédure civile suisse, RDS 129, (2010), pp.291ss. (cité : BOHNET/BRÜGGER, p.)

-Peter BREITSCHMID, Die Beanspruchung der Polizei zur Sicherung privater Rechte, ZBl 83 (1984), pp. 289 ss.

-Jürgen BRÖNIMANN, Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008 – ein Überblick, recht 2009, pp. 79 ss. (cité : BRÖNIMANN, Die Schweizerische Zivilprozessordnung, p.)

-Julien BROQUET, Le droit formel décloisonné : état actuel, problématique et perspectives, in Jean-Philippe DUNAND/Pascal MAHON (édit.), « Le droit décloisonné », interférences et interdépendances entre droit privé et droit public, Coll. Universités de Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel – Enseignement de 3^e cycle de droit, Schulthess Editions romandes, Genève, 2009, pp. 287 ss. (cité : BROQUET, p.)

-Dominique BROWN-BERSET, La médiation commerciale : le géant s'éveille, RDS 121 (2002) II, pp. 319 ss.

-François CHAIX, Introduction au recours de la nouvelle procédure civile fédérale, SJ 2009 II 257 ss. (cité : CHAIX, Le recours, p.)

-François CHAIX, L'apport des faits au procès, in François BOHNET (édit.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour les praticiens, CEMAJ, Neuchâtel, 2010, pp. 115 ss. (cité : CHAIX, L'apport des faits au procès, p.)

-Alfred CLAUSEN, Exposé des motifs concernant la révision du code de procédure civile du canton du Valais – Brigue, le 31 mai 1919, RVJ 1971, pp. 153 ss.

-Thomas COENDET/Christoph HURNI, Zur Differenz von Klagebefugnis und subjektivem Recht – Dogmatische Konzepte und ihre Implikationen, RJB 143 (2007), pp. 210 ss.

-Philippe CONOD, Les limites du modèle français sur les codes romands de procédure civile, in Pio CARONI (édit.), L'unification du droit privé suisse au XIX^e siècle : méthodes et problèmes – Rapports du sixième séminaire organisé par la Conférence universitaire romande dans le cadre de l'enseignement de 3^e cycle de droit, Editions Universitaires, Fribourg, 1986, pp. 161 ss (cité : CONOD, Les limites du modèle français, p.)

- Philippe CONOD, L'évolution de la procédure civile glaronnaise (à propos d'une thèse récente : Walther Hauser, Die Entwicklung der Zivilrechtspflege des Kantons Glarus, thèse Zürich, 1989), JdT 1991 III 98.
- Thomas COTTIER, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV), recht 1984, pp.1 ss.
- Rachel CHRISTINAT, Cas clair ou mainlevée de l'opposition en procédure civile suisse: que choisir ?, RSPC 2011, pp. 267 ss.
- Louis DALLÈVES, Le séquestre, Fiche juridique suisse n°740, 1999.
- Jean DARBELLAY, Le droit d'être entendu, RDS 1964 II p.419 ss. (cité : DARBELLAY, p.)
- Jean-Yves DE BOTH/Vincent JEANNERET, Séquestre international, for du séquestre en matière bancaire et séquestre de biens détenus par des tiers, SJ 2006 II 169 ss.
- Patricia DIETSCHY, Le déroulement de la procédure simplifiée, *in* François BOHNET (édit.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour les praticiens, CEMAJ, Neuchâtel, 2010, pp. 173 ss.
- Patricia DIETSCHY, Le devoir d'interpellation du tribunal et la maxime inquisitoire sous l'empire du Code de procédure civile suisse, RSPC, 2011, pp. 82 ss. (cité : DIETSCHY, Le devoir d'interpellation du tribunal, p.)
- Yves DONZALLAZ, La notification internationale des actes de poursuite, *in* Myriam A. GEHRI/Moritz W. KUHN/Hans Michael RIEMER/Dominik VOCK (édit.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht – Festschrift für Karl Spühler, Schulthess juristische medien AG, Zurich, 2005, pp. 55 ss.
- Yves DONZALLAZ, La notion de « préjudice difficilement réparable » dans le Code de procédure civile suisse, *in* Giorgio A. BERNASCONI/Thomas SUTTER-SOMM/Stephen V. BERTI/Denis TAPPY/Mercedes NOVIER/Bruno COCCHI/Yves DONZALLAZ/Angelo OLGATI/Gerhard WALTER/Francesco TREZZINI, Il Codice di diritto processuale civile svizzero – Atti della giornata di studio dell'11 giugno 2010, Coll. Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, pp. 167 ss.

- Michel DUCROT/Roland FUX, Neue Gesetzgebung im Bereich der Gerichtsorganisation und der Zivilprozessordnung : praktische Auswirkungen im Kanton Wallis : art. 308-334 ZPO, RVJ 2011, pp. 97 ss.
- Jean-François EGLI, La protection de la bonne foi dans le procès, in Juridiction constitutionnelle et juridiction administrative : recueil de travaux publiés sous l'égide de la Première Cour de droit public du Tribunal fédéral, Schulthess, Zurich, 1992, p. 230 ss. (cité : EGLI, La protection de la bonne foi, p.)
- Markus FELBER, Auch Laien müssen ins Gesetzbuch schauen, Jusletter 1er octobre 2007.
- Sylvia FREI, Sühnverfahren, summarisches, einfaches und ordentliches Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in Karl SPÜHLER (édit.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung – Eine Orientierung, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Genf/München, 2003, pp. 17 ss.
- Marco FRIGERIO, Le facoltà di intervento del giudice ticinese nel processo civile, REP 1998, pp. 3 ss.
- Daniel FÜLLEMANN, Das erstinstanzliche Novenrecht der ZPO, in Franco LORANDI/Daniel STAEHELIN (édit.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Dike, Zurich/Sankt Gallen, 2011, p. 863 ss. (cité : FÜLLEMANN, p.)
- Dominik GASSER, Schweizerische ZPO : Checkliste für Tag 1, Revue de l'avocat 2010, pp. 255 ss. (cité : GASSER, Checkliste für Tage 1, p.)
- Dominik GASSER/Rahel MÜLLER/Tamara PIETSCH-KOJAN, Ein Jahr Schweizerische ZPO – ein Erfahrungsbericht, Revue de l'avocat 2012, pp. 8 ss.
- Myriam A. GEHRI, Die Ediktalzustellung von Betreibungsurkunden bei Schuldner in Ausland, in Myriam A. GEHRI/Moritz W. KUHN/Hans Michael RIEMER/Dominik VOCK (édit.), Schweizerisches und internationales Zwangsvollstreckungsrecht – Festschrift für Karl Spühler, Schulthess juristische medien AG, Zurich, 2005, pp. 87 ss. (cité : GEHRI, Die Ediktalzustellung, p.)
- Pierre-Robert GILLIÉRON, Le séquestre investigatoire: mythe ou réalité, RDS 106 (1987) I, pp. 41 ss.

-Pierre-Robert GILLIÉRON, Le projet de Code de procédure civile et l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir, JdT 2006 II 159 ss.

-Pierre-Robert GILLIÉRON, L'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir après l'entrée en vigueur du de la loi sur le Tribunal fédéral et du Code de procédure civile, JdT 2011 II 107 ss.

-Jacques-Michel GROSSEN, L'inexistence, la nullité et l'annulabilité en procédure civile suisse, *in* Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Tome XIV : 1961-1962, pp. 751 ss. (cité : GROSSEN, p.)

-Jacques-Michel GROSSEN, A propos des « principes généraux de procédure civile », *in* Pierre-Henri BOLLE (édit.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Helbling & Lichtenhahn, Bâle-Genève-Munich, 1999, pp. 179 ss.

-Peter GUYAN, Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO, PCEF 2011/2012, pp. 1 ss.

-Jacques GUYET, Sources et évolutions de la procédure civile genevoise, RSJ 87 (1991), pp. 309 ss.

-Jacques HALDY, Le projet de Code de procédure civile suisse : cadre, objectifs et choix fondamentaux, *in* Suzana LUKIC (édit.), Le projet de Code de procédure civile fédérale : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, CEDIDAC, Lausanne, 2008, p. 1 ss.

-Fabienne HOHL, L'immutabilité de l'objet du litige, *in* Rita TRIGO TRINDADE/Nicolas JEANDIN (edit.), Unification de la procedure civile – Présentation critique de l'Avant-projet de Loi fédérale de procedure civile, Journée en l'honneur du Professeur François Perret, Schulthess Médias Juridiques SA, Genève/Zurich/Bâle, 2004, pp. 29 ss. (cité : HOHL, L'immutabilité de l'objet du litige)

-Michel HOTTELIER, Les garanties de procédure, *in* Jean-François AUBERT/Jörg Paul MÜLLER/Daniel THÜRER (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Schulthess Juristische Medien, Zurich, 2001, p. 809 ss.

-Michel HOTTELIER, La substitution de parties en procédure civile genevoise, *in* : Pierre-Henri BOLLE (édit.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Coll. neuchâteloise, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Genève/Münich, 2000, p. 199 ss. (cité : HOTTELIER, La substitution de parties, p.)

- Hans HUBER, Überspitzter Formalismus als Rechtsverweigerung, *in* Hans MERZ/Walter R. SCHLUEP, Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1980, p. 15 ss. (cité : HUBER, p.)
- Christoph HURNI, Gedanken zur künftigen Anwendung der neuen Schweizerischen ZPO durch das Bundesgericht, *recht* 2010, p. 88 ss. (cité : HURNI, p.)
- Marco ITIN, Ce qu'il faudrait savoir pour mener un procès en France, *Revue de l'avocat* 2004, pp. 198 ss.
- Laura JACQUEMOUD-ROSSARI, Les parties et les actes des parties ; le défaut ; la notification et les délais, *in* Suzana LUKIC (édit.), Le projet de Code de procédure civile fédérale : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, CEDIDAC, Lausanne, 2008, pp. 73 ss.
- Charles JAQUES, De la notification des actes de poursuite, *BISchK* 2011, pp. 177 ss. (cité : JAQUES, p.)
- Nicolas JEANDIN, Aspects judiciaires relatifs à l'octroi du séquestre, *JdT* 2006 II 51.
- Nicolas JEANDIN/Carlo LOMBARDINI, Le séquestre en Suisse d'avoirs bancaires à l'étranger : fiction ou réalité ?, *AJP/PJA* 2006, pp. 967ss.
- Nicolas JEANDIN/Saverio LEMBO, Le séquestre civil et la localisation des avoirs bancaires, *in* Luc THÉVENOZ/Christian BOVET (édit.), Journée 2006 de droit bancaire et financier, Coll. Publication du Centre de bancaire et financier, Schulthess, Zurich, 2007, pp. 21 ss.
- Hans-Peter KARLEN, Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts und Reform der Bundesrechtspflege : die neue Zivilprozessordnung im Kontext der Justizreform, *in* Karl SPÜHLER (édit.), Die neue Zivilprozessordnung : eine Orientierung, Bâle, 2003, pp. 181 ss. (cité : KARLEN, Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts, p.)
- Otto K. KAUFMANN, Verfassungsgerichtsbarkeit 1875-1974-19.. ?, *RDS* 93 (1974) I, pp. 339 ss (cité : KAUFMANN, p.)
- Helen KELLER, Garantien fairer Verfahren und des rechtlichen Gehörs, *in* Detlef MERTEN/Hans-Jürgen PAPIER (édit.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Vol. VII/2: Grundrechte in der Schweiz und in Lichtenstein, C.F. Müller Verlag

et Dike Verlag, Heidelberg/Zürich/Sankt-Gallen, 2007, pp. 639 ss. (cité KELLER, Handbuch der Grundrechte, p.)

-Laurent KILLIAS/Michael KRAMER/Thomas ROHNER, Gewährt Art. 158 ZPO eine « pre-trial discovery » nach US-amerikanischem Recht ?, *in* Franco LORANDI/Daniel STAEHELIN (édit.), Innovatives Recht – Festschrift für Ivo Schwander, Dike, Zurich/Sankt-Gallen, 2011, pp. 933 ss.

-Barbara KLETT/Silvia JENNI, Es braucht noch eine Richtergeneration, bis sich die kodifizierte Einheit durchsetzt, Plädoyer 2012, n° 1, pp. 70 ss.

-Lorenz KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung – Eine Untersuchung über die Rechtsfolgen von Verstössen gegen den Gehörsanspruch, insbesondere die Problematik der sogenannten “Heilung”, ZBl 99 (1998), pp. 97 ss. (cité : KNEUBÜHLER, p.)

-Sabine KOFMEL EHRENZELLER, Die künftige Zwangsvollstreckung in Zivilsachen : ein Zusammenspiel des SchKG mit der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, recht 2009, pp. 57 ss.

-Jolanta, KREN KOSTKIEWICZ, Zustellung von Betreuungsurkunden, BLSchK 1996, pp. 201 ss. (cité : KREN KOSTKIEWICZ, p.)

-Saverio LEMBO, Le séquestre des comptes des succursales requis au siège de la banque : une porte ouverte au séquestre investigatoire ? AJP/PJA 2004, pp. 801 ss.

-Christoph LEUENBERGER, Nicht behauptete Tatsachen als Ergebnisse des Beweisverfahrens, *in* Monique JAMETTI GREINER/Bernhard BERGER/Andreas GÜNGERICH, Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung – Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2004, pp. 313 ss.

-Christoph LEUENBERGER, Das ordentliche Verfahren, PCEF 2007, pp. 327 ss.

-Adolf LÜCHINGER, Reform der Zivilgerichtsbarkeit des Bundes, *in* Rainer J. SCHWEIZER (édit.), Reforme der Bundesgerichtsbarkeit – Studentagung an der Universität St. Gallen vom 29./30. September 1994, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1995, pp. 23 ss. (cité : LÜCHINGER, p.)

-Christian LÜSCHER/David HOFMANN, La procédure ordinaire dans le Code de procédure civile, Revue de l’avocat 2010, p. 261 ss.

- Oskar LUTZ, Die Bestimmtheit des Rechtsbegehrens bei Klagen auf Geldleistungen, RSJ 26 (1929-1930), pp. 244 ss.
- Oskar LUTZ, Gültigkeit und Ordnungsvorschriften im Zivilprozess, RSJ 44 (1948), pp. 149 ss. (cité : LUTZ, p.)
- Luca MARAZZI, Erranze alla scoperta del nuovo Codice di procedura civile svizzero, RDS 128 (2009) II, pp. 323 ss.
- Arnold MARTI, Die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts, die Revision des Vormundschaftsrecht und das öffentliche Recht, ZBl 108 (2007), pp. 240 ss.
- Philippe MEIER, La position des personnes concernées dans les procédures de protection des mineurs et des adultes – Quelques enseignements de la jurisprudence fédérale récente, RDT 2008, pp. 399 ss.
- Philippe MEIER, Incapacité civile et prescription de la créance – à la lumière de l'Arrêt de la CourEDH Stagno c. Belgique du 7 juillet 2009, in Andrea BÜCHLER/Markus MÜLLER-CHEN, Private Law national-global-comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Vol. II, Stämpfli Verlag AG/Intersentia, Berne, 2011, p. 1229 ss.
- Lorenz MEYER, Wege zum Bundesgericht – Übersicht und Stolpersteine, RJB 146 (2010), pp. 797 ss.
- Samuel MONBARON, La sanction de l'inexécution des clauses de médiation et conciliation en Suisse et en France, RSPC 2008, pp. 425 ss. (cité : MONBARON, p.)
- Mercedes NOVIER, Demande et réponse en procédure ordinaire selon le CPC : quelques observations. JdT 2010 III 195. (cité : NOVIER, p.)
- Peter MÜNCH/Christian LUCZAK, Beschwerde in Zivilsache, in Thomas GEISER/Peter MÜNCH/Felix UHLMANN/Philippe GELZER (édit.), Prozessieren vor Bundesgericht, Coll. Handbücher für die Anwaltspraxis, Vol. 1, 3^{ème} édition, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2011, pp. 79 ss. (cité : MÜNCH/LUCZAK, p.)
- Eric MUSTER, La nouvelle procédure civile et le droit des poursuites et faillites, JdT 2011 II 75.
- Michel OCHSNER, Exécution du séquestre, JdT 2006 II 77.

-Alexandre PAPAUX, La langue de la procédure civile et pénale devant le Tribunal cantonal fribourgeois – Commentaire des art. 115 al. 3 et 4, 116 al. 1 et 118 de la loi du 31 mai 2010 sur la justice et de l'ATF 136 I 149, RFJ 2010, pp. 185 ss.

-Werner PEERIG, Die Ansetzung einer Nachfrist zur Verbesserung der Form eines Rechtsmittels im Zivilprozess, RSJ 51 (1955), pp. 313 ss.

-François PERRET, Les conclusions et leur cause juridique au regard de la règle *ne eat judex ultra petita partium*, in Christian DOMINICÉ/Robert PATRY/Claude REYMOND (édit.), Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, pp. 595 ss. (cité : PERRET, p.)

-François PERRET, Quelques considérations sur le droit d'être entendu au regard de l'adage "*jura novit curia*", RSPC 2005, pp. 223 ss

-Hansjörg PETER, Communication et notification en droit des poursuites, in Jean-Marc RAPP/Michel JACCARD (édit.), Le droit en action – Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion du Congrès commun de la Fédération Suisse des Avocats et de la Société Suisse des Juristes des 7 et 8 juin 1996, s.éd., Lausanne, 1996, pp.301 ss.

-Jean-François POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales : sujet d'étonnement pour les juristes étrangers et de tourments pour les juristes suisses, Revue internationale de droit comparé 39 (1987), pp. 433 ss. (cité : POUDRET, Droit privé fédéral et procédures cantonales, p.)

-Jean-François POUDRET, Les règles générales révisées ou nouvelles de l'OJ (art. 1-40 et 146-152), in Jean-Jacques LEU/Jean-François POUDRET/Philippe JUNOD/Pierre MOOR/Jean GAUTHIER, L'organisation judiciaire et les procédures fédérales – Le point sur les révisions récentes, CEDIDAC, Lausanne, 1992, pp. 19 ss. (cité : POUDRET, Les règles générales révisées, p.)

-Jean-François POUDRET, Motivation du recours contre une décision reposant sur plusieurs motifs indépendants, RSPC 2008, pp. 107 ss

-Richard PÜNTENER, Das mietrechtliche Schlichtungsverfahren in der Zivilprozessordnung, MP 2011, pp. 243 ss.

- Peter REETZ, Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht in den Jahren 2007 und 2008, *in* Walter FELLMANN/Tomas POLDNA (édit.), Aktuelle Anwaltspraxis/La pratique de l'avocat – 2009, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009, pp. 1298 ss.
- Charles Edouard RATHGEB, L'action en justice et l'interruption de la prescription, *in* Mélanges François Guisan – Recueil de travaux publié par la faculté de droit, Librairie de l'Université F. Rouge & Cie, Lausanne, 1950, pp. 235 ss.
- Bertrand REEB, Les mesures provisoires dans la procédure de poursuite, RDS 116 (1997), pp. 425 ss.
- Hans REISER, Die eidgenössische Zivilprozessordnung – Auswirkungen auf das SchKG, BLSchK 2010, pp. 229 ss. (cité : REISER, p.)
- Jean-Marc REYMOND, Les conditions de recevabilité, la litispendance et les preuves, *in* Suzana LUKIC (édit.), Le projet de Code de procédure civile fédérale : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, CEDIDAC, Lausanne, 2008, pp. 25 ss. (cité : REYMOND, p.)
- Christoph ROHNER, Klageänderung, AJP/PJA 2001, pp. 7 ss.
- Viktor RÜEGG, Das Interesse des Zivilrichters an einem liberalen Novenrecht, PCEF 2004, pp. 155 ss.
- David RÜETSCHI, Aufforderung zur extensiven Auslegung von Art. 100 Abs. 6 BGG – Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 20. August 2008 (4A_216/2008), Revue de l'avocat 2009, pp. 28 ss.
- Peter SALADIN, Das Verfassungsprinzip der Fairness – Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, *in* Josef HOSTETTER/André BILLETER/Werner KÄGI/Blaise KNAPP/Jörg P. MÜLLER/Peter SALADIN/Bernhard SCHNYDER, Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral Suisse – Recueil offert au Tribunal Fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses, Helbling & Lichtenhahn Verlag, Bâle, 1975, pp. 41 ss.
- Bastien SANDOZ, La conciliation, *in* François BOHNET (édit.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour les praticiens, Coll. CEMAJ, Schulthess Editions romandes, 2010, pp. 60 ss.
- Martin SARBACH, Gedanken zur Verhandlungsmaxime, RJB 136 (2000), pp. 685 ss.

- Benjamin SCHINDLER, Die “formelle Natur” von Verfahrensgrundrechten
Verfahrensfehlerfolgen im Verwaltungsrecht – ein Abschied von der überflüssigen figur
der Heilung, ZBl 106 (2005), pp. 169 ss. (cité : SCHINDLER, p.)
- Martin SCHUBARTH, Anfechtung von Doppelbegründungen und iura novit curia,
RSPC 2008, pp. 303 ss
- Rainer SCHUMACHER, Gerichtliche Anordnung des vorläufigen Grundbucheintrags
eines Baupfandrechts, RSPC 2012, pp. 183 ss.
- Henri-Robert SCHÜPBACH, Les voies de recours « extra ordinem judiciarum
privatorium » de l’avant-projet de code de procédure civile, RSPC 2005, pp. 331 ss.
- Ivo SCHWANDER, Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen
Zivilprozessordnung, PCEF 2009, pp. 195 ss.
- Ivo SCHWANDER, Neue Tatsachen und neue Rechtslagen, *in* Monique JAGMETTI
GREINER/Bernhard BERGER/Andreas GÜNGERICH (édit.), Rechtsetzung und
Rechtsdurchsetzung – Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für
Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2005, pp. 353 ss.
- Ivo SCHWANDER, Wie müsste eine moderne Zivilprozessordnung aussehen ? (7
Thesen), PCEF 2004, pp. 3 ss.
- Marc SCHWEIZER, Vorsogliche Beweisabnahme nach Schweizerischer
Zivilprozessordnung und Patentgesetz, PCEF, 2010 pp. 28ss. (cité : SCHWEIZER,
Vorsogliche Beweisabnahme, p.)
- Philippe SCHWEIZER, Quelques remarques sur le découpage du temps dans le nouveau
code de procédure civile neuchâtelois, *in* Henri-Robert SCHÜPBACH (édit.), Mélanges
en l’honneur de Jacques-Michel Grossen, Editions Helbing & Lichtenhahn,
Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1992, pp. 497 ss. (cité : SCHWEIZER, Quelques remarques
sur le découpage, p .)
- Philippe SCHWEIZER, L’immutabilité de l’objet du litige, *in* Rita TRIGO
TRINDADE/Nicolas JEANDIN (edit.), Unification de la procedure civile – Présentation
critique de l’Avant-projet de Loi fédérale de procedure civile, Journée en l’honneur du
Professeur François Perret, Schulthess Médias Juridiques SA, Genève/Zurich/Bâle, 2004,
pp. 3 ss. (cité SCHWEIZER, L’immutabilité de l’objet du litige, p.)

- Hansjörg SEILER, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, RSJ 100 (2004), pp. 377 ss. (cité : SEILER, Abschied von der formellen Natur, p.)
- Charles SOLDAN, Du déni de justice – Etude de jurisprudence fédérale, JdT 1884, pp. 465 ss. (cité : SOLDAN, p.)
- Thomas SPRECHER, Prozessieren zum SchKG unter neuen ZPO, RSJ 107 (2011), pp. 273 ss. (cité : SPRECHER, p.)
- Karl SPÜHLER, Die neue Rechtsmittelordnung, *in* Karl SPÜHLER (édit.), Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung – Eine Orientierung, Helbing & Lichtenhahn, Basel/Genf/Münche, 2003, p. 51 ss.
- Marco STACHER/Daniel WEHRLI, Postulat gegen die Streichung von Art. 139 OR – Ein Beitrag zur Ausarbeitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung, recht 26/2008 pp. 92 ss. (cité : STACHER/Daniel WEHRLI, p.)
- Dieter STAEHELIN, intervention orale résumée *in* Protokoll der 103. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins – Sitzung vom Samstag, den 4. Oktober 1969 in der Aula Magna der Universität Genf, RDS 88 (1969) II, pp. 895 ss.
- E. STEINER, Was ist “verbesserlicher Fehler” im Sinne von Art. 139 OR ? RSJ 57 (1961), pp. 44 ss.
- Thomas SUTTER-SOMM, Die Verfahrensgrundsätze und die Prozessvoraussetzungen, PCEF 2007, pp. 301 ss. (cité : SUTTER-SOMM, Verfahrensgrundsätze, p.)
- Thomas SUTTER-SOMM, Werdegang und Charakteristika der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, *in* Rolf STÜRNER/Christoph KERN (édit.), Festschrift für Dieter Leipold zum. 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, Tubingue, 2009, pp. 753 ss. (cité : SUTTER-SOMM, Werdegang und Charakteristika, p.)
- Thomas SUTTER-SOMM, Schwerpunkte und Leitlinien der Schweizerischen Zivilprozessordnung, *in* Giorgio A. BERNASCONI/Thomas SUTTER-SOMM/Stephen V. BERTI/Denis TAPPY/Mercedes NOVIER/Bruno COCCHI/Yves DONZALLAZ/Angelo OLGATI/Gerhard WALTER/Francesco TREZZINI, Il Codice di diritto processuale civile svizzero – Atti della giornata di studio dell’11 giugno 2010, Coll. Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, pp. 45 ss.

-Thomas SUTTER-SOMM, Das Schlichtungsverfahren der ZPO : Ausgewählte Problempunkte, RSPC 2012, pp. 69 ss.

-Denis TAPPY, Le déroulement de la procédure (procédure ordinaire et procédure simplifiée en première instance) *in* Suzana LUKIC (édit.), Le projet de Code de procédure civile fédérale : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, CEDIDAC, Lausanne, 2008, p. 171 ss

-Denis TAPPY/Mercedes NOVIER, La procédure de conciliation et la médiation dans le CPC, *in* Giorgio A. BERNASCONI/Thomas SUTTER-SOMM/Stephen V. BERTI/Denis TAPPY/Mercedes NOVIER/Bruno COCCHI/Yves DONZALLAZ/Angelo OLGIATI/Gerhard WALTER/Francesco TREZZINI, Il Codice di diritto processuale civile svizzero – Atti della giornata di studio dell'11 giugno 2010, Coll. Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2011, pp.81 ss.

-Denis TAPPY, L'épuisement des voies de droit antérieures (*Letzinstanzlichkeit*) comme condition du recours au Tribunal fédéral – Droit actuel et futures procédures unifiées, RSPC 2009, pp. 419 ss. (cité : TAPPY, L'épuisement des voies de droit antérieures, p.)

-Denis TAPPY, Les décisions par défaut – Les voies de droit et les remèdes aux décisions par défaut, *in* François BOHNET (édit.), Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour les praticiens, Coll. CEMAJ, Schulthess Editions romandes, Neuchâtel, 2010, pp. 409 ss. (cité : TAPPY, Les décisions par défaut, p.)

-Justin THORENS, L'objet du litige dans le process civil, *in* Huitième journée juridique, Coll. Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève : n° 24, Librairie de l'Université-Georg & Cie SA, Genève, 1968, pp. 33 ss.

-Francesco TREZZINI, Kürzere Wege im Rahmen der inländischen und internationalen Zustellung im Zivilverfahren, *Revue de l'avocat* 2008, pp. 162 ss. (cité : TREZZINI, Kürzere Wege, p.)

-Meinrad VETTER, Überschüssende Beweisergebnisse im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung der aargauischen Zivilprozessordnung, *in* Michael LEUPOLD/David RÜETSCHI/Demian STAUBER/Meinrad VETTER (edit.), Der Weg zum Recht, Festschrift für Alfred Bühler, Coll. Veröffentlichungen zum aargauischen Recht-

Herausgegeben vom Aargauischen Juristenverein, Vol. 51, Schulthess, Zurich, 2008, pp. 222 ss.

-Dominik VOCK, Problematische Regelungen der neuen ZPO aus Anwaltssicht, *in* Annette DOLGE (édit.), Die neue ZPO – Erfahrungen – Unstimmigkeiten – Schwachstellen – Lösungen, Coll. PraxiZ, Schulthess, Zurich, 2012, pp. 1 ss.

-Joseph VOYAME, Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, RDS 80 (1961) II, pp. 67 ss.

-Hans Peter WALTER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht – Tendenzen der Rechtsprechung, BJM 1995, pp. 281 ss. (cité : WALTER, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, p.)

-Hans Peter WALTER, Auf dem Weg zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, RSJ 100 (2004), pp. 313 ss.

-Fridolin M. R. WALTHER, Die Nichtigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht, RSPC 2005, pp. 207 ss. (cité : WALTHER, Die Nichtigkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht, p.)

-Fridolin WALTHER, Die neue Schweizer ZPO und das SchKG – Zehn praxisrelevante Neuerungen, RSPC 2008, pp. 417 ss.

-Beatrice WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriffe, *in* Berner Tage für die juristische Praxis -1999, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2000, pp. 131 ss.

-René WIEDERKEHR, Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei der Verletzung, ZBI 111 (2010), pp. 481 ss.

-Wolfgang WIEGAND, *Iura novit curia vs. ne ultra petita* – Die Anfechtbarkeit von Schiedsgerichtsurteilen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts, *in* Monique JAMETTI GREINER/Bernhard BERGER/Andreas GÜNGERICH (édit.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung – Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2005, pp. 127 ss. (cité : WIEGAND, p.)

-Georg ZONDLER, Schweizer Arrest auf Vermögenswerte im Ausland ? AJP/PJA 2005, pp. 573 ss.

-Johann ZÜRCHER, Zur Natur von Normen am Beispiel der Gehörsverweigerung, *in* Andreas DONATSCH/Thomas FINGERHUT/Viktor LIEBER/Jörg REHBERG/Hans Ulrich WALDER-RICHLI (édit.), Festschrift 125 Jahre des Kassationsgericht des Kantons Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000, pp. 147 ss. (cité : ZÜRCHER, p.)

3. Droit européen et comparé ainsi qu'autres ordres juridiques

-Eva BRUCE, La cour de cassation française et l'application d'office de la Convention européenne des droits de l'Homme, RTDH 2005, pp. 401 ss.

-Ireneu CABRAL BARRETO, Le dialogue entre la Cour et les Tribunaux portugais : une réussite, *in* La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Dalloz, Paris, 2011, pp. 83 ss.

-Frédéric CHARETTE, Du formalisme procédural: une critique de l'article 2 du Code de procédure civil, (1994) 39 McGill Law Journal, pp. 263 ss. (disponible à l'adresse suivante: <http://lawjournal.mcgill.ca/documents/39.2.Charette.pdf> lien visité le 23 avril 2011)

-Nathalie DEFFAINS, Accès au droit et accès au tribunal, Civitas Europea 2010, n° 25 (décembre 2010), pp. 51 ss.

-Marc-André EISSEN, Le « droit à un tribunal » dans la jurisprudence de la Commission, *in* Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch – Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita, Tome I, Bruylant, 1972, pp. 456 ss. (cité : EISSEN, p.)

-Francesco FRANCIONI, The Rights of Access to Justice under Customary International Law, *in* Francesco FRANCIONI (édit.), Access to Justice as a Human Right, Coll. Academy of European Law/European University Institute, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 1 ss.

-Marie-Anne FRISON-ROCHE, Le droit d'accès à la justice et au droit, *in* Rémy CABRILLAC/Marie-Anne FRISON-ROCHE/Thierry REVET (dir.), Libertés et droits fondamentaux, 18^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2012, pp. 535 ss.

-Lech GARLICKI, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité – Sur le dialogue des juges, *in* La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Dalloz, Paris, 2011, pp. 271 ss.

-Bruno GENEVOIS, Cour européenne des droits de l'homme et juge national : dialogue et dernier mot, *in* La conscience des droits, Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa, Dalloz, Paris, 2011, pp. 281 ss.

-Christoph GRABENWARTER/Katharina PABEL, Der Grundsatz des fairen Verfahren, *in* Rainer GROTE/Thilo MAURAUHN (édit.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 642 ss.

-Julius H. GREY/Geneviève COUTLÉE/Marie-Éve SYLVESTRE, Access to Justice and the New Code of civil Procedure, (2004) 38 *Revue Juridique Thémis*, pp. 711 ss. (disponible à l'adresse suivante : <http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol38num3/grey.pdf>, lien visité le 23 avril 2011)

-Yvo HANGARTNER, Richterliche Zurückhaltung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, *in* Jean-Baptiste ZUFFEREY/Jacques DUBEY/Adriano PREVITALI (édit.), L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Coll. Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Schulthess, Zurich, 2001, pp. 173 ss.

-Nils JANSEN, Comparative law and comparative knowledge, *in* Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN, The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford/New York, 2008, pp. 305 ss.

-Patrick KINSCH/Myriam PIERRAT, La mission de la Cour de cassation – Point de vue luxembourgeois, *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 19 (2009), Bruylant, Bruxelles, pp. 83 ss.

-Pierre LAMBERT, Le droit à un procès équitable, *in* Louis-Edmond PETTIT/Vincent COUSSIRAT-COUSTÈRE/Pierre LAMBERT/Didier DURANT/Marc-André EISSEN, La Convention européenne des droits de l'homme – Actes de la journée d'étude du 16 novembre 1991 organisée à Lille sous les auspices de l'Ordre des avocats au barreau de Lille, de l'Ordre national des avocats de Belgique et du Centre de formation

professionnelle des barreaux du ressort de la cour d'appel de Douai, Editions Némésis, Bruxelles, 1992, pp. 25 ss.

-Ralf MICHAELS, The functional method of comparative law, *in* Mathias REIMANN/Reinhard ZIMMERMANN, The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford/New York, 2008, pp. 339 ss.

-Silvia PFANNKUCHEN-HEEB, Der Zivilprozess im Lichte von Art. 6 Ziff. 1 EMRK – unter besonderer Berücksichtigung des Rechts auf Justizgewährung und Beweis sowie der Waffengleichheit, *in* Patrick SUTTER/Ulrich ZELGER (édit.), 30 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz – Erfahrungen und Perspektiven, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2005, pp. 240 ss. (cité : PFANNKUCHEN-HEEB, p.)

-Rudolf STREINZ, Verfahrensgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, *in* Franz MATSCHER (édit.), Erweitertes Grundrechtsverständnis – Internationale Rechtsprechung und nationale Entwicklungen, N.P. Engel Verlag, Kehl/Strasbourg/Arlington, 2003, pp. 139 ss. (cité : STREINZ, p.)

-Eric J. VAN BRUSTEM, Le formalisme de la procédure de cassation face aux exigences de la CEDH, *Revue de droit fiscal* 2008, Etude n° 614. (cité : VAN BRUSTEM, n°)

-Mark E. VILLIGER, Verfahrensgarantien – aus schweizerischer Sicht, *in* Rudolf STREINZ, Verfahrensgarantien im deutschen Recht, *in* Franz MATSCHER (édit.), Erweitertes Grundrechtsverständnis – Internationale Rechtsprechung und nationale Entwicklungen, N.P. Engel Verlag, Kehl/Strasbourg/Arlington, 2003, pp. 181 ss.

-Mark E. VILLIGER, The Dialogue of Judges, *in* Christine HOHMANN-DENNHARDT/Peter MASUCH/Mark VILLIGER (édit.), Grundrechte und Solidarität – Durchsetzung und Verfahren, Festschrift für Renate Jaeger, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein, 2011, pp. 195 ss.

-Eric WYLER, La coloration procédurale de la distinction entre applicabilité et application d'un traité et l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (Rép. Islamique d'Iran contre Etats-Unis d'Amérique) devant la Cour internationale de justice, *in* Pierre-Henri BOLLE (édit.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Collection Neuchâteloise, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2000, pp. 357 ss.

IV) Observations, chroniques et notes sur la jurisprudence

1. Droit français

-Valérie AVENA-ROBARDET, Observations sous Cass. ch. mixte 24 novembre 2006, D. 2006 IR 1984.

-Jean BEAUCHARD, Note sous Cass. 3^{ème} civ. 4 février 2009, D. 2009. 2657.

-Georges BOLARD, Note sous Cass. 1^{ère} civ. 22 avril 1997, JCP 1997 éd. G II 22944.

-Georges BOLARD, L'invitation à conclure au fond et la nullité prétendue du jugement, Note sous Cass. 2^{ème} civ. 13 juillet 2000, D. 2001. Jurisp. 499.

-Georges BOLARD, Note sous Cass. 1^{ère} civ. 28 mai 2008, JCP 2008 éd. G II 10170.

-Antoine BOLZE, Note sous Cass. 3^{ème} civ. 21 février 2001, D. 2001, jurispr. p. 3231.

-Antoine BOLZE, Note sous Cass. 1^{ère} civ. 17 février 2004, D. 2004. jurispr. 1995.

-Antoine BOLZE, Note sous Cass. ch. mixte, 3 février 2006, D. 2006. 1268.

-Marie-Emma BOURSIER, Un « nouveau » principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats, Note sous Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 2005, D. 2005. 2570 ss.

-Gérard CORNU, Note sous Cass. 2^{ème} civ., 15 octobre 1975 et 20 mai 1976, D. 1977. 125.

-Gaëlle DEHARO, La mention d'une date à laquelle la juridiction ne siège pas entraîne-t-elle l'inexistence de l'acte ?, Note sous Cass. ch. mixte 7 juillet 2006, Gaz. Pal. 2006. 3305.

-Emmanuel DU RUSQUEC, Note sous Cass. 2^{ème} civ., 9 mai 1983, Gaz. Pal. 1984 jurispr. 298.

-Serges GUINCHARD/Tony MOUSSA, Note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 janvier 1985, Gaz. Pal. 1985 pan. 191.

-Pierre JULIEN, Note sous TGI Bastia 1^{er} mars 1993, D. 1994 somm. 347.

-Pierre HÉBRAUD, Obs. sous Cass. com. 18 novembre 1947, D. 1948. 1. 177.

-Jacques HÉRON, Chroniques-procédure civile, RGDP 1998, pp. 88 ss.

- Jacques HÉRON/Georges WIEDERKEHR, Chroniques-justice civile, Justices 1996, n° 3, pp. 360 ss.
- Jacques HÉRON/Georges WIEDERKEHR, Chroniques-justice civile, Justices 1996, n° 4, pp. 254 ss.
- Alain LIENHARD, Observations sous Cass. com. 10 juin 2006, D. 2006. 1820.
- René MOREL, Obs. sous Cass. civ. 17 décembre 1941 et Cass. civ. 23 février 1944, S. 1945. 1. 119.
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 2 avril 1990, RTD civ. 1990, pp. 555 ss.
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. soc. 12 décembre 2000, RTD civ. 2001, pp. 207 ss.
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 6 décembre 2001, RTD civ. 2002, p. 362.
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. ch. mixte 22 février 2002, RTD civ. 2002, pp. 358 ss.
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. soc. 29 octobre 2002, RTD civ. 2003, p. 141.
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. 1^{ère} civ. 21 février 2004, RTD civ. 2004, pp. 351 ss.
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. ch. mixte, 3 février 2006, RTD civ. 2006, p. 376.
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. ch. mixte, 7 juillet 2006, RTD civ. pp. 820 ss.
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 28 juin 2006, RTD civ. 2006, pp. 821 ss.
- Roger PERROT, Chronique, sous Cass. ass. plén. 7 juillet 2006, RTD civ. 2006, pp. 825 ss.
- Roger PERROT, Note sous Cass. 3^{ème} civ. 24 octobre 2007, Procédures 2008, comm. 171
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. ass. plén. 23 novembre 2007, RTD civ. 2008, pp. 160 ss.

- Roger PERROT, Chronique sous Cass. soc. 5 décembre 2007 (deux espèces), RTD civ. 2008, pp. 156 ss.
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. 1^{ère} civ. 30 septembre 2008, RTD civ. 2008, pp. 720 ss
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. 1^{ère} civ. 28 mai 2008, RTD civ. 2008, pp. 551 ss.
- Roger PERROT, Note sous Cass. 2^{ème} civ. 11 février 2010, Procédures 2010, comm. 116.
- Roger PERROT, Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 15 février 2010, RTD civ. 2010, p. 375.
- Isabelle PÉTEL-TEYSSIÉ, Portée de l'article 2246 du Code civil, Note sous Cass. ch. mixte 24 novembre 2006, JCP 2007 II 1058.
- Emmanuel PUTMAN, En procédure civile, l'inexistence n'existe plus, Note sous Cass. ch. mixte 7 juillet 2006, JCP 2006 éd. G II 10146.
- Yves-Marie SÉRINET, De la distinction entre inexistence et nullité d'un acte de procédure, Observations sous Cass. ch. mixte 7 juillet 2006, JCP 2006 éd. G I 183.
- Henry SOLUS, Note sous Paris 2 novembre 1945, S. 1946. 2. 45.
- Henry SOLUS, Note sous Cass. com. 18 novembre 1947, S. 1948. 137.
- Philippe THÉRY, Chronique sous Cass. ch. mixte 24 novembre 2006, RTD civ. 2007, pp. 169 ss.
- Philippe THÉRY, Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 18 octobre 2007, RTD civ. 2008, pp. 147 ss.
- Philippe THÉRY, Chronique sous Cass. 2^{ème} civ. 14 février 2008, RTD civ. 2008, pp. 544 ss.
- Philippe THÉRY, Chronique sous Cass. 1^{ère} civ. 24 septembre 2009, RTD civ. 2010, pp. 147 ss.
- Vincent VIGNEAU, Observations sous Cass. 2^{ème} civ. 18 janvier 2007 (deux espèces), D. 2007. 2336.
- Laura WEILLER, Note sous Cass. ass. plén. 7 juillet 2006, D. 2006. 2135.
- Laura WEILLER, Note sous Cass. 1^{ère} civ., 12 avril 2012, Procédures 2012, comm. 180.

- Georges WIEDERKEHR, Chroniques-procédure civile, RGDP 1998, pp.209 ss.
- Georges WIEDERKEHR, Chroniques-procédure civile, RGDP 1999, pp. 620 ss.
- Robert WINTGEN, Note sous Cass. ch. mixte 24 novembre 2006, D. 2007. 1112.

2. Droit suisse

- Arthur AESCHLIMANN, Überspitzter Formalismus – Herausforderung für den Richter, Note sous ATF 111 Ia 169, recht 1987, pp. 28 ss. (cité°: AESCHLIMANN, p.)
- Stephen V. BERTI, Note sous TF du 23 mars 2007, 5P.456/2006, RSPC 2007, p. 362.
- François BOHNET, Recevabilité d'un acte adressé par e-mail, Note sous TF du 30 août 2005, 1P.254/2005, RSPC 2006, pp. 31 ss. (cité : BOHNET, Recevabilité d'un acte adressé par e-mail, p.)
- François BOHNET, Note sous TF du 29 août 2007, 5A_401/2007, RSPC 2008, p. 22.
- François BOHNET, Note sous TF du 21 novembre 2007, 4D_41/2007, RSPC 2008, p. 28.
- François BOHNET, Note sous TF du 4 octobre 2011 (ATF 137 III 417), RSPC 2012, p. 22.
- Ferruccio BOLLA, Note sous Trib. app. TI, 15 février 1966, REP 1967, p. 139.
- Yves DONZALLAZ, Commentaire sous TF du 22 octobre 2002, AJP/PJA 2003, pp.856 ss.
- Christoph LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozess in den Jahren 1999 und 2000 – Veröffentlicht in den Bänden 125 und 126, RJB 137 (2001), p. 855.
- Christoph LEUENBERGER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Zivilprozessrecht im Jahre 2009 – 1. Teil : Zivilprozessrecht im internen Verhältnis, pp. 513 ss.
- Barbara MERZ, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtbarkeit/Le point sur la procédure civile et l'arbitrage, RSJ 106 (2010), pp. 31 ss. (cité : MERZ, Entwicklungen im Zivilprozessrecht, p.)

-Jean-François POUDRET, Note sous Trib. cant. VD, 18 décembre 1979, JdT 1980 III 22.

-Jean-François POUDRET, Note sous Trib cant. VD, 4 juin 1992, JdT 1993 III 31.

-Jean-François POUDRET, Note sous Trib. cant. VD, 4 juin 1992, JdT 1993 III 78.

-Charles RATHGEB, Note sous Trib. cant. VD, 27 septembre 1949, JdT 1950 III 63.

-Peter REETZ, Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht in den Jahren 2007 und 2008, *in* Walter FELLMANN/Tomas POLDNA (édit.), Aktuelle Anwaltspraxis/La pratique de l'avocat – 2009, Stämpfli Editions SA, Berne, 2009, pp. 1298 ss.

-Suzette SANDOZ, Note sous ATF 132 III 593, JdT 2007 I 129.

-Philippe SCHWEIZER, Note sous TF du 29 août 2007, 5A_401/2007, RSPC 2008, p. 22-23.

-Stéphanie SCHWEIZER, Fardeau de la preuve de la notification d'une décision : la jurisprudence s'arrête résolument au milieu du gué, Note sous TF du 29 août 2008, RSPC 2009, pp. 25 ss.

-Denis TAPPY, Note sous TF du 11 septembre 2007, 4A_177/2007, RSPC 2008, pp. 10 ss.

-Nathalie VOSER, Sanktion bei der Nichterfüllung einer Schlichtungsklausel, Note sous Trib. cass. ZH, 15 mars 1999, Bulletin ASA 2002, p. 376-377.

3. Droit européen

-Nathalie FRICERO, Observations sous CourEDH, 23 octobre 1996, Levage Prestations Services c. France, n° 21920/93, D. 1997 somm. 209.

V) Divers

-Mauro CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Coll. Droit public positif, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Paris/Aix-en-Provence, 1990.

-Simeon DJANKOV/Rafael LA PORTA/Florencio LOPEZ-DE-SILANES/Andrei SHLEIFER, *Courts : The Lex Mundi project*, Coll. NBER Working Paper Series, National Bureau of Economic Research, Cambridge (Massachusetts), 2002 (disponible sur internet à l'adresse suivante : <http://www.nber.org/papers/w8890> ; lien visité le 14 octobre 2012).

-Emmanuel KANT, *Critique de la raison pure*, traduction par A. Tremesaygues et B. Pacaud, Coll. Quadrige, 6^{ème} édition, Presses Universitaires de France, Paris, 2001.

-Christoph KERN, *Justice between Simplification and Formalism-A discussion and Critique of the World Bank Sponsored Lex Mundi Project on Efficiency of Civil Procedure*, Mohr Siebeck, Tubingue, 2007.

-Hans KELSEN (trad. Henri THÉVENAZ), *Théorie pure du droit*, Coll Cahiers de Philosophie, Editions de la Baconnière, Neuchâtel, 1988.

-Kurt PERELS, *Die Justizweigerung im alten Reiche seit 1495*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte-Germanistische Abteilung 25/38 (1904), pp. 1 ss.

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes du texte

Absence de grief : voy. sous Guérison des vices de procédure

Accès à un tribunal

Consécration 313-314

Définition 312

Distinction

Avec le droit d'action 331-334

Avec l'équité de la procédure 326

Formalisme de la procédure

Acceptation 340-342

Apparition du contrôle 371-375

Marge d'appréciation des Etats 343-344

Relation avec le droit d'accès à un tribunal 345 ss

Portée

Droit à un jugement 321-325

Garanties accessoires 326-330

Rejet définitif des prétentions déduites en justice 347-350

Restrictions

Conditions 358-361

Intérêt légitime 359-361, 366

Interprétation du droit interne 363-364

Nature 335-338

Proportionnalité 362

Sécurité juridique 367-369

Acte de procédure

Absence de théorie générale dans certains cantons alémaniques 385 ss

Guérison des vices de procédure les affectant

Droit français 816

Droit suisse 778-779

Jurisprudence européenne 711

Mise en conformité

Droit français 561-562

Droit suisse 480, 585 ss, 599 ss

Non avenu 48 ss

Algérie, introduction de la procédure française en 71 ss

Aide juridictionnelle (France)/Assistance judiciaire (Suisse)

Droit à l'... 916

Respect des délais 922 ss

Autorité de la chose jugée 1050-1055

Code fédéral de procédure civile de 2008

Accroissement du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral 478

Coordination

Avec la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite 513 ss

Avec la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral 498 ss

Immunité constitutionnelle 458-463

Présentation générale 482 ss

Code français de procédure civile de 1806

Absence de disposition générale sur le formalisme 19

Dispositions particulières 35 ss

Causes de nullité 36 ss

Sanctions diverses 45 ss

Esprit général 55 ss

Méfiance à l'égard des professions judiciaires 56-57

Sollicitude à l'égard des parties 58-59

Interprétation

Accommodements avec le texte légal 81 ss

Interprétation souple 84-90

Sévérité extraordinaire 91-92

Modifications 68 ss

Règles générales 22 ss

Nullité 23 ss

Amende 28 ss

Déchéance 31 ss

Sanctions financières et disciplinaires 33 ss

Code français de procédure civile de 1975

Dispositions communes à toutes les juridictions

Principes directeurs du procès civil 196-204

Procès civil archétypique 206-209

Présentation générale 192

Multiplication du nombre de dispositions et risques de confusion 211 ss

Conclusions de dernière minute

Code de procédure civile de 1806 122

Vice de procédure guérissable 735-740

Contexte procédural 869 ss

Contradictoire (Principe du)

Relevé d'un vice de procédure 640 ss

Préjudice causé par une nullité 844 ss

Contredit de compétence 187-189

Coordination des voies de recours

Conversion des recours

Droit français 1097-1099

Droit suisse 1100-1106

Exercice échelonné

Droit français 1094-1095

Droit suisse 1088-1093

Jurisprudence européenne 1068, 1073-1085

Date d'un acte de procédure

Droit français 906-912

Droit suisse 904-905

Position de la Cour européenne des droits de l'Homme 901-903

Synthèse 913-915

Déchéance

Code de procédure civile de 1806

Dispositions particulières 43

Interprétation 77

Règle générale 31 ss

Délai

Dies a quo

Jurisprudence européenne 875- 878

Droit français 889 ss

Droit suisse 878

Obstacle à la régularisation

Droit français 567-571

Droit suisse 593-595

**Demandes nouvelles en première instance
951-955, 960-966****Demandes nouvelles en procédure de
recours 190-191, 208, 956-959, 967-969****Déni de justice**

Dans la pratique constitutionnelle des autorités

Premières applications à la
procédure civile 261-263

Sous l'empire de la Constitution
de 1848 254-260

Dans la jurisprudence du Tribunal fédéral

Contrôle progressif du formalisme
procédural 267-268

Reprise du concept 264-266

Droit des cantons romands 414-416

Relation avec l'interdiction du
formalisme excessif 273-276, 318

Désignation erronée des parties

Droit français 818

Droit suisse 416

Doctrines

Position vis-à-vis du Code de procédure
civile de 1806 78-80

Effet dévolutif des recours

Respect de l'équité de la procédure 744

Effet guérisseur en droit français (appel)
746

Exceptions 747-751

Principe 745-746

Droit suisse

Admission 781-782, 786-791

Nature formelle du droit d'être
entendu 783-785

Enquête par témoins 39 ss**Equipollents 93-98****Erreurs de procédure**

Et *dies a quo* d'un délai 873 ss

Date de l'accomplissement d'un acte : voy.
ce mot

Exception de procédure

Droit des cantons alémaniques 386-387

Droit des cantons romands 396 ss

Code fédéral de procédure civile 490- 496

Nullité en droit français : voy. Nullité

Exécution forcée (droit suisse)

Gestion du formalisme procédural 470-
473

Place de l'interdiction du formalisme
excessif 474-476

Exploit

Code de procédure civile de 1806 37 ss

Faits tirés du dossier

Droit français 995-996

Droit suisse 997-1004

Fin de non-recevoir

Code de procédure civile de 1806 47,
185-186

Code de procédure civile de 1975 220

Distinction d'avec la nullité 849, 851

Forclusion

Code de procédure civile de 1806 53 ss

Relevé de...

Droit français 894-895

Droit suisse 886-887

Jurisprudence européenne 878

Formalisme excessif

Base constitutionnelle de l'interdiction
464-468

Définition

Tribunal fédéral 284-285

Cour européenne des droits de
l'Homme 378-379

Distinction

Avec l'arbitraire 292-297

Avec la bonne-foi 298-303

Elaboration du concept

Droit suisse 269 ss

Droit européen 304 ss

Harmonisation du droit

Harmonisation positive 449-452

Harmonisation négative 453-455

Indépendance par rapport au déni de
justice 277-282

Pesée d'intérêts 287-290

Guérison des vices de procédure

Absence de grief

Conséquence sur le formalisme
procédural 828

Critères d'évaluation en droit
français 795-801

Critères d'évaluation en droit
suisse 821-827

Discussion doctrinale en droit
suisse 803-808

Impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 856-858	Différences avec le droit français 753
Jurisprudence française 844-854	Hypothèses les plus fréquentes 776
Jurisprudence suisse 829-837	Importance limitée 756-758, 772-775
Proposition de modification en droit français 859-861	Incertitudes 754 ss
Propositions de modification en droit suisse 839-843	Réception jurisprudentielle 759-768
Portée du débat 793-794	Identification du défendeur
Conclusions tardives 735-740	Droit français 937, 940-941
Définition 708	Droit suisse 938, 942-944
Effet dévolutif des recours 741 ss	Identification du patrimoine
Effet dévolutif de l'appel en droit français 745-751	Droit français 948
Pourvoi en cassation 744	Droit suisse 947
Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 710-715	Inexistence 141-147, 171, 218, 850-851
Vices de procédure guérissables (droit français)	Interprétation raisonnable
Autres vices de procédure 726-733	Code de procédure civile de 1806
« Pas de nullité sans grief » 718	Demandes nouvelles et incidentes 134-139
Vices de forme 719-724	Déroulement de l'instance 116-125
Vices de procédure guérissables (droit suisse)	Présentation des exceptions 127-133
Absence de mention dans le Code fédéral de procédure civile de 2008 700-701	Définition 866-868
Avant l'unification du droit judiciaire privé 755 ss	Droit cantonal suisse 414-416
	Interdiction du formalisme excessif 867
	Prise en considération du contexte procédural
	Erreurs de procédure : voy. ce mot
	Asymétries d'information 935 ss
	Interprétation souple 84-90
	Invalidité 52
	Irrecevabilité

Code de procédure civile de 1806 46	Actes des parties
Code de procédure civile de 1975 220	Régularisation 621
Fin de non-recevoir 220	Sanction de l'absence 187-188, 589
Distinction avec la nullité 852-953	Recours
Jugement	Droit français 1127-1135
Acte authentique 557	Droit suisse 1136-1150
Distinction avec les actes de parties 110	Jurisprudence européenne 1116-1125
Droit à un jugement et droit d'accès à un tribunal	Types 1109-1144
Principes généraux 346-347, 349	Moyens
Exceptions 352-355	Erreurs de raisonnement juridique
Inexistence 144	Droit français 1017-1019
Nullité	Droit suisse 1020-1021
Droit français 554-555	Nouveauté devant la juridiction suprême 970 ss
Droit suisse 387	Notification
Omission d'une mention 558	Erreur de transmission 872 ss
Présomption de régularité 149-152	Par exploit d'huissier ou par lettre recommandée 889-891
Rectification d'erreurs matérielles 153-154, 556, 604-605	Présomption
Marge d'appréciation	Droit français 892-893
Des juridictions cantonales 439-446	Droit suisse 880-885
Des juridictions nationales 343-344	Viciée, guérison
Mise en état	Droit français 816
Selon le Code de procédure civile de 1806 116-125	Droit suisse 780
Réforme de 1935 180-181	Jurisprudence européenne 710, 714
Réforme de 1944 182-183	Nullité
Motivation	Absence de caractère comminatoire 26, 100

Code de procédure civile de 1806 23 ss

Assouplissement 82 ss

Dispositions prévues à peine de nullité 36 ss

Dispositions prohibitives 108-109

Evolutions jurisprudentielles 84 ss

Formalités essentielles 111-114

Loi du 12 janvier 1933 158-163

Décret-loi du 30 octobre 1935 163-177

Preuve d'un grief 99-103, 174- 175

Régime légal 24 ss

Répartition des causes de nullité 60-62

Code de procédure civile de 1975

Nouvelles règles 207

Nullité du jugement : voy.

Jugement

Corrections ponctuelles 210

Risques de confusion 213-214

Enquête par témoins, voy. ce mot

Exploit : voy. ce mot

Légalité des nullités

Code de procédure civile de 1806 24 ss, 104-114

Code de procédure civile de 1975 207

Droit cantonal suisse 399-400

Nécessité de prouver un grief

Code procédure civile de 1806 99-103

Code de procédure civile de 1975 207, 210, 709

Droit cantonal suisse 402-405

Droit fédéral suisse 471, 473

Régularisation 547 ss

Office du juge

Conséquences sur le formalisme de la procédure 394-395

au regard de la nature de l'acte introductif d'instance 627-630

en matière de régularisation

Etendue des pouvoirs 652-659

Nature des pouvoirs 661-668

Nature (obligatoire ou facultatif)

Ambiguïté des textes légaux 1028 ss

Conséquence 1049 ss

Droit français 1039-1043

Droit suisse 1044-1048

Présentation générale du droit français 196-204, 215-216

quant au droit 1015-1027

quant aux faits 995-1004

quant aux prétentions 1005-1014

Oralité

Droit des cantons alémaniques 392-393

Pourvoi en cassation

Absence de possibilité de guérison 744

Moyens nouveaux 975-980	Code de procédure civile de 1806 153-154
Régularisation 563-565	Droit français contemporain 554-559
Prééminence du droit 316-317	Droit suisse 604
Prétentions des parties	Régularisation des vices de procédure
Changement de qualification juridique	au cours de la procédure de recours 686-692, 700-702
Droit français 1006-1007	Caractère (obligatoire ou facultatif)
Droit suisse 1008-1009	Droit français 666-668
Extension	Droit suisse 661-665
Droit français 1010, 1014	Définition 535
Droit suisse 1012-1014	Délais et impossibilité de régulariser
Principes directeurs	Droit français 567-571
En matière de formalisme 198	Droit suisse 593-595
Présentation générale du Code de procédure civile de 1975 196 ss	Droit des cantons alémaniques 394
Recours au Tribunal fédéral	Droit des cantons romands 410-413
Assistance judiciaire 932-933	Effets
Effet dévolutif 791	Echec de la régularisation 706- 707
Formulation des griefs 1140 ss	Régularisation aboutie 704-705
Moyens nouveaux 981-987	Initiative
Recours limité au droit	du juge 651-659
Conversion 1103-1105	Réponse à un incident soulevé par les parties 637-639
Effet dévolutif 791	Réponse à un incident soulevé par le juge 640-650
Rectification d'erreurs matérielles	spontanée des parties 633-635
Droit français 556	Jurisprudence européenne 536-540
Droit suisse 604	Moment
Rectification des jugements	Procédure de première instance 696-699

Voies de recours 700-702

Procédé

Acte identique 671 ss

Acte similaire 681 ss

Vices de procédure régularisables (droit positif français)

Exhaustivité du texte légal 573- 578

Nullités et fin de non-recevoir 547 ss

Jugement 153-154, 554-559

Mise en conformité des actes des parties 561-562

Pourvoi en cassation 563-565

Ordonnance sur requête 552

Position des juridictions nationales

Choix de l'approche concrète 814-827

Refus des constructions doctrinales 810-813

Vices de procédure régularisables (droit positif suisse)

Droit judiciaire privé fédéral 599 ss

Incertitudes liées aux textes légaux 601-606

Incohérences jurisprudentielles 586-591

Intérêt prépondérant à la régularisation 581 ss

Position de la doctrine et de la jurisprudence 607-611

Proposition de solution 613 ss

Vices de procédure intentionnels 596-598

Requalification

Droit français 1023-1024

Droit suisse 1025-1027

Saisie immobilière

Code de procédure civile de 1806 42, 62

Inexistence 145-147

Réforme de 1842 69-70

Saisine régulière (défaut de..) 852

Sanctions pécuniaires et disciplinaires 44

Signification : voy. notification

Tribunaux cantonaux

Acceptation de la jurisprudence du Tribunal fédéral 423-430

Rejet de la jurisprudence du Tribunal fédéral 431-436

Tribunal fédéral

Dialogue avec les juridictions cantonales

Dialogue hiérarchique 419 ss

Dialogue horizontal 437

Evolution des pouvoirs en matière de procédure civile

Avant 2000 235-241

Après 2000 242-243

Conséquences 243-253

Pouvoir d'examen 478

Unification de la procédure civile

En France 4

En Suisse 4, 457 *ss*

Urgence

Incertitude sur la compétence 917 *ss*

Droit français 921

Droit suisse 919-920

Jurisprudence européenne 917- 918

Octroi de l'assistance judiciaire

Droit français 926-928

Droit suisse 929-934

Jurisprudence européenne 922- 925

Vices de forme

Absence de définition précise

Droit français 720-721

Droit suisse 770 *ss*

Concept

Droit français 167-170, 219

Droit suisse 485-486, 602, 774

Notion résiduelle 722-724

Voies de recours

Coordination : voy. ce mot

Formulation des griefs

Approches 1110 *ss*

Droit français 1126 *ss*

Droit suisse 1135 *ss*

Jurisprudence européenne 1114 *ss*

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABREVIATIONS	VI
INTRODUCTION.....	1
B) Intérêt du sujet.....	1
C) Intérêt d'une étude comparée	3
D) Etendue de la question	6
E) Annonce de plan.....	8
PREMIÈRE PARTIE : LES DEUX APPROCHES DE L'INTERDICTION DU FORMALISME EXCESSIF	11
TITRE I : LA RECONNAISSANCE IMPLICITE PAR L'APPROCHE PRIVATISTE EN DROIT FRANÇAIS	12
Chapitre 1 : Le statut des règles de forme dans le Code de procédure civile de 1806	13
Section 1 : Le texte du Code de procédure civile.....	13
§ 1 : Les dispositions générales.....	14
A) La nullité des actes de procédure.....	14
1) La légalité des nullités	14
2) L'absence de caractère comminatoire de la nullité.....	15
B) Les autres sanctions pour vice de procédure.....	16
1) L'amende pour vice de procédure	16
2) La déchéance	17
3) Les autres sanctions financières et disciplinaires	17
§ 2 : Les dispositions spéciales	18
A) Les dispositions prévues à peine de nullité.....	18
1) Les exploits et les significations.....	18
2) L'enquête par témoins devant le tribunal civil	20
3) Les voies d'exécution	21
B) Les causes de déchéance.....	21
C) Les autres sanctions pécuniaires et disciplinaires	22
D) La sanction d'autres vices de procédure	22
1) L'irrecevabilité	22

2) Le « <i>non avènement</i> » des actes de procédure.....	23
3) La poursuite de la procédure en l'absence de l'acte vicié	24
4) L'invalidité	25
5) La forclusion.....	25
Section 2 : L'esprit général du Code de procédure civile de 1806	26
§ 1 : La suprématie du texte légal	26
A) La méfiance à l'égard des professionnels du procès civil	26
B) La sollicitude à l'égard des parties.....	27
1) Le choix des formalités sanctionnées par la nullité	28
2) Le choix des sanctions concernant les autres vices de procédure.....	29
§ 2 : Les risques d'un texte légal absolutiste.....	30
A) Les lacunes dans la rédaction du texte et leurs conséquences	30
B) Le Code de procédure civile à l'épreuve des changements	31
1) La réforme de la saisie immobilière	32
2) L'introduction de la procédure civile française en Algérie	32
Chapitre 2 : L'évolution du traitement des règles de forme	34
Section 1 : L'apport de la pratique judiciaire à la mise en œuvre du Code de procédure civile de 1806.....	35
§ 1 : Les accommodements avec le texte légal	37
A) L'assouplissement du régime des nullités de procédure.....	38
1) L'abandon du caractère obligatoire des nullités	38
a) L'interprétation souple	38
b) La théorie des équipollents.....	45
c) Le mécanisme du grief	49
2) L'abandon de l'exigence d'une base légale.....	53
a) Le concept de « <i>disposition prohibitive</i> ».....	55
b) La distinction entre les actes de procédure des parties et les décisions de justice.....	56

c) La réserve des formalités essentielles.....	57
B) L'interprétation raisonnable des autres règles de formes.....	59
1) Le déroulement de l'instance devant le tribunal civil.....	59
a) L'instruction préalable.....	59
b) L'instruction à l'audience.....	60
2) La modification de l'objet du litige	64
a) Les exceptions de procédure.....	65
b) Les demandes incidentes et les demandes nouvelles.....	69
§ 2 : Le développement prétorien de la procédure civile	75
A) L'inexistence des actes de procédure	76
1) Les premières apparitions du concept : le jugement dont la minute n'est pas signée	76
2) La consécration formelle en matière de saisie immobilière	78
B) Les innovations concernant les jugements.....	79
1) La présomption de régularité des jugements	79
2) La rectification des jugements.....	81
Section 2 : La transition d'un Code à l'autre	82
§ 1 : L'ère des réformes (1933-1975).....	83
A) Les réformes en matière de nullités de procédure	83
1) La Loi du 12 janvier 1933	84
a) Présentation de la modification législative	84
b) Réception doctrinale et jurisprudentielle.....	84
2) Le Décret-loi du 30 octobre 1935.....	86
a) Présentation de la modification législative	86
b) Réception doctrinale et jurisprudentielle.....	87
B) Les réformes concernant le déroulement de l'instance	96
1) La réforme de la mise en état.....	96
a) Le Décret-loi du 30 octobre 1935	96

b) La Loi du 15 juillet 1944	98
2) La modification de l'objet du litige	99
a) Les exceptions de procédure.....	99
b) Les demandes nouvelles en appel.....	102
§ 2 : Le Code de procédure civile de 1975.....	103
A) Les dispositions communes à toutes les juridictions	104
1) Les principes directeurs du procès civil	105
a) L'absence de principe directeur concernant le formalisme procédural	105
b) Le renforcement controversé de l'office du juge.....	106
2) Le droit commun du procès civil	109
a) L'esprit général du procès civil archétypique.....	109
b) Les corrections ponctuelles	111
B) L'accroissement du nombre de dispositions	111
1) Le risque de confusion systémique.....	111
a) Le risque de <i>confusion horizontale</i>	112
b) Le risque de <i>confusion verticale</i>	113
2) La persistance de certaines interrogations	113
a) Les concepts ignorés.....	114
b) Les concepts indéfinis	114
CONCLUSION DU TITRE I.....	116
TITRE II : LA RECONNAISSANCE EXPLICITE PAR L'APPROCHE PUBLICISTE SUIVIE EN SUISSE ET EN DROIT EUROPÉEN	119
Chapitre 1 : La définition de l'interdiction du formalisme excessif.....	119
Section 1 : Le Tribunal fédéral suisse et le déni de justice	120
§ 1 : La nécessaire et précoce constitutionnalisation de la procédure civile suisse	121
A) Le partage des compétences législatives en matière de droit judiciaire privé et ses conséquences	121
1) L'évolution du partage de compétences dans le temps	121
a) La fédéralisation progressive du droit judiciaire privé de 1848 à 1999	122

b) La fédéralisation totale lors de la réforme constitutionnelle de 2000..	125
2) Les conséquences de l'évolution du partage de compétence.....	126
a) Les pouvoirs asymétriques du Tribunal fédéral.....	126
b) Les tensions systémiques.....	127
B) Le déni de justice comme instrument de contrôle des juridictions cantonales	
.....	131
1) L'émergence d'un contrôle politique de constitutionnalité sous l'empire de	
la Constitution de 1848	131
a) Le <i>recours pour déni de justice</i> comme instrument de contrôle des	
cantons	131
b) Le faible succès des recours portant sur des procédures judiciaires....	134
2) La reprise de l'institution par le Tribunal fédéral dès 1874.....	135
a) Le changement de base constitutionnelle	135
b) L'apparition d'un contrôle du formalisme procédural	137
§ 2 : L'élaboration progressive du concept d'excès de formalisme	138
A) L'émergence du concept d'excès de formalisme.....	139
1) Du déni de justice à l'interdiction du formalisme excessif.....	139
a) L'excès de formalisme traité comme un cas de figure du déni de justice	
.....	139
b) L'interdiction du formalisme excessif considérée comme une garantie	
semi-autonome du procès civil	141
a) La pesée d'intérêts : clef de voûte de l'interdiction du formalisme	
excessif	146
b) Les éléments pris en compte.....	147
B) Le diagnostic différentiel de l'interdiction du formalisme excessif.....	149
1) Formalisme excessif et application arbitraire des règles de procédure	149
a) L'interdépendance des concepts	149
b) Les confusions jurisprudentielles	151
2) Formalisme excessif et protection de la bonne foi en procédure.....	152
	741

a) L'indépendance des deux concepts	152
b) La confusion des concepts dans la pratique et dans la doctrine	154
Section 2 : La Cour européenne des droits de l'Homme et le droit d'accès à un tribunal en matière civile.....	155
§ 1 : Le droit d'accès à un tribunal.....	157
A) La reconnaissance du droit d'accès à un tribunal	157
1) La situation avant l'arrêt <i>Golder contre Royaume-Uni</i>	157
a) Le texte de l'article 6 § 1 de la Convention.....	157
b) L'absence de garantie expresse d'accès à un tribunal dans la jurisprudence	158
2) L'arrêt <i>Golder contre Royaume-Uni</i>	159
a) La reconnaissance du droit d'accès à un tribunal	159
b) La toile de fond.....	160
B) La portée du droit d'accès à un tribunal.....	162
1) La notion d' <i>accès à un tribunal</i>	162
a) La garantie principale : le droit d'obtenir un jugement sur le fond	162
b) Les garanties accessoires.....	166
2) Droit d'accès à un tribunal et droit d'action	168
a) Similarités des définitions	168
b) Différences des concepts	170
§ 2 : Les restrictions au droit d'accès à un tribunal.....	171
A) Formalisme procédural et droit d'accès à un tribunal.....	173
1) L'acceptation de règles de procédure	174
a) L'immanente nécessité des règles de procédure.....	174
b) La marge d'appréciation des Etats membres dans le choix des règles de procédure	174
2) Le statut du formalisme procédural au regard de l'article 6 § 1 de la Convention	176

a) Le choix de l' <i>accès à un tribunal</i> au détriment de l' <i>équité de la procédure</i>	176
b) Conséquence de ce choix et tempéraments jurisprudentiels	180
B) L'admissibilité des restrictions de nature procédurale au droit d'accès à un tribunal	184
1) Les outils de contrôle instaurés par la jurisprudence.....	184
a) Les principes généraux issus de l'arrêt <i>Ashingdane</i>	185
b) Les accommodements pratiques en matière d'excès de formalisme ...	187
2) Le développement du contrôle sur le formalisme procédural.....	192
a) Le contrôle sommaire initial.....	193
b) L'affaire <i>Levage Prestations Services</i> et les développements ultérieurs	194
Chapitre 2 : Les relations entre l'interdiction du formalisme excessif et la procédure civile en droit suisse.....	199
Section 1 : Droit cantonal et droit fédéral (<i>passé</i>)	199
§ 1 : Le maintien de solutions propres à chaque canton.....	199
A) Oralité et participation active du juge : le modèle alémanique.....	200
1) La discrétion de la théorie générale des actes de procédure	200
a) Etat de la législation	200
b) Position de la doctrine	201
2) L'oralité et la participation active du juge comme remède à l'excès de formalisme	207
a) Le caractère oral de la procédure.....	208
b) L'office du juge	209
B) Le sort des vices de procédure dans le droit des cantons de la Suisse romande	211
1) Le régime des actes de procédure viciés.....	211
a) La nullité des actes de procédure viciés	212
b) La consécration du mécanisme du grief.....	216

2) Les autres instruments de gestion du formalisme procédural.....	223
a) La régularisation.....	223
b) L'interprétation raisonnable	227
§ 2 : Le dialogue entre les juridictions cantonales et le Tribunal fédéral.....	230
A) Le dialogue hiérarchique	231
1) La réception de la jurisprudence fédérale.....	232
a) La reprise de précédents concernant le canton lui-même	232
b) L'anticipation des problèmes futurs	233
2) Les stratégies d'évitement	236
a) Le brevet hâtif de constitutionnalité	237
b) La restriction du champ d'application de l'interdiction du formalisme excessif	239
B) Le dialogue horizontal	240
1) La reconnaissance d'une marge d'appréciation.....	241
a) Les domaines de la marge d'appréciation	241
b) La mise en œuvre de la marge d'appréciation.....	244
2) L'interdiction du formalisme excessif au service de l'harmonisation du droit judiciaire privé.....	245
a) L'harmonisation <i>positive</i>	246
b) Harmonisation <i>négative</i>	248
Section 2 : Les conséquences de la fédéralisation de la procédure civile (<i>présent</i>).....	249
§ 1 : Le prévisible étiolement de l'interdiction du formalisme excessif	250
A) L'immunité constitutionnelle du Code de procédure civile de 2008 et ses dérivatifs.....	250
1) Un principe général limité	250
a) L'article 190 de la Constitution fédérale et ses limites.....	250
b) Le sort du droit cantonal complémentaire	251
2) Les autres points d'ancrage du droit constitutionnel	252

a) Les principes généraux de procédure	252
b) L'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme .	253
B) Le développement d'une approche mixte	254
1) La place de l'interdiction du formalisme excessif en matière d'exécution forcée.....	254
a) La gestion du formalisme procédural	254
b) La place de l'interdiction du formalisme excessif.....	256
2) La tentation de la <i>table rase</i>	258
a) L'accroissement du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral	258
b) La recherche d'une bonne interprétation	259
§ 2 : Quelques points problématiques ressortant à la lecture du texte légal.....	260
A) La réglementation lacunaire du sort des actes de procédure viciés	260
1) L'absence de théorie des actes de procédure viciés.....	260
a) La régularisation des actes de procédure viciés.....	260
b) Les autres sanctions de procédure	261
2) Les imprécisions au sujet du rôle des parties.....	262
a) Les incertitudes entourant les incidents de nature procédurale	263
b) Les conséquences de cette incertitude sur le formalisme de la procédure	264
B) Manque de coordination avec le reste du droit judiciaire privé fédéral.....	266
1) Le Code de procédure civile et la Loi sur le Tribunal fédéral	266
a) L'absence de rôle subsidiaire du Code de procédure civile.....	267
b) Conséquences au niveau de la charge procédurale pesant sur les parties	269
2) Le Code de procédure civile et la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite	275
a) Incohérences <i>de lege lata</i>	275
b) Incohérences <i>de lege ferenda</i>	279

CONCLUSION DU TITRE II.....	283
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	285
DEUXIÈME PARTIE: LA PORTÉE DE L'INTERDICTION DU FORMALISME EXCESSIF	287
TITRE I: LE SORT DES VICES DE PROCÉDURE	288
Chapitre 1: La régularisation des vices de procédure.....	288
Section 1: Les vices de procédure régularisables.....	295
§ 1: L'approche inductive suivie en droit français.....	295
A) Les différentes hypothèses de régularisation des vices de procédure.....	295
1) Les dispositions communes.....	295
a) La régularisation des actes des parties.....	296
b) La régularisation des débats et du jugement.....	301
2) Les règles particulières.....	306
a) La mise en conformité des actes de procédure écrits.....	306
b) La régularisation des pourvois en cassation.....	307
B) Les principes communs.....	309
1) L'impact des délais sur la régularisation des actes de procédure.....	309
a) La situation avant la réforme du droit de la prescription.....	309
b) La portée de la réforme en matière de procédure civile.....	311
2) La coordination des différentes dispositions en matière de régularisation.....	314
a) Exhaustivité et discrétion du texte légal.....	314
b) Difficultés de la jurisprudence face aux situations imprévues.....	315
§ 2: L'approche déductive suivie en droit suisse.....	318
A) Les vices de procédure régularisables au titre de l'interdiction du formalisme excessif.....	318
1) L' <i>intérêt prépondérant à la régularisation</i>	319
a) Un principe clairement affirmé.....	319
b) Un principe difficilement concrétisé.....	322
2) Les obstacles à la régularisation.....	326
a) L'écoulement d'un délai.....	326

b) Le caractère intentionnel du vice de procédure	329
B) Les vices de procédure régularisables en droit judiciaire privé fédéral	332
1) Les limites des texte légaux	332
a) L'incertitude née des textes légaux	332
b) Les difficultés rencontrées par la doctrine et la jurisprudence	336
2) Plaidoyer en faveur d'un changement de paradigme	341
a) Retour à l'approche publiciste	341
b) Développement d'une véritable casuistique	345
Section 2: Le processus de régularisation	351
§ 1: L'initiative de la régularisation	353
A) La régularisation à l'initiative des parties	354
1) La régularisation spontanée	354
a) Droit suisse	355
b) Droit français	356
2) La régularisation provoquée	356
a) La régularisation en réponse à un incident soulevé par une partie	357
b) La régularisation en réponse à une initiative du juge	359
B) La régularisation à l'initiative du juge	368
1) L'étendue des pouvoirs du juge	368
a) Droit suisse	368
b) Droit français	370
2) La nature des pouvoirs du juge	373
a) Le caractère obligatoire de la régularisation en droit suisse	373
b) Le caractère facultatif de la régularisation en droit français	376
§ 2: Les modalités de la régularisation	378
A) L'acte régularisateur	378
1) La régularisation par un acte identique	378

a) Le caractère facultatif de la régularisation par un acte identique	378
b) Les exceptions	381
2) La régularisation par un acte équivalent	386
a) La régularisation dans le cadre du même degré de juridiction	386
b) La régularisation à l'occasion d'un recours	389
B) Le processus de régularisation	393
1) Le moment de la régularisation	394
a) La régularisation au cours de la procédure de première instance	395
b) La régularisation lors l'exercice des voies de recours	398
2) Les effets de la régularisation	400
a) La régularisation entièrement aboutie	400
b) L'échec de la régularisation	401
Chapitre 2 : La guérison des vices de procédure	402
Section 1 : Les vices de procédure guérissables	408
§ 1 : Les vices de procédure guérissable en droit français – légalisme procédural tempéré	408
A) L'adage « <i>Pas de nullité sans grief</i> » : clef de voûte de la guérison des vices de procédure	409
1) La nullité pour vice de forme	409
a) L'absence de définition du <i>vice de forme</i>	409
b) Une catégorie résiduelle au bénéfice d'une présomption	411
2) L'extension du mécanisme du grief à d'autres vices de procédure	413
a) Le refus de principe de l'extension	413
b) L'extension implicite	413
B) Les consécutions marginales	417
1) Les conclusions tardives	417
a) La situation avant 2006	419
b) L'arrêt du 3 février 2006 et son incidence	420

2) La guérison des vices de procédure par l'exercice des voies de recours ..	422
a) La guérison des vices de procédure par l'effet dévolutif.....	424
b) Les limites à l'effet dévolutif en présence de vices de procédure affectant l'acte introductif d'instance	426
§ 2 : Les vices de procédure guérissables en droit suisse – le pragmatisme judiciaire confus	430
A) L'absence de champ d'application clair	431
1) Situation antérieure à l'unification du droit judiciaire privé.....	431
a) La place limitée de la guérison des vices de procédure.....	431
b) La consécration limitée de la guérison des vices de procédure par la jurisprudence	433
2) Le rendez-vous manqué de l'unification	438
a) Absence de mention dans le texte légal	439
b) Absence de prises de position nette de la jurisprudence et de la doctrine	439
B) Les situations les plus fréquemment rencontrées.....	441
1) La guérison des vices de procédure en cours d'instance	441
a) Les vices de procédure portant sur la rédaction des actes du procès ...	441
b) Les vices de procédure affectant la notification des actes du procès ..	443
2) La guérison des vices de procédure par l'exercice des voies de recours ..	443
a) L'obstacle résultant de la <i>nature formelle</i> des garanties de procédure	444
b) L'admission de la guérison.....	445
Section 2 : L'application du procédé de guérison.....	451
§ 1 : Le choix d'un critère d'évaluation de l' <i>absence de grief</i>	451
A) Les différentes conceptions doctrinales du grief	452
1) La position de la doctrine française	452
a) L'opposition entre l'approche <i>concrète</i> et l'approche <i>abstraite</i>	453
b) Les théories mixtes.....	454

2) La conception dans la doctrine suisse.....	455
a) L'absence de théorie générale	455
b) Les débats implicites	455
B) La position des juridictions nationales.....	458
1) Le refus des constructions doctrinales.....	458
a) Jurisprudence française.....	458
b) Jurisprudence suisse	459
2) Choix de l'approche <i>concrète</i>	460
a) L'approche <i>concrète absolue</i> des juridictions françaises	460
b) L'approche <i>concrète tempérée</i> des juridictions suisses.....	465
§ 2 : Les conséquences du choix en faveur d'un critère d'évaluation.....	470
A) Le <i>pragmatisme incertain</i> du droit suisse.....	470
1) Le manque de lisibilité de la jurisprudence	470
a) L'absence d'approche globale de la guérison des vices de procédure.	470
b) Les contradictions conceptuelles.....	471
2) Evolutions souhaitables	473
a) Elaboration d'une approche globale	473
b) Retour aux principes fondamentaux de l'interdiction du formalisme excessif	474
B) L' <i>hypostase du contradictoire</i> en droit français	475
1) La recherche d'un équilibre impossible.....	475
a) La confusion entre <i>le bon ordre procédural</i> et le caractère contradictoire de la procédure.....	476
b) La confusion créée par les stratégies de contournement	479
2) Les possibilités d'évolution	486
a) L'impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.....	487
b) Vers une définition plus large du préjudice subi	490

CONCLUSION DU TITRE I.....	493
TITRE II : L'INTERPRÉTATION RAISONNABLE EN PROCÉDURE	495
Chapitre 1 : La prise en compte du contexte procédural	497
Section 1 : Les risques liés aux erreurs de procédure	499
§ 1 : Le risque d'erreurs dans la transmission des actes de procédure.....	499
A) Le <i>dies a quo</i> du délai.....	500
1) Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.....	500
2) Droit suisse	503
a) Les présomptions de notification.....	503
b) La restitution des délais	508
3) Droit français	510
a) Notifications et significations	510
b) Relevé de forclusion.....	513
4) Synthèse.....	515
B) La date de l'accomplissement des actes.....	516
1) Position de la Cour européenne des droits de l'Homme.....	516
2) Droit suisse	518
3) Droit français	520
4) Synthèse.....	524
§ 2 : Les risques liés à l'urgence au moment d'introduire instance	525
A) L'interruption des délais par la saisine d'une juridiction dont la compétence est incertaine.....	525
1) Droit suisse	527
2) Droit français	528
B) L'octroi à temps de l'assistance judiciaire.....	529
1) Droit français	532
2) Droit suisse	534
Section 2 : Les asymétries d'informations quant aux données du litige	538

§ 1 : L'identification des données essentielles du litige.....	538
A) L'absence de défendeur identifiable.....	541
B) L'identification du patrimoine du débiteur.....	544
1) Droit suisse.....	545
2) Droit français.....	546
§ 2 : Le renouvellement de la matière litigieuse en cours d'instance.....	547
A) Le renouvellement de la matière litigieuse en première instance et en appel.....	547
1) L'approche libérale du droit français.....	547
a) Procédure de première instance.....	548
b) En degré d'appel.....	550
2) L'approche stricte du droit suisse.....	553
a) La procédure de première instance.....	554
b) Les recours adressés aux tribunaux cantonaux.....	559
B) Le renouvellement de la matière litigieuse devant la juridiction suprême... 563	
1) La souplesse des textes.....	563
a) Les moyens révélés par la décision attaquée.....	563
b) Les moyens purement juridiques.....	564
2) Les incohérences de la pratique.....	565
a) La qualification des <i>moyens nouveaux</i> devant la Cour de cassation ...	565
b) L' <i>épuisement des voies de droit cantonales</i> en droit suisse.....	569
Chapitre 2 : L'interprétation protectrice des parties.....	573
Section 1 : L'office du juge au service des parties.....	573
§ 1 : Les pouvoirs du juge.....	574
A) Les pouvoirs restreints du juge sur l'exposé des parties.....	574
1) La prise en compte des faits tirés du dossier.....	575
a) Une faculté expressément prévue en droit français.....	575
b) Une faculté contestée en droit suisse.....	576

2) La reformulation des prétentions des parties	580
a) Le changement de qualification juridique	581
b) L'extension des prétentions.....	583
B) Les pouvoirs élargis du juge quant aux moyens de droit.....	587
1) La correction des erreurs de raisonnement juridique.....	587
a) Les incertitudes entourant de l'office du juge en droit français.....	588
b) L'interdiction de relever d'office les moyens fondés sur les droits fondamentaux en droit suisse.....	589
2) La requalification des faits et des actes	590
a) Droit français	590
b) Droit suisse	591
§ 2 : La nature des pouvoirs judiciaires.....	592
A) Le caractère ambigu des textes légaux	592
1) Devant les juridictions inférieures	593
a) Les principes généraux de procédure	593
b) L'application à la juridiction inférieure de recours	594
2) Devant la juridiction suprême.....	594
a) En droit suisse : fidélité aux principes	594
b) En droit français : ébauche d'une solution particulière	595
B) Un office pratiquement facultatif.....	595
1) Les stratégies de relativisation.....	595
a) La solution chirurgicale du droit français.....	595
b) La solution cosmétique du droit suisse.....	599
2) Les conséquences de cette évolution sur le formalisme de la procédure..	601
a) La forclusion par l'effet de l'autorité de la chose jugée	602
b) Risques d'excès de formalisme	607
Section 2 : L'organisation des voies de recours.....	613
§ 1 : Les problèmes de coordination au sein des voies de recours	614
	753

A) La construction progressive de l'obligation de coordination dans la jurisprudence	615
1) La jurisprudence antérieure à l'affaire <i>Adamíček</i>	615
a) La rigidité initiale de la Cour constitutionnelle tchèque	616
b) Evolution ultérieure	617
2) L'affaire <i>Adamíček</i> et ses conséquences	618
a) Une évolution majeure	618
b) Une évolution confirmée	619
B) Les procédés de coordination en droit interne	621
1) L'exercice successif des recours	621
a) Droit suisse	621
b) Droit français	625
2) La conversion des recours interjetés de manière inappropriée	626
a) Une question secondaire en droit français	626
b) Une notion discutée en droit suisse	628
§ 2 : La formulation des griefs	634
A) La formulation des motifs à l'épreuve du procès équitable	634
1) Les deux approches de la motivation d'un recours	635
a) La motivation <i>par réitération</i>	635
b) La motivation <i>par réfutation</i>	636
2) La position de la Cour européenne des droits de l'Homme	636
a) L'absence de conception générale	637
b) Le critère des nécessités liées à l'office du juge de recours	639
B) La réception des principes en droit interne	643
1) Le pragmatisme du droit français	643
a) La souplesse des procédures devant la cour d'appel	644
b) La professionnalisation du pourvoi en cassation	646
2) L'idéalisme du droit suisse	647

a) Le mythe d'une procédure accessible à tous	647
b) Le formalisme de la pratique.....	649
CONCLUSION DU TITRE II	656
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	658
CONCLUSION GÉNÉRALE	660
BIBLIOGRAPHIE	662
INDEX	727
TABLE DES MATIÈRES.....	737