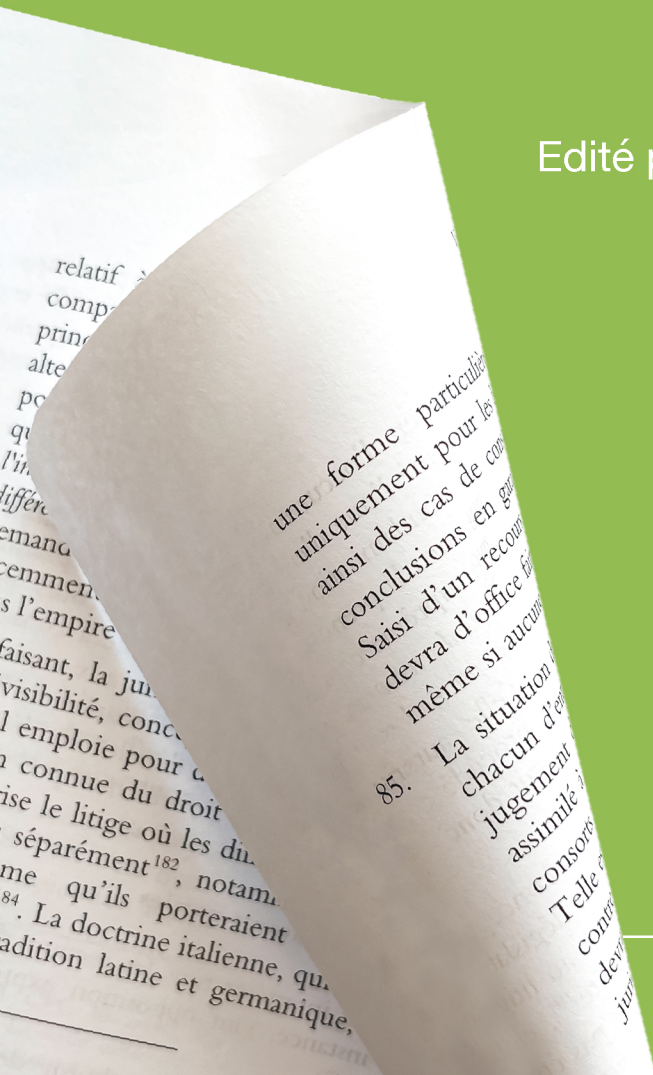


CPC 2025

La révision du Code de procédure civile

Edité par François Bohnet et
Anne-Sylvie Dupont



CPC 2025

La révision du Code de procédure civile

CPC 2025

La révision du Code de procédure civile

Edité par
François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont

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



www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

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

ISBN 978-3-7190-4886-0

© 2024 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

www.droitne.ch

Avant-propos

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel propose chaque année, en collaboration avec le CEMAJ, une journée de formation continue destinée aux professionnels du monde judiciaire. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois.

La journée 2024 est consacrée à la révision du Code de procédure civile qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2025. Le présent ouvrage réunit des contributions sur plusieurs thèmes majeurs de la révision. Il débute avec la problématique de la phase d'allégation, du droit de réplique et des novas, présentée par François Bohnet. Patricia Dietschy se penche sur la question des frais, ainsi que sur celle de la transmission d'office en cas d'incompétence du tribunal saisi, tandis que Jacques Haldy présente les nouveautés en matière de cumul objectif et de pluralité des parties. Son exposé est suivi par la contribution de Michel Heinzmann, qui porte sur le préalable de conciliation. Les nouvelles dispositions relatives aux voies de droit sont examinées par Nicolas Jeandin, suivi par Denis Tappy, qui présente les innovations procédurales dans les procès du droit de la famille, ainsi que le droit transitoire. Pour terminer, Valentin Rétornaz aborde quelques nouveautés en matière d'exécution forcée.

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

François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont

Sommaire

FRANÇOIS BOHNET

Allégations, droit de réplique et novas selon le CPC révisé 1

PATRICIA DIETSCHY

Les frais 29

JACQUES HALDY

Le cumul objectif et la pluralité des parties 49

MICHEL HEINZMANN

Les nouveautés en matière de conciliation 65

NICOLAS JEANDIN

Les voies de droit 105

DENIS TAPPY

Les innovations procédurales dans les procès du droit de la famille 127

PATRICIA DIETSCHY

La transmission d'office en cas d'incompétence 195

DENIS TAPPY

Le droit transitoire applicable aux règles introduites par
la novelle du 17 mars 2023 211

VALENTIN RÉTORNAZ

Les nouveautés en matière d'exécution forcée 237

Abréviations

a[sigle de la loi]	Version abrogée d'une loi
al.	alinéa
AP	Avant-Projet
AP-CPC	Avant-projet du Code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) du 2 mars 2018
APJ	= PJA
Art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BJM	<i>Basler juristische Mitteilungen</i>
BK	<i>Berner Kommentar</i>
BLV	Base législative vaudoise
BO	Bulletin officiel
BO + N/E	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BR	= DC
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
c.	contre
CAJ-N	Commission des affaires juridiques du Conseil national
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
CHF	franc(s) suisse(s)

Abréviations

CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CL	Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, CL) (RS 0.275.12)
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livres cinquième : Droit des obligations) (RS 220)
comp.	comparer
consid.	considérant(s)
coord.	coordinateur
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CR	Commentaire romand
CREC VD	Chambre des recours civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DC	Droit de la construction
e.g.	<i>exempli gratia</i> (par exemple)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)/éditrice(s)
ég.	également
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
etc.	<i>et cetera</i>

Abréviations

FF	Feuille fédérale
FO	Feuille officielle
HK ZPO	Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung
i.c.	<i>in casu</i> (dans le présent cas)
<i>ibid.</i>	au même endroit
<i>id.</i>	le même
<i>i.e.</i>	à savoir
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
JdT	Journal des Tribunaux
KGer/BE	Tribunal cantonal bernois
KGer/SG	Tribunal cantonal saint-gallois
KUKO	<i>Kurzkommentar</i>
LBI	Loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954 (Loi sur les brevets) (RS 232.14)
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 24 mars 1995 (Loi sur l'égalité) (RS 151.1)
let.	lettre(s)
Lit.	Littera
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)
LPav/VD	Loi sur la profession d'avocat du 9 juin 2015 (RS/VD 177.11)
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (RS 830.1)
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)

Abréviations

LTFB	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral des brevets du 20 mars 2009 (RS 173.41)
Message CPC 2020	Message du Conseil fédéral du 26 février 2020 relatif à la modification du Code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) (FF 2020 2607)
N	numéro(s) de paragraphe
n[sigle de la loi]	nouveau, nouvel(le)
n.	note(s)
n°	numéro(s)
nbp	note de bas de page
nCPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 révisé, entrant en vigueur le 1 ^{er} janvier 2025
OELP	Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 23 septembre 1996 (RS 281.35)
OFK	<i>Orell Füssli Kommentar</i>
OGer	<i>Obergericht</i>
OGER/ZH	<i>Obergericht Zürich</i>
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
p.	page(s)
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021)
par.	paragraphe
par ex.	par exemple
PC	Procédure civile
PCEF	Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée
P-CPC	Projet du Code de procédure civile suisse du 28 juin 2006

Abréviations

phr.	phrase
PJA	Pratique juridique actuelle
Rapport AP-CPC	Rapport explicatif du 2 mars 2018 relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité)
Rapport explicatif 2018	Rapport explicatif relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), du 2 mars 2018
RDS	Revue de droit suisse
réf.	référence(s)
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue Suisse de Jurisprudence
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RTFMC/GE	Règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RS/GE E 1.05.10)
SA	Société anonyme
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SJ	Semaine judiciaire
<i>supra</i>	ci-dessus
TC + canton	Tribunal cantonal
TDC/VD	Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 (RS/VD 270.11.6)
TFJC/VD	Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 (RS/VD 270.11.5)
VD	Vaud
vol.	volume

Abréviations

ZK	<i>Zürcher Kommentar</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (= CPC)
ZZZ	= PCEF

Allégations, droit de réplique et novas selon le CPC révisé

par

François Bohnet*

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

I. Introduction.....	3
II. La deuxième chance d'alléguer aux débats principaux (art. 229 al. 1 CPC).....	4
A. Le principe des deux chances d'alléguer	4
B. Le nouveau régime	7
1. En procédure ordinaire.....	7
2. En procédure simplifiée.....	10
3. En procédure sommaire	10
III. Les novas proprement et improprement dits (art. 229 al. 2, 2 ^{bis} CPC)	11
A. Le régime de 2008	11
B. Le nouveau régime	12
1. Les raisons du changement	12
2. Les limites du changement.....	13
3. La fixation d'un délai par le juge	14
a. Pas de fixation d'un délai abstrait valant pour tout le procès	14
b. La survenance d'un événement procédural.....	15
c. Le calcul du délai	17

* L'auteur remercie Me Yan Wojcik, assistant-doctorant à l'Université de Neuchâtel, avocat, pour son aide dans l'élaboration du présent article.

4. A défaut : l'allégation à la plus prochaine audience.....	17
5. La prise de position de la partie adverse	19
IV. Le droit de réplique (art. 53 al. 3 CPC).....	20
A. Principe	20
B. Le nouveau régime	22
1. La codification du droit de réplique inconditionnel.....	22
2. La fixation d'un délai minimum de dix jours.....	23
3. Les actes visés.....	24
4. La sanction en cas de violation.....	25
V. Conclusion.....	26
Bibliographie	27

I. Introduction

1. Le régime d'allégation des faits et de proposition des preuves est l'un des éléments essentiels de toute réglementation procédurale. Le Code de procédure civile suisse adopté le 19 décembre 2008 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 a logiquement suivi la maxime des débats comme règle générale¹, en l'interprétant cependant d'une manière plus sévère que ne le faisaient de nombreux tribunaux sous l'empire des codes cantonaux, en particulier romands². Les règles essentielles en la matière ont été posées dans un ATF 144 III 519³ qui décrit les contours de cette dialectique procédurale originale et précise ainsi les détails que chaque partie doit apporter à ses allégués selon la prise de position de l'adversaire.
2. Ces règles – dont la maîtrise est tout sauf évidente pour les plaideurs – ne sont pas remises en cause par la révision. Cela peut paraître surprenant, car plusieurs des modifications apportées lors des débats parlementaires trouvent leur origine dans le travail de parlementaires romands pratiquant la procédure⁴. Ceux-ci se sont surtout intéressés, en matière d'apports des faits et des preuves, à la question temporelle, à savoir le moment de l'apport des faits et des preuves. Ce n'est donc pas la *substance* mais le *moment* de l'allégation et de la contestation qui a été examiné par les Chambres fédérales. La nouvelle loi modifie ainsi sur quelques points les modalités de l'apport des faits et des preuves, en particulier à défaut d'un second échange de mémoires écrits et en cas de novas et pseudo-novas en cours d'instance (art. 229 CPC). Elle codifie également le droit de réplique spontané déduit de l'article 6 CEDH, en précisant le cadre de son exercice (art. 53 al. 3 CPC).
3. La présente contribution a pour ambition de détailler les nouvelles modalités procédurales entraînées par la révision des articles 229 et 53 CPC, qui vont certainement faire débat tant en doctrine que devant les tribunaux.

¹ Message CPC, 6863.

² BOHNET, Allégation et contestation, N 1 ss.

³ Voir déjà l'ATF 144 III 53, consacré à la forme des allégués, qui annonçait la problématique, consid. 4.1.1.

⁴ *Infra*, N 22, 43.

II. La deuxième chance d'alléguer aux débats principaux (art. 229 al. 1 CPC)

A. Le principe des deux chances d'alléguer

4. La *maxime des débats* (art. 55 al. 1 CPC) dit qu'il revient aux parties d'alléguer et de prouver. Savoir jusqu'à quand ou combien de fois elles peuvent alléguer et proposer des preuves est une autre question. La procédure civile suisse est très influencée par la *maxime éventuelle*⁵ qui impose aux parties de cumuler l'ensemble de leurs moyens (faits, moyens de preuve, contestation, objections, exceptions, moyens de procédure) à un stade précoce du procès, afin d'assurer une prédictibilité du procès en évitant la possibilité de nouveaux moyens à un stade avancé de la procédure et assurer une marche rapide de l'instance⁶. Le défendeur ne peut ainsi pas se limiter dans un premier temps à invoquer l'absence d'une condition de recevabilité (art. 59 CPC), à moins d'obtenir du juge une limitation des débats à une question particulière⁷. En cas de *for dispositif* et de *clause arbitrale*, il revient au défendeur de se prévaloir de l'incompétence du juge avec ses autres moyens, faute de quoi celui-ci entre en matière sans réserve. Il ne s'agit plus d'exceptions au sens étroit du terme, comme cela résulte des articles 18 et 61 let. a CPC (acceptation tacite ; *Einlassung*). On retient donc le mécanisme de l'*éventuelle Einlassung* (pour reprendre la terminologie de la procédure de droit commun allemande, à l'origine de la maxime éventuelle), puisque le fond est abordé avec l'exception d'incompétence.
5. La maxime éventuelle est une *ligne directrice du procès*. Elle n'est pas inscrite dans une disposition générale du code comme la maxime des débats, mais s'exprime par les dispositions légales qui, suivant la procédure applicable, organisent la phase d'allégation, de contestation et de proposition des preuves, et aussi d'invocation des moyens de procédure.

⁵ Sur cette maxime : BOHNET, Allégations et contestations, N 20 ss.

⁶ ATF 146 III 416, consid. 5.3.

⁷ BOHNET, Exceptions, N 38 s.

6. La *limitation à deux possibilités d'alléguer* des faits et de proposer des preuves (art. 221, 222, 225 et 229 CPC) est une expression de la forte emprise de la maxime éventuelle sur la procédure civile suisse. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'observer⁸, le Tribunal fédéral interprète assez systématiquement les dispositions légales qui portent la marque de la maxime éventuelle dans le sens d'un respect strict de ladite maxime, ce qui renforce encore celle-ci⁹. Cette *approche centripète*¹⁰ a pour effet discutable de durcir irrémédiablement les règles applicables en les rattachant à un principe général nullement inscrit dans le code.
7. En procédure ordinaire (art. 219 ss CPC), le demandeur doit ainsi présenter l'ensemble des faits et des preuves à l'appui de ses prétentions dans sa demande (art. 221 CPC). Le défendeur cumule dans sa réponse l'ensemble de ses moyens de procédure, ses contestations, ses propres allégués de fait et moyens de preuve (art. 222 CPC).
8. Selon la jurisprudence, il n'existe qu'une *seconde possibilité d'alléguer et de proposer des preuves*, soit dans une réplique et une duplique écrites (art. 225 CPC), ou à défaut lors de débats d'instruction cités à cette fin ou, encore à défaut, à l'ouverture des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC)¹¹.
9. Si le demandeur *renonce à répliquer* alors que le tribunal lui en a offert l'occasion en ordonnant un second échange (art. 225 CPC), le défendeur peut-il encore ajouter des faits et des preuves à l'ouverture des débats principaux ? Le Tribunal fédéral relève que « *Wenn ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wurde, die Parteien aber auf entsprechende Eingaben verzichteten, gilt der doppelte Schriftenwechsel als durchgeführt, womit der Aktenschluss eintritt* »¹². Il parle donc d'une *renonciation des parties*, si bien qu'il est difficile d'en tirer des

⁸ BOHNET, Allégations et contestations, N 23. Cette méthode est par exemple utilisée dans un arrêt récent portant sur les novas dépendant de la volonté d'une partie *Potestativ-Novem*, *infra*, N 27 : ATF 146 III 416, consid. 5.3.

⁹ ATF 146 III 416, consid. 5.3 ; ATF 140 III 312, consid. 6.3.2.3 ; TF 4A_494/2017 du 31 janvier 2018, consid. 2.4.1, RSPC 2018 193.

¹⁰ BOHNET, Allégations et contestations, N 23.

¹¹ ATF 140 III 312, consid. 6.3.2.3, JdT 2016 II 257, RSPC 2014 538.

¹² TF 4A_494/2017 du 31 janvier 2018, consid. 2.4.1, RSPC 2018 193.

conclusions en cas de renonciation à une réplique écrite. Est-elle un synonyme de clôture de la phase d'allégation ? Il nous semble que le tribunal devrait malgré tout offrir la possibilité au défendeur de compléter sa réponse, faute de quoi celui-ci n'aurait pas eu deux occasions d'alléguer et de proposer des preuves. Faute de se voir offrir cette possibilité, il devrait pouvoir compléter sa procédure oralement à l'ouverture des débats principaux. Cette approche vaut également sous le nouveau régime discuté ci-après.

10. La notion d'*ouverture des débats principaux* a fait débat. Tranchant ce point, le Tribunal fédéral a considéré que l'ouverture des débats principaux intervient « avant les premières plaidoiries » et que les faits et moyens de preuve nouveaux doivent donc être présentés avant les premières plaidoiries¹³. Cette approche présente des difficultés, car certains tribunaux ne sont pas coutumiers d'une intervention des parties avant les premières plaidoiries et il est tout sauf évident de délimiter ce qui est à proprement parler nouveau de ce qui n'est qu'une présentation et motivation des conclusions, objet des premières plaidoiries¹⁴. Qu'en est-il par exemple lorsque le défendeur a contesté certains faits présentés de manière suffisante mais non détaillés par le demandeur¹⁵ ? Les détails à fournir sont-ils des faits nouveaux ou une motivation des conclusions ? Si la prise

¹³ ATF 144 III 67, consid. 2.1, RSPC 2018 111 ; ATF 147 III 475, TF 4A_494/2017 du 31 janvier 2018, consid. 2.4.1, RSPC 2018 193.

¹⁴ BOHNET FRANÇOIS, note à l'arrêt 4A_338/2017 in RSPC 2018 117 ; BOHNET FRANÇOIS, Restriction de la possibilité d'alléguer en procédure sommaire (arrêt 4A_557/2017), Newsletter bail.ch avril 2018 ; BOHNET, Procès civil social, 44 N 37, 52 s. N 64 ; GÜNGERICH, 195 s., qui relève le manque de clarté et de compréhension de cette solution pour les laïcs. Pour une justification du système, voir BRUGGER, 22, selon lequel « *der separate Tatsachenvortrag ist aufgrund der Mündlichkeit des Vortrages an der Hauptverhandlung geboten, verbessert die Waffengleichheit zwischen den Parteien und vereinfacht die Hauptverhandlung* », cité ensuite par le Tribunal fédéral à l'appui de sa solution : TF 4A_535/2018 du 3 juin 2019, consid. 4.2.1, RSPC 2019 387. Deux juges fédéraux ont soutenu cette approche dans un article de doctrine : FABIENNE HOHL/GREGORY BOVEY, Dix ans de Code de procédure civile : bilan et perspectives, RDS 2021 526, en préconisant que le tribunal convoque les parties à une audience de débats d'instruction, laquelle serait immédiatement suivie des premières plaidoiries (audience dite de débats d'instruction et de premières plaidoiries, telle que pratiquée à Genève).

¹⁵ BOHNET, Allégations et contestations, N 35.

de position du demandeur dans ses premières plaidoiries, par exemple sur des objections du défendeur, justifie que celui-ci allègue de nouveaux faits ou propose de nouvelles preuves, ne peut-il le faire qu'aux conditions draconiennes¹⁶ des pseudo-novas ?

B. Le nouveau régime

1. En procédure ordinaire

11. L'article 229 al. 1 CPC entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2025 prévoit désormais que « *S'il n'y a pas eu de second échange d'écritures ni de débats d'instruction, les faits et moyens de preuves nouveaux sont admis sans restriction lors des débats principaux durant les premières plaidoiries au sens de l'article 228, al. 1* ». On passe donc d'une admission « à l'ouverture des débats principaux » à une admission « sans restriction lors des débats principaux durant les premières plaidoiries ». « Sans restriction » (« *unbeschränkt* ») signifie que les conditions de l'article 229 al. 2 CPC pour les novas et pseudo novas n'ont pas à être réunies. Cette précision n'apporte donc rien au régime actuel. Le nouveau texte est une réponse à la jurisprudence ATF 147 III 475¹⁷ : désormais, la deuxième chance d'alléguer et de proposer des preuves intervient *durant les premières plaidoiries* (« *im ersten Parteivortrag* »). MARKUS/BRÖNNIMANN relèvent, à ce sujet, que les novas pourront ainsi être apportés à l'occasion d'un développement juridique exprimé par oral¹⁸.
12. Un doute existe sur la portée exacte de ce deuxième alinéa. Le texte provient du Conseil des Etats, en réaction à la proposition bien plus ouverte du Conseil national, qui souhaitait offrir la possibilité de proposer librement des faits et moyens de preuve jusqu'à la fin de l'audience d'ouverture des débats principaux, indépendamment des possibilités d'alléguer avant celle-ci¹⁹. Même si cela n'a pas été relevé

¹⁶ ATF 146 III 55, consid. 2.5.3 et les réf. doctrinales, pour les pseudo-novas faisant suite aux allégués dans la duplique (*Dupliknoven*). Voir depuis : TF 4A_420/2019 du 13 mai 2020, consid. 3.

¹⁷ Voir HURNI/HOFMANN, 21.

¹⁸ MARKUS/BRÖNNIMANN, 121.

¹⁹ Christian Lüscher (rapporteur), BO CN 2022 N 2255 : « A l'article 229 alinéa 0, la

durant les débats, cette proposition reprenait pratiquement la solution du projet de CPC de 2008²⁰, qui autorisait en toute hypothèse les parties à alléguer et proposer des moyens de preuves jusqu'à la fin des premières plaidoiries. Chacun des Conseils ayant maintenu son approche, c'est finalement lors de la conférence de conciliation qu'un compromis a pu être trouvé et que sur cet aspect de l'article 229, la proposition du Conseil des Etats a été reprise²¹. Il est ainsi difficile de déterminer si ce texte signifie, en l'absence de second échange d'écritures ou de débats d'instruction, que des faits et moyens de preuve nouveaux sont autorisés *jusqu'à la fin des premières plaidoiries* ou seulement lors de la première prise de parole lors des premières plaidoiries. Une telle restriction n'a pas été discutée devant les Chambres et elle ne résulte pas expressément de la loi. Il convient d'éviter tout réflexe d'interprétation à l'aide de la maxime éventuelle, qui pourrait, comme une force centripète²², aboutir à une lecture restrictive de ce texte, sans qu'un indice d'une telle volonté ne résulte ni de ce celui-ci, ni des débats parlementaires²³.

commission a persisté, par 24 voix contre 1, et maintenu le principe voté lors de la première lecture. Elle a cependant amélioré la formulation. Le but de l'article 229 alinéa 0 est de pouvoir présenter sans restriction des faits et moyens de preuve nouveaux lors de l'audience de débats d'instruction, respectivement lors de l'audience d'ouverture des débats principaux et des premières plaidoiries, peu importe à quel moment cela a lieu lors de l'audience. Il s'agit ainsi de corriger le très ou trop sévère ATF 147 III 475 ».

²⁰ Art. 225 al. 1 P-CPC. Voir BOHNET, Allégations et contestations, N 21 note 71.

²¹ Christian Lüscher (rapporteur), BO CN 2023 N 529 : « *A l'article 229, une proposition globale a été présentée par le trio formé des conseillers aux Etats Caroni et Bauer et de votre serviteur, s'agissant de l'allégation de faits nouveaux et de la présentation de moyens de preuves nouveaux avant et après l'ouverture des débats principaux. Par 14 voix contre 9 et 3 abstentions, la conférence de conciliation est arrivée à la solution suivante : avant l'ouverture des débats principaux et lorsqu'il n'y a qu'un seul échange d'écritures, tous les faits nouveaux sont admis jusqu'aux premières plaidoiries, c'est-à-dire après l'ouverture des débats principaux ; lorsqu'il y a deux échanges d'écritures, seuls sont admis jusqu'aux premières plaidoiries, pour corriger une jurisprudence un peu sévère, les faits nouveaux qualifiés de "echte Nova" ou novas proprement dits et de "unechte Nova" excusables, à savoir les novas improprement dits* ».

²² *Supra*, N 6.

²³ Comp. sur la réforme en général, BAUER, 203 : « *Il convient toutefois d'espérer que les petites améliorations supplémentaires voulues par les parlementaires non seulement avocats mais aussi praticiens, parfois contre l'avis du Conseil fédéral ou de certains parlementaires fort éloignés* ».

13. Dès lors, il convient d'admettre que les parties peuvent librement compléter leurs allégués et leurs offres de preuve *y compris en réplique et duplique lors des premières plaidoiries* (art. 228 al. 2 CPC)²⁴, réalisant par là leur deuxième chance d'alléguer, dont les modalités n'ont pas à se calquer sur celles de l'écrit. Cela permet d'ailleurs d'éviter les débats compliqués sur ce qui est nouveau ou non dans les plaidoiries des parties²⁵. Si le demandeur *renonce à répliquer oralement*, par définition il n'y a pas de duplique. En revanche, si le demandeur renonce entièrement à prendre la parole, le défendeur peut de toute manière présenter ses conclusions et les motiver (art. 228 al. 1 CPC) et donc compléter ses allégués et ses offres de preuve. Après la duplique orale, les conditions de l'article 229 al. 2 let. a et b CPC doivent être réunies, car l'article 229 al. 1 CPC s'arrête à celle-ci²⁶.
14. Lorsque la *réponse* n'est pas déposée dans le bref délai supplémentaire fixé après le premier défaut de réponse (art. 223 al. 1 CPC), et que les parties sont *citées aux débats principaux*, des faits et moyens de preuves nouveaux sont admis sans restriction durant les premières plaidoiries, l'article 223 al. 2 CPC ne prévoyant aucune restriction à cet égard. En aucun cas on ne peut considérer que l'effet punitif pour le défendeur de l'article 223 CPC serait ainsi contourné²⁷. Si les parties ne sont *pas citées* aux débats principaux (art. 223 al. 2 phr. 1 CPC), la partie demanderesse peut alors demander au tribunal de lui fixer un délai pour compléter ses allégués et ses offres de preuve. Dans tous les cas, la partie défenderesse pourra se déterminer à leur sujet (et les contester) en vertu de son droit d'être entendue²⁸.

de la pratique, porteront leurs fruits et que les tribunaux ne s'ingénieront pas à les vider de leur sens... Tel est en tout cas mon souhait ».

²⁴ *Contra* : GÜNGERICH, 196, qui relève qu'à défaut la partie demanderesse pourrait attendre la réponse orale de la partie défenderesse pour alléguer de nouveaux faits et offrir de nouvelles preuves en réplique ; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1196 ; MARKUS/BRÖNNIMANN, 121 s. et 125, pour qui la réplique et la duplique des premières plaidoiries obéissent à l'art. 229 al. 2^{bis} CPC.

²⁵ *Supra*, N 10. Cf. ég. GÜNGERICH, 196.

²⁶ Cf. MARKUS/BRÖNNIMANN, 122, qui retiennent que la formulation de l'art. 229 al. 2 CPC complexifie la compréhension de la disposition.

²⁷ *Contra* : GÜNGERICH, 197 s.

²⁸ GÜNGERICH, 198.

15. Si les parties renoncent aux débats principaux, il n'y a pas lieu de permettre à ces dernières de solliciter du tribunal la fixation d'un délai pour apporter des novas²⁹.

2. En procédure simplifiée

16. La procédure simplifiée (art. 243 ss CPC) connaît aussi une double possibilité d'alléguer³⁰, la seconde en principe oralement à l'audience de débats principaux³¹. Comme en procédure ordinaire, il faut admettre que les parties peuvent compléter leurs allégués et offres de preuve durant les premières plaidoiries, y compris en réplique et duplique³².
17. Lorsque s'applique la *maxime inquisitoire pure* (art. 296 al. 1 CPC) *ou sociale* (art. 247 al. 2 CPC ; 272 CPC), les parties peuvent alléguer et proposer des moyens de preuve jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC).

3. En procédure sommaire

18. La révision ne remet pas en cause la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de procédure sommaire (art. 248 ss CPC). Selon celle-ci, les parties ne peuvent pas compter avec un double échange. Elles doivent présenter l'ensemble de leurs moyens dans la demande et la réponse. C'est au juge de déterminer s'il accorde une deuxième possibilité d'alléguer et de proposer des preuves, avec la retenue qui s'impose, lorsque les circonstances le justifient³³.
19. Demeure réservée la *réplique spontanée* (art. 53 al. 3 CPC)³⁴, en vertu du droit d'être entendu. En cas d'exercice du droit de réplique spontané, une partie ne peut pas compléter ses allégués et offres de

²⁹ GÜNGERICH, 198.

³⁰ Pour des développements, voir BOHNET, Procès civil social, 35 ss N 7 ss.

³¹ ATF 144 III 117, consid. 2.2 ; ATF 140 III 450, consid. 3.2.

³² *Supra*, N 12 s.

³³ ATF 146 III 237, consid. 3.1-3.2 ; ATF 145 III 213, consid. 6.1.3 ; ATF 144 III 117, consid. 2.1 ; ATF 138 III 252, consid. 2.1.

³⁴ *Infra*, N 38 ss.

preuve³⁵. Si le tribunal cite une *audience*, un deuxième échange doit pouvoir intervenir à notre sens durant les premières plaidoiries³⁶.

III. Les novas proprement et improprement dits (art. 229 al. 2, 2^{bis} CPC)

A. Le régime de 2008

20. La sévérité pour les parties de la maxime éventuelle³⁷, qui les obligent à envisager d'emblée toutes les options, trouve une *modération* dans la possibilité, à certaines conditions, d'invoquer non seulement des novas proprement dits, mais aussi des novas improprement dits, lorsque les faits et moyens de preuve ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (art. 229 al. 1 let. a et b CPC)³⁸.
21. L'article 229 CPC prévoit un régime spécifique pour l'invocation des novas proprement dits (intervenues après la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction) et novas improprement dits (survenus avant mais qui ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise). Dans le régime adopté en 2008 et en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, ces faits et moyens de preuve nouveaux peuvent encore être invoqués s'ils le sont sans retard. C'est sur ce point que le législateur de 2023 est intervenu. Il n'a modifié à cet égard que le mécanisme prévu en première instance. Devant l'autorité d'appel, les faits et moyens de preuves nouveaux devront toujours être invoqués sans retard (art. 317 al. 1 let. a CPC), sous réserve de l'application de la maxime inquisitoire pure (art. 317 al. 1^{bis} CPC).

³⁵ ATF 144 III 117, consid. 2.2-2.3.

³⁶ Comp. ATF 146 III 237, consid. 3.1 *in fine*; TF 5D_90/2022 du 26 avril 2023, consid. 4.1.

³⁷ *Supra*, N 4.

³⁸ ATF 146 III 55, consid. 5.3.

B. Le nouveau régime

1. Les raisons du changement

22. Ni l'avant-projet de révision du CPC du 2 mars 2018, ni le projet du 20 février 2020 ne prévoyaient de modifier le régime de l'allégation des faits et des moyens de preuve nouveaux en première instance. L'initiative revient au Conseil national, qui a souhaité faciliter les modalités temporelles d'allégation des novas proprement et improprement dits, en les détachant de la notion d'*invocation sans retard*³⁹.
23. En effet, cette exigence impose aux avocats de se tenir sans cesse informés d'éventuelles nouvelles circonstances et de faire en sorte d'obtenir les informations nécessaires de leur client. Le délai retenu est des plus bref, puisque, comme le Tribunal fédéral le relève, « *la doctrine et la jurisprudence cantonale retiennent majoritairement que la réaction doit être rapide, l'introduction des nova devant intervenir au plus tard dans les cinq jours, sept jours, respectivement dix jours dès leur découverte. Sans se prononcer sur les délais proposés par la doctrine, le Tribunal fédéral a estimé que, dans une affaire complexe, alléguer des nova une trentaine de jours après la réception de la duplique ne les rendait pas encore irrecevables faute d'avoir été invoqués sans retard. Dans un arrêt antérieur, il a évoqué un délai de 10 jours, voire de deux semaines, en lien avec l'introduction de nova en appel selon l'article 317 al. 1 let. a CPC, lequel pose la même condition* »⁴⁰. Le Tribunal fédéral a encore précisé que le délai admissible devait être apprécié selon les circonstances, notamment la complexité des novas, mais sans dépasser quelques semaines⁴¹.

³⁹ Christian Lüscher (rapporteur), BO CN 2022 N 671 : « *La mention "sans retard" pouvait conduire à des injustices, car les justiciables font souvent le point sur leur dossier lorsqu'il y a une audience ou une écriture à produire. A l'inverse, sanctionner d'irrecevabilité des faits nouveaux produits plus d'une dizaine de jours après qu'ils ont eu lieu alors qu'il n'y a pas d'audience pendant plusieurs mois n'a pas semblé opportun à la commission* ».

⁴⁰ TF 5A_141/2019 du 7 juin 2019, consid 6.3 ; TF 4A_70/2021 du 15 juillet 2021, consid. 4.2, RSPC 2021 581.

⁴¹ TF 4A_70/2021 du 15 juillet 2021, consid. 4.2, RSPC 2021 581 : retenir un délai de dix jours n'est pas critiquable pour l'invocation d'un arrêt pénal de deuxième instance et un bref courrier de la Cour de justice. Cf. ég. GÜNGERICH, 196, qui

24. Compte tenu de la jurisprudence sévère en matière de motivation de l'allégation⁴², une expertise peut par exemple imposer une analyse détaillée afin de déterminer la nécessité de nouveaux allégués et même un délai de 30 jours peut se révéler bref. Par ailleurs, lorsque le sort d'une procédure peut être influencé par d'autres procédures en cours, la production en cascade de mémoires de faits nouveaux compte tenu de l'obligation d'y procéder sans délai peut nettement alourdir le dossier⁴³. Il en va de même lorsque les prétentions d'une partie se modifient à plusieurs reprises en cours de procédure en raison d'une situation évolutive.

2. Les limites du changement

25. Seules les *modalités temporelles* de l'invocation sont modifiées. Pour le reste, le régime demeure inchangé en première instance⁴⁴. Lors des débats, il a été en particulier insisté sur l'absence de mise en place d'une troisième chance d'allégation⁴⁵.
26. Demeure donc identique la réponse à la question de savoir si le demandeur peut invoquer des nouveaux faits ou proposer de nouvelles preuves ensuite de la duplique (*Dupliknoven*). Oui, à de strictes conditions : s'il s'agit de novas improprement dits, ils doivent trouver leur cause dans la duplique. En d'autres termes, le demandeur ne doit se voir reprocher aucune négligence : si le fait ou la preuve ne résulte pas exclusivement de la duplique, il ne peut plus être avancé à ce stade⁴⁶. En revanche, il va de soi que le moment de l'innovation des *Dupliknoven* est modifié dans le nouveau régime⁴⁷.

retient que le critère de la complexité du cas est source d'insécurité juridique.

⁴² *Supra*, N 1.

⁴³ Comp. HURNI/HOFMANN, 212, qui mettent en exergue que les débats pouvaient ainsi se prolonger par l'exercice réciproque du droit de réplique des parties.

⁴⁴ Concernant la notion de nova, les lettres a et b de l'art. 229 al. 1 sont passées à l'al. 2.

⁴⁵ Philippe Bauer (rapporteur), BO 2023 E 8 et BO 2023 E 245 ; Christian Lüscher (rapporteur), BO 2023 N 529 ; HURNI/HOFMANN, 212.

⁴⁶ ATF 146 III 55, consid. 2.5.3.

⁴⁷ *Infra*, N 30.

27. Rien ne change pour les novas qui dépendent de la volonté de la partie qui l'invoque (*Potestativ-Novem*). Ils ne peuvent être allégués au moment de leur réalisation que s'ils ne pouvaient être « générés » antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise⁴⁸.

3. La fixation d'un délai par le juge

28. L'article 229 al. 2 et 2^{bis} CPC prévoit désormais que les novas proprement et improprement dits doivent être produits dans le délai fixé par le tribunal. Or le code n'indique pas précisément les modalités de la fixation du délai. Examinons les solutions envisageables.

a. Pas de fixation d'un délai abstrait valant pour tout le procès

29. A notre sens, on doit exclure l'éventualité de la *fixation d'un délai abstrait* par le tribunal, en début du procès ou par exemple après l'échange des écritures, valant pour tout fait ou moyen de preuve nouveau⁴⁹. Le CPC aurait dans cette hypothèse simplement mentionné la durée du délai. Un délai fixe ne permettrait de plus pas de tenir compte de la complexité du cas. Le législateur a manifestement souhaité éviter que le fait nouveau ou sa connaissance fasse courir le délai, puisque ce mécanisme légal a été critiqué devant les Chambres. Il ressort des débats parlementaires que l'article 229 al. 2 aCPC, qui disposait que les faits nouveaux devaient être produits « sans retard », conduisait à des injustices⁵⁰. L'interprétation faite de cette disposition était, aux yeux de certains parlementaires, impraticable, puisque l'expérience montrait que les justiciables n'annonçaient pas spontanément les faits à leurs

⁴⁸ TF 4A_583/2019 du 19 août 2020, consid. 5.3 et 6, destiné à la publication.

⁴⁹ *Contra* : OFK ZPO-ENGLER, art. 229 N 13f qui admet la fixation d'un délai général après l'*Aktenschluss*. Voir également GROBETY, 446 ; MARKUS/BRÖNNIMANN, 123.

⁵⁰ Christian Lüscher (rapporteur), BO 2022 N 671 ; Christian Lüscher (rapporteur), BO 2023 N 529, qui retient que la conférence de conciliation a entendu corriger la jurisprudence trop sévère sur cette question. Dans le même sens, Raphaël Mahaim, BO 2022 N 2252.

mandataires, de telle sorte qu'ils étaient irrecevables lorsqu'ils étaient finalement allégués⁵¹. Pour sa part, le Conseil des Etats a estimé jusqu'à la conférence de conciliation que la règle ne devait pas être changée⁵². La disposition révisée protège ainsi les mandataires contre l'irrecevabilité des faits et moyens de preuves nouveaux (« *Vermirkung des Novenrechts* ») en n'imposant plus aux justiciables de les informer immédiatement dès la découverte des éléments nouveaux⁵³.

b. La survenance d'un événement procédural

30. La fixation du délai dépend donc de la survenance d'un *événement procédural*. Il peut s'agir :

- De la connaissance par le tribunal de potentiels faits ou preuves nouveaux.
 - Le tribunal reçoit une *expertise*, entend un *témoin* ou procède à une *vision locale*. Il indique aux parties dans une ordonnance de procédure que de potentiels faits ou preuve nouveaux suscités par l'écriture ou la preuve administrée doivent être annoncés dans un certain délai. Quant au dépôt de la *duplique*, il impose de toute manière au tribunal de fixer à la partie demanderesse un délai pour se déterminer (art. 53 al. 3 CPC), qui peut également valoir, en cas d'indication expresse, pour l'allégation d'éventuels *Dupliknoven*⁵⁴.
 - Le tribunal est *informé par une partie* de la survenance d'un fait ou d'une preuve nouvelle⁵⁵. Il lui fixe formellement un délai

⁵¹ Christian Lüscher (rapporteur), BO 2022 N 2254 ; Baptise Hurni, BO 2023 N 212 ; Christian Lüscher (rapporteur), BO 2023 N 215. Cf. ég. Karin Keller-Sutter (CF), BO 2022 N 694. Cf. ég. Raphaël Mahaim, BO 2022 N 674.

⁵² Philippe Bauer (rapporteur), BO 2023 E 8. Puis, après la conférence de conciliation, Philippe Bauer (rapporteur), BO 2023 E 245.

⁵³ GÜNGERICH, 196 ; HURNI/HOFMANN, 212. Cf. ég. OFK ZPO-ENGLER, art. 229 N 13d.

⁵⁴ Dans le même sens, GÜNGERICH, 196 s. *Nuancé* : OFK ZPO-ENGLER, art. 229 N 13e, selon lequel si un droit de réplique inconditionnel a été octroyé à une partie en raison de novas dans la duplique, elle doit elle-même invoquer ses propres novas dans le délai de l'art. 53 al. 3 CPC.

⁵⁵ MARKUS/BRÖNNIMANN, 123, n'envisagent pas cette hypothèse.

pour le dépôt d'un mémoire de faits ou preuves nouveau. Si la partie dépose d'emblée un mémoire de faits ou preuves nouveaux, le tribunal peut l'admettre ou indiquer que celui-ci devra être déposé ultérieurement, le cas échéant avec d'autres faits survenus dans l'intervalle, afin d'éviter l'accumulation de tels mémoires.

- L'organisation d'une audience.
 - Le tribunal indique aux parties dans une ordonnance de procédure que de potentiels faits ou preuve nouveaux doivent être invoqués jusqu'à une certaine date (ou un certain délai) avant l'audience (ou une audience) de débats principaux⁵⁶. La mention d'une date doit être privilégiée pour éviter toute difficulté de calcul⁵⁷.
- L'organisation d'un autre acte de procédure.
 - Le tribunal annonce aux parties dans une ordonnance de procédure que de potentiels faits ou preuve nouveaux doivent être invoqués jusqu'à une certaine date (ou un certain délai) avant le dépôt des questions aux experts ou des plaidoiries écrites, elles-mêmes prévues pour une certaine date. Tel pourrait également être le cas lorsque la procédure est reprise après le prononcé de sa suspension (art. 126 CPC)⁵⁸ ou lorsqu'un délai est imparti pour l'exercice d'un droit de réplique inconditionnelle (art. 53 al. 3 CPC)⁵⁹.

⁵⁶ HURNI/HOFMANN, 212, qui rappellent qu'un délai peut être fixé lors de la citation des parties aux débats principaux pour réduire « *l'effet de surprise à l'audience* » ; MARKUS/BRÖNNIMANN, 123 ; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, 828, qui retiennent que le délai devrait idéalement échoir 10 jours avant l'audience, afin de permettre l'exercice du droit de réplique par l'autre partie.

⁵⁷ *Infra*, N 31.

⁵⁸ HURNI/HOFMANN, 212.

⁵⁹ MARKUS/BRÖNNIMANN, 123 ss. Cf. ég. HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1196 s. Pour OFK ZPO-ENGLER, art. 229 N 13e, si un droit de réplique inconditionnel a été octroyé à une partie en raison de novas, elle doit elle-même invoquer ses propres novas dans le délai de l'art. 53 al. 3 CPC.

c. Le calcul du délai

31. Le tribunal doit fixer un délai raisonnable au vu des circonstances⁶⁰. Lorsque le tribunal annonce qu'un fait ou une preuve nouvelle doit être invoqué dans un certain délai, celui-ci peut être *prolongé* aux conditions de l'article 144 al. 2 CPC⁶¹. Quant au *calcul*, il est régi par l'article 142 CPC. Une *suspension* au sens de l'article 145 CPC peut également intervenir.
32. Le calcul peut présenter des difficultés lorsque le tribunal ordonne l'invocation des faits et moyens de preuve nouveaux dans un certain délai *avant une audience*. Si le dernier jour pour le dépôt tombe un samedi, dimanche ou jour férié, il est à notre sens reporté au jour ouvrable qui suit en vertu de l'article 143 al. 3 CPC, appliqué par analogie. L'article 145 CPC (suspension) n'a en revanche pas de portée dans ce contexte. Ainsi, si les faits et moyens de preuve nouveaux doivent être invoqués dans les vingt jours avant une audience fixée au 20 août, le dernier jour pour annoncer le fait est le 31 juillet qui précède, ou le 2 août si le 31 juillet est un dimanche, le 1^{er} août étant férié.

4. A défaut : l'allégation à la plus prochaine audience

33. Il convient en premier lieu de relever que si les novas apparaissent après l'échéance du délai imparti pour les faire valoir avant une audience, les parties peuvent s'en prévaloir sans préavis au tribunal au début de cette audience⁶².
34. Si le tribunal ne fixe pas de délai, l'invocation des faits et moyens de preuve nouveaux doit intervenir à la prochaine audience⁶³.

⁶⁰ Cf. GÜNGERICH, 197 et MARKUS/BRÖNNIMANN, 125, qui retiennent que le délai ne doit être ni trop court, pour permettre la réalisation efficace des droits (« *wirksame Rechtsverfolgung* »), ni trop long, pour éviter un ralentissement de la procédure.

⁶¹ Avec retenue selon MARKUS/BRÖNNIMANN, 124 s.

⁶² Cf. STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, 827. *Nuancé* : OFK ZPO-ENGLER, art. 229 N 13g, qui retient que le principe de bonne foi peut impliquer de présenter ses novas avant les débats principaux.

⁶³ MARKUS/BRÖNNIMANN, 125, selon lequel le critère de la prochaine audience

35. Lorsque les parties ont déjà épuisé leur deuxième chance d'alléguer, la version germanophone de l'article 229 al. 2 CPC ordonne que les faits et moyens de preuves nouveaux soient présentés « *bis zum ersten Parteivortrag* ». Il s'agit de privilégier, pour l'interprétation de l'article 229 al. 2 CPC, la teneur des textes francophone (« *lors des premières plaidoiries* ») et italophone de la disposition (« *durante le prime arringhe* »). Cette interprétation permet d'uniformiser le régime des deux premiers alinéas de l'article 229 CPC, sans contradiction avec le régime qui s'applique après les premières plaidoiries (art. 229 al. 2^{bis} CPC) qui ne prévoit pas de limite temporelle quant au déroulement de l'audience. Une interprétation contraire ne correspond, du reste, pas à la volonté du législateur qui a précisément entendu corriger l'interprétation jurisprudentielle de l'expression « *à l'ouverture des débats principaux* ». A défaut, le régime (trop) strict de l'ATF 147 III 475 renaîtrait pour le cas où des faits nouveaux interviennent entre la clôture de la phase d'allégation et l'ouverture des débats principaux⁶⁴.
36. Le régime de l'article 229 al. 2^{bis} CPC s'applique une fois la phase d'allégation clôturée, après les premières plaidoiries des débats principaux, et lors d'une audience d'instruction, d'administration des preuves ou de plaidoiries finales⁶⁵. Ces audiences ne comportant pas de premières plaidoiries, les novas devraient pouvoir être apportés jusqu'à la fin de ladite audience⁶⁶. Cette règle ne pose pas de difficulté particulière lorsque lesdits faits ou preuves surviennent

devrait constituer une limite pour la durée du délai que le tribunal peut fixer (autre variante de l'art. 229 al. 2 et 2^{bis} CPC). Cf. ég. OFK ZPO-ENGLER, art. 229 N 13d, qui retient que cette règle comporte le risque, en présence d'une pléthore de novas, d'un report de l'audience. Cf. ég. GROBETY, 446, pour qui un dépôt spontané est possible.

⁶⁴ HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1196 s., qui renvoient à Christian Lüscher (rapporteur), BO 2023 N 529. Cf. ég. GÜNGERICH, 197, qui retient qu'il s'agit, pour les avocats et avocates, d'être prudents jusqu'à ce que le Tribunal fédéral se prononce. *Contra* : OFK ZPO-ENGLER, art. 229 N 13b ; MARKUS/BRÖNNIMANN, 125 ; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, 827.

⁶⁵ OFK ZPO-ENGLER, art. 229 N 13h.

⁶⁶ GÜNGERICH, 197 ; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1197, qui retiennent que les abus pourront être sanctionnés par la mise des frais à la charge de la partie concernée (art. 108 CPC). Dans le même sens, quant à l'art. 108 CPC, OFK ZPO-ENGLER, art. 229 N 13g. *Nuancés* : MARKUS/BRÖNNIMANN, 123.

ou sont révélés avant une audience, étant précisé que si ceux-ci apparaissent peu de temps avant l'audience, la partie pourrait demander la fixation d'un délai au tribunal⁶⁷. La citation à l'audience pourra toutefois indiquer que des novas ne peuvent pas être apportés lors de cette audience, par exemple si elle ne vise qu'à tenter la conciliation entre les parties (art. 124 al. 2 CPC), de telle sorte que « l'audience suivante » au sens de l'article 229 al. 2^{bis} CPC est celle qui sera citée ensuite⁶⁸. Lorsque des novas se révèlent en audience, le tribunal peut, au gré des circonstances, fixer un délai pour les annoncer, ou exiger que la partie concernée s'exprime séance tenante⁶⁹. Si en revanche le fait ou la preuve nouvelle survient ou est révélé après la dernière audience mais avant l'entrée en délibération, dernier moment possible pour son invocation (art. 229 al. 3 CPC par analogie⁷⁰), il revient à la partie concernée de solliciter un délai au juge ou d'opérer le dépôt spontané d'un mémoire⁷¹.

5. La prise de position de la partie adverse

37. La partie adverse peut se prononcer sur le mémoire de faits nouveaux. Lorsque les novas sont présentés oralement à l'audience, l'article 53 al. 3 CPC ne trouve pas à s'appliquer, de telle sorte que le tribunal n'est pas tenu de suspendre l'audience afin de laisser s'écouler un délai de 10 jours au moins pour que la partie défenderesse puisse se déterminer⁷². Le tribunal peut toutefois scinder les débats s'il le souhaite⁷³.

⁶⁷ Cf. HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1197. *Nuancés* : STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, 828.

⁶⁸ GÜNGERICH, 197. Cf. ég. MARKUS/BRÖNNIMANN, 123, qui précisent que la question de la prise en compte des audiences consacrées exclusivement à la conciliation n'est pas résolue.

⁶⁹ HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1197.

⁷⁰ MARKUS/BRÖNNIMANN, 123. Cf. ég. STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, 828.

⁷¹ *Supra*, N 30.

⁷² STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, 827, qui retiennent qu'il s'agit d'une réduction téléologique de l'art. 53 al. 3 CPC.

⁷³ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, 827.

IV. Le droit de réplique (art. 53 al. 3 CPC)

A. Principe

38. Le droit de prendre position sur tout nouvel élément figurant au dossier est fermement ancré dans les principes fondamentaux du procès civil (art. 53 al. 1 CPC)⁷⁴. Le droit de réplique est une expression spécifique du droit d'être entendu, consacré à l'article 29 al. 2 Cst., et du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 CEDH⁷⁵. L'article 29 al. 2 Cst. l'étend à toutes les procédures judiciaires, y compris celles qui ne sont pas visées par l'article 6 § 1 CEDH⁷⁶.
39. Le droit de réplique impose aux tribunaux de porter toute prise de position de l'autorité inférieure, détermination de la partie adverse ou pièce nouvelle⁷⁷ qui leur parvient, à la connaissance des parties et de donner à ces dernières la possibilité de se déterminer à leur sujet⁷⁸. La règle est absolue (*unbedingtes Replikerecht*⁷⁹). Elle s'applique que la détermination ou l'écriture fasse état ou non de nouveaux faits ou arguments et soit susceptible ou non d'influencer la décision du tribunal⁸⁰. A réception d'une réponse en procédure ordinaire, même si le juge renonce à ordonner un nouvel échange d'écritures (art. 225 CPC), il doit néanmoins transmettre cette prise de position au défendeur⁸¹. A l'inverse, une lettre par laquelle une partie prie le

⁷⁴ BOHNET, Droit de réplique, N 1 ss.

⁷⁵ ATF 133 I 100, consid. 4.6, JdT 2008 I 368.

⁷⁶ ATF 133 I 100, JdT 2008 I 368. Voir également ATF 138 I 154, consid. 2.3, JdT 2013 I 121.

⁷⁷ TF 5A_299/2013 du 6 juin 2013, consid. 5.1 ; TF 5A_535/2012 du 6 décembre 2012, consid. 2.1.

⁷⁸ ATF 133 I 100, consid. 4.6, JdT 2008 I 368 ; ATF 137 I 195, consid. 2.3.1 ; ATF 138 I 154, consid. 2.3.3, JdT 2013 I 121.

⁷⁹ ATF 138 I 484, consid. 2.3 ; TF 5A_350/2013 du 8 juillet 2013, consid. 1.4.

⁸⁰ ATF 133 I 100, consid. 4.3, JdT 2008 I 368, et les réf. à la jurisprudence de la CourEDH ; ATF 137 I 195, consid. 2.3.1 ; ATF 138 I 154, consid. 2.3.3, JdT 2013 I 121 ; ATF 138 I 484, consid. 2.1.

⁸¹ ATF 139 I 189, consid. 3.2 ; ATF 138 I 484, consid. 2.2 ; TF 5A_553/2015 du 16 décembre 2015, consid. 4.1.1, RSPC 2016 14.

juge de statuer sur la base des documents déposés par l'autre n'est pas une « détermination » et n'a pas à être transmise à l'autre partie et n'ouvre pas de droit de répliquer⁸².

40. Le fondement du droit de réplique est la *confiance des justiciables en la justice*, qui se base notamment sur la certitude de pouvoir se déterminer par rapport à toute pièce du dossier⁸³. Il appartient dès lors aux parties d'apprécier si un document nécessite un commentaire⁸⁴.
41. Le droit de réplique inconditionnel tel que développé par la jurisprudence *s'exerce spontanément*. Il est violé lorsque l'autorité rend une décision alors qu'elle ne pouvait pas presumer d'une renonciation à l'exercice dudit droit. Selon la jurisprudence, elle ne peut le retenir avant l'écoulement d'un délai de dix jours après notification de l'acte. Le tribunal doit, de plus, tenir compte des samedis, dimanches et jours fériés au siège du tribunal, la question n'étant pas résolue pour les périodes de suspension des délais⁸⁵. Pour le Tribunal fédéral, si le juge notifie un acte sans fixer de délai au destinataire pour prendre position, il exprime ainsi que l'échange d'écritures est clos, qu'il n'attend plus d'autres déterminations de la part des parties et qu'il considère donc que l'affaire est en état d'être jugée. En conséquence, on attend d'une partie qui reçoit un acte pour information sans fixation de délai et qui souhaite s'exprimer à ce sujet qu'elle le fasse immédiatement et spontanément ou qu'elle demande au moins la fixation d'un délai⁸⁶.
42. Ce droit de réplique inconditionnel *ne permet pas de déroger aux règles de l'instance en matière d'allégations*, d'apport des preuves, de griefs et de conclusions⁸⁷. Il offre uniquement à l'intéressé la possibilité de

⁸² TF 5D_153/2011 du 21 novembre 2011, RSPC 2012 180.

⁸³ ATF 133 I 100, consid. 4.3, JdT 2008 I 368 et les réf. à la jurisprudence de la CourEDH.

⁸⁴ ATF 138 I 484, consid. 2.1.

⁸⁵ TF 5D_81/2015 du 4 avril 2016, consid. 2.3.4 et 2.4.3, RSPC 2016 295.

⁸⁶ TF 5D_81/2015 du 4 avril 2016, consid. 2.3.2, RSPC 2016 295 ; TF 4A_215/2014 du 18 septembre 2014, consid. 2.2, RSPC 2015 5.

⁸⁷ ATF 132 I 42, consid. 3.3.4, JdT 2008 I 110 ; ATF 135 I 19, consid. 2.2 ; ATF 143 II 283, consid. 1.2.3 ; TF 4A_487/2014 du 28 octobre 2014, consid. 1.2.4 ; TF 1B_102/2019 du 13 juin 2019, consid. 5 : il est exclu que, sur la base du droit

s'exprimer sur tout acte versé au dossier. Ainsi, l'allégation de nouveaux faits est exclue lors de l'exercice d'un droit de réplique spontané en procédure sommaire⁸⁸, à moins que les conditions des novas soient réunies : « *Der (formelle) Gehörsanspruch ist nicht dazu da, das (materielle) Prozessrecht auszuhebeln* »⁸⁹.

B. Le nouveau régime

1. La codification du droit de réplique inconditionnel

43. Lors des débats sur la révision du Code de procédure civile, le Conseil des Etats a souhaité ancrer le droit de réplique inconditionnel dans la loi. Le Conseil national en a encore précisé la portée : alors que la mouture du Conseil des Etats laissait le choix au juge de fixer ou non un délai à la partie⁹⁰, le Conseil national a voté un texte prévoyant la fixation d'un délai minimum de dix jours « *ce qui aura évidemment pour conséquence de rendre les règles de procédure civile plus claires, plus lisibles et plus compréhensibles pour le justiciable* »⁹¹. Il s'agissait pour le reste de reprendre les principes dégagés par la jurisprudence, en les exprimant directement dans la loi⁹². Le Conseil des Etat s'est rallié à cette proposition lors de la conférence de conciliation⁹³.

de réplique spontané, le recourant présente après la fin du délai de recours des conclusions et des griefs qu'il pouvait déjà faire valoir dans son acte de recours.

⁸⁸ ATF 144 III 117, consid. 2.2-2.3 ; ATF 146 III 237, consid. 3.1-3.2, JdT 2022 II 405.

⁸⁹ TF 5A_144/2024 du 22 mai 2024, consid. 3.3.

⁹⁰ BO 2021 E 674 : « *Elles peuvent se déterminer sur tous les actes de la partie adverse. Le tribunal peut leur impartir un délai raisonnable. Dans le cas contraire, elles doivent se déterminer dans un délai de 10 jours, faute de quoi elles sont considérées y avoir renoncé* ».

⁹¹ Vincent Maitre, BO 2022 N 2253 ; Christian Lüscher (rapporteur), BO 2022 N 2254 ; Philipp Matthias Bregy (rapporteur), BO 2023 N 216.

⁹² Vincent Maitre (rapporteur), BO 2023 N 212 : « *L'article 53 alinéa 3 et le droit à la réplique portent sur le même principe. Le droit à la réplique est aujourd'hui seulement consacré par la jurisprudence. Un justiciable est donc censé connaître la jurisprudence selon laquelle, pour répliquer, il dispose d'un délai tacite de dix jours. Cela n'est pas satisfaisant ; le juge doit indiquer le délai de réplique au justiciable qu'il a en face de lui, afin que celui-là puisse comprendre et saisir pleinement ce dont il s'agit* ».

⁹³ Philippe Bauer (rapporteur), BO 2023 E 244. HURNI/HOFMANN, 213.

44. On peut ainsi déduire des débats que le but du législateur était de *maintenir le droit de répliquer tel qu'il existe* dans le régime en vigueur au moment des discussions devant les Chambres, mais en imposant au juge de fixer à la partie ou aux parties concernées un délai de dix jours au moins pour l'exercer, contrairement au régime jurisprudentiel⁹⁴. Ce principe ne vaut cependant que devant les instances cantonales (et le Tribunal fédéral des brevets) et non devant le *Tribunal fédéral*, faute de modification de la LTF sur ce thème.

2. La fixation d'un délai minimum de dix jours

45. Dès lors que désormais un délai minimum de dix jours doit être fixé par le juge pour répliquer, celui-ci est *calculé* conformément aux articles 142 et 143 CPC. Il n'est donc pas nécessaire que la réplique parvienne au tribunal à l'issue du dixième jour, mais il suffit qu'elle soit *déposée* le dixième jour à la poste à l'attention du tribunal⁹⁵. Le délai fixé peut être *prolongé* (art. 144 al. 2 CPC)⁹⁶, voir *restitué* (art. 148 CPC). Par ailleurs, il ne *court pas* pendant les périodes de *suspension* (art. 145 CPC), ce qui n'était tranché auparavant⁹⁷.
46. Interprétée conformément au *principe de la bonne foi*, la règle des dix jours minima devrait connaître quelques aménagements. Si l'acte est notifié *moins de dix jours avant une audience*, le tribunal pourrait inviter la partie à prendre position au plus tard à l'audience ; lorsqu'il est *remis à l'audience*, la réaction devrait intervenir lors de celle-ci, à moins

⁹⁴ ATF 138 I 484, consid. 2.4 ; TF 5A_553/2015 du 16 décembre 2015, consid. 4.1.1, RSPC 2016 14 : « le droit de répliquer n'impose pas à l'autorité judiciaire l'obligation de fixer un délai à la partie pour déposer d'éventuelles observations. Elle doit seulement lui laisser un laps de temps suffisant, entre la remise des documents et le prononcé de sa décision, pour qu'elle ait la possibilité de déposer des observations si elle l'estime nécessaire » ; HURNI/HOFMANN, 212.

⁹⁵ HOFMANN/LÜSCHER, 47 ; OFK ZPO-MUSTER, art. 53 N 7 ; ZPO annotée-MORET, art. 53 N 2.

⁹⁶ HOFMANN/LÜSCHER, 47 ; OFK ZPO-MUSTER, art. 53 N 7 ; STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, 823.

⁹⁷ *Supra*, N 41.

que les circonstances justifient la fixation d'un délai de dix jours au moins pour prendre position.

47. L'existence d'un véritable délai signifie également que le droit de se prononcer s'éteint avec l'échéance du délai (« *Passé ce délai, les parties sont considérées avoir renoncé à se déterminer* » ; « *Nach unbenutztem Ablauf der Frist wird Verzicht angenommen* »), alors que le mécanisme était différent sous le régime jurisprudentiel⁹⁸.

3. Les actes visés

48. On peut regretter que le texte ne précise pas que ce droit existe non seulement à l'égard des actes de la partie adverse, mais également à l'égard de *tout acte des autorités*⁹⁹ ou acte et *documents de tiers* versés au dossier, par exemple une clôture de l'instruction, un rapport d'inspection, un rapport d'expertise ou encore les observations de l'instance précédente devant l'autorité de recours. A notre sens, les modalités prévues par l'art. 53 al. 3 CPC valent également dans de tels cas. Il serait en effet peu cohérent de retenir que pour ces actes, le régime jurisprudentiel décrit ci-dessus¹⁰⁰ devrait continuer à s'appliquer.
49. Par ailleurs, il aurait été opportun de préciser que les modalités fixées dans la loi ne concernent que les écrits, les *interventions orales* permettant certes une prise de position, mais en principe immédiatement à l'audience.
50. Parmi les écrits, il est admis en pratique que les simples *requêtes de prolongation de délai* demeurant dans le cadre usuel n'ont pas à être soumises¹⁰¹ et si elles sortent de l'ordinaire, elles ne le sont que si le

⁹⁸ TF 5A_155/2013 du 17 avril 2013, RSPC 2013 460 : une détermination formulée au bénéfice du droit de réplique ne peut pas être écartée pour le motif qu'elle aurait été déposée plus de 20 jours après la dernière communication du tribunal si le jugement n'a pas été encore rendu à la réception de celle-ci.

⁹⁹ ATF 133 I 100, consid. 4.5 ; ATF 133 I 98, consid. 2.2 ; ATF 132 I 42, consid. 3.3.2-3.3.4. *Supra*, N 39.

¹⁰⁰ *Supra*, N 41.

¹⁰¹ Comp. HURNI/HOFMANN, 213, qui vont jusqu'à le retenir pour les requêtes en jonction ou disjonction de cause. Cf. ég. HOFMANN/LÜSCHER, 47. HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1165, retiennent que « *Insonveit erscheint es*

tribunal envisage de les accepter. Le délai fixé pour prendre position est dans ce cas nécessairement bref. La même réflexion vaut pour les *requêtes d'effet suspensif*¹⁰². La question est controversée pour la procédure de *mesures provisionnelles*. Dans la mesure où l'article 53 al. 3 CPC est une disposition générale qui s'applique à toutes les procédures, elle vaut aussi pour la procédure sommaire et les mesures provisionnelles¹⁰³. Seules des circonstances particulières justifient que le tribunal fixe un délai plus bref. Il convient naturellement de réserver le régime particulier des mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC).

4. La sanction en cas de violation

51. Quelle est donc la sanction lorsque le tribunal *ne fixe aucun délai* ? Il n'y en a pas si la partie exerce spontanément son droit dans le délai judiciaire de dix jours ou ultérieurement, tant que cette possibilité existe encore. Si elle ne peut être réparée devant le tribunal saisi, la violation du droit de répliquer doit être sanctionnée par une annulation de la décision rendue, lorsque la partie concernée démontre – les exigences de motivation des voies de droit l'imposent¹⁰⁴ – que l'acte en cause contenait des éléments déterminants qui appelaient des observations de sa part¹⁰⁵.

u.E. vertretbar, den Wortlaut teleologisch zu reduzieren und die Frist nur anzusetzen, wenn der Anspruch auf rechtliches Gehör aufgrund der Erheblichkeit des Vorbringens die Gewährung eines Replikrechts verlangt».

¹⁰² Dans ce sens, Christian Lüscher (rapporteur), BO 2022 N 670 ; HURNI/HOFMANN, 213.

¹⁰³ Dans ce sens, VON AARBURG, N 359. *Contra* : HOFMANN/LÜSCHER, 47. *Nuancés* : HURNI/HOFMANN, 213, qui retiennent qu'il revient au tribunal d'exercer son pouvoir d'appréciation. Cf. ég. HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1165, qui mentionnent les difficultés liées à la pesée des intérêts dans ce cas.

¹⁰⁴ ATF 146 III 97, consid. 3.4.3 ; TF 5A_147/2020 du 24 août 2020, consid. 5.3, RSPC 2021 40 ; TF 5A_126/2018 du 14 septembre 2018, consid. 7, RSPC 2019 3.

¹⁰⁵ ATF 146 III 97, consid. 3.4.3. Selon HURNI/HOFMANN, 214, la règle devra être de retenir la violation du droit d'être entendu. Dans ce sens ég., HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1165.

V. Conclusion

52. Les exigences sévères posées par la jurisprudence en matière de substance de l'allégation des faits et des preuves n'ont pas été relativisées lors de la révision du Code de procédure civile. En revanche, les parlementaires fédéraux se sont efforcés d'assouplir les règles relatives au moment de l'allégation, que cela soit à l'audience faute de deuxième échange d'écritures ou en cas de *novas* proprement et improprement dits, et à préciser les modalités d'exercice du droit de réplique inconditionnel. Si l'on peut regretter que les textes adoptés sur ces points très techniques n'aient pas été suffisamment peaufinés, ils permettent d'éviter que les parties ne se retrouvent face à une forclusion inattendue de leurs droits procéduraux. Reste encore à la jurisprudence de clarifier la portée des nouveaux textes. Souhaitons qu'elle soit à l'écoute des préoccupations du législateur et qu'elle ne se laisse pas à nouveau attirer dans la spirale de la maxime éventuelle.

Bibliographie

BAUER PHILIPPE, Des améliorations utiles, une incongruité et une erreur, *Revue de l'avocat* 2023 200 ss

BOHNET FRANÇOIS, Les exceptions en procédure civile, *in* : Bohnet François (édit.), *Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour le praticien*, Neuchâtel 2010, 141 ss (cité : Exceptions)

BOHNET FRANÇOIS, L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile, principes et modalités, *in* : Bohnet François/Anne Sylvie Dupont (édit.), *Dix ans de code de procédure civile*, Neuchâtel/Bâle 2020, 31 ss (cité : Allégation et contestation)

BOHNET FRANÇOIS, Le droit de réplique en procédure civile, *in* : Bohnet François (édit.), *Le droit de réplique*, Neuchâtel/Bâle 2013, 151 ss (cité : Droit de réplique)

BREGY MATTHIAS PHILIPP, Die Laienfreundlichkeit in der überarbeiteten ZPO, *Revue de l'avocat* 2023 218 ss

BRUGGER DANIEL, Der Tatsachenvortrag « zu Beginn » der Hauptverhandlung, *ZZZ* 2019 22

GEHRI, MYRIAM A./JENT-SØRENSEN, INGRID/SARBACH, MARTIN, *ZPO Kommentar*, Zurich 2023 (cité : OFK ZPO-AUTEUR)

GROBÉTY LAURENT, Les faits et moyens de preuve nouveaux en procédure civile suisse, *SJ* 2023 431 ss

GÜNGERICH ANDREAS, Die Revision des Novenrechts, *Revue de l'avocat* 2024 195 ss

HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, *Le code de procédure civile*, 3^e éd. Berne 2023

HONEGGER-MÜNTENER PATRICK/RUFIBACH MATTHIAS/SCHUMANN JULIUS, Die Revision der ZPO, *PJA* 2023 1157 ss

HURNI BAPTISTE/HOFMANN DAVID, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, *Revue de l'avocat* 2023 209 ss

LÜSCHER CHRISTIAN, L'accès facilité à la justice dans le CPC révisé, *Revue de l'avocat* 2023 204 ss

MARKUS ALEXANDER R./BRÖNNIMANN LUCAS A. T., Erste Gedanken zur
Novelle des Novenrechts (Art. 229 ZPO), PCEF 2023 120 ss

STAEHELIN DANIEL/VON MUTZENBECHER FLORENCE, Die Revision der
ZPO vom 17. März 2023, RSJ 2023 815 ss

Les frais

par

Patricia Dietschy

Professeure à l'Université de Lausanne, juge suppléante à la Cour d'appel
civile du Tribunal cantonal vaudois

I. Introduction et contexte	30
II. Fixation du tarif des frais	32
A. Principe	32
B. En matière de LP	32
C. Distraction des dépens	33
III. Avances de frais	34
A. Principe	34
B. Champ d'application	35
C. Exceptions	36
D. Montant final	38
IV. Répartition des frais en cas de pluralité de parties	38
V. Règlement des frais	39
VI. Assistance judiciaire et preuve à futur	41
VII. Action partielle et demande reconventionnelle en constat négatif	42
VIII. Décision rendue par l'autorité de conciliation	45
IX. Informations du Conseil fédéral	46
X. Droit transitoire	46
Bibliographie	48

I. Introduction et contexte

1. La révision du Code de procédure civile (ci-après : CPC) a été votée le 17 mars 2023¹ et entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2025². La question des frais y est centrale, dans la mesure où la réforme entendait proposer un texte « *laienfrendlich* »³, assurant un accès facilité à la justice civile.
2. Le 28 septembre 2017, le Conseiller aux Etats Claude Janiak déposait déjà une motion, intitulée « Faciliter l'accès aux tribunaux civils »⁴, dans laquelle il mentionnait l'effet prohibitif des frais judiciaires, relevant que les frais de procédure comptaient parmi les aspects les plus critiqués du Code de procédure civile fédéral. Il souhaitait ainsi que le CPC soit modifié de manière à ce que « les avances de frais judiciaires soient réduites, par ex. à une "taxe d'avertissement", et que l'accès aux tribunaux ne soit plus l'apanage des nantis ». Cette motion a été traitée par le Conseil fédéral dans le cadre de la révision globale du CPC.
3. Dans son Avant-Projet, l'administration fédérale a proposé plusieurs modifications sur la question des frais, en supprimant les obstacles financiers grâce à la limitation de l'avance de frais à la moitié des frais judiciaires présumés et à l'adaptation des dispositions concernant le règlement des frais. Il ressort globalement de la procédure de consultation que les modifications proposées en matière de frais ont été diversement accueillies⁵. Une majorité de cantons s'est prononcée contre les nouvelles règles de répartition proposées, invoquant avant tout la charge financière supplémentaire qu'elles impliqueraient et s'opposant également à la limitation de l'avance de frais à la moitié des frais judiciaires

¹ FF 2023 786 ss.

² RO 2023 491.

³ Ce terme a été utilisé à plusieurs reprises lors des débats aux Chambres, voir notamment LÜSCHER, BO CN 2022 N 669 (10.05.2022), HURNI, BO CN 2022 N 2251 (12.12.2022), MAHAIM, BO CN 2023 N 210 (06.03.2023).

⁴ N° 17.3868.

⁵ Révision du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), Synthèse des résultats de la procédure de consultation, 29 janvier 2020, 8 ss.

présupposés⁶. À l'inverse, une nette majorité de partis et d'organisations ainsi que quatre cantons se sont prononcés en faveur de ces modifications, demandant parfois même des mesures beaucoup plus importantes pour faciliter l'accès à la justice. Les participants à la consultation ont toutefois largement admis que les règles en vigueur en matière de frais posaient problème, certains cantons proposant d'autres solutions encore. Au vu de ces résultats, le Conseil fédéral a choisi de maintenir pour l'essentiel ses propositions⁷. Il a cependant tenu compte des réserves formulées par les cantons, notamment par le biais de différentes exceptions au principe de la limitation de l'avance de frais à la moitié des frais judiciaires présumés. Il a relevé que ces propositions en matière d'avance de frais et de règlement des frais avaient pour l'essentiel déjà été faites au moment de l'élaboration du CPC, mais qu'elles avaient été rejetées lors des débats politiques, principalement pour des raisons budgétaires⁸. Il s'agissait donc de réfléchir à nouveau à la question et de tenir compte des vives critiques à l'encontre de la réglementation sur les frais. Le meilleur accès à la justice qui était l'objectif de la révision passe ainsi par des modifications sur les frais, qui étaient considérées comme un des aspects essentiels des difficultés rencontrées par les justiciables.

4. Le Conseil fédéral, et à sa suite le Parlement, ont en revanche renoncé à proposer des tarifs de frais unifiés à l'échelon national ou des tarifs-cadres ou maximaux qui empièteraient sur la souveraineté cantonale dans ce domaine. Différentes propositions en ce sens avaient été soumises lors de la consultation⁹. Le Conseil fédéral a estimé qu'il demeurerait de la responsabilité des cantons de garantir l'accès aux tribunaux civils dans le cadre de leur autonomie en matière de tarif¹⁰.

⁶ *Ibid.*, 9.

⁷ Message CPC 2020, 2623.

⁸ Message CPC 2020, 2623.

⁹ Synthèse (n. 5), 9.

¹⁰ Message CPC 2020, 2623.

II. Fixation du tarif des frais

A. Principe

5. Comme on l'a vu¹¹, la révision ne modifie pas la compétence cantonale en matière de fixation du tarif des frais. Un postulat avait été déposé par le Conseiller national Christian Dandrès le 10 mai 2022 visant à ce que des maxima soient fixés pour le montant des frais judiciaires et que des principes soient unifiés pour la détermination des frais judiciaires dans les cantons¹². Le Conseil fédéral a rendu son avis le 17 août 2022 et il a estimé que les cantons devaient conserver leur souveraineté en matière de fixation des tarifs de frais. De son point de vue, « de telles prescriptions générales ne sont pour l'heure ni nécessaires ni pertinentes et elles ne sont pas non plus susceptibles de rallier une majorité ». Le postulat a été retiré le 4 mai 2023.

B. En matière de LP

6. En matière de poursuites, la loi précisera désormais que la souveraineté cantonale est limitée par les règles de droit fédéral sur les émoluments en matière de poursuites. Ainsi, l'article 96 al. 1 nCPC réserve les émoluments qui sont instaurés par l'article 16 LP. Cette disposition renvoie à l'Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la LP (ci-après : OELP), en particulier à ses articles 48 ss¹³. Cette solution correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral adoptée à l'ATF 139 III 195. Notre haute cour a en revanche rappelé que, depuis l'entrée en vigueur du CPC en 2011, les dépens alloués à la partie qui obtient gain de cause en matière de procédure sommaire ne sont plus fixés par l'OELP et se déterminent exclusivement d'après le tarif cantonal¹⁴.

¹¹ Cf. *supra* N 4.

¹² Postulat « Garantir l'effectivité des droits par l'instauration d'un cadre fédéral en matière de frais judiciaires » n° 22.3428.

¹³ Le 9 mars 2020, une motion parlementaire a été déposée avec pour objectif de réduire les émoluments en matière de poursuite, voir la motion PHILIPPE NANTERMOT n° 20.3067, adoptée par le CN le 02.03.2022.

¹⁴ ATF 149 III 210, consid. 4.1.1 ; ATF 139 III 195, consid. 4.3.

C. Distraction des dépens

7. Un nouvel alinéa 2 sera par ailleurs introduit à l'article 96, visant à autoriser les dispositions cantonales qui octroient un droit exclusif aux honoraires et débours qui sont alloués à titre de dépens. Cette institution, communément appelée « distraction des dépens », permet à l'avocat de poursuivre directement, en son propre nom et pour son propre compte, la partie adverse de son mandant¹⁵. Le but de cette institution est de s'assurer que les dépens alloués servent effectivement à éteindre la créance en paiement des honoraires de l'avocat. Cette modification n'était pas prévue dans le Projet mais a été introduite par le Conseil des Etats en première lecture ; la disposition a été adoptée par les Chambres sans discussion¹⁶.
8. En l'état actuel du droit, le canton de Vaud contient une disposition cantonale prévoyant le principe de la distraction des dépens, à l'article 47 al. 1 LPAv/VD, qui dispose que « l'avocat a un droit personnel exclusif aux honoraires et débours qui sont alloués par le jugement ou l'arrêt à titre de dépens, sous réserve de règlement de compte avec son client ». La jurisprudence du Tribunal cantonal vaudois considère cependant que pareille réglementation est contraire au droit fédéral de procédure civile et est, partant, inapplicable *de lege lata*¹⁷. La disposition vaudoise réserve le « règlement de compte avec le client ». Cette réserve figurait aussi dans la version proposée par le Conseil des Etats, mais a été biffée par le Conseil national qui a précisé qu'il « n'appartenait pas au tribunal de se mêler du rapport de droit privé entre le client et son avocat »¹⁸. Il convient à cet égard de noter que le Code de procédure pénale révisé, qui est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2024, prévoit également le principe de la distraction des dépens en faveur du défenseur privé mandaté par le prévenu, sans qu'une base légale cantonale supplémentaire ne soit nécessaire, mais sous réserve de

¹⁵ TF 5D_195/2013 du 22 janvier 2014, consid. 3.3.

¹⁶ BO CE 2021 E 674 (16.06.2021) ; BO CN 2022 N 688 (10.05.2022).

¹⁷ TC VD, Cour de droit des poursuites et faillite, 30.12.2019, ML/2019/247, n° 298.

¹⁸ BO CN 2022 N 685 (10.05.2022), intervention de CHRISTIAN LÜSCHER.

règlement de compte de l'avocat avec son client¹⁹. On ne peut que regretter ces différences entre le CPC et le CPP.

9. Il faut encore rappeler que la base légale cantonale autorisée par le nouvel article 96 al. 2 CPC ne concernera que les décisions rendues par les instances cantonales sur la base du CPC, à savoir les décisions de première et de deuxième instances. L'institution de la distraction des dépens est en revanche inconnue de la loi sur le Tribunal fédéral²⁰, même s'il arrive à la Cour de droit pénal d'indiquer, dans le dispositif de l'arrêt, que les dépens dus par la partie déboutée doivent être versés en mains de l'avocat de son adversaire²¹. Par ailleurs, le Tribunal fédéral admet la distraction des dépens en matière d'assistance judiciaire, même en l'absence de règle expresse, lorsque le justiciable victorieux a procédé au bénéfice de l'assistance judiciaire avec l'aide d'un conseil d'office²². La pratique est donc d'allouer les dépens directement à l'avocat d'office plutôt qu'à son client indigent. Le Tribunal fédéral applique la même solution au regard de l'article 122 al. 2 CPC²³.

III. Avances de frais

A. Principe

10. L'une des grandes modifications apportées par la révision en matière de frais concerne le montant des avances qui peut être réclamé aux parties. Désormais, le principe, inscrit à l'article 98 al. 1 nCPC, est que seule la moitié du montant présumé des frais judiciaires peut être demandée. Le législateur a en effet considéré que la réglementation actuelle constituait un obstacle financier et entravait l'accès à la justice civile. Cette modification, contenue dans

¹⁹ Nouvel art. 429 al. 3 CPP (RO 2023 468 ; FF 2019 6351).

²⁰ Voir TF 4A_376/2018 du 7 août 2019, consid. 7.

²¹ TF 6B_768/2022 du 13 avril 2023 ; TF 6B_711/2021 du 30 mars 2022 ; TF 6B_64/2021 du 7 septembre 2022.

²² TF 4A_106/2021 du 8 août 2022, consid. 3.4, et les réf. citées ; TF 4A_376/2018 du 7 août 2019, consid. 7 et les réf. citées.

²³ TF 4A_106/2021 du 8 août 2022, consid. 3.4.

le Projet, a été adoptée sans discussion par les deux Chambres²⁴. L'article 98 al. 1 nCPC reste libellé comme une possibilité offerte au juge de réclamer une avance et non une obligation. Le droit cantonal, dans son tarif, ou une directive interne, pourrait réduire encore le montant de l'avance à moins que la moitié, mais ne pourrait pas imposer au juge de réclamer systématiquement une avance correspondant à la moitié des frais présumés et ne plus permettre au juge d'y renoncer ou de la réduire à moins que la moitié²⁵. Par ailleurs, les lois cantonales indiquant que la partie doit verser une avance correspondant à la totalité de l'émolument prévisible, à l'instar de l'article 9 al. 1 TFJC/VD ou 2 al. 1 RTFMC/GE, seront contraires au droit fédéral et donc inapplicables à cet égard.

B. Champ d'application

11. Le champ d'application de l'article 98 al. 1 nCPC reste à notre avis indécis : s'agit-il de la moitié de l'ensemble des frais judiciaires visés par l'article 95 al. 2 CPC, à savoir l'émolument forfaitaire de décision, les frais d'administration des preuves, les frais de traduction et les frais de représentation de l'enfant ? Ou l'article 98 al. 1 nCPC exclut-il les frais d'administration des preuves, qui sont réglés spécifiquement à l'article 102 CPC ? Deux solutions peuvent être envisagées. Soit on considère que l'article 102 CPC, qui n'est pas modifié par la révision, est une *lex specialis* par rapport à l'article 98. Dans cette hypothèse, il sera toujours possible de demander aux parties d'avancer la totalité des frais relatifs à l'administration des preuves, correspondant notamment aux honoraires de l'expert. Certains auteurs se positionnent en faveur de cette solution²⁶. Soit on considère que l'article 98 constitue une norme de principe sur la question du montant des avances qui peuvent être réclamées, de sorte que toutes les avances de frais judiciaires seront limitées à la moitié du montant total présumé. En effet, l'article 98 utilise le terme générique de « frais judiciaires », qui correspond, selon l'article 95 al. 2 CPC aux différentes catégories

²⁴ BO CE 2021 E 674 s. (16.06.2021) ; BO CN 2022 N 688 (10.05.2022).

²⁵ CR CPC-TAPPY, art. 98 CPC N 8.

²⁶ BOHNET/SCHALLER, 206 ; HOFMANN/LÜSCHER, 130.

rappelées ci-dessus. De son côté, l'article 102 CPC ne précise pas le montant des avances, mais uniquement la partie qui doit verser l'avance et le caractère impératif de cette avance : en dérogation à l'article 98, le tribunal a l'obligation de réclamer une avance de frais pour l'administration des preuves et il doit le faire auprès de la partie qui a requis l'administration du moyen de preuve. A notre avis, la première solution doit l'emporter, à savoir que les avances de frais d'administration des preuves ne sont pas limitées à la moitié. L'article 102 n'est pas modifié par la révision et il précise, à son alinéa 2, que lorsque les parties requièrent les mêmes moyens de preuve, chacune avance la moitié des frais, ce qui démontre que la totalité des frais d'administration des preuves doit être couverte par l'avance. Cela correspond au demeurant à la situation de certains codes de procédure civile cantonaux, applicables avant l'entrée en vigueur du CPC, notamment celui de Saint-Gall (art. 274 let. b).

C. Exceptions

12. La modification du montant des avances a été diversement accueillie lors de la procédure de consultation et plusieurs cantons s'y sont notamment opposés²⁷. Le Conseil fédéral en a tenu compte et a choisi d'introduire plusieurs exceptions à la règle, c'est-à-dire des cas où la totalité des frais présumés peut être demandée à titre d'avances. L'article 98 al. 2 nCPC prévoit dès lors les exceptions suivantes :
- les procédures devant le tribunal de commerce lorsque les parties ont librement choisi cette autorité, en vertu de l'article 6 al. 4 let. c, ainsi que les procédures engagées devant l'instance cantonale unique au sens de l'article 8 ; selon le Conseil fédéral, l'exception se justifie car il s'agit de tribunaux qui sont saisis librement par les parties et qui ne leur sont pas imposés²⁸ ;
 - la procédure de conciliation ; selon le Message, cette solution se justifie parce que les coûts de la procédure de conciliation sont peu élevés et parce que le paiement d'une avance de frais a un

²⁷ Synthèse (n. 5), 10.

²⁸ Message CPC 2020, 2650.

effet d'avertissement pour les parties et constitue un moyen efficace visant à empêcher les procès abusifs, chicaniers ou émanant de justiciables quérulents²⁹. A notre avis, l'exception concerne la procédure de conciliation dans son ensemble, à savoir même si elle aboutit à une proposition de décision (art. 210 CPC) ou à une décision³⁰ (art. 212 CPC) et qu'une avance de frais, le cas échéant supplémentaire, est réclamée dans ce cadre – étant relevé que le montant de l'émolument restera dans tous les cas limité puisque la valeur litigieuse maximale ouvrant la voie à une décision est de CHF 2'000.- ;

- les affaires soumises à la procédure sommaire, sauf les mesures provisionnelles et les litiges en droit de la famille visés aux articles 271, 276, 302 et 305 CPC pour lesquels la moitié seulement des frais présumés pourra être réclamée à titre d'avance ; il est à cet égard étonnant que la loi ne se réfère pas également à l'article 303, relatif aux mesures provisionnelles pour l'entretien courant des enfants nés hors mariage ; il s'agit selon nous d'un oubli, cette situation devant suivre le même sort que les autres litiges en droit de la famille mentionnés par la disposition ; pour les autres cas de procédure sommaire, pour lesquels la totalité des frais présumés pourra être demandée à titre d'avance, cela concerne notamment toutes les procédures sommaires de droit des poursuites, ainsi que les procédures en cas clair ; le Conseil fédéral explique que la procédure sommaire connaît en règle générale des tarifs réduits³¹ ;
- les voies de droit ; le texte légal mentionne, en français, la « procédure de recours », mais toutes les voies de droit sont visées ; la version en allemand est plus claire puisqu'elle utilise le terme de « Rechtsmittelverfahren »³². Le Message indique qu'on peut exiger de la partie qui interjette recours de verser une avance

²⁹ Message CPC 2020, 2650.

³⁰ D'un avis différent : HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1176, qui se fondent sur la mention de « l'autorité de conciliation » à l'alinéa 1.

³¹ Message CPC 2020, 2650.

³² On peut s'étonner, et regretter, que le législateur n'ait pas pris soin d'utiliser le terme de « voies de droit », alors qu'il a pris la peine de le faire partout ailleurs, où la loi mentionnait le « recours » pour désigner l'ensemble des voies de droit.

plus élevée du fait qu'il faut remplir des conditions supplémentaires pour avoir accès à la procédure de deuxième instance³³.

D. Montant final

13. La question se pose de savoir si, au terme de la procédure, les frais devront nécessairement correspondre au double des avances fournies ou si le juge peut arrêter un montant supérieur, par exemple en raison du travail important qu'a nécessité la procédure. Nous partageons l'opinion de HOFMANN et LÜSCHER qui considèrent que le tribunal a une marge de manœuvre à ce sujet³⁴. Rappelons que la règle de l'article 98 CPC ne vise que l'accès facilité à la justice, mais pas à décharger les parties des coûts qu'a engendrés le procès.

IV. Répartition des frais en cas de pluralité de parties

14. L'article 106 al. 3 CPC règle la répartition des frais judiciaires lorsque plusieurs parties principales ou accessoires participent au procès. Selon le droit actuellement en vigueur, le tribunal détermine la part de chacune des parties principales ou accessoires aux frais du procès et le tribunal peut tenir ces parties pour solidairement responsables (art. 106, al. 3, *in fine*). Lorsque le procès réunit plusieurs codemandeurs ou codéfendeurs, il n'est pas rare que ceux-ci soient condamnés solidairement au paiement des frais en cas de perte du procès. Ce qui signifie que chaque consort court le risque de devoir prendre en charge l'ensemble des frais, si ceux-ci lui sont réclamés intégralement par la partie victorieuse. A charge pour lui de se retourner ensuite contre le ou les autres consorts, pour leur réclamer leur part. En pratique, cette situation peut conduire les consorts à renoncer à mener ensemble le procès, préférant introduire des actions individuelles, ce qui est pourtant contraire à l'économie de procédure. L'attrait pour l'institution du cumul subjectif, appelé aussi consorité simple, s'en trouve réduit. Comme la répartition des frais sous la forme actuelle n'est pas

³³ Message CPC 2020, 2651.

³⁴ HOFMANN/LÜSCHER, 130.

entièrement satisfaisante, le législateur a modifié l'article 106 al. 3 en ce sens que la condamnation solidaire au paiement des frais ne pourra être ordonnée que dans les cas de consorité nécessaire. Cette règle de solidarité reste en effet utile et appropriée lorsqu'un même rapport de droit n'est susceptible de faire l'objet que d'une décision unique valant pour toutes les parties et lorsqu'il existe également un rapport de solidarité ou une responsabilité solidaire des parties – découlant généralement du droit matériel. Toutefois, même en cas de condamnation solidaire en raison d'une consorité nécessaire, l'article 106 al. 3, première phrase, imposera au tribunal de définir la proportion des frais supportée par chacun des consorts succombant, ne serait-ce que pour la question du recours interne.

15. Si le jugement ne précise pas quelle part est due par chacun des consorts, on peut envisager une demande d'interprétation au sens de l'article 334 CPC, ou appliquer la solution de la LTF par analogie, à savoir une répartition à parts égales entre les parties comme le prévoit l'article 66 al. 5 LTF³⁵. Il faut à cet égard relever que l'article 66 al. 5 LTF présume la condamnation solidaire en cas de pluralité de parties, sans limiter cette solidarité aux seuls cas de consorité nécessaire. Cela signifie que la condamnation solidaire restera le principe dans le système de la LTF, alors qu'elle constituera l'exception dans celui du CPC.

V. Règlement des frais

16. Le deuxième grand changement en matière de frais concerne l'article 111 CPC consacré au règlement des frais. Le texte actuel fait peser sur les parties le risque lié à l'encaissement des frais judiciaires, en principe à celle ayant obtenu gain de cause. En pratique, cela signifie qu'une partie qui obtient entièrement gain de cause, donc qui a intenté une action justifiée, doit en principe supporter les frais de justice dans un premier temps, car elle n'a qu'une créance en remboursement contre la partie adverse. En effet, le tribunal compense les frais judiciaires qui sont dus avec les avances versées, peu importe par quelle partie ces avances ont été payées.

³⁵ CR CPC-TAPPY, art. 106 CPC N 37.

17. Le code révisé ne permettra que la compensation des frais judiciaires avec les avances qui ont été fournies par la partie qui doit supporter les frais. Les avances fournies par l'autre partie lui seront restituées et l'éventuel montant non couvert devra être réclamé à la partie qui a la charge des frais. Le risque de recouvrement ne sera donc plus supporté par la partie adverse, mais par l'Etat. Ainsi, lorsque le demandeur obtient gain de cause, la totalité de ses avances lui est restituée par le tribunal, qui doit lui-même aller rechercher le défendeur pour le montant des frais qu'il a été condamné à payer.

Prenons un exemple : le demandeur a versé des avances de frais à hauteur de CHF 5'000.-, correspondant à CHF 3'000.- d'émolument de décision et CHF 2'000.- de frais d'administration des preuves. Le défendeur a avancé CHF 2'000.- de frais d'administration des preuves. Les frais judiciaires totaux sont arrêtés à CHF 10'000.-. Si le demandeur gagne le procès, le tribunal lui restitue l'entier de son avance (CHF 5'000.-) et il doit rechercher le défendeur pour le paiement du solde de CHF 8'000.-. Si le demandeur obtient partiellement gain de cause et est condamné à s'acquitter de CHF 4'500.- de frais judiciaires, le tribunal lui restitue partiellement son avance, à concurrence de CHF 500.-. Comme le défendeur doit payer des frais judiciaires de CHF 5'500.-, le tribunal garde son avance de CHF 2'000.- et lui réclame le solde, à hauteur de CHF 3'500.-.

18. La nouvelle règle aura des répercussions financières importantes pour les tribunaux, qui risquent de ne pas récupérer les sommes face à des débiteurs insolvables. Une solution intermédiaire aurait pu être choisie, à savoir que la compensation aurait pu être autorisée pour toutes les avances portant sur les frais d'administration des preuves, seul l'émolument étant concerné par l'interdiction de compenser. Cela aurait réduit la charge pesant sur le tribunal, en particulier au regard des frais d'expertise, qui sont souvent très élevés.

Par exemple, l'avance de frais pour la mise en œuvre d'une expertise a été versée par le demandeur à hauteur de CHF 30'000.-. Celui-ci gagne le procès, de sorte que son avance doit lui être restituée et le tribunal doit réclamer au défendeur le remboursement de ce montant, qui aura déjà été payé à l'expert. Avec la solution intermédiaire préconisée, le tribunal aurait pu garder l'avance du demandeur, à charge pour celui-ci de réclamer le remboursement au défendeur.

19. La nouvelle règle s'applique devant toutes les instances cantonales, de la conciliation à l'autorité de deuxième instance. Pour les procédures d'appel, dans lesquelles en principe seul l'appelant a

fourni une avance de frais – rappelons que la totalité de l’émolument de décision peut lui être réclamée à titre d’avance, selon l’article 98 al. 2 nCPC –, l’autorité d’appel ne pourra garder le montant de l’avance que si l’appelant succombe. S’il gagne en appel, l’instance supérieure doit lui restituer son avance et réclamer à l’intimé le paiement de l’entier des frais d’appel.

20. L’article 111 CPC ne devrait pas s’appliquer aux frais judiciaires pour les affaires de droit des poursuites soumises à la procédure sommaire, dans la mesure où il s’agit de frais de poursuites, l’article 68 LP devant être considéré comme une *lex specialis*³⁶.
21. Le fait que le risque de recouvrement soit désormais reporté sur l’Etat fait déjà l’objet de critiques, notamment au motif que les tribunaux n’ont pas le personnel nécessaire pour gérer ce recouvrement, lequel est incertain selon la santé financière du débiteur, ce qui pourrait mener les cantons à se poser la question du poids des impayés face à celui des coûts liés à la main-d’œuvre supplémentaire affectée au recouvrement³⁷.

VI. Assistance judiciaire et preuve à futur

22. L’article 118 CPC porte sur l’étendue de l’assistance judiciaire. La modification apportée à cette disposition concerne la possibilité d’octroyer l’assistance judiciaire pour une procédure de preuve à futur au sens de l’article 158 CPC. Une seconde phrase a ainsi été introduite à l’alinéa 2. Cette précision était nécessaire, dans la mesure où selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, la procédure de preuve à futur qui est destinée à clarifier les chances d’un procès n’entre pas dans le champ d’application matériel de l’assistance judiciaire, dès lors que la tâche de l’Etat est limitée à l’octroi d’une aide financière lorsque le justiciable perdrait un droit ou ne serait pas en mesure de se défendre s’il n’obtenait pas cette aide financière ; or, comme la procédure de preuve à futur ne porte

³⁶ STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, 821. D’un avis différent : HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1177, qui s’appuient notamment sur l’arrêt OGer ZH RT220221 du 2 mai 2022, consid. 2.4.

³⁷ MAY CANELLAS, N 9.

pas sur la détermination d'obligations et de droits matériels et que le demandeur ne risque pas directement de perdre un droit, l'assistance judiciaire ne peut pas être octroyée pour une telle procédure³⁸. Cette jurisprudence a donné lieu à plusieurs critiques en doctrine³⁹, à juste titre aux yeux du législateur⁴⁰. Le Message précise qu'« il sera possible d'obtenir l'assistance judiciaire pour l'administration des preuves à futur, en particulier lorsque le requérant rendra vraisemblable la mise en danger des preuves ou un intérêt digne de protection. La demande concrète de preuves à futur formulée ne devra toutefois pas être dépourvue de toute chance de succès »⁴¹. Par ailleurs, le requérant restera le débiteur des dépens⁴², qui ne sont pas concernés par l'octroi de l'assistance judiciaire (art. 118 al. 3 CPC).

VII. Action partielle et demande reconventionnelle en constat négatif

23. La révision a été l'occasion pour le législateur de codifier la jurisprudence relative à l'action partielle et à la demande reconventionnelle en constat négatoire de droit⁴³. Un nouvel al. 1^{bis} let. b est inséré à l'article 224 nCPC, permettant au défendeur à une action partielle introduite en procédure simplifiée d'opposer une demande reconventionnelle, relevant de la procédure ordinaire, visant à faire constater qu'il ne doit rien. La loi précise que la procédure, initialement simplifiée, bascule en ordinaire. Afin que l'action partielle garde un certain intérêt, le Parlement a décidé de modifier l'article 94 CPC, relatif au calcul de la valeur litigieuse en cas de demande reconventionnelle, pour préciser que, en dérogation au principe de l'addition des valeurs litigieuses des demandes principale et reconventionnelle prévue à l'alinéa 2 pour le calcul des frais, ceux-ci seront fixés sur la base de la valeur litigieuse de la

³⁸ ATF 141 I 241, consid. 3 ; ATF 140 III 12, consid. 3.

³⁹ CR CPC-TAPPY, art. 118 CPC N 22 s. ; WUFFLI, 145.

⁴⁰ Message CPC 2020, 2653.

⁴¹ Message CPC 2020, 2653.

⁴² PC CPC-CHABLOZ/COPT, art. 158 CPC N 23.

⁴³ ATF 143 III 506, consid. 4.

demande principale seulement. L'objectif est de protéger le justiciable qui dépose une action partielle et d'éviter que le demandeur ne doive payer des frais et dépens calculés sur une valeur litigieuse beaucoup plus élevée, qui correspondrait à la totalité de la créance litigieuse⁴⁴. Tant les frais judiciaires que les dépens sont concernés par la règle.

24. Même si cela n'apparaît pas clairement dans le texte de l'article 94 al. 3 nCPC, la règle ne concerne que les actions reconventionnelles en constat négatoire de droit opposées à une action partielle. Cela résulte des débats aux Chambres, qui montrent qu'il s'agissait d'éviter que « le demandeur d'une procédure simplifiée ne doive payer des frais et dépens calculés sur une valeur litigieuse beaucoup plus élevée, à savoir celle de la demande reconventionnelle portant sur la totalité de la prétention »⁴⁵. D'ailleurs, la règle était initialement proposée dans une let. c qui aurait été insérée à l'article 224 al. 1^{bis}, qui se rapporte uniquement aux cas de l'action partielle à laquelle le défendeur oppose une demande reconventionnelle en constat négatif. On pourrait même se demander si la solution retenue à l'article 94 al. 3 nCPC ne vise que les actions partielles introduites en procédure simplifiée, à laquelle le défendeur oppose une action reconventionnelle qui engendre un basculement vers la procédure ordinaire. C'est bien ce cas de figure qui a été envisagé par le législateur. Dans la mesure toutefois où la disposition ne le précise pas, on devrait considérer que la règle vaut dès qu'une demande reconventionnelle en constat négatif est opposée à une action partielle.

Par exemple, la créance totale porte sur CHF 150'000.- ; le demandeur ne réclame que CHF 30'000.- dans une action partielle ; le défendeur lui oppose une demande reconventionnelle en constat qu'il ne doit rien ; la procédure simplifiée bascule en procédure ordinaire ; les frais sont cependant calculés sur la base d'une valeur litigieuse de CHF 30'000.- seulement.

Autre exemple : la créance totale porte sur CHF 20'000.- ; le demandeur ne réclame que CHF 5'000.- dans une action partielle et le défendeur oppose une demande reconventionnelle en constat qu'il ne doit rien ; la

⁴⁴ Lüscher, BO CN 2022 N 2256 (12.12.22).

⁴⁵ Lüscher, BO CN 2022 N 2256 (12.12.22).

procédure reste simplifiée. Les frais devraient être fixés selon la valeur litigieuse de l'action partielle, à hauteur de CHF 5'000.-.

Dernier exemple : la créance totale porte sur CHF 200'000.- ; le demandeur ne réclame que CHF 50'000.- dans une action partielle ; le défendeur oppose une demande reconventionnelle en constat qu'il ne doit rien ; la procédure reste ordinaire ; les frais devraient être calculés sur la base de la valeur litigieuse de la demande principale, à savoir CHF 50'000.-.

25. Cette règle a un intérêt non seulement pour assurer aux parties une réduction du montant de l'émolument, mais aussi pour garantir le maintien de la gratuité du procès dans les cas prévus par une disposition de droit fédéral ou cantonal. C'est notamment le cas de l'article 114 let. c CPC, qui dispense les parties du paiement des frais judiciaires lorsque le litige relève du droit du travail et que la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-. Ainsi, le procès en droit du travail introduit par une action partielle d'une valeur litigieuse ne dépassant pas CHF 30'000.- demeure gratuit, même si le défendeur oppose une demande reconventionnelle en constat négatif portant sur un montant supérieur. Cette solution s'applique à vrai dire déjà, le Tribunal fédéral ayant retenu que lorsque la demande principale est dispensée de frais, la valeur litigieuse de la demande reconventionnelle ne doit pas être additionnée pour calculer le montant des frais, pour ne pas faire perdre la gratuité au demandeur⁴⁶.
26. Les plaideurs pourraient dès lors trouver un intérêt commun à passer par le biais de l'action partielle et de la demande reconventionnelle en constat négatif, bénéficiant de frais judiciaires réduits. L'inconvénient pourrait viser les dépens, qui seront aussi calculés sur la base d'une valeur litigieuse réduite, mais les parties pourraient dans ce cas passer une convention privée visant à payer des dépens supérieurs.

Par exemple, la créance totale porte sur CHF 150'000.-. Le demandeur actionne le défendeur à hauteur de CHF 30'000.-. Le défendeur oppose une demande reconventionnelle en constat qu'il ne doit rien. La procédure simplifiée bascule en procédure ordinaire. Selon l'article 18 TFJC/VD, l'émolument de décision pour une valeur litigieuse de

⁴⁶ TF 4A_89/2022 du 20 septembre 2022, consid. 6.

CHF 30'000.- s'élève à CHF 3'750.-, alors qu'il est de CHF 9'500.- pour une valeur litigieuse de CHF 150'000.-. Ce qui entraîne une économie de frais judiciaires de CHF 5'750.-. S'agissant des dépens, ceux-ci doivent également être calculés sur la base d'une valeur litigieuse de CHF 30'000.-. Selon l'article 4 TDC/VD, les dépens pour une valeur litigieuse de CHF 30'000.- correspondent à une fourchette de CHF 1'000.- à CHF 9'000.-, alors que pour une valeur litigieuse de CHF 150'000.- la fourchette est de CHF 6'000.- à CHF 25'000.-.

27. L'article 94 al. 3 nCPC ne s'applique qu'aux demandes reconventionnelles en constat négatif, et non à toute demande reconventionnelle opposée à une action partielle. Ainsi, si le demandeur introduit une action partielle pour obtenir une partie du montant d'une créance et que le défendeur lui oppose reconventionnellement le paiement d'une autre créance, les valeurs litigieuses des demandes principale et reconventionnelle devront être additionnées pour déterminer les frais, conformément à l'article 94 al. 2 CPC.

VIII. Décision rendue par l'autorité de conciliation

28. Lorsque l'autorité de conciliation rend une décision au sens de l'article 212 CPC, il est actuellement discuté en doctrine de savoir si cette autorité peut allouer des dépens. Certains auteurs l'admettent, appliquant l'article 114 CPC qui ne prévoit pas de dispense de dépens, au motif que la procédure de conciliation a pris fin au moment où l'autorité rend une décision⁴⁷. D'autres auteurs estiment que l'article 113 al. 1 CPC s'applique toujours, de sorte que le principe de l'exclusion des dépens fixé à l'alinéa 1 empêche l'autorité de conciliation d'allouer des dépens dans sa décision⁴⁸. Cette controverse est désormais réglée par le Code, puisqu'un nouvel alinéa 3 a été introduit à l'article 212 qui précisera expressément que des dépens seront alloués dans la décision. Cette modification ne figurait pas dans le Projet, mais a été introduite par le Conseil national, le Conseiller national LÜSCHER expliquait notamment que

⁴⁷ HEINZMANN, N 553 ; KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, art. 113/114 CPC N 2a. Plus nuancée : PC CPC-DIETSCHY-MARTENET, art. 113 CPC N 9.

⁴⁸ CR CPC-TAPPY, art. 113 CPC N 6 ; CPra Bail-BOHNET, art. 202-207 CPC N 47.

« cette nouveauté a pour effet d'éviter qu'un procès se poursuive dans le but d'obtenir des dépens »⁴⁹.

IX. Informations du Conseil fédéral

29. Actuellement, l'article 400 al. 2 CPC impose au Conseil fédéral de mettre à disposition des formules pour les actes des parties et du tribunal. Désormais, l'alinéa 2bis lui prescrit de publier également des informations sur les frais, l'assistance judiciaire et les possibilités d'obtenir un financement pour mener le procès. Selon le Message, il existe un réel besoin de renseignements dans ce domaine, en particulier en ce qui concerne le financement du procès, plus précisément pour les parties non représentées par un avocat⁵⁰. Cette nouvelle obligation participe donc à nouveau de la volonté du législateur d'offrir un accès facilité à la justice civile pour les justiciables et notamment de leur permettre de ne pas devoir systématiquement consulter un avocat, en trouvant des réponses à leurs questions ailleurs, par exemple en consultant le site internet de la Confédération. Selon l'article 400 al. 3 nCPC, cette tâche pourra être déléguée à l'Office fédéral de la justice.

X. Droit transitoire

30. L'article 407f nCPC prévoit que certaines modifications s'appliqueront aux procédures déjà pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la révision. En ce qui concerne les frais, seul l'article 118 CPC est mentionné dans cette disposition, ce qui signifie que la possibilité de demander l'assistance judiciaire pour une procédure de preuve à futur s'appliquera aussi pour une procédure introduite avant le 1^{er} janvier 2025, si la requête d'assistance judiciaire est déposée après cette date.
31. Les autres dispositions sur les frais examinées ci-avant ne sont pas mentionnées à l'article 407f CPC, ce qui signifie que ces

⁴⁹ BO CN 2022 N 671 (10.05.2022).

⁵⁰ Message CPC 2020, 2683.

modifications ne s'appliqueront pas aux procédures en cours⁵¹, mais uniquement aux procédures ouvertes dès le 1^{er} janvier 2025. Ainsi, les règles sur la distraction des dépens, la réduction de l'avance à la moitié des frais présumés, le règlement des frais, l'absence de condamnation solidaire en cas de consorité simple, le calcul de la valeur litigieuse en cas d'action partielle et de demande reconventionnelle en constat négatif, ne s'appliqueront pas aux procédures déjà pendantes, mais uniquement à celles introduites dès le 1^{er} janvier 2025.

Par exemple, un appel introduit après le 1^{er} janvier 2025 contre une décision rendue dans le cadre d'une procédure ouverte avant cette date nécessitera d'appliquer les anciennes règles de procédure, notamment celles sur le règlement des frais, qui autorisent de compenser avec les avances fournies, sans distinguer quelle partie les a fournies.

32. S'agissant de l'art. 212 CPC, selon lequel l'autorité de conciliation alloue des dépens dans la décision, ce principe pourrait déjà s'appliquer *de lege lata* puisque la question est controversée en doctrine et que le texte légal ne la tranche pas définitivement. Une application anticipée est donc envisageable. Elle deviendra dans tous les cas obligatoire pour toutes les procédures de conciliation introduites dès l'entrée en vigueur de la révision.

⁵¹ Par procédure en cours, il faut se reporter à l'art. 62 CPC qui fixe la litispendance au dépôt de la requête de conciliation, de la requête ou de la demande, cf. TF 4A_306/2013 du 31 juillet 2013, consid. 2.2.

Bibliographie

BOHNET FRANÇOIS/CARRON BLAISE/MONTINI MARINO, *Droit du bail à loyer et à ferme, Commentaire pratique*, 2^e éd., Bâle 2017 (cité : CPra Bail-AUTEUR)

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, *Code de procédure civile, Commentaire romand*, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR)

BOHNET FRANÇOIS/SCHALLER JULITTE, *Projet 2020 de révision du Code de procédure civile : plaider pour la jurisprudence*, SJ 2020 II 189 ss

CHABLOZ ISABELLE/DIETSCHY-MARTENET PATRICIA/HEINZMANN MICHEL (édit.), *Code de procédure civile (CPC), Petit commentaire*, Bâle 2020 (cité : PC CPC-AUTEUR)

HEINZMANN MICHEL, *La procédure simplifiée : Une émanation du procès civil social ?*, Genève/Zurich/Bâle 2018

HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, *Le Code de procédure civile*, 3^e éd., Berne 2023

HONEGGER-MÜNTENER PATRICK/RUFIBACH MATTHIAS/SCHUMANN JULIUS, *Die Revision der ZPO*, PJA 2023 1157 ss

MAY CANELLAS MARIE-CHANTAL, *Frais judiciaires selon le CPC révisé : un défi pour les tribunaux*, in : « Justice – Justiz – Giustizia » 2023/3

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (édit.), *Kurzkomentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : KUKO ZPO-AUTEUR)

STAEHELIN DANIEL/VON MUTZENBECHER FLORENCE, *Die Revision der ZPO von 17. März 2023*, RSJ 119/2023 815 ss

WUFFLI DANIEL, *Vorsorgliche Beweisführung – kein Verfahren für Bedürftige*, PCEF 35/2014 141 ss

Le cumul objectif et la pluralité des parties

par

Jacques Haldy

Avocat, Professeur à la Faculté de droit, des sciences criminelles et
d'administration publique de l'Université de Lausanne

I. Introduction.....	50
II. Le cumul objectif.....	50
A. Généralités.....	50
B. Le champ d'application de l'article 90 CPC.....	51
C. Modifications à partir du 1 ^{er} janvier 2025.....	53
D. Situation non modifiée à partir du 1 ^{er} janvier 2025	53
III. La consorité simple	56
IV. La consorité nécessaire	58
V. L'adjonction de nouvelles parties en cours de procédure	60
A. L'intervention.....	60
B. L'appel en cause	61
C. La dénonciation d'instance.....	63
VI. Conclusion	63
Bibliographie	64

I. Introduction

1. Comme nous sommes à la veille de l'entrée en vigueur de la révision du CPC, notre propos sera bien entendu en particulier de déterminer ce qui va changer le 1^{er} janvier 2025 dans les deux domaines qui sont mentionnés dans le titre de cette contribution, cela notamment en raison du fait que, pour ces deux objets, il y a des modifications légales, qui ne sont certes pas révolutionnaires, mais qui nécessitent des explications et des justifications. L'on profitera cependant aussi de l'occasion pour évoquer dans ces domaines les grandes évolutions ou précisions jurisprudentielles depuis la mise en vigueur du code, de sorte qu'il s'agit en réalité de faire le point général de la situation à la veille de l'entrée en force de la révision.

II. Le cumul objectif

A. Généralités

2. Au contraire du cumul subjectif, soit lorsqu'il y a plusieurs sujets de droit d'un côté ou de l'autre de la barre, le cumul objectif vise l'hypothèse où le demandeur cumule dans son action plusieurs prétentions. La question est dès lors de savoir s'il peut le faire ou si, en raison de la compétence matérielle, du for ou de la procédure, il doit procéder par des actions séparées.
3. S'agissant du for, la question est traitée à l'article 15 al. 2 CPC, selon une solution éprouvée qui ne subit pas de modification au 1^{er} janvier 2025.
4. En ce qui concerne la compétence matérielle et la procédure, la situation est régie par l'article 90 CPC, qui exige pour un cumul possible dans la même action que le même tribunal soit compétent pour les deux prétentions, avec de surcroît la même procédure. La rigueur de cette solution a eu deux effets :
 - Elle a bridé drastiquement les parties, les empêchant souvent de cumuler dans la même action plusieurs prétentions, soit que la compétence matérielle n'était pas la même (par exemple en raison de la valeur litigieuse ou du tribunal spécialisé compétent

pour l'une des prétentions), soit que la procédure n'était pas la même (procédure simplifiée, respectivement ordinaire). Cela a ainsi souvent contraint des parties d'ouvrir des actions séparées ;

- D'un autre côté, cette rigueur a développé l'imagination créatrice des tribunaux pour trouver des solutions permettant de la contourner afin de ne pas obliger les parties à des actions séparées au détriment de l'économie de procédure. Nous reviendrons sur ces solutions, car celles-ci vont garder une certaine actualité même après la révision qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2025.
5. Le législateur, conscient de ces difficultés, a ainsi ajouté un deuxième alinéa à l'article 90 permettant le cumul lorsque la compétence ou la procédure diffère seulement en raison de la valeur litigieuse, mais cette disposition ne va pas résoudre toutes les situations, car le cumul souhaité porte souvent sur des prétentions qui ne diffèrent pas seulement en raison de la compétence ou de la procédure par rapport à la valeur litigieuse, mais par rapport à d'autres critères : il suffit de penser par exemple à la prétention en violation des droits de la personnalité (sans valeur litigieuse) et les dommages-intérêts réclamés en vertu de cette violation ; de même lorsqu'il est envisagé de réclamer une prétention subordonnée à la conciliation obligatoire et une prétention où elle est exclue, par exemple pour une action en libération de dette.
 6. Pour l'analyse de cette problématique, il convient d'examiner les notions et solutions de l'article 90 CPC, ce qui permettra de faire le point sur le traitement des différentes hypothèses de cumul, ce qui changera au 1^{er} janvier 2025 et ce qui ne changera, pas y compris en examinant les pistes utilisées par les tribunaux pour trouver des solutions à cette rigueur du texte légal, qui subsistera partiellement après le 1^{er} janvier 2025 nonobstant l'allègement prévu.

B. Le champ d'application de l'article 90 CPC

7. L'article 90 CPC a vocation à s'appliquer selon son texte lorsque « *le demandeur réunit dans la même action plusieurs prétentions* » ; afin d'éviter en particulier la conséquence rigoureuse de la solution de cette disposition (cumul possible seulement lorsque le même tribunal est

compétent à raison de la matière et que la procédure soit identique pour les deux prétentions), la jurisprudence a opté pour une conception relativement restrictive du cumul objectif. Sans que cela résulte du texte légal et sans que cela ne soit nullement évident, le Tribunal fédéral a considéré¹ qu'il n'y a pas de cumul objectif lorsque le demandeur fait valoir plusieurs prétentions déduites du même état de fait, par exemple en cas de lésions corporelles lorsque le demandeur réclame des postes de dommage matériel et de tort moral. Il s'agit selon le Tribunal fédéral d'un dommage complexe qui se fonde sur le même état de fait et le même objet du litige, d'où l'absence de cumul objectif. Il y a en revanche cumul objectif lorsque le demandeur regroupe dans la même action deux prétentions découlant de plusieurs complexes de fait² par exemple lorsqu'un employé réclame un bonus pour trois années³. Trois prétentions sont alors soulevées dans la même action ; les conditions de l'article 90 CPC vont en conséquence s'appliquer. Il faut noter que cette question se résout indépendamment du nombre de conclusions :

- Comme dans le cas précité du bonus⁴, il y a cumul quand bien même le demandeur n'a pris qu'une conclusion ;
- A l'inverse, il n'y a pas de cumul objectif même si le demandeur réclame par plusieurs conclusions plusieurs postes de dommage à propos du même état de fait⁵.

8. L'idée de cette jurisprudence est notamment que si, à propos du même état de fait, l'on devait considérer qu'il y a plusieurs prétentions soumises aux règles de cumul de l'article 90 CPC, on empêcherait ainsi ce cumul si les conditions de l'article 90 CPC ne sont pas réalisées (même compétence matérielle, même procédure) et il y aurait alors un risque de jugements contradictoires qu'il convient d'éviter.

¹ RSPC 2017 403.

² RSPC 2022 523.

³ ATF 143 III 683.

⁴ ATF 143 III 683, consid. 5.3.1 ; cf. également RSPC 2022 523.

⁵ HEINZMANN, N 41.

C. Modifications à partir du 1^{er} janvier 2025

9. En vertu de l'article 90 al. 2 CPC entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2025, la situation va changer lorsque le demandeur entend introduire plusieurs prétentions dont la compétence matérielle ou la procédure est différente en raison de la valeur litigieuse ; cela recouvre en réalité deux hypothèses :
- La compétence à raison de la matière est différente en raison de la valeur litigieuse ; par exemple lorsque le demandeur fait valoir dans le canton de Vaud d'une part une prétention de CHF 50'000.- (qui dépend du Tribunal d'arrondissement) et d'autre part une prétention de CHF 120'000.- (qui dépend de la Chambre patrimoniale) ; en vertu de l'article 90 al. 2, on pourra donc cumuler ces prétentions devant l'instance compétente pour la valeur la plus élevée, même si l'article 90 al. 2 ne le dit pas expressément ; au demeurant la jurisprudence vaudoise⁶ a anticipé cette révision en consacrant déjà cette solution.
 - La procédure est différente du fait de la valeur litigieuse ; par exemple lorsque le demandeur entend cumuler une prétention de CHF 25'000.- (relevant de la procédure simplifiée) avec une prétention de CHF 50'000.- (relevant de la procédure ordinaire) ; le cumul sera possible, l'article 90 al. 2 précisant que la procédure ordinaire sera alors applicable devant l'instance compétente pour la valeur litigieuse la plus élevée.

D. Situation non modifiée à partir du 1^{er} janvier 2025

10. Comme indiqué plus haut, si la modification future va régler la question du cumul dans l'hypothèse d'une compétence ou d'une procédure différente selon la valeur litigieuse, tel ne sera pas le cas lorsque la compétence ou la procédure est différente en raison d'un autre critère. Dans cette hypothèse, soit le cumul ne sera pas possible, soit il faudra que la jurisprudence continue à faire preuve d'astuce pour permettre tout de même le cumul. Il convient de reprendre les deux hypothèses :

⁶ JdT 2012 III 12.

1. Lorsque les prétentions que l'on veut cumuler sont soumises à des procédures différentes, sans que cela ne tienne à la valeur litigieuse, par exemple lorsqu'une prétention est soumise à la conciliation obligatoire alors que l'autre est soumise à une exclusion de conciliation ou lorsqu'une prétention est soumise à la procédure ordinaire alors que l'autre est soumise à une procédure simplifiée en raison de la matière (art. 243 al. 2 CPC).

Pour parer à la rigueur de l'interdiction du cumul, qui résulte de l'article 90 al. 1 CPC non modifié, si les conditions de cette disposition ne sont pas réalisées, la jurisprudence a fait preuve de quelques stratagèmes :

- Dans la première hypothèse citée (prétention soumise à la conciliation obligatoire, respectivement exclue), le Tribunal fédéral⁷ a par exemple considéré qu'en cas de cumul entre une action en libération de dette (conciliation exclue) portant sur une créance garantie par un gage immobilier et une prétention tendant à la restitution de la cédule hypothécaire (conciliation obligatoire), l'on peut tout de même autoriser le cumul en considérant que la prétention en restitution de la cédule hypothécaire n'est qu'un simple accessoire de l'action en libération de dette ;
- Dans l'hypothèse d'une prétention pour atteinte à la personnalité (contestation non pécuniaire sans valeur litigieuse soumise à la procédure ordinaire) cumulée à une prétention en indemnité financière soumise à la procédure simplifiée (inférieure à CHF 30'000.-), on peut considérer cette dernière prétention comme ayant un caractère accessoire, la cause pouvant être considérée dans son ensemble comme une affaire non pécuniaire, avec ainsi le cumul possible⁸ ; de même une jurisprudence zurichoise⁹ a admis le cumul d'une action en constat d'une atteinte à la personnalité (soumise à la procédure ordinaire) avec des conclusions pécuniaires soumises à la procédure simplifiée en retenant que, dès lors que le droit matériel prévoit ce cumul,

⁷ ATF 149 III 23.

⁸ TF 5A_328/2008 du 26 novembre 2008, consid. 1.

⁹ OGer ZH RB180014 du 23 juillet 2018, consid. 2.4.

le droit de procédure, qui doit servir à sa réalisation, ne peut pas s'y opposer. De cette manière, dans ces cas, le cumul a été admis nonobstant le texte de l'article 90 CPC, et cela pour autant qu'il y ait cumul, ce qui est le cas si les faits sont différents. Comme indiqué ci-dessus (par. 7), il n'y a pas cumul s'il y a plusieurs prétentions tirées du même état de fait.

2. Lorsque la compétence matérielle est différente pour les deux prétentions, mais que cela ne résulte pas de la valeur litigieuse, par exemple lorsqu'il s'agit d'une action en atteinte aux droits de la personnalité, contestation non pécuniaire soumise dans le canton de Vaud au président du Tribunal d'arrondissement, cumulée à une prétention en dommages-intérêts de CHF 50'000.- soumise au Tribunal d'arrondissement ; l'on pourrait dans cette hypothèse reprendre la jurisprudence ci-dessus pour permettre le cumul¹⁰ ; une autre astuce pourrait être d'admettre le cumul par acceptation tacite, s'agissant d'une compétence matérielle non impérative comme c'est le cas dans le canton de Vaud à l'exception de certaines hypothèses (Juge de paix, Tribunaux de Prud'hommes, Tribunal des baux).
11. Néanmoins, malgré ces astuces, il faudra bien, comme aujourd'hui, admettre que le texte de l'article 90 CPC a pour effet d'empêcher nombre de cumuls, par exemple lorsqu'une prétention est soumise à un tribunal spécialisé et pas l'autre ou lorsqu'une prétention est soumise à procédure simplifiée selon la nature du litige (art. 243 al. 2 CPC) alors que l'autre est soumise à la procédure ordinaire.
12. Force est donc de constater en conclusion que, si le nouvel article 90 al. 2 CPC va résoudre un certain nombre d'hypothèses de cumul, tel ne sera pas le cas de toutes les hypothèses, le principe restant que la procédure et la compétence doivent être la même pour les prétentions cumulées.
13. Un dernier mot encore à propos de la sanction de la transgression de l'article 90 CPC, soit en cas de cumul ne respectant pas les conditions de l'article 90 CPC. Il convient alors, selon GROBÉTY¹¹ de déclarer irrecevable la ou les prétentions ne remplissant pas les

¹⁰ TF 5A_328/2008 du 26 novembre 2008, consid. 1 ; OGer ZH RB180014 du 23 juillet 2018, consid. 2.4.

¹¹ GROBÉTY, 336.

conditions de compétence matérielle ou de procédure et de continuer la procédure pour les prétentions recevables. Un arrêt récent de la Cour de justice de Genève (ACJC/1569/2023 du 27 novembre 2023) va dans ce sens : il faut privilégier la disjonction (lorsqu'elle est possible) ou l'irrecevabilité partielle plutôt qu'une irrecevabilité totale. Cela étant, à partir du 1^{er} janvier 2025, on peut se demander si, dès lors qu'il s'agit d'un problème de cumul transgressant l'article 90 lit. a CPC, il ne faudra pas transmettre au tribunal compétent les prétentions élevées devant le tribunal incompétent (art. 143 al. 1^{bis} CPC révisé).

III. La consorité simple

14. Si l'article 71 du CPC a été reformulé dans la révision de 2023, cela ne signifie pas qu'il y ait d'importants changements à propos de cette possibilité d'agir à plusieurs parties ou contre plusieurs parties dans la même action. Les deux conditions existantes de l'article 71 CPC (connexité, identité de procédure) sont reprises à l'identique, auxquelles on ajoute simplement une troisième condition : celle que le même tribunal doit être matériellement compétent pour juger des prétentions émises par plusieurs ou contre plusieurs consorts.
15. L'ajout de cette condition constitue formellement une restriction à la possibilité de consorité simple, puisqu'elle va faire obstacle à cette consorité simple et à l'action conjointe lorsque la ou les prétentions des consorts ou contre les consorts ne sont pas soumises à la compétence matérielle du même tribunal. Si une prétention est élevée par un consort ou contre un consort et soumise par exemple à une juridiction spécialisée alors que la prétention connexe d'un autre consort ou contre un autre consort est soumise à la juridiction ordinaire, l'action conjointe ne sera pas possible, même si la même procédure est applicable.
16. Cela étant, cette restriction supplémentaire doit être relativisée, notamment en cas de compétence matérielle dispositive, par exemple les compétences *ratione valoris* des juridictions ordinaires dans le canton de Vaud à l'exception des compétences du Juge de paix. Dans cette hypothèse, il peut y avoir convention de

prorogation de compétence matérielle ou *Einlassung*¹², ce qui permet alors l'action conjointe nonobstant la compétence matérielle différente. D'autre part, l'exigence d'identité de procédure – existante – condamne déjà dans nombre d'hypothèses la possibilité d'action conjointe, y compris en tenant compte de l'article 93 al. 2 CPC dont la portée est simplement de permettre le maintien de la procédure simplifiée en cas de cumul de prétentions soumises à cette procédure, même si leur addition dépasse les CHF 30'000.-. La portée limitée de cet article 93 al. 2 se constate également dans la mesure où cette disposition n'a pas d'impact sur la question de la compétence matérielle : ainsi, dans l'hypothèse de deux travailleurs ayant chacun une prétention de CHF 20'000.- contre leur employeur, la procédure simplifiée peut s'appliquer à l'action conjointe, mais en revanche les travailleurs doivent tout de même dans le canton de Vaud saisir le Tribunal d'arrondissement plutôt que les Prud'hommes dès lors que les prétentions cumulées sont supérieures à CHF 30'000.-¹³, ce qui ne permet plus de saisir le Tribunal de Prud'hommes dans le canton de Vaud ; pour éviter les frais judiciaires (cf. art. 114 lit. c CPC), les deux travailleurs ont donc avantage à ouvrir une action séparée. Il reste à déterminer les conséquences d'une transgression de l'article 71, savoir quelle va être la sanction de l'absence de l'une des conditions posées par l'article 71 al. 1 face à une action conjointe de plusieurs consorts ou ouverte contre plusieurs consorts réunis ainsi indûment ; il convient d'examiner cette sanction en évoquant successivement les hypothèses de l'absence d'une condition de l'article 71 al. 1 :

1. Absence de connexité (art. 71 lit. a CPC)

Si deux consorts agissent ensemble pour faire valoir des prétentions non connexes ou si un demandeur actionne deux consorts pour des prétentions non connexes, les deux hypothèses sont les suivantes :

¹² JdT 2023 III 128.

¹³ Elles sont en effet additionnées, cf. message CPC révisé, FF 2020 2643.

- S'il n'y a pas de problème de for, celui-ci étant respecté pour toutes les prétentions non connexes jointes indûment, il suffit alors de diviser les causes¹⁴ ;
- S'il y a une problématique de for, savoir qu'il est nécessaire de procéder à une attraction de for pour juger ensemble par le même tribunal les prétentions relatives aux consorts, l'absence de connexité (au sens de l'art. 71 lit. a CPC) entraîne alors l'irrecevabilité de l'action qui aurait pu être attraite (selon en particulier l'article 15 al. 1 CPC) s'il y avait eu connexité¹⁵.

2. Absence d'identité de procédure (art. 71 lit. b CPC)

S'il n'y a pas identité de procédure s'agissant des prétentions émises contre des consorts ou par des consorts, la sanction de la division de cause doit être privilégiée si elle est possible, en raison du principe de l'interdiction du formalisme excessif et de l'économie de la procédure ; l'irrecevabilité doit être réservée aux hypothèses où cette sanction n'est pas possible : lorsque par exemple l'action conjointe a été ouverte en procédure simplifiée, alors que la procédure ordinaire est applicable et que les actes de procédure ne remplissent en conséquence pas les conditions de la procédure ordinaire.

3. Absence de compétence matérielle (art. 71 lit. c CPC)

Dans cette hypothèse, le tribunal saisi non compétent doit alors prononcer l'irrecevabilité, sous réserve cependant d'une compétence matérielle dispositive susceptible d'*Einlassung*¹⁶.

IV. La consorité nécessaire

17. Hormis une modification formelle de l'article 70 al. 2 CPC, destinée à clarifier le texte français et à l'harmoniser avec les textes allemands et italiens, la révision ne touche pas la problématique de la consorité

¹⁴ ATF 142 III 581, consid. 2.1 ; SJ 2017 I 5.

¹⁵ ATF 145 III 460.

¹⁶ Cf. arrêt déjà cité JdT 2023 III 128.

nécessaire, qui au demeurant concerne davantage le droit matériel que la procédure ; à cet égard, il y a lieu de rappeler la divergence se rapportant à la sanction de la consorité nécessaire : l'absence de celle-ci doit-elle conduire au rejet de l'action ou à l'irrecevabilité ? Si le Conseil fédéral¹⁷, le Tribunal fédéral¹⁸ et la majorité de la doctrine¹⁹ considèrent que l'absence de consorité matérielle (par exemple l'héritier qui agit sans les autres hoirs) constitue un défaut de légitimation passive entraînant le rejet de l'action au fond, une partie de la doctrine, menée en particulier par le Professeur BOHNET²⁰, considère qu'il y aurait irrecevabilité faute de qualité pour agir (art. 59 al. 1 lit. a CPC). Le Tribunal fédéral considère ainsi que, si un héritier agit seul alors qu'il doit le faire avec les autres (consorité nécessaire), il manque une condition de droit matériel, la consorité nécessaire étant en effet imposée par le Code civil et non le CPC ; il y a donc défaut de légitimation active entraînant le rejet de l'action ; il faut réserver cependant l'hypothèse de la « *Prozessstandschaft* », soit lorsque le législateur permet à une personne de faire valoir en son nom propre le droit de tiers, comme l'exécuteur testamentaire qui peut faire valoir les droits des héritiers. Il s'agit là cependant d'hypothèses exceptionnelles, moins répandues en particulier qu'en droit allemand, la « *Prozessstandschaft* » devant résulter de la loi et ne pouvant être conventionnelle²¹.

18. Aussi intéressante soit-elle, cette controverse n'a pas véritablement de portée concrète, car il est indiscutable, indépendamment de la qualité pour agir, que l'absence de consorité constitue un défaut de légitimation, l'action devant de toute manière être rejetée si elle n'est pas déclarée irrecevable, après le cas échéant instruction de cette

¹⁷ Message CPC, FF 2006 6894.

¹⁸ RSPC 2018 22 ; ATF 138 III 737, consid. 2 ; ATF 137 III 455, consid. 3.5 ; ATF 136 III 431, consid. 3.3 ; TF 5A_1044/2020 du 15 octobre 2021, consid. 4.2.1.1.

¹⁹ HK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 70 N 5 ; BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 70 N 33 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 70 N 1 ; GROLIMUND, Zivilprozessrecht, par. 13 N 45.

²⁰ CR CPC-BOHNET, art. 59 N 100 ; BOHNET, RDS 2009 II 294 ss. Plus récemment : FRANÇOIS BOHNET, Le traitement procédural de la consorité nécessaire matérielle : un raisonnement en deux étapes, RSPC 2022 189 ss, 193-196.

²¹ CPra CPC-TREZZINI, art. 66 N 24 ; TF 5A_984/2014 du 3 décembre 2015, consid. 3.3.

question préjudicielle au sens de l'article 125 CPC, instruction qui ne prend pas plus de temps qu'il s'agisse de constater une irrecevabilité ou un rejet au fond.

V. L'adjonction de nouvelles parties en cours de procédure

A. L'intervention

19. Comme pour la dénonciation d'instance, l'intervention ne connaît pas et n'a pas connu de modification depuis l'entrée en vigueur du CPC. Il y a cependant lieu de signaler un arrêt de principe important du Tribunal fédéral²² à propos de l'intervention accessoire, qui traite à la fois de l'intérêt juridique nécessaire pour justifier de l'intervention et qui d'autre part pose une distinction ne résultant pas du texte légal, celle entre l'intervention accessoire dépendante et l'intervention accessoire indépendante.
20. S'agissant du premier point, le Tribunal fédéral a précisé que chaque héritier a un intérêt juridique individuel à intervenir dans une procédure (ouverte par l'exécuteur testamentaire) pour carence dans l'organisation d'une SA faisant partie de l'actif d'une succession. Il s'agit donc d'un exemple concret d'intérêt juridique justifiant l'intervention accessoire.
21. En ce qui concerne le deuxième point, et toujours en vertu de cet arrêt, si le CPC ne fait pas la distinction entre intervention accessoire dépendante et indépendante, la jurisprudence le fait dans cet arrêt²³ : *« Si le jugement qui sera rendu entre les parties principales n'a qu'un effet indirect sur les rapports entre l'intervenant et la partie qui l'assiste, l'intervention accessoire est dite dépendante (abhängige Nebenintervention). Si le jugement qui sera rendu entre les parties principales a un effet direct, en vertu du droit matériel, entre l'intervenant et la partie adverse, l'intervention accessoire est dite indépendante (unabhängige Nebenintervention) »*. Si le cas normal est l'intervention accessoire dépendante, il existe des cas d'intervention accessoire indépendante : *« Selon la jurisprudence, le jugement qui est rendu à l'issue de la procédure pour carence dans l'organisation de la société au*

²² ATF 147 III 537.

²³ ATF 147 III 537, consid. 3.3.2.

sens de l'art. 731 CO produit un effet non seulement entre les parties principales, mais déploie également un effet direct à l'égard de tous les actionnaires. Un tel jugement produit donc aussi un effet direct à l'égard de tous les héritiers qui sont membres de la communauté héréditaire. Par conséquent, l'héritier qui intervient au côté de l'exécuteur testamentaire est un intervenant accessoire indépendant, qui est libre de poser des actes en contradiction avec les actes de procédure accomplis par celui-ci » ; l'article 76 al. 2 CPC ne s'applique donc pas à l'intervention accessoire indépendante, ce qui constitue ainsi une précision intéressante puisqu'elle ne peut être inférée du texte légal.

B. L'appel en cause

22. Dans ce chapitre, la révision du CPC n'introduit pas d'innovation substantielle ; il s'agit selon le Conseil fédéral d'améliorer l'attractivité et l'efficacité de cet instrument, en clarifiant les conditions.
23. En premier lieu, le champ de l'application de l'appel en cause est élargi ; il ne s'applique plus seulement aux prétentions récursoires, mais également à celles dont l'appelant craint qu'elles soient élevées par l'appelé dans l'hypothèse où il succomberait. Il s'agit ainsi de pouvoir opposer le jugement à l'appelé en cause non seulement le cas échéant pour faire valoir des prétentions contre lui (prétentions récursoires), mais également pour se prémunir de toute prétention de celui-ci : par exemple, si, dans le procès principal, le défendeur et appelant est condamné à restituer à un tiers – le demandeur – un objet, au sujet duquel l'appelant est locataire de l'appelé (bailleur), l'appelant entend pouvoir se prémunir de prétentions en loyer vis-à-vis de l'appelé, vu qu'il devra se dessaisir de l'objet loué en faveur du tiers.
24. En ce qui concerne les autres modifications de l'article 81 al. 1, soit l'énumération aux lettres a à c des conditions de l'appel en cause, il ne s'agit aucunement d'innovations, mais de la codification de la jurisprudence s'agissant des lettres a et b et de la retranscription de l'alinéa 3 à la lettre c, sous une forme différente. Ces conditions (lettres a et b) avaient à l'époque été supprimées du projet du Conseil fédéral par les Chambres, car considérées comme une énumération « *überflüssig* » ; leur réintroduction est judicieuse.

25. S'agissant de la lettre a, la notion de connexité est celle utilisée dans les autres dispositions du code, par exemple l'article 14 et on peut donc renvoyer ainsi aux commentaires et à la jurisprudence sur ces dispositions. Quant à la lettre b, soit l'exigence de compétence matérielle du tribunal saisi de l'action principale, elle empêche ainsi l'appel en cause lorsque le tribunal saisi de l'action principale est par exemple un tribunal spécialisé (comme le Tribunal des baux ou le Tribunal des Prud'hommes) et que la prétention récursoire relève d'un autre tribunal, soit une juridiction ordinaire (exemple : prétention récursoire du défendeur locataire contre un colocataire, qui relève des relations contractuelles entre locataires et échappe ainsi à la compétence du Tribunal des baux). On peut cependant espérer que, dans l'hypothèse d'une compétence matérielle dispositive, l'acceptation tacite (*Einlassung*) reste possible²⁴ permettant ainsi l'appel en cause lorsqu'il y a des compétences *ratione valoris* différentes (qui ne sont pas impératives dans le canton de Vaud, sauf pour le Juge de paix).
26. Si l'on en vient maintenant à la procédure et à l'article 82 CPC, il faut saluer la modification introduite par le législateur, consistant à ne pas exiger du dénonçant (appellant) des conclusions chiffrées contre le dénoncé (appelé) s'agissant de prétentions récursoires se rapportant aux conclusions principales prises contre le dénonçant par l'autre partie dans le procès principal. Cette exigence de conclusions chiffrées, introduite par la jurisprudence²⁵, n'a en effet pas de sens dans la mesure où les conclusions principales sont chiffrées, le dénonçant demandant dans l'appel en cause à être relevé par le dénoncé de la condamnation qui pourrait être prononcée contre lui dans le procès principal. L'objet du litige est ainsi défini et chiffré par les conclusions principales, les conclusions pour relever le dénonçant d'une condamnation n'ayant pas besoin d'être chiffrée.
27. On aurait pu souhaiter que le législateur révise également l'article 82 al. 4 dans sa version française, dès lors que la jurisprudence²⁶ a admis que, conformément à la version allemande et italienne de l'article 82

²⁴ JdT 2023 III 128.

²⁵ ATF 142 III 102.

²⁶ RSPC 2014 111.

al. 4, la possibilité d'un recours existe à l'encontre du refus de l'admission de l'appel en cause.

C. La dénonciation d'instance

28. Au sujet de la dénonciation d'instance, il n'y a pas d'innovation à signaler au niveau législatif, sans au demeurant que la jurisprudence n'ait rendu depuis l'entrée en vigueur du CPC des arrêts portant sur des éléments essentiels ; il y a lieu de mentionner que, selon une jurisprudence cantonale²⁷ qui paraît pleinement justifiée au regard du texte légal, la dénonciation n'a pas besoin de se faire par le biais du tribunal ; elle peut être adressée directement par le dénoncé au dénonçant ; un pli recommandé suffit ainsi.

VI. Conclusion

29. En conclusion, sur ces questions de cumul objectif et de pluralité de parties, la révision du CPC n'amène pas d'éléments vraiment nouveaux, mais quelques clarifications bienvenues s'agissant du cumul subjectif. En ce qui concerne le cumul objectif, la révision de l'article 90 CPC va dans le bon sens, sans résoudre toutes les difficultés et les risques résultant de la disposition initiale ; la notion restrictive du cumul objectif, telle que consacrée par la jurisprudence, rend cependant peu nombreux les cas problématiques où le cumul n'est pas possible alors qu'il serait souhaitable.

²⁷ CREC VD N° 51 du 17 février 2021, consid. 4.4.2.

Bibliographie

ALVAREZ CIPRIANO *et al.*, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Berner Kommentar. Band I : Art. 1-149 ZPO, Band II : Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Berne 2012 (cité : BK ZPO-AUTEUR, art. X N Y)

BOHNET FRANÇOIS *et al.*, Code de procédure civile, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR, art. X N Y)

BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II 185 ss

GROBÉTY LAURENT, Le cumul objectif d'actions en procédure civile suisse, thèse Fribourg, Genève/Bâle/Zurich 2018

HEINZMANN MICHEL, Cumul et concours d'actions dans le procès civil social, *in* : Bohnet/Dupont (édit.), Le procès civil social, Neuchâtel 2018, 59 ss

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR, art. X N Y)

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL (édit.), Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 3^e éd., Zurich 2019 (cité : AUTEUR, Zivilprozessrecht, par. X N Y).

SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408 ZPO, Zurich 2021 (cité : HK ZPO-AUTEUR, art. X N Y)

TREZZINI FRANCESCO *et al.*, Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Volume 1, Parte prima : Disposizioni generali (Art. 1-196), 2^e éd., Pregassona 2017 (cité : CPra CPC-AUTEUR)

Les nouveautés en matière de conciliation

par

Michel Heinzmann*

Professeur à l'Université de Fribourg

I. Introduction.....	67
II. Les exceptions et la renonciation à la conciliation	67
A. Les exceptions.....	67
1. La contribution d'entretien et le sort des enfants	67
2. L'instance cantonale unique	70
3. La demande connexe	72
4. L'action devant le Tribunal fédéral des brevets	73
B. La renonciation	74
C. Le droit transitoire.....	77
III. La transmission à l'autorité compétente.....	79
A. L'adoption de la règle.....	79
1. La situation antérieure à la révision	79
2. Les travaux préparatoires et les débats parlementaires	80
B. L'application de la règle à l'autorité de conciliation.....	82
IV. La comparution.....	86
A. Les personnes morales.....	86
B. La dispense en cas de consorité.....	88
C. L'amende en cas de défaut	90

* L'auteur remercie chaleureusement Me Sophia Bondallaz et Mme Elena Turrini, MLaw, pour l'aide qu'elles lui ont apportée dans l'élaboration de ce texte.

V. La proposition de décision et la décision.....	93
A. La proposition de décision.....	93
B. La décision	94
VI. Le délai pour introduire l'action au fond	95
VII. Les frais.....	97
VIII. Conclusion.....	99
Bibliographie	100

I. Introduction

1. Le titre de la révision du CPC qui a été adoptée le 17 mars 2023 et qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2025 est prometteur : améliorer la praticabilité et l'application du droit. Cette promesse pourra-t-elle être tenue ? Nous tenterons de répondre à cette question concernant les nouveautés relatives au préalable de conciliation.
2. A l'instar des autres dispositions révisées, les règles sur la conciliation subissent des modifications ciblées qui ne devraient pas fondamentalement remettre en cause la manière de travailler des autorités de conciliation, des tribunaux et des plaideurs. Le principe « concilier d'abord, juger ensuite » demeure et est même un peu renforcé¹.
3. Or le diable se cache dans les détails et il se justifie d'examiner de plus près les nouveautés concernant les exceptions et la renonciation à la conciliation (II), la transmission d'office en cas d'incompétence (III), la comparution (IV), la proposition de décision et la décision (V), le délai pour introduire l'action au fond (VI) et les frais (VII).

II. Les exceptions et la renonciation à la conciliation

A. Les exceptions

1. La contribution d'entretien et le sort des enfants

4. Conformément à l'art. 198 let. b^{bis} CPC, les actions concernant la contribution d'entretien et le sort des enfants sont exemptées de la procédure de conciliation lorsqu'un des parents s'est préalablement adressé à l'autorité de protection de l'enfant. Cette exception a été introduite lors de la révision du droit de l'entretien de l'enfant du 20 mars 2015 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017², le but étant d'éviter que les parents doivent passer par deux tentatives de

¹ Pour une récente étude qui souligne l'importance de la conciliation, nous renvoyons à la récente publication de BORY.

² RO 2015 4299.

conciliation avant de pouvoir s'adresser au juge. Cette disposition soulève plusieurs questions d'interprétation sur le déroulement de la procédure devant l'autorité de protection (intensité de l'élément conciliateur, forme de la tentative de conciliation, durée de validité de l'échec de conciliation, etc.)³. Ces questions ne se poseront plus à partir du 1^{er} janvier 2025, car il ne sera plus nécessaire de s'adresser préalablement à l'autorité de protection. En effet, selon l'art. 198 let. b^{bis} nCPC, il n'y a plus de procédure de conciliation lorsque l'action porte sur la contribution d'entretien des enfants mineurs et majeurs ou d'autres questions relatives au sort des enfants⁴.

5. La modification n'était pas encore prévue dans l'avant-projet. Elle est apparue dans le projet du Conseil fédéral – à la suite d'une proposition formulée durant la procédure de consultation par plusieurs cantons et organisations –⁵, qui la justifie notamment par le fait que les accords conclus devant l'autorité de conciliation doivent de toute manière être approuvés par le tribunal ou l'autorité de protection de l'enfant⁶. A noter qu'alors que le projet évoquait simplement les « enfants », le Parlement a apporté la précision que cette règle s'appliquait aussi bien aux enfants mineurs qu'aux enfants majeurs⁷.
6. La généralisation de l'exception en cas de contribution d'entretien et d'autres questions relatives aux enfants mineurs et majeurs est justifiée. La simplification de la règle permet d'éviter des doublons et sert la sécurité du droit. Ainsi, la question controversée de savoir si la demande de contribution d'entretien est également dispensée de la procédure de conciliation lorsqu'elle est cumulée à une action

³ Cf. TF 5A_459/2019 du 25 novembre 2021, consid. 3 ; TF 5A_709/2022 du 24 mai 2023, consid. 2, dans lequel notre Haute Cour a jugé que l'art. 198 let. b^{bis} CPC n'exigeait pas qu'une audience de conciliation ait eu lieu devant l'autorité de protection, le refus d'un nouveau contrat d'entretien élaboré sur la base des documents qui lui ont été soumis étant suffisant.

⁴ Concernant l'historique de cette modification cf. SCHNEIDER, N 63 ss.

⁵ Synthèse des résultats de la consultation, ch. 6.32.

⁶ Message CPC (2020), 2661.

⁷ BO 2022 E 646 ; BO 2022 N 2259.

en paternité, qui est déjà exemptée d'une procédure de conciliation (art. 198 let. b CPC)⁸, sera sans objet à l'avenir.

7. Une différence relativement importante entre le divorce sur demande unilatérale, qui est elle aussi exemptée d'une tentative de conciliation (art. 198 let. c CPC), et l'action concernant la contribution d'entretien et le sort des enfants mérite d'être évoquée. En cas de divorce, le tribunal ordonne dans un premier temps une audience de conciliation (art. 291 CPC). Rien de tel n'est prévu pour les actions concernant la contribution d'entretien et le sort des enfants. On peut s'interroger sur le bien-fondé de cette différence. En effet, dans un litige opposant un enfant à son parent, il est préférable de trouver une solution amiable, notamment en raison du fait qu'il s'agit de régler de manière durable une situation future entre personnes proches. Pour atténuer cette différence, le tribunal peut dans un premier temps citer les parties à une audience d'instruction afin de tenter de trouver une solution amiable (art. 246 al. 2 CPC *cum* art. 226 al. 2 CPC), en particulier lorsque la partie demanderesse a déposé une demande simplifiée au sens de l'art. 244 CPC⁹. Dans ce domaine, qui touche à des aspects éminemment personnels, le tribunal a en outre la possibilité de conseiller aux parties de procéder à une médiation (art. 214 al. 1 CPC). Bien que non contraignants, ces instruments permettent au tribunal de mettre l'accent sur la résolution amiable du litige.

⁸ *Pro* : KGer/SG du 17 janvier 2013 (FO 2012 39), consid. 1 ; OGer/ZH LZ210023 du 7 décembre 2021, consid. 9 ; KGer/BE ZK 11 206, du 7 juillet 2011, consid. IV.11 ; CR CPC-BOHNET, art. 198 N 8 ; BSK ZPO-INFANGER, art. 197/198 N 17 ; DIKE ZPO-EGLI, art. 198 N 7 ; DIKE ZPO-PFÄNDER BAUMANN, art. 295 N 8 ; PC CPC-DIETSCHY-MARTENET, art. 295 N 9 ; OFK ZPO-MÖHLER, art. 198 N 7 ; KUKO ZPO-GLOOR/UMBRICHT LUKAS, art. 198 N 4 ; KUKO ZPO-STALDER/VAN DE GRAAF, art. 295 N 2 ; GROBÉTY, N 27 ; HOFMANN/LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 108 ; *contra* : STAHELIN, *in* : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 20 N 6b.

⁹ Message CPC (2020), 2661 ; LÖTSCHER/DUMMERMUTH, 53 ; SCHNEIDER, N 47 ; MORDASINI/BOOG, 5 s. En général sur l'utilité de débiter par une audience d'instruction en procédure simplifiée cf. HEINZMANN, N 419.

2. L'instance cantonale unique

8. Certains litiges doivent ou peuvent être portés devant une instance cantonale unique (art. 5 à 8 CPC). Conformément à l'art. 198 let. f CPC, il n'y a pas de procédure de conciliation lorsque l'action doit être introduite auprès d'une instance cantonale unique en vertu de l'art. 5 CPC ou lorsqu'elle est introduite auprès d'un tribunal de commerce selon l'art. 6 CPC, étant précisé que seuls les cantons de Berne, Argovie, Zurich et St-Gall disposent d'un tel tribunal.
9. Peu après l'entrée en vigueur du CPC en 2011, le Tribunal fédéral a jugé que l'absence de l'art. 7 CPC à l'art. 198 let. f CPC constituait un oubli manifeste du législateur (*ein offensichtliches Versehen*) et que les litiges en matière d'assurance-maladie complémentaire étaient également exemptés de la procédure de conciliation lorsque le droit cantonal a institué un tribunal qui statue en tant qu'instance cantonale unique pour traiter de ces litiges¹⁰.
10. La solution est différente pour l'action directe qui permet aux parties de se mettre d'accord de procéder devant l'instance cantonale supérieure lorsque la valeur litigieuse est de CHF 100'000.- au moins (art. 8 CPC). Les actions directes sont rares et les parties peuvent renoncer d'un commun accord à la procédure de conciliation (art. 199 al. 1 CPC ; N 20). En l'absence d'un tel accord, le préalable de conciliation est en principe obligatoire¹¹.
11. Selon le droit révisé, seuls les litiges au sens de l'art. 7 CPC seront exemptés du préalable de conciliation (art. 198 let. f nCPC). Il s'agit, d'une part, d'une codification de la jurisprudence évoquée ci-dessus (N 9) et, d'autre part, d'un changement de paradigme en ce qui concerne les litiges soumis à une instance cantonale unique au sens de l'art. 5 CPC ainsi que ceux qui relèvent de la compétence d'un des quatre tribunaux commerciaux qui existent en Suisse. Dans ces deux dernières hypothèses, la procédure de conciliation préalable ne sera plus exclue, mais la partie demanderesse pourra y renoncer unilatéralement (art. 199 al. 3 nCPC ; N 21 ss).

¹⁰ ATF 138 III 558, consid. 4.5, JdT 2016 II 282.

¹¹ Parmi d'autres : PC CPC-STOUDMANN, art. 8 N 6.

12. Cette modification était déjà prévue dans l'avant-projet et le projet. La possibilité d'introduire l'action par une requête de conciliation dans les litiges relevant des art. 5 ou 6 CPC a notamment pour but de faciliter l'interruption de la prescription¹². En effet, le créancier n'a pas toujours la possibilité d'interrompre la prescription par le biais d'une poursuite au sens des art. 69 ss LP (art. 135 ch. 2 CO), notamment quand la prétention ne porte pas sur une somme d'argent ou qu'il n'y a pas de for de la poursuite en Suisse, par ex. parce que le débiteur a son domicile à l'étranger (cf. art. 46 ss LP). Devoir déposer une demande qui répond aux exigences posées par l'art. 221 CPC uniquement pour interrompre la prescription est sans doute disproportionné. Dès lors, offrir la possibilité à la partie demanderesse d'obtenir le même résultat en déposant une requête de conciliation qui contient simplement une description de l'objet du litige (art. 202 al. 2 CPC) et qui engendre des coûts nettement moins élevés constitue un allègement bienvenu.
13. Si cette modification mérite d'être approuvée, il est surprenant de constater que le législateur n'a pas tout simplement biffé l'art. 198 let. f CPC et permis à la partie demanderesse, dans les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale – en général la personne assurée –, de passer par une procédure de conciliation lorsqu'elle le souhaite, en ajoutant l'art. 7 CPC à l'énumération de l'art. 199 al. 3 nCPC¹³. Cela étant, le problème ne doit pas être surestimé, car une interruption de la prescription à l'aide d'un commandement de payer est très souvent possible dans ce domaine. En outre, ce type de litiges relève de la procédure simplifiée (art. 243 al. 2 let. f CPC), si bien que la partie demanderesse peut se contenter de déposer une demande simplifiée contenant une simple description de l'objet du litige (art. 244 al. 1 let. c CPC).

¹² Rapport AP-CPC, 64 avec réf.

¹³ Du même avis HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1194, selon lesquels il s'agit d'un (nouvel) oubli du législateur.

3. La demande connexe

14. Le droit en vigueur prévoit que lorsque le tribunal a fixé un délai pour le dépôt de la demande, il n'y a pas de conciliation préalable (art. 198 let. h CPC). Cette exception vise en premier lieu les litiges dans lesquels une partie a obtenu des mesures provisionnelles au sens des art. 261 ss CPC avant que le procès au fond soit pendant, le tribunal devant dans ce cas fixer un délai au requérant pour déposer sa demande (art. 263 CPC)¹⁴.
15. On peut s'interroger sur le bien-fondé de cette exception. La fonction des mesures provisionnelles est d'offrir une protection rapide et provisoire à la personne qui risque de subir un préjudice. Cette procédure n'a pas pour vocation de remplacer la procédure de conciliation. Dogmatiquement, l'exception prévue à l'art. 198 let. h CPC ne s'impose en tous les cas pas. D'ailleurs, la validation du séquestre par une action civile (art. 279 al. 1 s. CPC) n'est pas exemptée de la procédure de conciliation (N 70 s.) et l'on ne discerne pas pour quelle raison ces deux types de validation sont soumis à des régimes différents.
16. Lors de la révision du CPC, le législateur n'a malheureusement pas remis en question l'existence même de l'art. 198 let. h CPC. Il a préféré le reformuler et le compléter en précisant que les actions jointes et connexes à l'action introduite en validation des mesures provisionnelles sont également exemptes de la procédure de conciliation (art. 198 let. h nCPC). L'avant-projet ne prévoyait pas de modifier cette disposition. C'est au stade du projet du Conseil fédéral que ce complément a été proposé¹⁵. Il fait écho à une jurisprudence qui empêche l'entrepreneur ayant obtenu l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs de cumuler sa prétention en inscription définitive avec celle en paiement du prix de l'ouvrage dans la mesure où cette dernière n'a pas encore fait l'objet d'une procédure de conciliation¹⁶. Cette

¹⁴ Message CPC (2020), 2662.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ TC ZH du 17 septembre 2014, LB130063, consid. III.3c, auquel se réfère le Conseil fédéral dans son Message (Message CPC [2020], 2662), étant précisé que

interprétation a été confirmée dans un arrêt du TF publié au RO, où l'on lit que « l'action cumulée à une action en libération de dette n'est admissible que si elle n'est pas elle-même soumise à la tentative de conciliation préalable », une exception devant toutefois être faite lorsque « l'action cumulée [i.e. en restitution d'une cédula hypothécaire] est un simple accessoire de l'inexistence de la créance objet de l'action en libération de dette »¹⁷.

17. Cette approche jurisprudentielle restrictive – que le législateur semble vouloir corriger – est en réalité erronée, car elle passe sous silence l'art. 227 al. 1 let. a CPC qui autorise la partie demanderesse à modifier sa demande lorsque la prétention nouvelle ou modifiée présente un lien de connexité avec la dernière prétention, sans qu'il faille introduire une nouvelle requête de conciliation¹⁸. Si cette possibilité existe après le dépôt de la demande, on ne voit pas pour quelle raison elle devrait être interdite au moment même du dépôt de la demande. Partant, l'art. 198 let. h nCPC ne fait que rappeler ce qui découle déjà de l'art. 227 CPC. Il sera par conséquent important d'interpréter de manière uniforme la notion de connexité à laquelle les deux dispositions font référence.

4. L'action devant le Tribunal fédéral des brevets

18. La loi sur le Tribunal fédéral des brevets (LTFB ; RS 173.41) consacre un peu plus de dix articles à la procédure (chapitre 5 ; art. 27 à 39 LTFB). Conformément à l'art. 27 LTFB, le CPC s'applique dans la mesure où la LTFB et la loi sur les brevets (LBI ; RS 232.14) ne prévoient rien. Ni la LTFB ni la LBI ne traitent de la procédure de conciliation, si bien qu'il convient de se référer au CPC. Dès lors que la liste de l'art. 198 CPC n'évoque pas la procédure devant le Tribunal fédéral des brevets, toute action au

le Tribunal fédéral a confirmé cette interprétation dans un arrêt postérieur au Message du Conseil fédéral (TF 4A_368/2020 du 9 février 2021, consid. 2.2) ; BASTONS BULLETTI, note *in* : CPC Online du 25 août 2022.

¹⁷ ATF 149 III 23, consid. 4.2 ; BASTONS BULLETTI, note *in* : CPC Online du 25 mars 2021.

¹⁸ HEINZMANN/GROBÉTY, 346 ; BASTONS BULLETTI, note *in* : CPC Online du 25 août 2022.

fond devrait en principe être précédée d'une procédure de conciliation. Or il n'est pas contesté qu'il s'agit d'un oubli du législateur¹⁹. Les actions sont directement intentées auprès du Tribunal fédéral des brevets.

19. Cette pratique a été codifiée lors de la révision du 17 mars 2023 (art. 198 let. i nCPC). Déjà proposée dans l'avant-projet et dans le projet, la modification a été adoptée sans discussion par les chambres²⁰.

B. La renonciation

20. Même si aucune des exceptions prévues à l'art. 198 CPC n'est remplie, il est parfois possible de renoncer à la procédure de conciliation. Les parties peuvent d'un commun accord renoncer à la conciliation si la valeur litigieuse est de CHF 100'000.- au moins (art. 199 al. 1 CPC) et la partie demanderesse peut renoncer unilatéralement à la conciliation lorsque la partie défenderesse a son domicile ou son siège à l'étranger, lorsque son lieu de résidence est inconnu ou lorsqu'il s'agit d'un litige relevant de la LEg (art. 199 al. 2 CPC). Ce régime demeure inchangé.
21. L'art. 199 CPC est complété d'un troisième alinéa qui permet à la partie demanderesse d'introduire l'action directement devant le tribunal dans les litiges relevant de la compétence d'une instance cantonale unique au sens des art. 5, 6 et 8 CPC (art. 199 al. 3 nCPC). Il s'agit donc des litiges qui doivent être portés devant une instance cantonale unique en vertu de l'art. 5 CPC (propriété intellectuelle, droit des cartels, raison de commerce, concurrence déloyale, etc.), des litiges commerciaux qui doivent ou peuvent être introduits auprès du tribunal de commerce institué par le droit cantonal (art. 6 CPC), ainsi que les actions directes au sens de l'art. 8 CPC.

¹⁹ THOUVENIN, 488 ; BK ZPO-RÜETSCHI, art. 27 N 19 ; SCHWEIZER, nbp 36. Cf. ég. Message CPC (2020), 2662, qui reprend mot pour mot les explications faites dans le Rapport AP-CPC, 64.

²⁰ Rapport AP-CPC, 64 ; Message CPC (2020), 2662 ; BO 2021 E 682 ; BO 2022 N 699.

22. Dans l'avant-projet, la possibilité d'introduire l'instance par une requête de conciliation était prévue à l'art. 198 al. 2 AP-CPC qui évoquait les art. 5 et 6 CPC, mais pas l'art. 8 CPC²¹. A la suite de différentes remarques formulées durant la procédure de consultation, la règle a été déplacée à l'art. 199 al. 3 dans le projet du Conseil fédéral²². Contrairement à l'art. 198 al. 2 AP-CPC, l'art. 199 al. 3 P-CPC inclut l'action directe de l'art. 8 CPC, mais limite la possibilité de passer par une procédure de conciliation dans les affaires soumises à la compétence d'une instance cantonale unique au sens de l'art. 5 CPC. En effet, conformément à l'art. 199 al. 3 P-CPC, les litiges en matière de propriété intellectuelle (art. 5 al. 1 let. a CPC) et ceux relatifs à l'usage d'une raison de commerce (art. 5 al. 1 let. c CPC) ne peuvent faire l'objet d'une conciliation facultative que si la valeur litigieuse dépasse CHF 30'000.-. Dans son Message, le Conseil fédéral n'explique pas les raisons de cette restriction. Peu importe, car le Parlement l'a écartée²³. La disposition qui a finalement été adoptée englobe tous les cas visés par les art. 5, 6 et 8 CPC. Cet élargissement mérite d'être salué. Comme évoqué plus haut, on peut toutefois se demander s'il n'aurait pas été judicieux d'inclure les litiges relevant de l'assurance-maladie complémentaire (art. 7 CPC) et d'abroger l'art. 198 let. f CPC (N 13).
23. Lorsque la partie demanderesse décide d'intenter l'action par une requête de conciliation, se pose la question de savoir à quelle autorité elle doit s'adresser. Les instances cantonales uniques au sens des art. 5, 6 ou 8 CPC sont par définition compétentes pour l'ensemble du canton, alors qu'il y a souvent plusieurs autorités de conciliation à l'intérieur d'un canton. Dès lors que l'organisation relève du droit cantonal (art. 3 CPC), les cantons peuvent prévoir une ou plusieurs autorités de conciliation spécifiques ou désigner une autorité de conciliation existante pour mener à bien la procédure de conciliation. A défaut d'une telle réglementation, les règles habituelles s'appliquent. Partant, si le for se trouve dans un arrondissement judiciaire différent de celui dans lequel est située

²¹ Cf. Rapport AP-CPC, 65.

²² Message CPC (2020), 2663.

²³ BO 2021 E 682 ; BO 2022 N 699.

l'instance cantonale unique, l'autorité de conciliation de cet arrondissement sera compétente à raison du lieu. Ainsi, dans un litige de nature commerciale, la partie demanderesse s'adressera à l'autorité de conciliation du Jura bernois-Seeland si la partie défenderesse a son siège à Bienne ou à l'autorité de conciliation de l'Oberland si la prestation caractéristique doit être exécutée à Thoun (art. 31 CPC), mais l'éventuel procès au fond subséquent aura dans les deux cas lieu devant le Tribunal commercial qui se trouve en ville de Berne.

24. Les nouveaux cas permettant à la partie demanderesse d'introduire l'action par une requête de conciliation facultative comportent un certain risque dans les litiges internationaux. Dans l'arrêt *Schlömp*, la CJUE a jugé, en 2017, qu'il y avait litispendance au sens de l'art. 27 et 30 CL à partir du moment où une « procédure obligatoire de conciliation devant une autorité de conciliation de droit suisse » a été intentée²⁴. On pourrait en déduire *a contrario* qu'il n'y a pas litispendance si la procédure de conciliation est facultative²⁵. Cette interprétation (formaliste) de l'arrêt *Schlömp* ne convainc cependant pas. L'arrêt a été rendu dans une affaire où la procédure de conciliation était obligatoire et la CJUE ne s'est en réalité pas exprimée sur les effets d'une procédure de conciliation facultative. Rien ne justifie de distinguer ces deux situations²⁶. L'autorité de conciliation est une « juridiction » au sens de l'art. 62 CL²⁷, indépendamment de la question de savoir si la partie demanderesse était obligée de la saisir ou non. Aussi longtemps que ni la CJUE ni le TF n'auront clarifié la question, la partie demanderesse court toutefois un certain risque que sa requête de conciliation soit torpillée par une action intentée postérieurement dans un autre Etat²⁸.

²⁴ CJUE, 20 décembre 2017, *Schlömp*, C-467/16 (ECLI:EU:C:2017:993).

²⁵ Cf. BUCHER, N 49 s. ; DASSER, 92.

²⁶ Du même avis DIKE LugÜ-MEIER/BAECKERT, art. 30 N 6a ; BSK LugÜ-MABILLARD, art. 30 N 11 ss qui propose une analyse détaillée et convaincante.

²⁷ CJUE, 20 décembre 2017, *Schlömp*, C-467/16 (ECLI:EU:C:2017:993) ; DIKE LugÜ-ACOCCELLA, art. 62 N 6 ; BSK LugÜ-DALLAFIOR/SCHUMACHER, art. 62 N 8f.

²⁸ Cf. BSK LugÜ-MABILLARD, art. 27 N 34 avec de nombreuses réf.

C. Le droit transitoire

25. Le droit transitoire est réglé aux art. 404 ss CPC. Lors de l'adoption du CPC en 2011, le principe était que les procédures en cours restaient soumises à l'ancien droit procédural cantonal (art. 404 al. 1 CPC). Différentes (petites) révisions ultérieures du CPC ont en revanche été rendues applicables dès leur entrée en vigueur (art. 407a à 407e CPC).
26. Pour la révision du 23 mars 2023, le législateur a opté pour une solution intermédiaire. L'art. 407f nCPC contient une liste de dispositions qui s'appliqueront déjà aux procédures en cours lors de l'entrée en vigueur de la révision du CPC le 1^{er} janvier 2025. *À contrario*, les articles qui ne sont pas énumérés dans cette disposition ne s'appliqueront pas aux procédures pendantes au 1^{er} janvier 2025, mais uniquement à celles qui seront introduites à partir de cette date.
27. Conformément à l'art. 62 al. 1 CPC, le dépôt de la requête de conciliation, de la demande ou de la requête en justice, ou de la requête commune en divorce crée la litispendance. Partant, si la requête de conciliation est déposée le mardi 31 décembre 2024, le nouveau droit s'appliquera uniquement aux dispositions listées à l'art. 407f nCPC. En revanche, si elle l'est le mercredi 1^{er} janvier 2025, toutes les dispositions du CPC seront applicables à la cause.
28. L'art. 407f nCPC, qui n'était prévu ni dans l'avant-projet ni dans le projet, a été introduit lors des débats parlementaires²⁹. Cette disposition peut conduire à des résultats pour le moins singuliers. Ainsi, une expertise privée qui est versée au dossier avant la fin de l'année 2024 se transformera en moyen de preuve si l'affaire est encore pendante le 1^{er} janvier 2025. En ce sens, le droit révisé a un effet rétroactif.
29. Les art. 198 let. bbis, f, h et i nCPC, ainsi que l'art. 199 al. 3 nCPC font partie de la liste de l'art. 407f nCPC. Ils seront dès lors applicables aux procédures en cours le 1^{er} janvier 2025. Le choix du législateur de les rendre immédiatement applicables est surprenant dans la mesure où il s'agit de dispositions qui règlent le début de la

²⁹ BO 2021 E 693 ; BO 2022 N 710 s. ; BO 2022 E 651 ; BO 2022 N 2262 ; BO 2023 E 10 ; BO 2023 N 219 ; BO 2023 E 244 s. ; BO 2023 N 528 ss.

procédure. Pour des raisons de sécurité du droit, il aurait probablement été plus judicieux de les rendre applicables aux procédures intentées à partir du 1^{er} janvier 2025. Un exemple permet de clarifier ce propos :

30. Une partie souhaite interrompre la prescription dans une affaire relevant de l'instance cantonale unique au sens de l'art. 5 CPC en déposant une requête en conciliation (art. 199 al. 3 nCPC). Si elle le fait vers la fin décembre 2024, cela ne devrait pas poser de problème dès lors que l'audience de conciliation aura en principe lieu dans les deux mois qui suivent sa requête (art. 203 al. 1 CPC), à savoir en janvier ou février 2025. L'autorité de conciliation sera compétente. Mais qu'en est-il si la partie dépose sa requête au début du mois d'octobre 2024 ? L'audience de conciliation devrait avoir lieu au plus tard au début du mois de décembre 2024. Si les parties ne parviennent pas à transiger, l'autorité de conciliation délivrera une autorisation de procéder à la partie demanderesse qui disposera d'un délai de trois mois pour déposer sa demande auprès de l'instance cantonale unique compétente (art. 209 al. 3 CPC). Un éventuel procès au fond aura lieu après l'entrée en vigueur du CPC. Si la partie demanderesse ne dépose pas de demande au fond la litispendance prend fin à l'échéance du délai de trois mois³⁰. Dans les deux situations, la cause sera (encore) pendante au 1^{er} janvier 2025, si bien que le procédé ne pose pas de problème. Qu'en est-il en revanche, si les parties transigent lors de l'audience de conciliation au mois de décembre 2024 ? La procédure prend dans ce cas fin au moment où la transaction est consignée au procès-verbal, à savoir le jour où l'audience a lieu. Or, en décembre 2024, le CPC révisé ne sera pas encore entré en vigueur et l'art. 407f CPC ne pourra pas être appliqué. Partant, l'autorité de conciliation aura consigné une transaction dans un litige qui *de lege lata* ne relève manifestement pas de sa compétence. Faut-il considérer qu'une telle transaction est nulle ? L'éventuelle nullité n'affecte-t-elle que le caractère judiciaire de la transaction ? Bref, le fait d'avoir introduit les modifications relatives aux exceptions et à la renonciation de la procédure de conciliation dans la liste de l'art. 407f CPC peut dans

³⁰ Message CPC (2006), 6940 ; BK ZPO-BERGER-STEINER, art. 62 N 45 avec de nombreuses réf. ; DIKE ZPO-MÜLLER-CHEN, art. 62 N 49.

certaines circonstances soulever des questions épineuses. Pour les plaideurs, mieux vaut attendre l'entrée en vigueur du CPC avant de faire usage des nouvelles possibilités offertes par le Code.

III. La transmission à l'autorité compétente

A. L'adoption de la règle

1. La situation antérieure à la révision

31. La transmission d'office par une autorité incompétente à l'autorité compétente est connue par notre ordre juridique. On la retrouve en procédure administrative (e.g. art. 8 PA et art. 39 al. 2 LPGa), en procédure pénale (art. 91 al. 4 CPP), en poursuite pour dettes et faillite (art. 32 al. 2 LP), dans le domaine de la protection des adultes et des enfants (art. 444 CC), ou encore pour la procédure devant le Tribunal fédéral (art. 48 al. 3 LTF).
32. Contrairement aux lois évoquées, le CPC ne connaît actuellement aucune règle prévoyant la transmission d'office en cas d'incompétence de l'autorité saisie. Dès lors, une demande déposée auprès d'un tribunal incompétent, à raison de la matière ou du lieu, est irrecevable (art. 59 al. 2 let. b CPC). Des exceptions existent toutefois. La jurisprudence a en particulier jugé que l'appel ou le recours introduit dans les délais auprès du tribunal qui a rendu la décision (*index ad quo*) devait être transmis à l'autorité cantonale supérieure³¹. On peut en outre évoquer le cas dans lequel une partie s'adresse par mégarde à la mauvaise cour du tribunal compétent ou celui où une partie fait appel ou recourt dans les 10 jours contre une décision notifiée sans motivation écrite³².
33. A noter que le renvoi pour cause de connexité au sens de l'art. 127 CPC n'est pas comparable aux situations discutées ici, car il présuppose que le tribunal qui souhaite transmettre la cause est compétent³³.

³¹ ATF 140 III 636, consid. 3, JdT 2020 II 197.

³² Pour plus de détails cf. BALMER, 208 s.

³³ ZK ZPO-STAEHELIN, art. 127 N 6 ; BK ZPO-FREI, art. 127 N 9 ss.

2. Les travaux préparatoires et les débats parlementaires

34. Souhaitant améliorer la praticabilité du CPC, le législateur a dans un premier temps proposé d'introduire deux nouvelles dispositions. Selon l'art. 60a AP-CPC, la partie demanderesse ou requérante peut, en cas d'irrecevabilité pour cause d'incompétence, désigner le tribunal auquel le procès est renvoyé, la litispendance n'étant pas interrompue³⁴. Conformément à l'art. 143 al. 1^{bis} AP-CPC, « [l]es actes remis dans les délais, mais adressés par erreur à un tribunal suisse manifestement incompétent sont réputés remis dans les temps et sont immédiatement transmis d'office au tribunal compétent ». Dans son rapport, le Conseil fédéral explique vouloir généraliser la jurisprudence relative à la transmission du mémoire d'appel ou de recours présentée ci-dessus (N 32). Il s'agit d'appliquer ce principe « dans tous les cas où l'acte est adressé par erreur à un tribunal suisse manifestement incompétent »³⁵.
35. L'introduction du nouvel art. 60a AP-CPC a été abandonnée en raison des nombreuses critiques formulées durant la procédure de consultation³⁶. L'art. 143 al. 1^{bis} AP-CPC a en revanche été repris, mais reformulé comme suit : « Les actes remis dans les délais, mais adressés par erreur à un tribunal suisse manifestement incompétent sont réputés remis en temps utile. Lorsqu'un autre tribunal suisse est manifestement compétent, le tribunal incompétent les lui transmet d'office ». Subdivisé en deux phrases, l'art. 143 al. 1^{bis} P-CPC contient trois modifications par rapport à l'art. 143 al. 1^{bis} AP-CPC. Il précise qu'une transmission ne peut avoir lieu qu'en faveur d'un autre tribunal « suisse » (1) et que celui-ci doit être « manifestement » compétent (2). Il renonce en revanche à une transmission « immédiate » (3), le Conseil fédéral exigeant toutefois que celle-ci ait lieu rapidement³⁷. Le Message indique en outre qu'en dépit du texte qui n'évoque que le « tribunal », cette règle s'applique

³⁴ Pour plus de détails sur cette proposition, cf. Rapport AP-CPC, 32 s.

³⁵ Rapport AP-CPC, 59.

³⁶ Message CPC (2020), 2655.

³⁷ *Id.*, 2656.

également aux autorités de conciliation³⁸. Nous allons revenir sur ce point (N 39 ss).

36. L'art. 143 al. 1^{bis} a été discuté et modifié durant les débats parlementaires. Alors que le Conseil aux Etats a adopté en première lecture le texte proposé par le Conseil fédéral³⁹, le Conseil national a, sur proposition de la CAJ-N, biffé l'adverbe « manifestement »⁴⁰, au motif que « la distinction entre un tribunal incompetent et un tribunal manifestement incompetent est difficile à faire »⁴¹. Cet argument est pour le moins surprenant, car il s'agit d'un terme couramment utilisé dans la législation. Le CPC lui-même s'y réfère d'ailleurs à 18 reprises. Ainsi, le tribunal n'interpelle les parties que lorsque leurs actes ou déclarations sont « manifestement incomplets » (art. 56 CPC), une partie est invitée à commettre une représentation lorsqu'elle est « manifestement incapable de procéder elle-même » (art. 69 CPC), le tribunal détermine la valeur litigieuse quand la valeur que les parties avancent est « manifestement erronée » (art. 91 al. 2 CPC), le recours au sens strict est recevable pour « contestation manifestement inexacte des faits (art. 320 let. b CPC), etc. Quoi qu'il en soit, la Chambre haute s'est ralliée sans discussion à la version adoptée par le Conseil national⁴².
37. Le législateur a par ailleurs légèrement modifié les règles permettant de maintenir la litispendance en cas d'acte introductif d'instance adressé à un tribunal ou une autorité de conciliation incompetente. Conformément à l'art. 63 al. 1 nCPC, l'instance est également réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte en cas de transmission selon l'art. 143 al. 1^{bis} nCPC. Cette modification a elle aussi été introduite lors des débats parlementaires⁴³.
38. L'art. 143 al. 1^{bis} nCPC et l'art. 63 al. 1 nCPC s'appliqueront aux procédures en cours le 1^{er} janvier 2025 (art. 407f nCPC).

³⁸ Message CPC (2020).

³⁹ BO 2021 E 679.

⁴⁰ BO 2022 N 697.

⁴¹ BO 2022 N 670 (Lüscher) ; cf. ég. BO 2022 N 672 (Bregy).

⁴² BO 2022 E 645.

⁴³ BO 2021 E 674 ; BO 2022 N 687.

B. L'application de la règle à l'autorité de conciliation

39. Le nouvel art. 143 al. 1^{bis} nCPC soulève de nombreuses questions, notamment en raison du choix opéré par l'Assemblée fédérale de renoncer à appliquer cette règle aux cas manifestes. La doctrine s'est d'ailleurs déjà emparée de la problématique et a relevé – à juste titre – que la notion centrale qu'il conviendra d'interpréter est l'« erreur » commise par la partie ayant déposé l'acte⁴⁴. Nous n'allons pas approfondir le sujet dans la présente contribution. Deux questions méritent toutefois d'être abordées. Premièrement, l'obligation de transmission s'applique-t-elle aussi à l'autorité de conciliation ? Secondement, un tribunal doit-il transmettre un acte qui lui a été adressé par erreur à l'autorité de conciliation compétente ? Relevons encore que, quand bien même l'art. 143 al. 1^{bis} CPC vise en soi tous les actes, nous nous concentrerons sur les actes introductifs d'instance, à savoir la requête de conciliation (art. 202 CPC) et la demande (art. 221 CPC [demande ordinaire] et art. 244 CPC [demande simplifiée]).
40. Bien que l'art. 143 al. 1^{bis} nCPC évoque le « tribunal », il convient d'admettre que cette disposition s'applique également aux autorités de conciliation. Nous avons pu constater que cela correspond à la volonté du législateur (N 35). En outre, la disposition en question se trouve dans le chapitre 3 (délais, défaut et restitution) des dispositions générales du CPC dont l'application n'est pas limitée aux seuls tribunaux. Il n'est d'ailleurs pas rare que le CPC évoque le « tribunal » en englobant l'autorité de conciliation. Il suffit de penser aux règles sur les fors (art. 9 ss CPC), les frais (art. 95 ss CPC) ou la forme des actes de procédure (art. 129 ss CPC) pour ne citer que quelques exemples⁴⁵. Cela étant, il est nécessaire de tenir compte des spécificités de la procédure de conciliation. Ainsi, l'art. 13 CPC qui prévoit des fors alternatifs pour les mesures provisionnelles ne s'applique jamais à l'autorité de conciliation, vu que de telles mesures relèvent de la procédure sommaire et qu'elles sont dès lors

⁴⁴ Cf. en particulier les travaux de LÖTSCHER/PLATTNER et BALMER.

⁴⁵ Cf. ATF 147 III 41, consid. 4.2.1, JdT 2021 II 136, ainsi que l'ATF 138 III 705, consid. 2.3, dans lequel la Cour suprême a retenu qu'une autorité de conciliation pouvait suspendre une procédure en application de l'art. 126 CPC qui utilise pourtant le terme « tribunal ».

exemptées du préalable de conciliation (art. 248 let. d CPC et art. 261 ss CPC *cum* art. 198 let. a CPC).

41. Une approche circonstanciée s'impose également en ce qui concerne l'art. 143 al. 1^{bis} nCPC. Cette disposition présuppose – nous l'avons vu – l'incompétence de l'autorité à laquelle l'acte est adressé. Or le Tribunal fédéral a jugé dans une première affaire, en 2019, qu'une autorité de conciliation n'a pas à examiner sa propre compétence (matérielle) avec la même intensité qu'un tribunal. Celui-ci doit en principe se prêter à un examen approfondi en fait et en droit⁴⁶ et rendre une décision d'irrecevabilité s'il conclut à son incompétence⁴⁷. L'autorité de conciliation, quant à elle, refusera d'entrer en matière uniquement si son incompétence est « manifeste », car sa vocation principale est de concilier les parties dans le cadre d'une procédure informelle⁴⁸. Quelques mois plus tard, notre Haute Cour a eu l'occasion de préciser qu'il en allait de même pour la compétence à raison du lieu, étant toutefois précisé que si le for était de nature dispositive, la partie défenderesse devait en plus exciper l'exception d'incompétence pour que l'autorité de conciliation puisse rendre une décision d'irrecevabilité⁴⁹.
42. Cette jurisprudence n'est pas remise en cause par la révision du CPC. Le rôle de l'autorité de conciliation reste en effet le même. Il s'agit en premier lieu d'aider les parties à trouver un accord amiable et l'autorité ne doit pas dépenser son énergie à trancher des questions procédurales délicates. La limitation de sa cognition aux cas d'incompétence manifeste demeure par conséquent valable. L'art. 143 al. 1^{bis} nCPC doit être lu à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Partant, la transmission d'un acte présuppose que l'autorité de conciliation soit manifestement incompétente et, en cas de for dispositif, que la partie défenderesse ait soulevé

⁴⁶ Demeure réservée la théorie des faits doublement pertinents (cf. ATF 147 III 157, consid. 2).

⁴⁷ LÖTSCHER/PLATTNER considèrent que tel sera toujours le cas après l'entrée en vigueur de la révision, même si le tribunal transmet l'acte (LÖTSCHER/PLATTNER, 709).

⁴⁸ ATF 146 III 47, consid. 4.2.

⁴⁹ ATF 146 III 265, consid. 4 ; voir ég. BASTONS BULLETTI, note *in* : CPC Online du 27 mai 2020, ainsi que COSTANTINA, note *in* : RSPC 2020 326 ss.

l'exception d'incompétence. L'erreur du plaideur doit elle aussi être manifeste. On ne voit en effet pas pour quelle raison cette condition de l'art. 143 al. 1^{bis} nCPC devrait être soumise à un examen plus approfondi que celui de la compétence. Enfin, pour que la transmission ait lieu, une autre autorité suisse doit être manifestement compétente. Ici encore, l'on ne saurait exiger de l'autorité de conciliation (manifestement incompétente) qu'elle examine avec davantage d'assiduité la compétence d'une autre autorité⁵⁰. Cette autre autorité sera en principe une autorité de conciliation. Il n'est cependant pas exclu qu'une transmission à un tribunal ait lieu. On peut par ex. s'imaginer le cas où un plaideur dépose par erreur une requête en procédure sommaire auprès de l'autorité de conciliation (art. 252 CPC *cum* art. 198 let. a CPC). L'autorité à laquelle l'acte est transféré n'est pas liée par la décision de l'autorité de conciliation qui a jugé être manifestement incompétente.

43. Si l'autorité de conciliation entend rendre une décision dans une affaire patrimoniale dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 2'000.- (art. 212 CPC ; N 66 ss), l'art. 143 al. 1^{bis} nCPC est en revanche pleinement applicable, car l'autorité se transforme en autorité juridictionnelle de première instance et applique les règles sur la procédure simplifiée⁵¹. Dès lors, il suffit en soi que l'autorité de conciliation soit incompétente et que l'acte lui ait été remis par erreur pour que transmission à l'autorité de conciliation compétente ait lieu. Voilà pour la théorie. En pratique, une telle situation ne devrait guère se réaliser, car l'autorité de conciliation n'est pas obligée de rendre une décision. L'art. 212 CPC est formulé de manière potestative, l'idée étant que l'autorité de conciliation tranche les affaires de faible valeur litigieuse lors de la première audience⁵². Autrement dit, l'affaire doit non seulement avoir une valeur litigieuse modeste, mais elle doit également être simple. Il s'ensuit qu'une autorité de conciliation qui constate un éventuel problème de compétence renoncera très probablement à emprunter

⁵⁰ LÖTSCHER/PLATTNER, 711 s.

⁵¹ ATF 147 III 440, consid. 3.3.2 avec de nombreuses réf.

⁵² *Ibid.*

cette voie et se contentera de tenter une conciliation. Dans l'hypothèse où l'autorité réalise le problème après avoir communiqué aux parties son intention de rendre une décision, elle peut reconsidérer son choix et reprendre son rôle classique d'autorité de conciliation⁵³.

44. Qu'en est-il en cas de proposition de jugement (dès le 1^{er} janvier 2025 : proposition de décision ; N 62 ss) au sens des art. 210 s. CPC ? Cette institution est parfois considérée comme étant plus proche de la décision (art. 212 CPC) que de la conciliation (art. 208 CPC)⁵⁴. C'est peut-être dû à son nom. Or celui-ci est trompeur. La proposition de décision est en réalité plus proche de la conciliation⁵⁵ et il serait judicieux de parler de proposition de transaction⁵⁶ ou – comme l'a fait le Tribunal fédéral – de « proposition de règlement à l'amiable »⁵⁷. En effet, la proposition formulée par l'autorité de conciliation ne doit pas nécessairement être motivée (art. 210 al. 2 CPC), pas même si une partie le requiert, elle peut être réfutée par une simple opposition (art. 211 al. 1 CPC) et elle ne peut pas faire l'objet d'un recours (ou d'un appel) auprès de l'autorité cantonale supérieure⁵⁸. La loi prévoit d'ailleurs que la proposition déploie les effets d'une décision entrée en force si aucune partie ne fait opposition dans le délai de 20 jours, une formulation qui met en exergue qu'il ne s'agit précisément pas d'une décision⁵⁹. En outre, en cas d'opposition, l'autorité de conciliation délivre l'autorisation de procéder (art. 211 al. 2 CPC). La conséquence juridique est donc la même qu'en cas d'échec de conciliation (art. 209 CPC). Enfin, notre Cour suprême a jugé que la proposition de jugement faisait partie de la procédure de

⁵³ ATF 142 III 638, consid. 3.4.

⁵⁴ DIKE ZPO-RICKLI, art. 210 N 12.

⁵⁵ Du même avis : LÖTSCHER-STEIGER, 414.

⁵⁶ HEINZMANN, N 517 ss avec réf. Cf. ég. LÖTSCHER-STEIGER, 414, qui propose le terme « *Erledigungsvorschlag* », que l'on pourrait traduire par « proposition de règlement ».

⁵⁷ ATF 140 III 310, consid. 1.3.1.

⁵⁸ ATF 140 III 310, consid. 1.4.

⁵⁹ Cette formulation n'est pas sans rappeler l'art. 80 al. 2 ch. 1 LP selon lequel une transaction ou reconnaissance passée en justice est assimilée à un jugement et permet d'obtenir la mainlevée définitive.

conciliation (au sens des art. 202 à 207 CPC) et que celle-ci perdurait pendant le délai d'opposition⁶⁰. Au vu de ces éléments, l'autorité de conciliation doit à notre avis appliquer l'art. 143 al. 1^{bis} nCPC comme elle le fait lorsqu'elle assume son rôle classique de conciliatrice (N 41 s.). Il s'ensuit qu'une proposition de décision acceptée par les parties est valable même si elle a été rendue par une autorité incompétente ou que, bien que l'incompétence soit manifeste, la partie défenderesse n'a pas soulevé l'exception d'incompétence alors que le for est dispositif.

45. Lorsqu'un acte a été remis par erreur au tribunal incompétent, celui-ci doit le transmettre à l'autorité compétente. Cette autorité peut être une autorité de conciliation. Un tel cas peut notamment se présenter lorsque l'autorité de conciliation et le tribunal sont administrativement séparés, comme c'est le cas dans le canton de Berne. Ainsi, si une requête de conciliation est adressée par erreur au Tribunal régional du Jura bernois-Seeland (Rue de l'Hôpital 14, 2502 Bienne), elle sera transmise à l'Autorité de conciliation du Jura bernois-Seeland (Rue Neuve 8, 2502 Bienne). Ici aussi, l'autorité de conciliation n'est pas liée par la décision du tribunal. Quand bien même ce dernier devait arriver à la conclusion, en principe après un examen complet en fait et en droit (N 41), qu'il n'est pas compétent et qu'il transmet la cause à l'autorité de conciliation qu'il estime compétente, cette dernière n'est pas liée par cette décision. Si elle considère qu'elle n'est manifestement pas compétente, elle peut déclarer la requête irrecevable et procéder comme esquissé ci-dessus (N 41 ss).

IV. La comparution

A. Les personnes morales

46. L'art. 204 CPC, qui consacre le principe de la comparution personnelle des parties à l'audience de conciliation, a été modifié lors des débats parlementaires. Ni l'avant-projet ni le projet du Conseil fédéral ne prévoyait d'adapter cette disposition. Cela étant,

⁶⁰ ATF 140 III 404, consid. 4, JdT 2016 II 247.

bien que le texte de la loi semble à première vue subir une refonte importante, son contenu demeure pratiquement inchangé.

47. Dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2024, l'art. 204 CPC semble s'adresser aux personnes physiques uniquement. En effet, la let. a de l'al. 3 permet à une personne de se faire représenter lorsqu'elle a son « domicile » en dehors du canton ou à l'étranger. Elle n'évoque pas l'hypothèse où son « siège » est situé hors canton, et les cas de dispense prévus à la let. b de l'al. 3 (maladie, âge et autres justes motifs) ne concernent que les personnes physiques. Nonobstant cette formulation, il est incontesté que l'art. 204 CPC s'applique également aux personnes morales⁶¹.
48. L'art. 204 nCPC est plus précis puisque la let. a de son al. 3 dispose que « la *partie* qui a son domicile *ou son siège* en dehors du canton ou à l'étranger » peut se faire représenter (nous soulignons). Le remplacement du terme « personne » par « partie » est également justifié dans la mesure où d'autres entités ont parfois la capacité d'être partie selon l'art. 66 CPC (corporation de droit public fédéral ou cantonal, Etat, société en nom collectif, masse en faillite, etc.)⁶². En revanche, le législateur n'a pas pensé à simplifier le texte en biffant la précision « ou à l'étranger », qui est parfaitement inutile dès lors qu'une partie ayant son domicile ou son siège à l'étranger l'a nécessairement en dehors du canton.
49. Le premier alinéa de l'art. 204 CPC, qui dispose que les parties doivent comparaître en personne, est complété d'une deuxième phrase qui concerne les personnes morales. Celles-ci doivent également comparaître « personnellement » comme évoqué ci-dessus. La nouvelle phrase précise que deux possibilités existent. La comparution peut avoir lieu par le biais d'un organe ou d'une personne disposant de pouvoirs de représentation commerciaux qui incluent la faculté de plaider et de transiger et qui a une bonne connaissance du litige. Il s'agit d'une codification de la

⁶¹ ATF 140 III 70, consid. 4.3, avec réf. ; BSK ZPO-INFANGER, art. 204 N 3, BK ZPO-ALVAREZ/PETER, art. 204 N 7.

⁶² Pour plus de détails, cf. PC CPC-MAY CANELLAS, art. 66 N 12 ss.

jurisprudence⁶³ qui a été proposée lors des débats parlementaires⁶⁴. Cette codification a conduit le législateur à remplacer le terme « Elles » par « Les parties » au début de l'al. 2, sans doute pour améliorer la lisibilité du texte.

B. La dispense en cas de consorité

50. L'art. 204 al. 3 CPC, qui règle les cas de dispense à comparaître, est complété d'un nouveau cas. Outre l'absence du domicile ou du siège dans le canton (let. a), le maladie, l'âge ou un autre juste motif (let. b), ainsi que les cas soumis à la procédure simplifiée dans lesquels l'employeur, l'assureur et le bailleur peuvent se faire représenter (let. c), l'art. 204 al. 3 let. d nCPC dispose qu'il est possible de se faire représenter par un consort. Contrairement aux modifications relatives à la comparution des personnes morales, il s'agit d'une véritable nouveauté. En effet, conformément au droit en vigueur, l'absence injustifiée d'un consort emporte la défaillance de la partie. S'il s'agit d'une consorité simple, seul le consort absent fait défaut, son absence n'impactant pas le ou les autres consorts qui ont comparu, dès lors que chaque consort procède indépendamment des autres (art. 71 al. 3 CPC)⁶⁵. En revanche, en cas de consorité nécessaire, il n'y a qu'un seul lien d'instance et l'absence d'un consort affecte tous ceux avec qui il forme la consorité. Ils sont tous défaillants. Demeure réservé le cas où le consort absent a autorisé les autres à agir, déclaré formellement se soumettre par avance à l'issue du procès, ou reconnu d'emblée formellement la demande⁶⁶.
51. L'art. 204 al. 3 let. d nCPC, selon lequel « les autres demandeurs ou défendeurs [sont dispensés de comparaître et peuvent se faire représenter], si l'un d'entre eux est présent et dispose du droit de les représenter et de transiger en leur nom », a été proposé par la

⁶³ ATF 140 III 70, consid. 4.3 ; ATF 141 III 159, consid. 3.

⁶⁴ BO 2021 E 682 ; BO 2022 N 699.

⁶⁵ ATF 149 III 12, consid. 3.1.2 ; voir ég. BASTONS BULLETTI, note *in* : CPC Online du 15 décembre 2022.

⁶⁶ ATF 136 III 123, consid. 4.4.

CAJ-N⁶⁷ et par la suite adopté sans discussion par les deux chambres⁶⁸. Le rapporteur de la CAJ-N a expliqué que la présence d'un seul consort était suffisante, notamment dans les litiges de voisinage ou de propriété impliquant plusieurs parties, car « il est difficile voire impossible d'organiser une audience de conciliation avec 25 copropriétaires qui agissent contre le vingt-sixième »⁶⁹.

52. Cette nouvelle disposition appelle un certain nombre de précisions. Dès lors qu'elle évoque les demandeurs et les défendeurs, il ne fait aucun doute qu'elle s'applique autant à la consorité active que passive. En revanche, on peut se poser la question de savoir si l'art. 204 al. 3 let. d nCPC se réfère à la consorité nécessaire et/ou à la consorité simple. Il nous semble clair que la consorité nécessaire tombe sous le coup de cette règle. Eu égard à la jurisprudence selon laquelle un consort peut se soumettre par avance à l'issue du procès sans y participer activement (N 50 *i.f.*), un consort nécessaire peut en réalité aujourd'hui déjà permettre aux autres consorts de transiger. La nouvelle disposition ne constitue à cet égard qu'une concrétisation de la jurisprudence évoquée ci-dessus. Mais le législateur souhaite faire un pas supplémentaire et il y a lieu d'admettre que l'art. 204 al. 3 let. d nCPC s'applique également à la consorité simple⁷⁰. Cela ressort de l'exemple donné par le rapporteur de la CAJ-N qui fait référence à des copropriétaires et non pas à des membres d'une propriété commune. Or, les copropriétaires forment en général une consorité (active ou passive) simple⁷¹.
53. L'art. 204 al. 3 let. d nCPC ne s'applique pas aux procédures en cours (art. 407f CPC). Partant, si la requête de conciliation est déposée le mardi 31 décembre 2024, une dispense de comparaître

⁶⁷ BO 2022 N 671 (Lüscher).

⁶⁸ BO 2022 N 699 ; BO 2022 E 646.

⁶⁹ BO 2022 N 671 (Lüscher).

⁷⁰ Du même avis : HOFMANN/LÜSCHER, 238 ; apparemment aussi HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1194, qui estiment que cette solution est peu judicieuse.

⁷¹ Commentario CPC-TREZZINI, art. 70 N 28 ss ; VON HOLZEN, 104 ss. Voir ég. ATF 140 III 150, consid. 2.2.3.

et une représentation par un consort ne sera pas possible, en dépit du fait que la procédure de conciliation aura lieu en 2025.

C. L'amende en cas de défaut

54. Le défaut des parties à l'audience de conciliation est réglé à l'art. 206 CPC. La requête est considérée comme retirée et l'affaire rayée du rôle lorsque le demandeur est défaillant (al. 1) ; il en va de même quand les deux parties font défaut (al. 3) ; si la partie défenderesse est défaillante, la procédure suit son cours (al. 2). Dans ce dernier cas, l'autorité de conciliation délivre une autorisation de procéder (art. 209 CPC), à moins qu'elle formule une proposition de décision (art. 210 s. CPC), voire qu'elle rende une décision (art. 212 CPC), ce qui devrait être exceptionnel. La partie défenderesse ne risque par conséquent pas grand-chose si elle ne se présente pas à l'audience de conciliation, alors que la partie demanderesse a tout intérêt à comparaître (ou à se faire représenter). C'est pourquoi il arrive que la partie demanderesse doive participer à une audience de conciliation alors qu'elle sait pertinemment que la partie défenderesse sera absente⁷². Cette situation est peu satisfaisante et l'audience de conciliation est vécue comme une formalité inutile par la partie demanderesse.
55. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, en cas de défaut d'une partie, l'autorité de conciliation peut prononcer une sanction disciplinaire selon l'art. 128 CPC⁷³. Encore faut-il que la non-comparution perturbe le déroulement de la procédure (al. 1) ou que le comportement de la partie absente puisse être qualifié de téméraire ou de mauvaise foi (al. 3). Autrement dit, le seul fait de ne pas comparaître ne suffit pas pour prononcer une mesure disciplinaire⁷⁴.
56. Afin de renforcer la procédure de conciliation et d'augmenter la pression sur les parties – en particulier sur la partie défenderesse – de se présenter à l'audience de conciliation, le législateur a ajouté un

⁷² ATF 146 III 185, consid. 4, SJ 2020 I 381.

⁷³ ATF 141 III 265, consid. 3.2.

⁷⁴ BASTONS BULLETTI, note *in* : CPC Online du 26 août 2015.

nouvel alinéa à l'art. 206 CPC. L'art. 206 al. 4 nCPC dispose que l'autorité de conciliation peut punir la partie défaillante d'une amende d'ordre de CHF 1'000.- au plus. Cette modification était déjà prévue dans l'avant-projet et dans le projet du Conseil fédéral et le Parlement l'a adoptée malgré certaines hésitations⁷⁵. Le but de la nouvelle réglementation est de faciliter le prononcé d'une amende d'ordre. Le Message du Conseil fédéral – qui reprend pratiquement mot pour mot le Rapport explicatif de l'avant-projet – indique qu'il s'agit d'intégrer la jurisprudence du Tribunal fédéral évoquée ci-devant (N 55), ce qui n'est pas correct. L'art. 206 al. 4 nCPC n'est pas simplement un rappel de l'art. 128 CPC. Il s'agit d'une *lex specialis*. Celle-ci est certes moins incise dans la mesure où seule une amende d'ordre de CHF 1'000.- au plus peut être prononcée⁷⁶, mais ses conditions d'application sont moins exigeantes, car – comme le précise d'ailleurs le Conseil fédéral dans son Message⁷⁷ –, une perturbation du déroulement de la procédure, la mauvaise foi ou un procédé téméraire n'est pas requis. Le simple fait qu'une partie soit défaillante suffit pour prononcer une amende d'ordre.

57. L'autorité dispose cependant d'une certaine marge de manœuvre puisque la loi prévoit qu'elle « peut » prononcer une amende d'ordre. Ce choix législatif est discutable. D'une part, un risque existe que des pratiques divergentes se développent en Suisse, d'un canton à l'autre, d'un arrondissement judiciaire à l'autre, voire même à l'intérieur d'un même arrondissement. D'autre part, il nous semble difficile de déterminer quels pourraient être les critères justifiant ou ne justifiant justement pas le prononcé d'une amende d'ordre, le Message étant d'ailleurs muet à ce sujet. On ne saurait en tous les cas mettre la barre trop haute en s'inspirant des critères de l'art. 128 CPC (infraction aux convenances, perturbation du déroulement,

⁷⁵ BO 2021 E 682 ; BO 2022 N 699 s. ; BO 2022 E 646 ; BO 2022 N 2259 ; BO 2023 E 7 ; BO 2023 N 217 s.

⁷⁶ Dans certains cas, notamment si les enjeux économiques sont importants, le montant maximal de l'amende d'ordre risque d'être trop faible pour convaincre une partie peu encline à jouer le jeu de comparaître à l'audience de conciliation.

⁷⁷ Message CPC (2020), 2664 s.

procédé téméraire, mauvaise foi), étant donné que la volonté du législateur est de faciliter le prononcé d'amendes d'ordre.

58. La possibilité d'amender une partie s'adresse en premier lieu à la partie défenderesse. L'art. 204 al. 4 nCPC est cependant également applicable à la partie demanderesse. La défaillance des deux parties n'empêche pas non plus l'application de cette disposition.
59. Rappelons encore que, conformément à l'art. 147 al. 3 CPC, l'autorité de conciliation doit préalablement rendre les parties attentives au risque encouru en cas de non-comparution⁷⁸. Elle devra donc indiquer dans sa citation à comparaître qu'elle peut prononcer une amende en cas de défaut.
60. L'art. 206 al. 4 nCPC n'évoque pas la possibilité de recourir contre le prononcé d'une amende. Il ne se justifie cependant pas de traiter différemment les amendes prononcées en application de l'art. 128 CPC (infraction aux convenances, perturbation du déroulement de la procédure, procédé téméraire, mauvaise foi), qui peuvent faire l'objet d'un recours (art. 128 al. 4 *cum* art. 319 let. b ch. 1 CPC), de l'amende prononcée en cas de non-comparution. Dès lors qu'il s'agit également d'une sanction disciplinaire, l'art. 128 al. 4 CPC est à notre avis applicable par analogie. En outre, le prononcé d'une amende cause un préjudice irréparable, car même une décision finale entièrement favorable à la partie ayant fait défaut ne conduit pas à l'annulation de l'amende⁷⁹. Partant, le recours est également ouvert en vertu de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC (préjudice difficilement réparable)⁸⁰.
61. L'art. 206 al. 4 nCPC s'applique aux procédures en cours (art. 407f nCPC). Il s'ensuit que si la requête de conciliation est déposée en 2024 et que l'audience de conciliation a lieu en 2025, une amende d'ordre peut être prononcée en cas de défaut.

⁷⁸ Message CPC (2020), 2664 s.

⁷⁹ ATF 137 III 380, consid. 1.2.1, JdT 2012 II 432, avec réf.

⁸⁰ Si une décision cause un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, elle peut à plus forte raison entraîner un préjudice difficilement réparable au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC (ATF 137 III 380, consid. 2.2, JdT 2012 II 432).

V. La proposition de décision et la décision

A. La proposition de décision

62. Le législateur a remplacé le terme « proposition de jugement » par « proposition de décision ». Le Conseil fédéral affirme que le Code emploie systématiquement le terme « décision », ce qui justifie cette modification de nature purement linguistique. On se demande dès lors pourquoi les art. 54 al. 1 CPC, 73 al. 2 CPC, 407b al. 2 CPC et 407c al. 2 CPC n'ont pas été adaptés et continueront à se référer au « jugement » après l'entrée en vigueur de la révision.
63. Il aurait été préférable de mener une véritable réflexion sur la nature juridique de la proposition de décision (selon la terminologie future). Comme nous avons pu le constater, celle-ci s'apparente davantage à une transaction qu'à une décision, raison pour laquelle le terme « proposition de transaction » serait plus adéquat (N 44).
64. Pour ce qui est de la proposition de décision, la véritable nouveauté se trouve à l'art. 210 al. 1 let. c nCPC. Dès le 1^{er} janvier 2025, la valeur litigieuse maximale pour en formuler une passera de CHF 5'000.- à CHF 10'000.-. Cette modification est réjouissante, même si le législateur aurait pu se montrer plus ambitieux et fixer la valeur maximale à CHF 30'000.-. Cette solution aurait été conforme à la valeur litigieuse limite pour la procédure simplifiée (art. 243 al. 1 CPC) à laquelle ce même législateur s'est référé dans le cadre de la révision du CPP qu'il a adoptée le 17 juin 2022. En effet, depuis son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2024, l'art. 353 al. 2 CPP permet au ministère public de statuer sur les prétentions civiles par ordonnance pénale lorsqu'aucune administration supplémentaire des preuves n'est nécessaire (let. a) et que la valeur litigieuse n'excède pas CHF 30'000.- (let. b). L'ordonnance pénale est certes un instrument spécifique à la procédure pénale, mais elle est comparable à la proposition de décision dans la mesure où elle peut être remise en question par une simple opposition (art. 354 CPP). On ne discerne pas de justification pour cette différence de régime.
65. A noter que l'augmentation de la valeur litigieuse maximale à CHF 10'000.- selon l'art. 210 al. 1 let. c nCPC s'appliquera également aux procédures en cours le 1^{er} janvier 2025 (art. 407f

CPC). Si une requête en conciliation est déposée en 2024 et que l'audience de conciliation a lieu en 2025, une proposition de décision pour un montant allant jusqu'à CHF 10'000.- est envisageable. Puisque l'audience de conciliation doit avoir lieu dans les deux mois qui suivent la réception de la requête de conciliation (art. 203 al. 1 CPC)⁸¹, la modification concernera les requêtes déposées à partir de la fin octobre 2024 environ. Même des requêtes déposées antérieurement sont susceptibles de faire l'objet d'une proposition de décision en 2025 dès lors que le délai de deux mois n'est qu'un délai d'ordre⁸², qu'il est envisageable de suspendre la procédure de conciliation⁸³ et que la tenue de plusieurs audiences est possible avec l'accord des parties (art. 203 al. 4 CPC).

B. La décision

66. A la requête de la partie demanderesse, l'autorité de conciliation peut rendre une décision s'il s'agit d'une affaire de nature patrimoniale et que la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 2'000.-. Lors des débats parlementaires, une proposition d'augmenter ce montant maximal à CHF 5'000.- a échoué. Le Conseil national y était favorable⁸⁴, alors que le Conseil aux Etats voulait l'atténuer en introduisant un nouvel al. 1^{bis} qui aurait simplement autorisé les cantons à porter le montant maximal à CHF 5'000.-. Les deux chambres ayant campé sur leurs positions⁸⁵, la conférence de conciliation a proposé de maintenir la solution actuelle⁸⁶. Sans doute

⁸¹ L'hypothèse des deux mois qui suivent l'échange d'écritures n'est guère concernée par la révision, car un tel échange est uniquement possible en matière de bail et de LEg (art. 202 al. 4 CPC *cum* art. 200 CPC), ces deux domaines pouvant en grande partie faire l'objet d'une proposition de décision indépendamment de la valeur litigieuse (art. 210 al. 1 let. a et b CPC).

⁸² BSK ZPO-INFANGER, art. 203 N 3 ; PC CPC-AESCHLIMANN-DISLER/HEINZMANN, art. 203 N 2.

⁸³ Message CPC (2006), 6939 ; ATF 138 III 705, consid. 2.3.

⁸⁴ BO 2022 N 700.

⁸⁵ BO 2022 E 646 ; BO 2023 E 8 ; BO 2023 E 243 ; BO 2022 N 700 ; BO 2023 N 218 ; BO 2023 N 529.

⁸⁶ BO 2023 E 243 (vote) et N 244 (Bauer) ; BO 2023 N 527 (vote), N 529 (Lüscher) et N 530 (Bregy).

le Parlement ne voulait-il pas mettre en péril l'ensemble de la révision.

67. Une autre modification a en revanche facilement passé la rampe. Sur proposition du Conseil national, un nouvel al. 3 a été ajouté à l'art. 212 CPC. Celui-ci prévoit que l'autorité de conciliation statue sur les frais judiciaires et alloue une indemnité de dépens lorsqu'elle rend une décision. *De lege lata*, il ne fait pas de doute que les frais judiciaires doivent être réglés dans la décision⁸⁷. La problématique est plus délicate en ce qui concerne des dépens, car l'art. 113 al. 1 CPC prévoit qu'aucun dépens n'est alloué en procédure de conciliation. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte dans un arrêt rendu en 2016⁸⁸. Certains tribunaux cantonaux et la doctrine majoritaire considèrent à juste titre que l'interdiction d'allouer des dépens de l'art. 113 al. 1 CPC ne s'applique pas lorsque l'autorité de conciliation rend une décision⁸⁹. C'est le courant que le législateur a suivi en adoptant l'al. 3. Cette précision est bienvenue pour des raisons de sécurité du droit.
68. La réglementation sur les frais va subir des modifications relativement importantes qui affectent également le préalable de conciliation comme nous allons le voir ci-après (N 73 ss).

VI. Le délai pour introduire l'action au fond

69. En cas d'échec de la conciliation, le délai pour déposer la demande est en principe de trois mois (art. 209 al. 3 CPC). L'art. 209 al. 4 CPC prévoit deux exceptions. Premièrement, pour les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitation ou de locaux commerciaux et aux baux à ferme agricoles, le délai est de 30 jours (art. 209 al. 4 1^{re} phr. CPC). Secondement, la 2^e phrase de l'art. 209 al. 4 CPC contient une réserve en faveur des autres délais d'action légaux ou judiciaires prévus dans les dispositions spéciales. Cette deuxième phrase a été biffée par le législateur.

⁸⁷ PC CPC-CLÉMENT, art. 212 N 13 ; HEINZMANN, N 412 avec réf.

⁸⁸ TF 4D_29/2016 du 22 juin 2016, consid. 5.

⁸⁹ TC VD CREC 23.4.2012 HC/2012/368, consid. 4 ; OGer/BE ZK 13 186 du 2 juin 2013, consid. 4 ; TF 4D_29/2016 du 22 juin 2016, consid. 3.

70. Il est vrai que la réserve faite à l'art. 209 al. 4 2^e phr. CPC est inutile dans la mesure où elle se réfère aux délais judiciaires⁹⁰. Conformément à l'art. 198 let. h CPC, il n'y a jamais de procédure de conciliation préalable dans un tel cas (e.g. mesures provisionnelles ordonnées avant la litispendance [art. 263 CPC] ; N 14). C'est la raison pour laquelle l'avant-projet et le projet proposaient d'éliminer cette réserve⁹¹. Cette modification n'aurait à vrai dire rien changé sur le fond puisque la réserve concernant les délais d'action légaux aurait été maintenue (e.g. validation du séquestre dans les 10 jours [art. 279 LP]).
71. Le Parlement s'est ici aussi immiscé dans le débat. Considérant que la réserve en faveur des délais d'actions légaux n'était pas non plus justifiée, il a tout simplement biffé l'art. 209 al. 4 2^e phr. CPC so-disant pour éliminer une insécurité juridique⁹². Les parlementaires qui ont soutenu cette proposition – tous les deux avocats de profession – n'expliquent pas en quoi consiste cette insécurité juridique. L'argument est d'autant plus surprenant que le Tribunal fédéral a clarifié la portée de cette réserve dans un arrêt de principe rendu en 2014 déjà, en précisant que la réserve vise les délais procéduraux, mais pas les délais de droit matériel fédéral⁹³. La véritable raison de cette modification consiste sans doute à accorder plus de temps à la partie demanderesse pour valider un séquestre⁹⁴. De *lege lata*, après l'échec de la conciliation, la partie demanderesse dispose d'un délai de dix jours pour déposer sa demande (art. 209 al. 4 2^e phr. CPC *cum* art. 279 LP). A l'avenir elle bénéficiera d'un délai de trois mois. S'il est vrai qu'un délai de 10 jours paraît a priori très court pour formuler un mémoire de demande, il ne faut pas perdre de vue que la partie qui a obtenu un séquestre et qui l'a validé par une requête de conciliation dans les dix jours dispose de toute la durée de la procédure de conciliation pour préparer son mémoire de demande.

⁹⁰ ATF 140 III 561, consid. 2.2.1.

⁹¹ Rapport AP-CPC, 66.

⁹² BO 2022 N 670 (Lüscher) et N 673 (Bregy).

⁹³ ATF 140 III 561, consid. 2.2.2.

⁹⁴ Le rapporteur de la CAJ-N y fait d'ailleurs allusion (BO 2022 N 670 [Lüscher]).

72. Enfin, relevons encore que la proposition de limiter l'application du délai de 30 jours au « noyau dur » du droit du bail tel que défini pour les champs d'application de la proposition de décision selon l'art. 210 al. 1 let. b CPC et de la procédure simplifiée selon l'art. 243 al. 2 let. c CPC (consignation du loyer et du fermage, protection contre loyers et fermages abusifs, protection contre les congés et prolongation du bail) n'a pas été couronnée de succès⁹⁵. Par conséquent, la bailleresse qui agit contre le locataire en paiement du loyer devra toujours déposer sa demande dans un délai de 30 jours dès la délivrance de l'autorisation de procéder.

VII. Les frais

73. La réglementation du CPC en matière de frais subit un certain nombre de modifications qui affectent également la procédure de conciliation.
74. L'art. 98 al. 1 nCPC pose le principe selon lequel le tribunal et l'autorité de conciliation peuvent exiger une avance de frais jusqu'à concurrence de la moitié des frais judiciaires présumés. L'idée (discutable) est de faciliter l'accès à la justice⁹⁶.
75. L'al. 2 de l'art. 98 nCPC prévoit toutefois un certain nombre d'exceptions parmi lesquelles figure la procédure de conciliation (let. b). Cette exception est a priori en porte-à-faux avec l'al. 1 de l'art. 98 nCPC selon lequel l'autorité de conciliation ne peut exiger qu'une avance à concurrence de la moitié des frais judiciaires présumés. Comment est-il possible de formuler une exception pour la procédure de conciliation si l'autorité de conciliation ne doit pas exiger une avance de plus de la moitié des frais judiciaires présumés ? Cette apparente contradiction s'explique par les différentes tâches que l'autorité de conciliation peut être appelée à assumer :
76. Lorsque l'autorité de conciliation cherche à concilier les parties, elle pourra exiger une avance de frais équivalant à la totalité de frais

⁹⁵ BO 2022 N 691 (Dandrès), N 694 (Maître), N 695 (Lüscher), N 696 (Bregy) et N 700 (vote).

⁹⁶ Rapport AP-CPC, 15 s. ; Message CPC (2020), 2622.

présumés, ceux-ci étant de toute manière modestes. Il en va à notre avis de même lorsque l'autorité de conciliation entend formuler une proposition de décision, puisque celle-ci s'apparente plus à une transaction qu'à une décision (N 44). En cas de transaction ou de proposition de décision acceptée, les frais judiciaires correspondront (en principe) au montant qu'aura versé la partie demanderesse.

77. A partir du moment où l'autorité de conciliation entend rendre une décision au sens de l'art. 212 CPC, l'exception évoquée ci-dessus ne s'applique plus. L'autorité de conciliation se mue en autorité judiciaire. Le principe prévu à l'art. 98 al. 1 nCPC est de mise, si bien que l'avance de frais ne doit pas dépasser la moitié des frais judiciaires présumés. Cela n'empêchera pas l'autorité de conciliation de requérir une avance de frais supplémentaire dans la mesure où l'avance de frais requise initialement pour la procédure de conciliation est inférieure à la moitié de l'avance de frais présumés pour la procédure décisionnelle. Cela étant, il n'est pas totalement exclu qu'une autorité de conciliation doive rembourser une partie de l'avance de frais fournie par la partie demanderesse au début de la procédure. La réponse à cette question dépendra aussi des tarifs cantonaux.
78. Dans sa décision, l'autorité de conciliation statue sur les frais et alloue une indemnité de dépens (art. 212 al. 3 nCPC). Les dispositions sur le règlement et la répartition des frais (art. 104 ss CPC) sont applicables. Partant, une responsabilité solidaire des consorts simples ne pourra plus être prononcée (art. 106 al. 3 2^e phr. nCPC *a contrario*)⁹⁷ et la partie demanderesse n'assumera plus le risque d'insolvabilité de la partie défenderesse si elle obtient gain de cause pour ce qui est des frais judiciaires (art. 111 al. 1 nCPC)⁹⁸.
79. Les articles qui viennent d'être évoqués n'apparaissent pas à l'art. 407f nCPC. Partant, les procédures ayant été initiées avant cette date seront soumises au droit en vigueur jusqu'à la fin 2024, la date fatidique étant le dépôt de la requête de conciliation (art. 62

⁹⁷ Message CPC (2020), 2651.

⁹⁸ *Id.*, 2652 s.

al. 1 CPC ; N 27). Vu l'avantage indéniable que procure l'art. 111 al. 1 nCPC à la partie demanderesse, il peut être judicieux d'attendre la nouvelle année avant d'introduire une action.

VIII. Conclusion

80. Le préalable de conciliation qui constitue un pilier central de la procédure civile suisse n'est pas remis en cause par la révision. C'est bien ainsi, car le système est bon et a fait ses preuves.
81. Le bilan concernant les différentes modifications adoptées le 17 mars 2023 touchant à la procédure de conciliation est mitigé. Si certaines nouveautés apportent une amélioration (par ex. : conciliation facultative pour les affaires soumises à une instance cantonale unique, possibilité de prononcer une amende d'ordre en cas de défaut, augmentation de la valeur litigieuse à CHF 10'000.- pour formuler une proposition de décision), d'autres risquent de créer une certaine confusion et de soulever de nouvelles questions épineuses dont les magistrats et avocats se seraient sans doute bien passés (par ex. : transmission d'office en cas d'incompétence, absence de conciliation en cas de demande connexe). Enfin, certaines modifications ne font que codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral (par ex. : exemption de conciliation pour les litiges relevant de la compétence des instances cantonales uniques en matière d'assurance complémentaire, comparution des personnes morales). L'utilité de ces codifications est pour le moins discutable.
82. Une amélioration de l'efficacité de la procédure de conciliation ne passe pas tellement par une modification des bases légales sur son déroulement. Une politique consistant à professionnaliser davantage les autorités de conciliation serait bien plus prometteuse. La pierre angulaire est la formation, car en plus des connaissances juridiques, un bon conciliateur doit disposer de compétences spécifiques à la résolution de litiges. Il s'agit d'acquérir des techniques de travail qui ne sont pas innées, mais qui s'apprennent⁹⁹.

⁹⁹ Pour plus de détails cf. BORY, 448 ss qui souligne à juste titre que l'on ne naît pas conciliateur, mais qu'on le devient.

Bibliographie

BALMER DOMINIK, Transmission d'office et décision d'irrecevabilité, Recht 4/2022, 207 ss

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Cumul d'une action soumise à la procédure de conciliation et d'une action qui en est dispensée : l'exception qui infirme la règle, Newsletter CPC Online du 25 août 2022 (cité : BASTONS BULLETTI, note *in* : CPC Online du 25 août 2022)

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Demandes de l'entrepreneur en paiement et en inscription définitive d'une hypothèque légale – un cumul (encore) compliqué, Newsletter CPC Online du 25 mars 2021 (cité : BASTONS BULLETTI, note *in* : CPC Online du 25 mars 2021)

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Erreur de l'autorité de conciliation sur la défaillance du défendeur : la faute à pas de chance pour le demandeur ?, Newsletter CPC Online du 15 décembre 2022 (cité : BASTONS BULLETTI, note *in* : CPC Online du 15 décembre 2022)

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, L'incompétence *ratione loci* de l'autorité de conciliation et ses conséquences, Newsletter CPC Online du 27 mai 2020 (cité : BASTONS BULLETTI, note *in* : CPC Online du 27 mai 2020)

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Note relative à l'arrêt du TF 4A_510/2014, Newsletter CPC Online du 26 août 2015 (cité : BASTONS BULLETTI, note *in* : CPC Online du 26 août 2015)

BOHNET FRANÇOIS/HADLY JACQUES/TAPPY DENIS/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR)

BORY JONATHAN, Le potentiel inexploité de la conciliation, RSPC 4/ 2024, 411 ss

BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2016, 2 vol. (cité : DIKE ZPO-AUTEUR)

BUCHER RENATO, Übersicht über die Teilrevision der Zivilprozessordnung, *in* : Jusletter du 6 avril 2020

CHABLOZ ISABELLE/DIETSCHY PATRICIA/HEINZMANN MICHEL (édit.), Code de procédure civile, Petit commentaire, Bâle 2020 (cité : PC CPC-AUTEUR)

DASSER FELIX, Rechtshängigkeit international – neue Spielregeln für forum running, *in* : Markus/Rodriguez (édit.), Rechtshängigkeit – national und international, Berne 2019, 79 ss

GEHRI MYRIAM A./JENT-SØRENSEN INGRID/SARBACH MARTIN (édit.), ZPO Kommentar – Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Orell Füssli Kommentar, 3^e éd., 2023 (cité : OFK ZPO-AUTEUR)

GIRSCHWEILER JÜRIG, Das Schlichtungsverfahren nach ZPO in der Praxis – ein Erfahrungsbericht, PCEF 57/2022, 64 ss

GROBÉTY LAURENT, Cumul objectif d'actions et conciliation en procédure civile suisse, *in* : Jusletter du 13 avril 2015

GÜNGERICH ANDREAS *et al.*, Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, vol. I : Art. 1-149 ZPO, vol. II : Art. 150-352 ZPO – Art. 400-406 ZPO, Berne 2012 (cité : BK ZPO-AUTEUR)

HEINZMANN MICHEL, La Procédure simplifiée, Zurich 2018

HEINZMANN MICHEL/GROBÉTY LAURENT, Demander plus que ce qui est autorisé, DC/BR 6/2016, 346 s.

HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 3^e éd., Berne 2023

HONEGGER-MÜNTENER PATRICK/RUFIBACH MATTHIAS/SCHUMANN JULIUS, Die Revision der ZPO, PJA 10/2023, 1157 ss

LÖTSCHER CORDULA/DUMMERMUTH RAPHAEL, Volljährigenunterhalt in Zivilprozess und Vollstreckungsverfahren, *in* : Jungo/Fountoulakis (édit.), Prozessrisiken im Familienrecht, Vorsorgeausgleich – Unterhalt – Kinder – Bezüge zum Erbrecht, 12. Symposium zum Familienrecht, Zurich/Genève 2024, 47 ss

LÖTSCHER CORDULA/PLATTNER PATRICK, Die Weiterleitungspflicht nach Art. 143 Abs. 1^{bis} revZPO, RSPC 6/2023, 689 ss

LÖTSCHER-STEIGER BRUNO, Prüfungs- und Entscheidungsbefugnisse der Schlichtungsbehörde, *in* : Fankhauser/Widmer Lüchinger/Klingler/Seiler (édit.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Zurich 2016, 409 ss

MARKUS ALEXANDER R., Revidierte Übereinkommen von Brüssel und Lugano : Zu den Hauptpunkten, RSJ 1999, 205 ss

MORDASINI CLAUDIA M./BOOG SEVERIN, Ausgewählte Fragen zu den familienrechtlichen Verfahren und zum Rechtsmittelverfahren nach revidierter ZPO, BJM 1/2024, 1 ss

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAAS ULRICH (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 3^e éd., Bâle 2021 (cité : KUKO ZPO-AUTEUR)

OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (édit.), Lugano-Übereinkommen, 3^e éd., Bâle 2012 (cité : BSK LugÜ-AUTEUR)

SCHNEIDER SILAS, Die familienverfahrensrechtlichen Auswirkungen der Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 17. März 2023, *in* : Lötscher/Wohlers/Thurnherr (édit.), Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Zurich/Genève 2024

SCHNYDER ANTON K./SOGO MIGUEL, Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2023 (cité : DIKE LugÜ-AUTEUR)

SCHWEIZER MARK, Das neue Bundespatentgericht : besser, schneller, billiger ?, *in* : Jusletter du 12 mars 2012

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), Basler Kommentar – Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR)

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL/BACHOFNER EVA, Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 2019

SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (édit.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : ZK ZPO-AUTEUR)

THOUVENIN FLORENT, Bundespatentgericht : Verfahrensfragen am Übergang in eine neue Ära, *sic!* 2011, 479 ss

TREZZINI FRANCESCO/FORNARA STEFANO/COCCHI BRUNO/
BERNASCONI GIORGIO A./VERDA CHIOCCHETTI FRANCESCA,
Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero,
Vol. 1 – Parte prima : Disposizioni generali (Art. 1 – 196), 2^e éd.,
Lugano 2017 (cité : Commentario CPC-AUTEUR)

VON HOLZEN CHRISTINA, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen
Zivilprozess, thèse, Bâle/Genève/Munich 2006

ZIMMERMANN KATHARINA ANNA, Zusatzversicherungen zur sozialen
Krankenversicherung, thèse, Zurich/St-Gall 2022

Les voies de droit

par

Nicolas Jeandin

Avocat, professeur honoraire à l'Université de Genève

I. Introduction.....	106
II. La détermination de la voie de droit	107
A. Corrections terminologiques en langue française.....	107
B. A propos de la procédure de récusation	108
III. Du délai	110
A. Mise en œuvre de la bonne foi (art. 52 al. 2 CPC).....	110
B. A propos du courrier A+	112
C. Abandon de la distinction entre « ordonnance d’instruction » et « autre décision »	115
D. Mesures de réglementation du droit de la famille	116
IV. A propos de l’effet suspensif	119
A. En procédure d’appel.....	119
B. En procédure de recours	121
V. De l’appel joint.....	123
VI. Conclusion	124
Bibliographie sommaire et récente.....	125

I. Introduction

1. Le 1^{er} janvier 2011 a marqué l'histoire procédurale de notre Pays puisqu'entrainait alors en vigueur le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272) qui consacrait l'unification de cette matière sur le plan fédéral. Ce nouveau corps de règles n'était certes pas « *sorti de nulle part* » et reprenait certains principes profondément ancrés dans la culture helvétique de la procédure civile en dépit du caractère cantonal de celle-ci qui prévalait jusqu'en fin 2010.
2. Il n'en demeure pas moins qu'après quelques années de maturation marquées par les apports de la jurisprudence et de la doctrine, le besoin s'est fait sentir d'un toilettage. Une procédure de consultation a été lancée sur la base d'un avant-projet au printemps 2018 avant que le Conseil fédéral n'adresse un projet de révision aux Chambres fédérales accompagné de son Message du 26 février 2020¹. Les Chambres se sont emparées de la matière sous la houlette de deux praticiens de la procédure, à savoir le Conseiller national genevois C. Lüscher et le Conseiller aux Etats neuchâtelois P. Bauer.
3. Le maître mot de ces travaux aura été celui de la *Laienfreundlichkeit*, en vertu duquel le Projet du Conseil fédéral sera passablement remanié sur certains points. Nous citerons deux membres du Conseil national qui éclairent bien le propos :
 - « *La procédure civile ne doit pas être un parcours du combattant pour le justiciable. Elle ne doit pas être un ensemble de pièges tendus au justiciable, mais au contraire un instrument qui vise à faciliter l'accès au juge dans l'optique de maintenir la paix sociale* »².
 - La révision tend à « *éviter un certain nombre de chausse-trappes déposées soit par le législateur, soit, plus fréquemment, par le Tribunal fédéral, comme par exemple la question du courrier A plus* »³.
4. C'est à l'issue du processus de mise en œuvre de ces objectifs au sein des Chambres fédérales qu'a finalement été adoptée, le 17 mars

¹ FF 2020 2607 ; 20.026.

² R. Mahaim, BO 2022 N 674.

³ B. Hurni, BO 2022 N 675.

2023, la version révisée du CPC ayant pour intitulé « *Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit* », appelée à entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2025 (ci-après nCPC)⁴.

5. Ainsi que le lecteur pourra le constater par lui-même à l'issue de cet exposé, nous pouvons d'emblée souligner que ces objectifs auront été atteints s'agissant de la thématique des voies de remise en cause des jugements. Nous examinerons successivement quelques aspects liés à la détermination de la voie de droit applicable (II), au délai (III), à l'effet suspensif (IV) et à l'appel joint (V).

II. La détermination de la voie de droit

A. Corrections terminologiques en langue française

6. Une modification bienvenue de la teneur du texte légal est à saluer s'agissant des juristes francophones. En effet, la version française actuelle du CPC est entachée de multiples défauts de traduction en relation avec la thématique des voies de droit. Cela se manifeste par l'usage récurrent, voire systématique, du terme « *recours* », sans la prise en compte de la distinction résultant de la loi entre l'appel (art. 308 ss CPC ; voie ordinaire) et le recours (art. 319 ss CPC ; voie extraordinaire). Nous citerons en particulier les articles 70 al. 2, 76 al. 1, 104 al. 4, 119 al. 5, 237 al. 1 et 2 (à trois reprises !), 238 lit. f, 282 al. 2 (à trois reprises !), 300, 313 al. 2 lit. a et 405 al. 1 CPC⁵. En clair, le juriste désireux d'adopter la bonne voie en vue de remettre en cause une décision ne peut se contenter de la version française du CPC mais doit concomitamment se référer aux versions allemandes ou italiennes⁶...
7. Le CPC révisé a partiellement corrigé ces erreurs de traduction en remplaçant le terme « *recours* » par « *voies de droit* » ou encore « *appel* »

⁴ FF 2023 786.

⁵ CR CPC-SCHWEIZER, art. 332 N 5 ; CR CPC-JEANDIN, Intro art. 308 à 334, N 4 ; CR CPC-TAPPY, art. 119 N 119 N 21 & art. 282 N 1 (« *modification en appel ou en recours* ») & 8 (« *recours au sens large* »).

⁶ A noter que la traduction italienne également n'est pas correcte s'agissant des art. 104 al. 4 et 119 al. 5 CPC...

ou recours », même si – on peut regretter que le travail n’ait pas été fait complètement – demeurent certaines scories qui continueront à entacher le nCPC⁷.

8. A cela s’ajoute l’intitulé déplorable du Titre 9 intitulé erronément « *Voies de recours* »⁸, désormais corrigé et devenu « *Voies de droit* ».

B. A propos de la procédure de récusation

9. Lorsqu’une partie estime être en droit d’obtenir la récusation d’un magistrat ou d’un fonctionnaire judiciaire en application de l’art. 47 al. 1 CPC, elle doit la demander aussitôt qu’elle a connaissance du motif de récusation, charge à la personne visée de se prononcer sur ladite demande (art. 49 CPC). Il peut arriver que le motif de récusation ne se fasse jour qu’après le dessaisissement du juge (*i.e.* après la clôture de la procédure), ce qui n’empêche pas que le jugement ainsi rendu soit entaché d’un vice. Ce vice est considéré par le législateur comme suffisamment grave pour justifier, dans un tel cas de figure, la mise en œuvre des dispositions sur la révision, ce que prévoit *de lege lata* l’art. 51 al. 3 CPC⁹.
10. Si l’application de l’adage « *lata sententia iudex desinit esse iudex* » prend place sans contestation, avec pour conséquence qu’il est exclu pour la partie qui découvre un motif de récusation postérieurement au jugement de s’adresser au juge ayant statué pour demander sa récusation en application de l’art. 49 al. 1 CPC – peu importe que la décision soit définitive ou non –, la question de la voie à suivre durant le laps de temps pendant lequel une voie d’appel ou de recours dévolutive est à disposition demeurerait posée¹⁰.

⁷ Voir les art. 76 al. 1, 104 al. 4, 237 al. 1, 282 al. 2 et 313 al. 2 lit. a nCPC...

⁸ *De lege lata*, le lecteur apprend que « *les voies de recours* » sont au nombre de deux, à savoir l’appel et le recours : comprenez qui pourra... A noter qu’en allemand le texte est correct : « *Rechtsmitteln* », « *Berufung* » et « *Beschwerde* », tout comme en italien : « *Mezzi di impugnazione* », « *Appello* » et « *Reclamo* ».

⁹ CR CPC-TAPPY, art. 51 N 14.

¹⁰ L’hypothèse implique que le motif de récusation soit découvert alors que le jugement n’est pas encore devenu définitif dès lors qu’un appel (art. 308 ss CPC) ou un recours (art. 319 CPC) demeure possible contre un jugement de première instance, ou encore qu’une voie de recours auprès du Tribunal fédéral (recours en

11. Cette problématique a été résolue par un arrêt du Tribunal fédéral du 26 février 2013 rendu à propos d'une affaire genevoise dans laquelle l'une des parties, à réception d'un arrêt rendu par l'instance cantonale supérieure en matière de bail à loyer, s'est aperçue que figurait dans la composition de la Cour un juge assesseur qui avait été l'avocat d'une partie adverse dans une autre affaire : le Tribunal fédéral a logiquement retenu que la présence d'un tel juge constituait un cas de récusation au sens de l'art. 47 al. 1 CPC (sans compter la violation de la garantie minimale d'un tribunal indépendant et impartial telle qu'elle résulte des art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH), constituant un vice susceptible d'être invoqué comme grief à l'appui d'un recours en matière civile (art. 72 LTF) sans qu'il ne soit nécessaire (ni même possible) de passer par la procédure en révision¹¹.
12. Cette précision prétorienne a été reprise à l'occasion de la révision du CPC dans la mesure où l'art. 51 al. 3 nCPC prévoit désormais que les dispositions en matière de révision n'entrent en jeu, s'agissant d'un motif de récusation découvert après la clôture de la procédure, que dans la mesure où « *plus aucune autre voie de droit n'est ouverte* ».
13. A noter que, dans la foulée de cette précision, le législateur a voulu éclaircir encore un peu plus la lanterne du praticien en ajoutant une lettre « d » aux cas de révision mentionnés à l'art. 328 al. 1 CPC, ce quatrième cas de révision entrant en considération pour une partie « *lorsqu'elle découvre un motif de récusation après la clôture de la procédure et qu'elle n'a pas d'autre voie de droit* » (art. 328 al. 1 lit. d nCPC).

matière civile [art. 72 LTF] ou recours constitutionnel subsidiaire [art. 113 LTF]) soit ouverte contre un arrêt de seconde instance cantonale : faut-il appliquer l'art. 51 al. 3 CPC à la lettre en usant de la révision ou faire valoir le motif de récusation dans le cadre d'un appel ou d'un recours ?

¹¹ ATF 139 III 120, consid. 3.1.1 ; CR CPC-TAPPY, art. 51 N 16.

III. Du délai

A. Mise en œuvre de la bonne foi (art. 52 al. 2 CPC)

14. Des discussions assez nourries ont eu lieu pendant les débats parlementaires quant au renforcement du principe de la bonne foi, déjà exprimé *de lege lata* à l'art. 52 CPC, et en particulier dans la perspective de l'indication erronée des voies de recours et des conséquences de celle-ci vis-à-vis de la partie qui se fie à cette indication.
15. Dans sa version actuelle, l'art. 52 CPC a la teneur suivante : « *Quiconque participe à la procédure doit se conformer aux règles de la bonne foi* ». Ce principe, qui découle *ex lege* du lien d'instance, emporte avec lui à la fois l'interdiction de l'abus de droit au sens de l'art. 2 al. 2 CC et l'interdiction du formalisme excessif, ce dont le juge doit tenir compte d'office¹². Dans la mesure où l'art. 238 lit. f CPC fait obligation au tribunal d'indiquer les voies de droit à disposition lorsqu'il rend une décision, les règles de la bonne foi ont pour corollaire qu'une omission ou une indication inexacte, voire incomplète à ce sujet, ne saurait porter préjudice au justiciable, ceci en application de ce que retient de longue date la jurisprudence du TF à propos de ce principe cardinal en procédure¹³. Du reste, l'art. 49 LTF explicite bien ces enjeux : « *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* ».
16. Toutefois, cette protection n'est pas absolue, étant rappelé que les parties elles-mêmes doivent aussi agir conformément à la bonne foi ainsi que cela ressort des art. 5 al. 3 et 9 Cst.¹⁴. A ce titre, une partie à la procédure peut se fier à une indication inexacte ou incomplète des voies de droit dans la mesure où elle ne connaissait pas le vice dont était entachée ladite indication ou n'était pas en mesure de le connaître : cela implique qu'on ne puisse reprocher à cette partie

¹² CR CPC-BOHNET, art. 52 N 6, 9 et 10a.

¹³ CR CPC-BOHNET, art. 52 N 20, se référant notamment à l'ATF 124 I 255, consid. 1a.

¹⁴ MORET, *in* : Spühler, ZPO annotée, art. 52 N 5.

d'avoir fait preuve d'une négligence grossière en ce sens que l'erreur était clairement reconnaissable en considération des circonstances objectives et subjectives du cas d'espèce : ainsi que le relève F. BOHNET, une telle protection n'est pas octroyée à « *la partie dont l'avocat eût pu déceler l'erreur à la seule lecture du texte légal, sans recourir à la jurisprudence ou à la doctrine* »¹⁵. De même, l'indication d'une voie de droit alors qu'il n'en existe pas ne saurait procurer aux parties la possibilité d'en revendiquer l'usage comme s'il elle existait¹⁶.

17. *De lege futura*, l'art. 52 nCPC est augmenté d'un alinéa 2 à teneur duquel « *les indications erronées relatives aux voies de droit sont opposables à tous les tribunaux dans la mesure où elles sont avantageuses pour la partie qui s'en prévaut* ». Ce nouvel alinéa vise essentiellement à « *protéger la crédibilité du tribunal et la confiance des parties dans les indications procédurales du tribunal, même si elles devaient se révéler ultérieurement erronées* », peu importe que la partie se prévalant de l'art. 52 al. 2 nCPC agisse seule ou soit représentée par un avocat¹⁷. Cette volonté de s'écarter d'une jurisprudence « *considérée comme trop sévère* » ressort clairement des débats tenus au sein de l'Assemblée fédérale¹⁸. En clair, cette nouvelle disposition tend vers un changement de paradigme significatif dès lors que, désormais, l'indication erronée d'une voie de droit sera ex lege opposable à l'ensemble des acteurs de la procédure dès lors que l'un d'eux s'en prévaut à son avantage, sans que ce dernier n'ait à démontrer l'absence de négligence grossière au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral.
18. Deux tempéraments devraient à notre sens être apportés à cette nouvelle disposition. Premièrement quant à son champ d'application. L'art. 52 al. 2 nCPC s'applique uniquement, selon nous, à des erreurs concernant le délai et/ou la désignation de

¹⁵ CR CPC-BOHNET, art. 52 N 21 et références jurisprudentielles (l'auteur soulignant que le plaideur en personne, sans connaissances juridiques et ne disposant pas d'une expérience particulière, peut se fier à une indication inexacte). On notera que la jurisprudence du Tribunal fédéral est parfois sévère : voir à titre d'exemple l'ATF 141 III 270 mentionné *infra* à la note 33.

¹⁶ ATF 135 III 470, consid. 1.2 ; TF 5A_235/2017 du 14 août 2017, consid. 1.2.

¹⁷ HOFMANN/LÜSCHER, 43.

¹⁸ HOFMANN/LÜSCHER, *op. cit.*, *ibidem* ; C. Lüscher, BO 2022 N 670 & 2022 N 2254 ; V. Maître, BO 2022 N 2252 s.

l'instance supérieure compétente¹⁹, mais pas à la voie de remise en cause à utiliser (appel / recours, charge à l'autorité supérieure de mettre en œuvre le principe de la conversion dès lors que la [mauvaise] voie choisie par le justiciable en fonction des indications viciées respecterait les conditions de recevabilité de l'autre [*i.e.* la bonne : correction de l'erreur d'étiquetage]) ; de même, la jurisprudence précédemment évoquée (*supra*, ch. 16) s'agissant de l'impossibilité de créer une voie de remise en cause qui n'existerait pas à la suite d'une indication erronée du premier juge sur ce point doit être maintenue. Ne pas tenir compte de ces deux restrictions reviendrait à imposer à l'autorité supérieure – dont on aurait admis la saisine en temps utile en application de l'art. 52 al. 2 nCPC – de mener une procédure en violation des règles qu'elle a pour mission d'appliquer²⁰.

19. Deuxièmement, le tempérament relatif à l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC *cum* art. 52 CPC) doit continuer à s'appliquer, en dépit de la teneur de l'art. 52 al. 2 nCPC, aux situations dans lesquelles la partie qui se prévaut de cette disposition ne peut sérieusement s'attendre à ce que l'indication erronée ne soit pas le fruit d'une erreur, à l'instar de la mention d'un délai d'appel ou de recours de 300 jours²¹.

B. A propos du courrier A+

20. On rappellera que les citations, ordonnances et décisions sont notifiées soit par pli recommandé soit par tout autre moyen contre accusé de réception (par ex. par huissier), ce que prévoit l'art. 138

¹⁹ L'art. 52 al. 2 nCPC permet (i) de considérer que le délai a été respecté par l'observation du délai erroné mentionné dans la décision querellée, ou (ii) de considérer que la bonne autorité a été saisie nonobstant la saisine d'une autre autorité (*i.e.* celle mentionnée par erreur), charge à celle-ci de transmettre le dossier à celle-là en application de l'art. 143 al. 1^{bis} nCPC.

²⁰ Voir, à propos de ces deux restrictions, MORET, *in* : Spühler, ZPO annotée, art. 52 N 5.

²¹ Exemple donné par HOFMANN/LÜSCHER, *op. cit.*, 44 (un tel délai d'existe pas et l'indication litigieuse résulte à l'évidence d'un *lapsus calami* [ajout involontaire d'un zéro]...).

al. 1 CPC²². C'est bien la remise effective de l'acte en mains d'une personne habilitée à le recevoir qui constitue le *dies a quo* utilisé pour le calcul du délai (art. 142 al. 1 CPC)²³, sous réserve du cas dans lequel le pli recommandé n'est pas retiré à l'échéance d'un délai de sept jours dès la réception de l'invitation à le retirer, configuration dans laquelle l'acte sera réputé avoir été notifié à l'issue de ce délai en dépit de l'absence de notification au sens de l'art. 138 al. 2 CPC et pour autant que le destinataire dût s'attendre à une telle notification²⁴.

21. Pour la notification « *des autres actes* »²⁵ qui a lieu « *par envoi postal normal* » (art. 138 al. 4 CPC ; *i.e.* par courrier A ou par courrier B), c'est le moment où l'envoi arrive dans la sphère d'influence du destinataire qui est réputé constituer la date de la notification²⁶. Il peut parfois s'avérer difficile d'établir ce moment, le fardeau de la preuve sur ce point incombant à l'autorité²⁷. A cet égard, la tâche de l'autorité est devenue plus aisée avec l'apparition du courrier A Plus (A+). Cette modalité d'acheminement ne confirme certes pas la réception effective de l'envoi par son destinataire (aucun accusé de réception n'est délivré) mais permet à la Poste de consigner électroniquement le moment de la remise de l'envoi dans la boîte aux lettres ou dans la case postale : l'expéditeur peut ainsi obtenir la preuve de ce moment grâce au système « *Track & Trace* ». En d'autres termes, la Poste peut déterminer le moment précis de l'arrivée du pli dans la sphère d'influence de son destinataire, indépendamment de toute prise de connaissance effective par ce

²² L'art. 138 al. 2 CPC réglemente quant à lui les modalités de notification, laquelle est possible en mains de tiers à moins que le tribunal n'ait donné l'ordre de procéder à une notification exclusivement en mains du destinataire de la décision lui-même (CR CPC-BOHNET, art. 138 N 17).

²³ BSK ZPO-GSCHWEND, art. 138 N 14.

²⁴ CR CPC-BOHNET, art. 138 N 25 (calcul du délai) ; BSK ZPO-GSCHWEND, art. 138 N 18a.

²⁵ Ce par quoi il faut entendre les actes expédiés à des fins d'information et qui n'entraînent pas d'obligation ou d'incombance pour le destinataire à l'instar d'un procès-verbal d'audience ou des copies de pièces (CR CPC-BOHNET, art. 138 N 34).

²⁶ CR CPC-BOHNET, art. 138 N 35.

²⁷ ATF 129 I 8, consid. 2.2.

dernier. La jurisprudence du Tribunal fédéral en relation avec le courrier A+ est sévère pour le destinataire de l'envoi puisqu'elle considère que le *dies a quo* d'un éventuel délai lié à une telle communication correspond au jour de l'arrivée dans la boîte aux lettres ou dans la case postale à cette date, peu importe que le destinataire en ait eu connaissance ou non²⁸. A supposer qu'une telle communication survienne un samedi dans la boîte postale du destinataire (ce que le courrier A Plus permet d'établir), c'est ce samedi et non le lundi suivant (par hypothèse le jour de relève effective de la case postale) qui fera office de *dies a quo*...

22. A vrai dire, la plupart des décisions rendues par les juridictions civiles contre lesquelles peut être exercée une voie de droit relèvent de l'art. 138 al. 1 CPC, avec pour corollaire qu'une notification de ce type d'actes ne peut pas être valablement faite par le tribunal par le biais d'un courrier A+ (*supra*, ch. 20 et 21). On peut toutefois imaginer de rares cas dans lesquels le juge considère comme une simple information une communication dont certains éléments pourraient néanmoins constituer une décision contre laquelle l'une des parties pourrait vouloir exercer ses droits de recours (art. 319 lit. b ch. 2 CPC) : une telle notification pourrait alors avoir été communiquée par courrier A+, ce qui soulèverait alors la problématique de la computation, parmi d'autres, des délais de recours²⁹.
23. Le législateur en charge de la révision a entendu « *corriger la jurisprudence trop sévère du Tribunal fédéral* » en excluant purement et simplement son application dans le cadre du CPC et « *faire en sorte que le courrier A Plus délivré le samedi soit considéré comme reçu le lundi, ou le premier jour ouvrable suivant* »³⁰. Ainsi, à teneur de l'art. 142

²⁸ ATF 144 IV 57, consid. 2.3.1 ; ATF 142 III 599, consid. 2.2 (traitant du cas de la notification d'une décision rendue sur opposition par l'assurance maladie en application de l'art. 54 al. 2 LPGA [RS 830.1] et admettant la licéité de l'utilisation du courrier A+ à ces fins).

²⁹ Sans compter d'autres scénarii, parmi lesquels l'envoi par le juge à l'autre partie d'actes de la partie adverse (art. 136 lit. c CPC) qui pourraient justifier la mise en œuvre du délai pour exercer un droit à la réplique, ce qui sort toutefois du champ de la présente contribution...

³⁰ C. Lüscher, BO 2022 N 670.

al. 1^{bis} nCPC, « lorsqu'un acte notifié par envoi postal normal au sens de l'art. §138, al. 4, est reçu un samedi, un dimanche ou un jour férié prévu par le droit fédéral ou le droit cantonal du siège du tribunal, la communication au sens de l'al. 1 est réputée avoir lieu le premier jour ouvrable qui suit »³¹. Cette nouvelle disposition instaure une présomption : toute autorité ou tout tiers désireux de la renverser (par ex. pour se prévaloir de l'irrecevabilité d'un recours) devra, le cas échéant, apporter la preuve que le destinataire a effectivement pris connaissance de l'acte avant le premier jour ouvrable suivant sa réception par courrier A Plus, ce qui sera – sauf circonstance extraordinaire – bien difficile à établir...

C. Abandon de la distinction entre « ordonnance d'instruction » et « autre décision »

24. Il faut par ailleurs mentionner l'abandon bienvenu de la distinction qui prévaut *de lege lata* à l'art. 321 al. 2 CPC entre les ordonnances d'instruction et les « autres décisions » visées à l'art. 319 lit. b CPC. Cette distinction ne pose pas de problème particulier quant au calcul du délai lorsqu'on se trouve en procédure sommaire, puisque le délai est alors de dix jours, quel que soit le type de décision contre laquelle la partie concernée entend recourir : décision finale, incidente ou provisionnelle, ordonnances d'instruction ou « autres décisions » (art. 319 lit. a et b *cum* art. 321 al. 2 CPC). En revanche, lorsque la procédure sommaire ne s'applique pas, le délai de recours est alors de 30 jours pour toutes les décisions précitées, à l'exception des ordonnances d'instruction pour lesquelles c'est un délai de 10 jours qui prévaut, quelle que soit la procédure applicable (art. 321 al. 2 CPC), le délai pour recourir contre une « autre décision » étant de 30 jours. Or, le problème est qu'il est parfois difficile d'opérer la

³¹ HOFMANN/LÜSCHER, *op. cit.*, 154. A noter que cette nouvelle disposition ne concerne que les communications par courrier A Plus opérée dans le cadre de l'art. 138 al. 4 CPC ; elle ne touche en rien la mise en œuvre de l'art. 138 al. 1 à 3 CPC tout comme les modalités de la notification par voie électronique prévues à l'art. 139 CPC.

distinction entre ces deux types de décision³² si bien que le plaideur prudent, dans le doute, n'aura d'autre solution que de systématiquement recourir dans les dix jours pour ne pas s'exposer à une irrecevabilité au prétexte qu'il aurait tenu pour une « *autre décision* » ce qui s'avèrerait être une « *ordonnance d'instruction* »³³. Cette ambiguïté disparaît une fois pour toutes *de lege futura* avec la nouvelle teneur de l'art. 321 al. 2 nCPC qui prévoit un délai unique de 10 jours pour recourir contre les décisions prises en procédure sommaire et contre « *les autres décisions et ordonnances d'instruction de première instance* », à moins que la loi n'en dispose autrement. Cela a pour conséquence bienvenue de dispenser désormais le praticien de se livrer à des réflexions parfois délicates en vue de déterminer le délai de recours applicable à sa disposition. On élimine de la sorte une insécurité juridique dangereuse pour le plaideur, sans compter qu'il y a une certaine logique à faire en sorte que tout litige en relation avec ce type de décisions (ordonnances d'instruction et « *autres décisions* ») – qui ne tranchent pas le fond mais marquent le cours de la procédure à des degrés divers – soit rapidement tranché de façon à ne pas ralentir outrancièrement le déroulement du procès.

D. Mesures de réglementation du droit de la famille

25. On se souvient que ces mesures sont soumises à la procédure sommaire (art. 271 et 276 CPC). Ce type de litiges est éprouvant pour les parties et a pour objet des questions parfois cruciales pour l'avenir de celles-ci et/ou des enfants le cas échéant : on peut penser aux dispositions concernant l'exercice du droit de garde et du droit de visite, à l'attribution du domicile conjugal ou encore au montant des contributions d'entretien. Ces questions nécessitent souvent

³² Ainsi que relevé lors des débats devant les Chambres fédérales : « *La commission s'est interrogée sur la notion des 'autres décisions' par rapport aux 'ordonnances d'instruction'. Personne n'a réussi à la définir.* » (C. Lüscher, BO 2022 N 671).

³³ Voir à titre d'exemple l'ATF 141 III 270, consid. 3.3 : « *Il ne fait donc aucun doute que l'ordonnance de suspension visée par l'art. 126 al. 2 CPC ne peut être autre chose qu'une 'ordonnance d'instruction' au sens de l'art. 321 al. 2 CPC. Il en résulte que la confiance que les recourants ont placée dans l'indication erronée du délai de recours donnée par le Juge instructeur de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois n'a pas à être protégée* » ; voir toutefois CR CPC-JEANDIN, art. 319 N 15 s. !

d'abondantes mesures d'instruction et prennent souvent du temps, *a fortiori* au vu de la surcharge des tribunaux qui, parfois, tranchent dans des délais plus longs que ce que donne à penser l'usage de la procédure sommaire.

26. Les parties désireuses d'appeler d'une telle décision ont à disposition, *de lega lata*, un délai de 10 jours pour ce faire, en vertu de l'art. 314 al. 1 CPC. Ce délai est excessivement court au vu de la complexité qui entoure fréquemment ce type d'affaires et de la précision dont il convient d'user pour contester des données parfois volumineuses (on peut penser à la composition des postes de charges et de revenus des parties concernées puis de leur prise en compte en vue de déterminer le montant des contributions à l'entretien, une démarche souvent technique et fastidieuse). A cela s'ajoute qu'étant donné la mise en œuvre de la procédure sommaire, les suspensions judiciaires ne sont pas applicables à ce délai d'appel (art. 145 al. 2 lit. b CPC)³⁴...
27. C'est ici qu'on salue la modification bienvenue de l'art. 314 al. 2 CPC. Le principe d'un délai de 10 jours applicable à l'appel en procédure sommaire est logiquement maintenu (l'alinéa 1 demeure inchangé sur ce point), mais l'alinéa 2 s'en vient poser *de lege futura* l'exception en vertu de laquelle « *lors de litiges relevant du droit de la famille visés aux art. 271, 276, 302 et 305, le délai pour l'introduction de l'appel et le dépôt de la réponse est de 30 jours dans un cas comme dans l'autre* » (art. 314 al. 2 nCPC)³⁵. Certes, cette modification n'a pas été sans discussion au sein des Chambres fédérales, certains s'offusquant de cette entorse faite à l'impératif de célérité propre à la procédure sommaire, d'autres relevant que les deux fois 20 jours (délai d'appel, puis délai de réponse) supplémentaires issus de cette modification étaient sans commune mesure avec l'impératif de bon sens qui devrait prévaloir sur ce point, ce d'autant que les tribunaux ne donnaient pas nécessairement toujours l'exemple en matière de

³⁴ A titre d'exemple, c'est toujours avec ravissement que l'avocat reçoit une décision sur mesures protectrices de l'union conjugale un 18 décembre...

³⁵ On notera que les périodes de suspension ne s'appliquent toujours pas à ce type d'affaires, ce qui nous paraît concrétiser une solution de compromis équilibrée dès lors que, malgré tout, ces litiges doivent dans la mesure du possible être traités avec une certaine célérité. Les plaideurs ne peuvent prétendre à obtenir « *le beurre et l'argent du beurre* »...

célérité dans ces matières... Nous citerons quelques interventions qui permettent de bien cerner la volonté du législateur et les raisons qui l'ont poussé à cette modification bienvenue :

- « *La pratique démontre que les tribunaux prennent à juste titre du temps pour juger et rendre la meilleure décision possible. Accorder 30 jours pour former appel et pour répondre revient à rééquilibrer le temps accordé aux justiciables et aux tribunaux pour des litiges à fort impact émotionnel et parfois complexes* »³⁶.
- « *Ce ne sont pas 20 jours qui changeront la donne, mais c'est le temps que met le tribunal ou le juge à instruire puis à trancher qui pose des problèmes de célérité de la justice* »³⁷.
- « *Ces décisions, qui certes peuvent être corrigées par le tribunal du fond, fixent malgré tout souvent le montant des pensions... [il s'agit de] permettre aux parties de se préparer à avoir véritablement un appel complet, c'est-à-dire lié aussi bien au fait qu'au droit et pas simplement finalement une critique du droit* »³⁸.

28. Il convient dès lors de retenir qu'à compter du 1^{er} janvier 2025, le délai d'appel – pour les litiges en procédure sommaire relevant (i) des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 CPC), (ii) des mesures provisionnelles pendant la procédure de divorce (art. 276 CPC), (iii) de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants³⁹ et de la convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants⁴⁰ (art. 302 al. 1 lit. a CPC), (iv) du versement à l'enfant d'une contribution spéciale nécessaire pour couvrir des besoins extraordinaires et imprévus au sens de l'art. 286 al. 3 CC (art. 302 al. 1 lit. b CPC), (v) de l'avis aux débiteurs et de la fourniture de sûretés en garantie de l'entretien de l'enfant, hors procès relatif à l'obligation alimentaire des père et mère au

³⁶ C. Lüscher, BO 2022 N 671.

³⁷ V. Maître, BO 2022 N 2253.

³⁸ P. Bauer, BO 2022 E 650.

³⁹ RS 0.211.230.02.

⁴⁰ RS 0.211.230.01.

sens des art. 291 et 292 CC (art. 302 al. 2 lit. c CPC) et (vi) de différentes mesures à ordonner par le juge dans le cadre d'un partenariat enregistré au sens des art. 13 à 17 et 20, 22 et 23 LPart⁴¹ (art. 305 lit. a à h CPC) – sera de 30 jours et non plus de 10 jours, tout comme le délai pour le dépôt de la réponse à l'appel (art. 314 al. 2 nCPC).

IV. A propos de l'effet suspensif

29. Le CPC reprend la dichotomie entre voie de droit ordinaire et voie de droit extraordinaire en regard des principes applicables à l'effet suspensif, ainsi que cela résulte des art. 315 (applicable à l'appel) et 325 CPC (applicable au recours).

A. En procédure d'appel

30. On rappellera le principe en vertu duquel l'appel déploie effet suspensif dans la mesure des conclusions prises en appel (art. 315 al. 1 CPC, inchangé), ce qui s'inscrit dans la logique d'une voie de droit ordinaire offrant un pouvoir de cognition complet à la seconde instance (art. 310 CPC). Une première exception consiste en la possibilité donnée à l'instance d'appel de retirer l'effet suspensif automatique en autorisant l'exécution anticipée de tout ou partie de la décision attaquée, ce qui est toutefois exclu si le jugement querellé constitue une décision formatrice (art. 315 al. 2 et 3 CPC)⁴². Au titre de seconde exception au principe, l'art. 315 al. 4 CPC prévoit, quant à lui, que l'appel contre une décision rendue en matière de droit de réponse (lit. a) et en matière de mesures provisionnelles (lit. b) ne déploie pas d'effet suspensif, ce qui tient à la nature particulière de ce type de décisions⁴³ ; l'art. 315 al. 5 CPC instaure toutefois une

⁴¹ RS 211.231.

⁴² BSK ZPO-SPÜHLER, art. 315 N 2.

⁴³ CR CPC-JEANDIN, art. 315 N 12 et 12a : la notion de « *mesures provisionnelles* » recouvre en particulier – outre les mesures ordonnées en application directe des art. 261 ss CPC – les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 271 CPC), les mesures provisionnelles rendues en matière de divorce (art. 276 CPC) ainsi que les actions possessoires (art. 927 CC).

« *exception à l'exception* », à savoir la possibilité d'ordonner la suspension de l'exécution de mesures provisionnelles dès lors que la partie appelante risquerait de subir un « *préjudice difficilement réparable* »⁴⁴.

31. Le CPC révisé ne touche pas au principe général, l'art. 315 al. 1 CPC étant inchangé. S'agissant de la seconde exception évoquée plus haut (*supra*, ch. 30), à savoir le cas de figure dans lequel un appel ne déploie pas d'effet suspensif, le CPC révisé reprend les cas de figure du droit de réponse et des mesures provisionnelles mentionnés à l'actuel art. 315 al. 4 CPC, auquel il en ajoute deux autres, à savoir l'avis aux débiteurs prévu aux art. 132 al. 1, 177 et 291 CC et la fourniture de sûretés en garantie de la contribution d'entretien découlant de l'art. 132 al. 2 CC, tous cas de figure dans lesquels l'appel ne déploie pas d'effet suspensif (art. 315 al. 2 lit. a à d nCPC).
32. Le CPC révisé formule différemment la règle en vertu de laquelle le retrait de l'effet suspensif à un jugement formateur est exclu (art. 315 al. 3 nCPC), sans que sa substance ne s'en retrouve modifiée⁴⁵.
33. Le CPC révisé envisage désormais dans un seul alinéa (art. 315 al. 4 nCPC) la possibilité pour l'instance d'appel de prendre des mesures propres à renverser le régime légal en matière d'effet suspensif. Les règles qui précèdent – à l'exception de ce qui concerne les jugements formateurs (*supra*, ch. 32) – sont susceptibles d'être renversées sur demande de la partie concernée qui « *risque de subir un préjudice difficilement réparable* », à adresser à l'instance d'appel. Cette dernière pourra ainsi (i) soit autoriser l'exécution anticipée en ordonnant au besoin des mesures conservatoires ou la fourniture de sûretés (lit a), ce qui consiste en un retrait de l'effet suspensif, (ii) soit

⁴⁴ Voir à ce sujet CR CPC-JEANDIN, art. 315 N 13 ss. Cette possibilité doit s'envisager de manière restrictive ainsi que l'exprime l'adverbe « *exceptionnellement* » utilisé à l'art. 315 al. 5 CPC, ce qui est logique dès lors que le juge des mesures provisionnelles a déjà opéré une pondération des préjudices difficilement réparables en présence (celui que la mesure prononcée veut éviter et celui causé par celle-ci).

⁴⁵ « *L'effet suspensif ne peut pas être retiré dans les cas où l'appel porte sur une décision formatrice* » (art. 315 al. 3 CPC) étant remplacé par « *L'appel a toujours un effet suspensif lorsqu'il porte sur une décision formatrice* » (art. 315 al. 3 nCPC).

« *exceptionnellement suspendre le caractère exécutoire* » lorsque l'appel est dirigé contre une décision se rapportant à un droit de réponse, à des mesures provisionnelles, à l'avis au débiteur ou à la fourniture de sûretés en garantie de la contribution d'entretien (*supra*, ch. 31) (lit. b)⁴⁶. A noter que l'instance d'appel ne pourra statuer ainsi que si elle en est requise (*i.e.* « *sur demande* »), et non pas d'office, ce qui consacre une réponse désormais explicite à une question disputée en doctrine jusqu'ici⁴⁷.

34. Comme déjà relevé, la possibilité conférée à l'instance d'appel de renverser la réglementation légale en matière d'effet suspensif existe déjà à l'art. 315 al. 2 et 5 CPC (*supra*, ch. 30) : le législateur en charge de la révision propose toutefois une présentation de l'art. 315 CPC à la fois mieux structurée et plus lisible.
35. Une nouveauté significative doit enfin être mentionnée, à savoir la possibilité pour l'instance d'appel de prendre des décisions tendant à renverser le régime légal de l'effet suspensif avant-même le dépôt de l'appel, ce que prévoit l'art. 315 al. 5 nCPC ; il est évident que si l'appel n'est pas introduit à l'échéance du délai prévu aux art. 311 et 314 CPC, les mesures conservatoires et/ou de sûretés ainsi ordonnées deviendront caduques (art. 315 al. 5 nCPC)⁴⁸.

B. En procédure de recours

36. Ici aussi le principe de base exprimé à l'actuel art. 325 al. 1 CPC demeure intouché : le recours ne déploie pas d'effet suspensif, ce qui s'inscrit dans la ligne d'une voie de droit extraordinaire offrant

⁴⁶ Cette dernière réglementation ne s'applique *de lege lata* qu'aux mesures provisionnelles (art. 315 al. 5 CPC) alors qu'elle s'appliquera *de lege futura* aussi au droit de réponse, à l'avis au débiteur et à la fourniture de sûretés (l'art. 315 al. 4 lit. b nCPC renvoyant à l'ensemble des cas de figure mentionnés à l'art. 315 al. 2 nCPC).

⁴⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 315 N 7 et références.

⁴⁸ Il en va de même si, alors que seul le dispositif du jugement a été notifié (art. 239 al. 1 CPC), la partie concernée n'en demande pas la motivation dans le délai de 10 jours prévu à l'art. 239 al. 2 CPC.

un pouvoir de cognition limité à la seconde instance en charge de trancher le recours (art. 320 CPC)⁴⁹.

37. En revanche, la réglementation concernant la possibilité pour l'instance de recours de modifier le régime légal en ordonnant l'effet suspensif est quelque peu modifiée par l'alinéa 2 de l'art. 325 nCPC (à comparer avec l'actuel art. 325 al. 2 CPC).
38. Comme cela prévalait pour l'appel (*supra*, ch. 33), la question demeurait disputée de savoir si l'instance de recours pouvait suspendre d'office le caractère exécutoire de la décision querellée⁵⁰ : la question est résolue *de lege futura* puisque, désormais, ce ne sera que « *sur demande* » que l'autorité de recours pourra suspendre le caractère exécutoire de la décision querellée (art. 325 al. 2 nCPC 1^{re} phrase).
39. Les conditions d'octroi de l'effet suspensif sont décrites de manière plus restrictive puisque la loi – dont la teneur (muette sur ce point) offrait jusqu'ici une certaine marge de manœuvre à l'instance de recours – exige désormais que le requérant « *risque de subir un préjudice difficilement réparable* » (art. 325 al. 2 nCPC 1^{re} phrase). Plus qu'une véritable modification des paradigmes à mettre en œuvre par l'instance en charge de se prononcer sur une requête d'effet suspensif, cette modification présente avant tout une codification de ce qui prévaut déjà *de lege lata*⁵¹.
40. Par symétrie avec ce qui est désormais prévu en appel, la partie qui entend recourir peut solliciter une décision « *avant le dépôt du recours* », quitte à ce que des mesures conservatoires ou la fourniture de sûretés soit ordonnée, et avec les mêmes conditions résolutoires aboutissant à la caducité de telles mesures ainsi que cela prévaut en appel (*supra*, ch. 35).

⁴⁹ L'art. 325 al. 1 CPC a été repris tel quel.

⁵⁰ CR CPC-JEANDIN, art. 325 N 6 et références.

⁵¹ CR CPC-JEANDIN, art. 325 N 6a et 7 et références (l'instance de recours dispose d'un certain pouvoir d'appréciation et procède à une pesée des intérêts en cause [*Interessenabwägung*]).

V. De l'appel joint

41. Aux diverses modifications sus-évoquées vient s'en ajouter une autre, elle aussi bienvenue. *De lege lata*, l'appel joint en procédure sommaire est « *irrecevable* » (art. 314 al. 2 CPC). Ici aussi on ne pouvait que regretter ce principe pour ce qui touche aux questions relatives aux dispositions sus-évoquées en relation avec le droit de la famille (*supra*, ch. 25 ss). De fait, un plaideur peut ne pas être totalement satisfait avec la décision qu'il reçoit (par ex. un jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale), mais admettre en soi que « *mieux vaut un tiens que deux tu l'auras* » et s'en tenir à une posture raisonnable par laquelle il accepte un équilibre avec lequel « *il peut vivre* ». Fort malheureusement, cette posture de compromis peut pénaliser celui qui l'adopte dès le moment où l'autre partie décide de faire elle-même appel, remettant ainsi en cause cet équilibre avec le risque que la situation de la partie ayant renoncé à faire appel s'en trouve finalement péjorée. Dans une telle configuration l'avocat aura tendance à conseiller à son client de faire appel « *pour le cas où* », ce qui est contre-productif : d'une part on assiste ici à une débauche d'énergie pouvant s'avérer inutile, voire nuisible dans la perspective de la recherche d'un apaisement (qui devrait demeurer l'optique de tout plaideur confronté à ce type de litiges faisant intervenir une composante émotionnelle marquée), d'autre part on contribue de la sorte à surcharger les tribunaux (en l'occurrence les instances d'appel).
42. *De lege futura*, cette réglementation est modifiée (art. 314 al. 2 2^e phrase nCPC) puisque l'appel joint sera recevable pour les litiges sus-évoqués de nature matrimoniale en dépit du fait qu'ils sont soumis à la procédure sommaire (art. 271, 276, 302 et 305 CPC). Cela signifie que la partie ayant des velléités à observer une attitude raisonnable pourra s'en tenir à cette posture sans s'en trouver pénalisée, ce qui contribue à une appréciation différente de l'opportunité ou non de faire appel de telles décisions, avec la possibilité, lors de la réponse à un éventuel appel de la partie adverse, de faire un appel joint.

VI. Conclusion

43. Les points qui viennent d'être décrits constituent des exemples significatifs des efforts déployés par le législateur en vue de rendre le Code de procédure civile à la fois plus clair et plus cohérent aux yeux du justiciable (on retrouve ici la *Laienfreundlichkeit* évoquée en introduction). Il faut certes savoir rester modeste et se dire que la science juridique ne demeure jamais figée dans un domaine tel que la mise en œuvre du droit. A ce titre, le législateur aura sans aucun doute l'occasion de se pencher à nouveau sur le Code de procédure civile dans les années à venir (une réforme importante en droit procédural de la famille pourrait se profiler le moment venu...), charge au Tribunal fédéral de veiller, dans l'intervalle, à une correcte mise en œuvre des perspectives plutôt réjouissantes issues des dispositions prises *de lege futura* en relation avec la thématique générale des voies de droit, appelées à entrer en vigueur d'ici quelques semaines.

Bibliographie sommaire et récente

AUBRY GIRARDIN FLORENCE/DONZALLAZ YVES/DENYS CHRISTIAN/
BOVEY GREGORY/FRÉSARD JEAN-MAURICE, Commentaire de la LTF,
3^e éd., Berne 2022

BARTH TANO, Le courrier A Plus, Revue de l'avocat 2019, 131 ss

BAUER PHILIPPE, Des améliorations utiles, une incongruité et une erreur,
Revue de l'avocat 2023, 200 ss

BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 3^e éd., Neuchâtel/Bâle 2021

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER
PHILIPPE/TAPPY DENIS, Code de procédure civile commenté
(Commentaire romand), 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR)

CHENAUX PATRICK, Le recours et la LP, JdT 2022 II, 39 ss

GEISER THOMAS, Conventions et voies de droit dans le partage de la
prévoyance : à la séparation des voies de droit, *in* : Fountoulakis/Jungo
(édit.), La procédure en droit de la famille – 10^e Symposium en droit de la
famille 2019, Zurich 2020, 27 ss

GÜNGERICH ANDREAS, Revision des schweizerischen Zivilprozess-
ordnung, Revue de l'avocat 2021, 13 ss

HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, CPC – Le Code de procédure
civile, 3^e éd., Berne 2023

HONEGGER-MÜNTENER PATRICK, Konversion von Rechtsmitteln nach
der ZPO – Ein kritischer Diskussionsbeitrag, AJP 2022, 939 ss

HURNI BAPTISTE/HOFMANN DAVID, Délais, faits nouveaux et réplique
dans le CPC révisé, Revue de l'avocat 2023, 209 ss

HURNI CHRISTOPH, Zum Rechtsmittelgegenstand im Schweizerischen
Zivilprozess, Berne 2018

HURNI CHRISTOPH, Der Rechstmittelnprozess der ZPO – Grundlagen
und einige wichtige Aspekte, RSJB 2020, 71 ss

LÜSCHER CHRISTIAN, L'accès facilité à la justice dans le CPC révisé, Revue
de l'avocat 2023, 204 ss

MICHEL JEAN-CÉDRIC, Douze ans de CPC – regard mitigé ?, SJ 2023,
75 ss

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (édit.), ZPO – Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurzkomentar, 3^e éd., Bâle 2021

SEILER BENEDIKT, Die Anfechtung von prozessleitenden Verfügungen und weitere Aspekte der Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO, BJM 2018, 65 ss

SIEBER LORENZ, Die Begründung der Berufung bei mangelhaft begründetem Entscheid der Erstinstanz im ordentlichen Verfahren, RSPC 2023, 225 ss

SOGO MIGUEL, Rechtsmittel gegen die Abweisung superprovisorischer Massnahmen, RSJ 2017, 1 ss

SPÜHLER KARL, Kantonale Berufung in Zivilsachen, ius.full 2/2017, 46 ss

SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung (Basler Kommentar), 3^e éd., Bâle 2017 (cité : BSK ZPO-AUTEUR)

STEINER JAKOB, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2019

SUTTER-SOMM THOMAS/SEILER BENEDIKT, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Art. 1-408 ZPO, Zurich 2021

TANNER MARTIN, Das Revisionsverfahren nach Art. 328-333 ZPO, PCEF 2019, 191 ss

TAPPY DENIS, Note sur la distinction entre voies de recours (« *Rechtsmittel* ») et voies de droit (« *Rechtsbehelfe* »), JdT 2016 II, 323 ss

TAPPY DENIS, Conclusions et voies de recours, *in* : Bohnet/Dupont (édit.), Les mesures provisionnelles en procédures civile, pénale et administrative, Neuchâtel/Bâle 2021, 75 ss

TAPPY DENIS, La révision du CPC (projet du 26 février 2020) : état avant l'élimination des dernières divergences, Revue de l'avocat 2023, 103 ss

Les innovations procédurales dans les procès du droit de la famille

par

Denis Tappy

Professeur honoraire à l'Université de Lausanne

I. Introduction.....	129
II. Incidence en matière matrimoniale des modifications touchant la partie générale du CPC ou les titres 1 à 4 de la partie 2	132
A. Modifications des articles 1 à 196 (partie générale du CPC).....	132
1. Codification du droit de réplique spontanée	132
2. Sort des actes adressés par erreur à une autorité incompétente.....	135
3. Délai pour chiffrer les prétentions d'une action initialement non chiffrée	137
4. Nouvelle réglementation concernant les frais	139
5. Audiences à distance	140
6. Questions probatoires.....	142
B. Modifications des articles 197 à 270 (conciliation et procédures de première instance en général)	143
1. Exclusion de la conciliation préalable selon le nouvel article 198 let. b ^{bis}	143
2. Nouvelle réglementation des novas	147
3. Renforcement du système de motivation des décisions seulement sur demande	148
4. Cause rayée du rôle pour d'autres motifs selon l'article 242.....	150
5. Défaut en procédure simplifiée	152

6. <i>Numerus clausus</i> des cas de procédure sommaire en matière contentieuse.....	153
III. Modifications spécifiques aux articles 271 ss (procédures spéciales en droit matrimonial)	155
A. Les nouveaux renvois à la procédure simplifiée	156
1. La situation <i>de lege lata</i> et la procédure simplifiée en droit de la famille dans le futur	156
2. Réduction du formalisme et maximes applicables.....	159
3. Ecritures et oralité dans les procès en divorce selon le nouveau système.....	162
B. Les nouvelles solutions en cas de défaut dans un procès en divorce	166
C. Le déroulement des procès en divorce selon le nouveau droit	172
1. Futures étapes principales d'un procès en divorce sur requête commune avec accord partiel.....	173
2. Futures étapes principales d'un procès en divorce sur demande unilatérale.....	182
D. Les retouches concernant la procédure applicable aux enfants dans les affaires du droit de la famille	186
IV. Modifications touchant les voies de droit et le caractère exécutoire des décisions	188
V. Conclusion.....	190
Bibliographie spécifique.....	192

I. Introduction

1. Comme cela a déjà été rappelé, les modifications du CPC votées le 17 mars 2023 et qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2025 sont nombreuses, puisqu'elles touchent un cinquième environ des dispositions dudit code¹. Elles ne sont cependant pas censées repenser en profondeur une codification conçue récemment et dont les premières années d'application ont révélé davantage de petites imperfections que des défauts majeurs.
2. Les travaux préparatoires et le titre du projet évoquaient un but d'amélioration de la praticabilité et de l'application du droit, soit le dessein de rendre les procès civils plus faciles à mener à la fois économiquement et pratiquement, y compris dans certaines affaires pour des parties dépourvues de formation juridique et procédant sans conseil professionnel (*Laienfreundlichkeit*)². Pour le surplus il s'est agi surtout d'apporter des corrections de détail, de codifier certaines règles prétoriennes, dans certains cas au contraire de « mettre au pas » le Tribunal fédéral en écartant les solutions de certains arrêts jugés malheureux, quand n'étaient pas quelquefois apportées des retouches purement terminologiques, voire cosmétiques³. Ces ambitions limitées de la novelle du 17 mars 2023 font qu'on a souvent parlé d'une simple « toilette », d'autant que les deux modifications plus fondamentales de la procédure civile à l'ordre du jour ces dernières années sont, pour des motifs divers, soumises au Parlement dans le cadre de projets législatifs distincts⁴.

¹ Sur un peu plus de 400 articles que compte au total le CPC, la novelle du 17 mars 2023 en modifie, retouche ou complète environ 80 et en ajoute 7 nouveaux.

² Cf. notamment BREGY PHILIPP MATTHIAS, *Die Laienfreundlichkeit in der überarbeiteten ZPO*, *Revue de l'Avocat* 2023, 36 ss ; LÜSCHER CHRISTIAN, *L'accès facilité à la justice dans le CPC révisé*, *Revue de l'Avocat* 2023, 204 ss.

³ Remplacer par exemple dans tout le CPC les termes « *proposition de jugement* » par « *proposition de décision* », comme le fait liminairement la novelle du 17 mars 2023, n'entraîne aucun changement sur le régime juridique applicable dans aucun cas et ne sert pas non plus à lever une ambiguïté, ménager certaines sensibilités ou apporter davantage de précision.

⁴ Initialement prévue dans le même processus législatif l'innovation importante, mais jugée insuffisamment réfléchie juridiquement et politiquement exposée, touchant l'introduction de formes d'actions collectives en procédure civile a été

3. Si elles ne changent pas la structure fondamentale du CPC, les modifications introduites par la novelle du 17 mars 2023 auront cependant des incidences pratiques non négligeables, y compris sur les procédures en droit de la famille, objet de la présente contribution. Au vrai, seules quelques-unes d'entre elles visent spécifiquement lesdites procédures, en restant très loin d'une refonte poussée⁵ : la novelle ne modifie en effet, d'ailleurs pas toujours de façon importante, qu'une dizaine d'articles dans les titres consacrés aux procédures spéciales en droit matrimonial (art. 271 à 294), à la procédure applicable aux enfants dans les affaires du droit de la famille (art. 295 à 304) ou à celle en matière de partenariat enregistré (art. 305 et 306). Il faut toutefois y ajouter quelques dispositions nouvelles situées dans d'autres parties ou

dissociée en 2020 du projet ayant abouti à la novelle du 17 mars 2023 et soumise le 10 décembre 2021 au Parlement sous forme d'un projet distinct (Message du Conseil fédéral et projet de modification du CPC relatif à l'action des organisations et à la transaction collective, FF 2021 3048 et 3049). L'ambitieux projet de numérisation de la justice en Suisse (projet Justitia 4.0), touchant non seulement la procédure civile mais les procédures pénales et administratives et impliquant des modifications de nombreuses autres lois fédérales, a fait quant à lui l'objet le 15 février 2023 d'un message du Conseil fédéral et d'un projet de loi concernant la loi fédérale sur les plateformes de communication électronique dans le domaine judiciaire (FF 2023 679 et 680). L'aboutissement de ces deux objets actuellement pendant devant les Chambres fédérales ne saurait être considéré comme imminent.

- ⁵ Le Message, 2626, rappelle que l'avant-projet se bornait à l'adaptation de quelques règles applicables aux affaires du droit de la famille et qu'au vu de la procédure de consultation le projet y a ajouté d'autres modifications ponctuelles, tout en soulignant qu'il « *ne prévoit toutefois pas une révision plus profonde de l'ensemble de la procédure en matière de droit de la famille et des règles d'organisation correspondantes* », qui « *ne pourrait en effet être menée à chef qu'au vu d'un examen d'ensemble et sur la base d'un mandat politique correspondant* ». Sur les voix qui se sont déjà parfois élevées pour demander un tel examen d'ensemble, qui devrait nécessairement porter aussi sur la procédure applicable en matière de protection de l'adulte et de l'enfant, actuellement partiellement réglées dans le CC et partiellement laissée à la réglementation cantonale, avec une application du CPC seulement supplétive, cf. ZÜRCHER, 542 s. et les références citées.

titres du CPC mais concernant exclusivement⁶ ledit droit de la famille.

4. Ces nouvelles dispositions seront évidemment au cœur de notre présentation. D'autres changements induits par la novelle du 17 mars 2023, bien que ne visant pas spécifiquement le contentieux du droit de la famille, auront toutefois aussi un impact non négligeable sur celui-ci. Nous évoquerons dès lors aussi les innovations qui nous paraissent les plus significatives à cet égard, quitte à nous borner à un renvoi lorsqu'il s'agira de questions examinées dans d'autres contributions du présent ouvrage. En revanche, nous ne traiterons pas de modifications générales pouvant trouver application dans des litiges de droit de la famille, mais sans rien de particulier s'agissant de ceux-ci : les précisions de la novelle par exemple sur les voies de droit en cas de récusation (art. 51)⁷, sur les indications erronées données par le juge au sujet des voies de droit (art. 52) et sur la computation des délais dépendant d'un envoi postal normal délivré un samedi (art. 142)⁸, ou encore sur les conditions de l'utilisation d'une autre langue nationale que celle du canton concerné (art. 129 al. 2 let. a)⁹

⁶ C'est le cas du nouvel art. 198 let. b^{bis} précisant que la conciliation préalable est exclue en cas d'action concernant la contribution d'entretien des enfants mineurs et majeurs et d'autres questions relatives au sort des enfants, ainsi que des nouvelles règles de l'art. 314 sur les délais d'appel et l'admissibilité de l'appel joint dans certaines affaires soumises à la procédure sommaire.

⁷ Cf. notamment HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1166.

⁸ Cf. notamment HURNI BAPTISTE/HOFMANN DAVID, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, *Revue de l'Avocat* 2023, 209 ss.

⁹ La possibilité de procéder dans une autre langue nationale que celle(s) du canton concerné dépendra d'une règle de droit cantonal admettant cette possibilité et d'un accord de toutes les parties, ce qui devrait rendre les cas rares. L'usage de l'anglais (nouvel art. 129 al. 2 let. b) sera limité, aux mêmes conditions, à des litiges internationaux commerciaux et n'entrera donc pas en ligne de compte dans les affaires matrimoniales. Sur le nouvel art. 129 voir au surplus STOLL JEAN-PASCAL, *Die Verwendung einer anderen Sprache im Zivilprozess – Ausgewählte Fragen zu Art. 129 Abs. 2 nZPO*, PCEF 2024, 23 ss. Relevons simplement ici que les conventions sur les effets du divorce ratifiées par le juge font partie du dispositif (art. 279 al. 2) et pourront donc à l'avenir être aussi dans une autre langue nationale que celle(s) du canton concerné là où le législateur cantonal aura choisi d'user de la faculté accordée par le nouvel art. 129 al. 2 let. a.

pourront s'appliquer dans n'importe quel procès, y compris matrimonial. Leur portée touchera cependant essentiellement d'autres genre d'affaires et ne devrait pas intéresser particulièrement les praticiens du droit de la famille.

II. Incidence en matière matrimoniale des modifications touchant la partie générale du CPC ou les titres 1 à 4 de la partie 2

A. Modifications des articles 1 à 196 (partie générale du CPC)

1. Codification du droit de réplique spontanée

5. Le nouvel article 52 al. 3 CPC intégrera dans la loi des solutions liées notamment à des exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'innovation consiste dans le devoir désormais assigné au juge, en cas de dépôt d'un acte de la partie adverse, d'impartir expressément à la ou les parties adverses un délai de dix jours au moins pour déposer des déterminations spontanées¹⁰, alors que précédemment ledit juge pouvait admettre que ladite partie adverse savait qu'une réaction de sa part devait intervenir dans un tel délai, au moins si elle était assistée ou disposait de compétences juridiques. Sur la notion de partie adverse, le sort de déterminations déposées hors délai, les conséquences d'une omission par le juge d'appliquer le nouvel article 53 al. 3, les exceptions pouvant s'appliquer en cas d'urgence ou d'acte accompli par une partie pendant une audience ou déposé moins de dix jours avant une audience, ou encore les règles spéciales l'emportant sur cette disposition (délais légaux comme aux articles 312 al. 2, 314 al. 1 ou 322 al. 2 ; dispense de communiquer un acte manifestement irrecevable ou mal fondé comme aux articles 253, 312 al. 1 *in fine*, 322 al. 1 *in fine* ou 330, règles particulières aux mesures superprovisionnelles, cf. article 265 et 270

¹⁰ Parler de détermination spontanée pour un acte à exécuter dans un délai imparti par le juge peut paraître paradoxal, mais nous continuerons avec d'autres auteurs à le faire pour distinguer ces déterminations facultatives d'actes entrant dans le déroulement normal de l'échange des écritures et dont l'omission entraîne des sanctions procédurales, comme le dépôt d'une réponse selon l'art. 222.

al. 2, etc.) nous pouvons renvoyer à la contribution de FRANÇOIS BOHNET dans le présent ouvrage.

6. Ce nouvel article 53 al. 3 s'appliquera évidemment aussi dans les procès matrimoniaux, à notre avis en première instance seulement dans les procès ouverts après le 1^{er} janvier 2025 ou dans les procédures d'appel ou de recours introduites dès cette date¹¹. Cela visera aussi les actes d'une des deux parties dont le dépôt doit être suivi d'une audience sans que le système légal prévoit normalement d'acte écrit de la partie adverse dans l'intervalle. Ainsi dès 2025 le juge recevant une demande unilatérale de divorce devra à notre avis à la fois assigner les deux conjoints à l'audience prévue par l'article 291 et impartir au défendeur un délai pour se déterminer selon le nouvel article 53 al. 3¹². Rien ne l'empêchera toutefois de prévoir un délai plus long que le minimum légal de 10 jours prévu par cette disposition, voire d'informer ledit défendeur qu'il pourra se déterminer par écrit avant ladite audience ou oralement lors de celle-ci¹³. Si le défendeur dépose effectivement avant l'audience de l'article 291 des déterminations écrites, l'article 53 al. 3 s'appliquera à son tour à elles. Elles devront donc en principe être communiquées au demandeur avec un délai pour se déterminer, et ainsi de suite. Si toutefois des déterminations spontanées sont déposées moins de dix jours avant la comparution prévue des parties, il suffira à notre avis que le juge avise la partie adverse qu'elle pourra se déterminer oralement à l'audience ou par écrit avant celle-ci. Les mêmes solutions devraient valoir *mutatis mutandis* entre le dépôt d'une requête commune de divorce avec accord partiel et l'audience de l'article 287. Cependant le nouvel article 53 al. 3 ne saurait concerner la requête commune elle-même, pour laquelle il n'y a pas de partie adverse, mais bien d'éventuelles conclusions motivées sur les effets du divorce n'ayant pas fait l'objet d'un accord qu'un des époux déposerait conformément à l'article 286 al. 2.

¹¹ Voir notre contribution sur le droit transitoire ci-après.

¹² Cf. en ce sens BOHNET/WOJCIK, à paraître.

¹³ Vu l'art. 134, inchangé, l'audience en question ne devrait pas pouvoir intervenir moins de dix jours après le dépôt de la demande.

7. Relevons encore ici qu'à la lettre le nouvel article 53 al. 3 ne vise que les actes d'une partie adverse, même si cette notion peut sans doute recevoir une acception large¹⁴. Or le droit de répliquer spontanément défini par la jurisprudence à la suite de multiples condamnations de la Suisse devant la Cour européenne des droits de l'Homme vaut à l'égard de tout élément nouveau du dossier, y compris des pièces demandées par le tribunal lui-même, des mémoires ou documents produits d'office ou sur réquisition par des tiers, des autorités, voire une juridiction inférieure ou un membre du tribunal¹⁵, etc. Il s'agit de situations qui sont assez fréquentes dans les procès du droit de la famille, par exemple si le juge du divorce demande d'office des rapports à l'autorité de protection de l'enfant ou à d'autres services d'aide à la jeunesse¹⁶, voire si une autorité de ce genre s'adresse spontanément à lui. Il serait probablement opportun d'appliquer désormais par analogie le nouvel article 53 al. 3 dans ces cas aussi, mais à ce défaut il faudra au moins que le tribunal continue à respecter dans une telle hypothèse la jurisprudence obligeant à tenir compte d'une réaction véritablement spontanée rapide.

¹⁴ Doivent probablement être tenus pour tels des actes émanant d'un consort agissant indépendamment (art. 71 al. 3), mais aussi par exemple d'un curateur de l'enfant dans le cadre du divorce de ses parents (art. 299 ss), voire d'une démarche de l'enfant capable de discernement agissant lui-même (art. 299 al. 3).

¹⁵ Le CPC lui-même prévoit des cas de telles déterminations provenant d'autorités judiciaires ou de leurs membres, cf. art. 49 al. 2 et 324, ou impliquant des contacts avec d'autres tribunaux, cf. art. 127 al. 1 *in fine*. Il arrive en outre qu'en application de réglementations spéciales des autorités non judiciaires donnent des avis sans devenir pour autant des parties notamment dans des procès touchant la Loi sur l'Egalité, certaines lois de propriété intellectuelle, le droit du Registre du commerce, etc. Sur les tiers n'ayant pas la qualité de partie, mais néanmoins susceptibles d'une certaine participation à un procès civil, cf. désormais SCHENK SEBASTIAN, *Drittbetroffene und Nebenparteien im schweizerischen Zivilprozess. Verfahrenseteiligung, Verfahrensrechte und Anwendungsfälle*, thèse Lucerne 2023.

¹⁶ Bien que l'art. 145 al. 1 CC, qui prévoyait la possibilité pour le juge du divorce de solliciter de tels rapports, ait été abrogé sans remplacement le 1^{er} janvier 2011, il lui reste possible de le faire sur la base de l'art. 296 CPC et c'est toujours la pratique en tout cas dans certains cantons, cf. CR CPC–TAPPY, N 13 ad 277.

2. Sort des actes adressés par erreur à une autorité incompétente

8. Des modifications des articles 63 et 143 feront que, dès le 1^{er} janvier 2025, en cas d'action adressée par erreur au mauvais for ou à la mauvaise autorité matérielle, le juge ou l'autorité de conciliation saisie à tort ne se contentera plus de prononcer l'irrecevabilité de l'acte introductif d'instance qui lui a été faussement adressé, mais devra en principe le transmettre au juge compétent s'il y en a un en Suisse, avec pour conséquence que la litispendance subsistera à la date du premier dépôt. Ces dispositions, qui renouent partiellement avec des solutions qui existaient jusqu'en 2010 dans certains cantons, posent des problèmes d'interprétation délicats, traités en détail par PATRICIA DIETSCHY dans le présent ouvrage. Disons simplement que cette réglementation sera en soi applicable dans des procès matrimoniaux, et qu'elle sauvegardera parfois une litispendance au sens des articles 274 s. qui peut avoir en matière de divorce des conséquences particulièrement importantes, soit en droit matériel¹⁷, soit par exemple pour délimiter les champs d'applications respectifs des mesures protectrices de l'union conjugale et des mesures provisionnelles de l'article 276. Or, dans de telles affaires, l'hypothèse d'une incompétence résultant d'une erreur de for est d'autant plus envisageable qu'elle ne saurait être guérie par une acceptation tacite puisque l'article 23 déclare impératifs les fors en matière matrimoniale¹⁸.

¹⁷ De la litispendance d'une action en divorce dépendent notamment des conséquences matérielles en matière de calcul du délai de séparation de l'art. 114 CC, de liquidation du régime matrimonial (art. 204 al. 2 et 236 al. 2 CC), de partage des avoirs LPP (art. 122 CC) ou de droit successoral (art. 120 al. 3 ch. 2 et 472 CC).

¹⁸ Sur les conditions permettant qu'un tribunal au départ non compétent le devienne par une acceptation tacite (*Einlassung*) selon l'art. 18 si la règle de for concernée était seulement dispositive, ce dont présume l'art. 9 al. 1, cf. notamment CR CPC-HALDY, art. 18 N 3 s. Il faut évidemment tenir compte de cette possibilité avant une éventuelle transmission d'office selon l'art. 143 al. 1^{bis}, mais la question ne se pose en principe pas dans les procès de droit de la famille. Sur le fait qu'une acceptation tacite peut aussi parfois concerner des règles cantonales concernant la compétence matérielle, qui ne sont pas forcément impératives contrairement à ce qu'on déduit parfois hâtivement d'un arrêt concernant un tribunal de commerce (ATF 140 III 355, RSPC 2014 482), cf. PFEIFFER RETO, *Einlassung vor einem sachlich unzuständigen Zivilgericht, recht* 2023, 69 ss.

9. Si par exemple une partie agissant seule et domiciliée à Pully, juste à côté de Lausanne, dépose en 2025 une demande unilatérale de divorce au tribunal d'arrondissement de Lausanne, il y a incompétence irrémédiable puisque selon le droit vaudois pertinent Pully se situe en réalité dans l'arrondissement judiciaire de l'Est vaudois. Une transmission d'office selon les nouvelles dispositions ne posera aucun problème et devra intervenir si l'autre conjoint est aussi domicilié dans ledit arrondissement de l'Est vaudois. Il y aura en effet dans ce cas bien « **un** autre tribunal suisse compétent » au sens du nouvel article 143 al. 1^{bis}, deuxième phrase. Mais *quid* si l'autre conjoint habite Yverdon ou Zurich ? Dans ce cas l'article 23 conduira à identifier **deux** tribunaux suisses compétents, celui du domicile du demandeur et celui du domicile de l'autre conjoint. Or la maxime de disposition au sens large ne devrait pas permettre au juge incompétent de choisir à la place dudit demandeur entre ces deux fors. Aussi l'opinion a-t-elle été émise que dans ce cas il n'y a pas lieu à transmission d'office, mais qu'il faut en rester, comme en droit actuel, à un prononcé d'irrecevabilité et à une éventuelle « litispendance rétroactive » dépendant d'une nouvelle action intentée par le demandeur conformément à l'article 63¹⁹. C'est sévère et conduirait à réduire beaucoup le champ de l'innovation voulue par le législateur, en tout cas dans les procès de droit de la famille, où des fors impératifs mais multiples sont fréquents²⁰. D'autres solutions seraient concevables, comme celle consistant à faire préciser par le demandeur le for qu'il choisirait si l'autorité qu'il a saisie s'avère incompétente, à présumer sa volonté en fonction d'indices²¹, voire à privilégier le for qui nécessitera le moins

¹⁹ Cf. LÖTSCHER/PLATTNER, Weiterleitungspflicht, 712 ss.

²⁰ Voir par exemple art. 25 et 26 pour les actions concernant la filiation, l'entretien et la dette alimentaire.

²¹ Si dans notre exemple le demandeur avait justifié de saisir la juridiction de Lausanne en affirmant avoir l'intention de prendre un logement dans cette ville, on pourrait considérer qu'il démontre ainsi vouloir agir à son propre domicile plutôt qu'à celui de l'autre conjoint.

d'adaptations de l'acte initial²². Espérons une clarification jurisprudentielle rapide de ce problème très concret.

3. Délai pour chiffrer les prétentions d'une action initialement non chiffrée

10. Une des modifications apportées à l'article 85 fera que, dans un procès portant sur une action non chiffrée introduite dès le 1^{er} janvier 2025²³, le juge devra impartir au demandeur un délai pour préciser sa prétention dès que les éléments nécessaires à ce chiffrage auront été recueillis. Le but de cette innovation, proposée durant les débats aux Chambres, était d'éviter audit demandeur que sa démarche soit jugée trop tardive²⁴, voire que ledit chiffrage n'intervienne jamais et que la demande soit jugée irrecevable de ce fait²⁵. Les travaux parlementaires évoquent expressément une application possible dans des affaires matrimoniales²⁶. Il est vrai que, dans une action en divorce, la liquidation du régime matrimonial est très souvent formulée initialement comme une prétention non chiffrée. On peut d'ailleurs imaginer qu'il en aille pareillement pour d'autres prétentions de droit privé entre époux, par exemple en répartition de biens qu'ils détenaient en société simple, voire que ces règles s'appliquent par analogie au partage des avoirs LPP.

²² Si dans notre exemple la juridiction lausannoise constate l'existence d'un for dans l'Est vaudois et d'un autre à Zurich, ne devrait-elle pas transmettre la demande au juge devant lequel il ne sera pas nécessaire d'impartir au demandeur un délai pour la traduire ?

²³ Sur les conséquences du fait que la modification de l'art. 85 ne figure pas dans la liste des dispositions applicables dès le 1^{er} janvier 2025 même dans un procès ouvert antérieurement voir notre contribution sur le droit transitoire ci-après.

²⁴ Cela en raison de l'art. 85 al. 2, 1^{re} phrase, non modifiée le 17 mars 2023, selon laquelle « *une fois les preuves administrées ou les informations requises fournies par le défendeur, le demandeur doit chiffrer sa demande dès qu'il est en état de le faire* », cf. ATF 149 III 405 ; TF 5A_977/2021 du 25 mars 2024, consid. 2.1.

²⁵ Cf. notamment TF 5A_368/2018 du 25 avril 2019, consid. 4.3.4, RSPC 2019 332.

²⁶ Cf. BO/CN 2022 (Christian Lüscher, rapporteur). Pour une analyse détaillée des discussions aux Chambres au sujet du nouvel art. 85 al. 2, 3^e phrase, cf. BOHNET/WOJCIK, à paraître.

11. Une fixation de délai selon le nouvel article 85 al. 2 pourra donc intervenir en droit matrimonial dans les cas, heureusement rares, où la liquidation du régime matrimonial ou d'autres avoirs communs reste contentieuse entre des époux jusqu'au moment du jugement. Cela pourrait se produire aussi bien dans le cadre d'un procès sur requête commune avec accord partiel que dans celui d'un procès sur demande unilatérale. Vu le caractère d'*actio duplex* de tels procès²⁷, impliquant que, sur une telle question, même le défendeur est habilité à prendre des conclusions actives sans avoir à passer par une demande reconventionnelle, le délai prévu par cette disposition devra à notre avis être imparti aux deux conjoints et non au seul demandeur.
12. Rappelons aussi la règle particulière de l'article 283 al. 2 permettant parfois au tribunal de renvoyer les époux à faire trancher la liquidation de leur régime matrimonial dans une procédure séparée. Il s'agit cependant d'une hypothèse dans une certaine mesure antinomique avec celle du nouvel article 85 al. 2 : si dans le procès en divorce des preuves sur les questions touchant les avoirs à partager ont été administrées ou des informations fournies par des tiers dans une mesure permettant aux conjoints de chiffrer précisément leurs prétentions sur cette liquidation, on conçoit mal quels justes motifs feraient apparaître opportun néanmoins un renvoi de celle-ci à une procédure séparée. En revanche il est évident que le nouvel article 85 al. 2 pourrait le cas échéant être appliqué à l'issue d'une telle procédure séparée, au cours de laquelle seulement les éléments en question auraient été recueillis. Si aucune des parties n'a chiffré dans le délai imparti ses prétentions en liquidation du régime matrimonial, le tribunal qui prononce le divorce doit à notre avis soit renvoyer les conjoints à une procédure séparée selon l'article 283 al. 2, soit déclarer ledit régime liquidé sans condamner l'un d'eux à rien verser à l'autre²⁸.

²⁷ Cf. BOHNET FRANÇOIS, L'action duplex (*doppelseitige Klage*), en particulier en droit matrimonial, in : Clerc/Dunand/Sprumont (édit.), « Alea jacta est » – Santé ! – Mélanges en l'honneur d'Olivier Guillod, Neuchâtel 2021, 123 ss.

²⁸ Voir notamment TF 5A_368/2018 du 25 avril 2019, consid. 4.3.4 précité. Sur ledit arrêt, le plus récent et spécifique sur le chiffrage selon l'art. 85 al. 2 *de lege lata* des

4. Nouvelle réglementation concernant les frais

13. Les innovations de la novelle du 17 mars 2023 touchant les questions de frais auront une incidence pratique considérable pour les parties. Patricia DIETSCHY les a présentées en détail dans le présent ouvrage. Rappelons simplement les deux changements principaux suivants : dans la plupart des procès en première instance, seule la moitié des frais présumés pourra désormais être exigée du demandeur à titre d'avance (nouvel art. 98). Par ailleurs ces avances ne pourront plus servir de garantie pour l'Etat dans l'hypothèse où celui qui a dû les faire obtient gain de cause sur le fond de telle sorte que les frais sont finalement mis à la charge de son adversaire (nouvel art. 111 al. 1).
14. Ces changements s'appliqueront bien sûr également dans les procès du droit de la famille après le 1^{er} janvier 2025. Néanmoins ce n'est sans doute pas le domaine dans lequel ces innovations ont le plus de chance de soulager financièrement certains plaideurs. Trois raisons essentielles à cela : d'une part dans la plupart des cantons les frais et avances de frais dans les procès matrimoniaux ou concernant les enfants ne dépendent pas de la valeur litigieuse, même lorsque des prétentions accessoires à un divorce portent sur de gros montants²⁹, et les émoluments réclamés sont le plus souvent modestes. Limiter les avances requises à la moitié n'entraînera donc souvent qu'un changement assez faible. Par ailleurs il s'agit de domaines où les parties sont toujours des personnes physiques et où l'assistance judiciaire est souvent assez généreusement accordée, sans qu'en première instance en tout cas un refus pour absence de chances de succès suffisante n'entre guère en considération. De nombreux procès en divorce se déroulent donc sans avance de frais. Enfin, vu le nombre des procès en divorce d'emblée amiables ainsi que l'issue souvent transactionnelle des autres et les répartitions en équité permises par l'article 107 al. 1 let. b, inchangé, il est sans

conclusions en liquidation du régime matrimonial dans un procès en divorce, cf. aussi BOHNET FRANÇOIS, *L'actio duplex*, les conclusions non chiffrées et les modalités du chiffrage ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_108/2023, Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2024.

²⁹ Selon les cantons, des majorations sont cependant possibles notamment lorsque sont litigieuses entre les parties des prétentions patrimoniales élevées.

doute moins fréquent en droit de la famille que dans d'autres domaines que les frais soient finalement mis à la charge d'une partie alors qu'ils avaient été avancés par l'autre. La suppression du « rôle de garantie » des avances de frais résultant du nouvel article 111 al. 1 ne devrait donc pas bouleverser fortement les conséquences pour les parties et l'Etat du nouveau droit dans le domaine qui nous intéresse.

5. Audiences à distance

15. On sait que la novelle du 17 mars 2023 va pérenniser aux nouveaux articles 133, 141a ss, 170a et 176a des possibilités de tenir des audiences ou de recueillir des dépositions sans comparution physique, en recourant à des moyens électroniques de transmission du son et de l'image. Les règles provisoires applicables selon le droit d'urgence lié à la pandémie de Covid en 2020-2021 ont d'ailleurs pu servir de ballon d'essai. Bien que ces nouvelles dispositions ne soient pas spécialement traitées dans le présent ouvrage, elles ont déjà suscité de nombreuses présentations³⁰, auxquelles nous pouvons nous contenter en principe de renvoyer. Bornons-nous à regretter ici que le législateur de 2023 n'ait pas jugé utile de préciser à l'article 147 al. 1, inchangé, à quelles conditions une partie, voire un témoin, qui ne se connecterait qu'imparfaitement pourrait être considéré comme défaillant : peut-être a-t-il simplement voulu laisser à la jurisprudence et à la doctrine le soin de régler les hypothèses très diverses qui pourraient se présenter à cet égard³¹.

³⁰ Cf. notamment BOHNET FRANÇOIS/MARIOT SANDRA, La vidéoconférence et le projet de révision du CPC, RSPC 2020, 179 ss ; HEINZMANN MICHEL/TREZZINI FRANCESCO, Verhandlung per Videokonferenz, in : Eichel/Hurni/Markus (édit.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Berne 2022, 81 ss ; GIROUD SANDRINE/RATZO NOÉMIE, Audiences civiles par vidéoconférence, PCEF 2023, 359 ss ; STOLL JEAN-PASCAL, Die Verwendung einer anderen Sprache im Zivilprozess – Ausgewählte Fragen zu Art. 129 Abs. 2 nZPO, PCEF 2024, 23 ss. Voir aussi DIETSCHY PATRICIA, L'audience par vidéoconférence face à la garantie du procès équitable, RDS 143, 2024 I 397 ss.

³¹ Comme le nouvel art. 133 let. b distinguera clairement citation à comparaître ou citation à être disponible en cas de recours à des moyens électroniques de transmission du son et de l'image, celui qui omet de se rendre ainsi disponible ne

16. Bornons-nous à relever ici que ces règles seront en principe applicables dans les procès du droit de la famille, où d'ailleurs la difficulté de coordonner ce mode de faire avec la garantie de justice publique ne se posera pas vu l'article 54 al. 4. Cela pourra le cas échéant rendre des services importants, en permettant notamment d'avancer dans des cas où une présence physique des conjoints ou de l'un d'eux serait impossible ou disproportionnée alors que la comparution personnelle est la règle dans ces affaires (art. 278), de même que la tenue d'une audience en procédure sommaire (art. 273), nonobstant l'article 256 permettant de renoncer aux débats pour statuer sur pièces. Le législateur a toutefois distingué un cas où une audition à distance lui paraissait à proscrire : le nouvel article 298 al. 1^{bis} précisera en effet expressément que, s'agissant d'une audition de l'enfant au sens des articles 298 ss, le recours à des moyens électroniques de transmission du son et de l'image est interdit.
17. Cette exception interpelle. Elle exclut le recours à une technique qui pourrait s'avérer bien utile dans des cas par exemple où l'enfant concerné résiderait durablement à une grande distance du tribunal concerné. Elle ne saurait raisonnablement être justifiée par des difficultés techniques qui devraient être épargnées aux mineurs : d'une part rien n'exclurait que ces questions soient prises en charge par un tiers sûr, par exemple un enseignant ou un assistant social désigné par le tribunal ; d'autre part il est notoire qu'au moins les adolescents proches de leur majorité sont souvent bien plus à l'aise avec de tels moyens techniques que beaucoup de leurs aînés. C'est en réalité sans doute le risque que l'audition à distance ne soit pas libre ni confidentielle qui a convaincu les Chambres. Il est évident

pourra à notre avis pas être jugé défaillant pour défaut de présentation au sens de l'art. 147 al. 1, mais peut-être bien pour avoir omis d'accomplir un acte de procédure selon la même disposition. Mais *quid* de celui qui mettrait fin à la liaison avant que l'audience soit déclarée close ? Comment traiter le cas de celui qui se connecte mais imparfaitement (avec des coupures de liaison, une interruption de l'image, des violations d'injonctions données en cours d'audience dans le cadre des pouvoirs conférés au tribunal par les art. 124 ou 128, etc.) ? Dans les audiences censées avoir lieu à huis clos, ce qui est la règle en droit de la famille (art. 54 al. 4), quelles devraient être par ailleurs les instructions à donner, les contrôles à effectuer et les conséquences procédurales d'une violation de ce principe chez un participant à une vidéoconférence ?

qu'une audition par vidéoconférence pourrait facilement être suivie à l'insu du juge, par exemple par l'un des parents qui pourrait surveiller ainsi, voire influencer les déclarations du mineur entendu. Mais un tel risque n'existe-t-il pas aussi pour des auditions d'adultes ? A notre avis, l'article 298 al. 1^{bis} implique que, aux yeux du législateur fédéral, les auditions à distance ne sont pas réellement sûres. Cela pourrait être un argument pour n'y recourir qu'exceptionnellement, en particulier s'agissant d'entendre des témoins essentiels, et en droit du divorce de procéder à l'audition des époux « *séparément et ensemble* », prescrite par l'article 111 al. 1 CC.

6. Questions probatoires

18. La novelle du 17 mars 2023 prévoit des modifications en matière de preuve dans deux domaines différents : d'une part le nouvel article 167a introduira une sorte de secret professionnel en faveur des juristes d'entreprise ; d'autre part une modification de l'article 177 imposera, contre la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue jusqu'à présent, la recevabilité comme preuve par titre d'une expertise privée.
19. Ce dernier changement fait l'objet d'une présentation spécifique par FRANÇOIS BOHNET dans le présent ouvrage. Bornons-nous à relever que le recours à des expertises privées, notamment sur la valeur d'un immeuble dans le cadre de prétentions pécuniaires entre époux, est une hypothèse tout à fait réaliste et à notre avis une innovation bienvenue dans les procès matrimoniaux. En revanche si des expertises privées, par exemple psychiatriques ou pédopsychiatriques, sont aussi concevables dans certains litiges exacerbés au sujet du sort des enfants, elles ne sont probablement pas véritablement touchées par ledit changement : elles sont en effet selon nous déjà recevables *de lege lata* sur la base de l'article 168 al. 2.
20. Quant au nouvel article 167a, dont nous regrettons personnellement qu'il donne aux bénéficiaires de la nouvelle disposition un privilège partiellement comparable à celui des avocats, mais sans mesure de contrôle comparable à celles pesant

sur les avocats soumis à la LLCA³², il concernera surtout des procès intéressant des personnes morales, dans un contexte commercial, pour lequel les solutions prévalant dans des Etats étrangers ont d'ailleurs servi de justification³³. Rien n'empêchera cependant qu'à l'avenir un tel secret soit invoqué dans un divorce, par exemple pour refuser la production de pièces ou la déposition de collaborateurs d'une entreprise d'un des conjoints disposant d'un service juridique remplissant les exigences du nouvel article 167a.

B. Modifications des articles 197 à 270 (conciliation et procédures de première instance en général)

1. Exclusion de la conciliation préalable selon le nouvel article 198 let. b^{bis}

21. La novelle du 17 mars 2023 introduira plusieurs changements concernant la procédure de conciliation des articles 197 ss, présentés dans le présent ouvrage par MICHEL HEINZMANN. Ils ne concernent en principe pas les procès du droit de la famille ou relatifs au partenariat enregistré, qui *de lege lata* déjà figurent pour la plupart dans la liste des affaires pour laquelle la procédure préalable séparée de conciliation est exclue (art. 198 let. a^{bis}, b, b^{bis} et d).
22. Signalons simplement une légère extension de cette liste concernant les procès portant sur des contributions d'entretien. En lien avec des modifications des articles 295 ss sur lesquelles nous reviendrons, il a été précisé désormais que l'exclusion de la

³² Le nouvel art. 167a pose notamment comme exigence au secret des juristes d'entreprise qu'ils relèvent d'un service dirigé par une personne porteuse d'un brevet d'avocat ou remplissant les conditions pour exercer comme avocat dans son Etat d'origine, mais il s'agit d'une exigence de formation, non d'une soumission aux règles déontologiques et disciplinaires applicables aux avocats indépendants.

³³ Sur le nouvel art. 167a, obtenu « à l'usure », après un lobbying de nombreuses années, par des milieux commerciaux invoquant notamment le désavantage que l'absence d'une telle réglementation pouvait entraîner pour des entreprises suisses par rapport notamment à leurs concurrents américains, cf. WOHLMANN HERBERT, Zeugnisverweigerungsrecht für Unternehmensjuristen – Ein Erfahrungsbericht, PJA 2020, 1570 ss.

conciliation dans ces litiges vaudrait aussi dans le cas d'une action introduite par un enfant majeur, par exemple sur la base de l'article 277 al. 2 CC.

23. Cela ne signifie pas qu'il ne puisse jamais plus y avoir de procédure de conciliation préalable selon les articles 197 ss en droit de la famille. Certaines actions purement pécuniaires, par exemple à la suite d'une rupture de fiançailles (art. 91 ss CC) ou d'une responsabilité du chef de famille (art. 333 CC), y resteront soumises. Savoir si le nouvel article 198 let. b^{bis} s'appliquera aussi à des actions alimentaires en faveur d'un descendant au sens de l'article 328 al. 1 CC prête à discussion³⁴. Il nous surprendrait en tout cas qu'il soit jugé applicable même à l'hypothèse contraire d'une action alimentaire dirigée par un ascendant contre un descendant, tant il faudrait pour cela forcer le sens des mots³⁵.
24. Il ne faudrait évidemment pas déduire de l'article 198 qu'en matière de droit de la famille le législateur soit hostile à des tentatives de conciliation sous l'égide d'un magistrat. Certes, il encourage aussi des solutions alternatives comme la médiation, en particulier lors de conflits touchant le sort d'enfants (art. 297 al. 2). Néanmoins il a aussi prévu des tentatives judiciaires de conciliation notamment avec l'audience de conciliation de l'article 291³⁶, que la

³⁴ Alors que l'art. 26 par exemple distingue terminologiquement les « *actions en entretien intentées par des enfants contre leurs père et mère* » d'une part, et les « *actions intentées contre des parents tenus de fournir des aliments* » d'autre part, le nouvel art. 198 let. b^{bis}, en mentionnant seulement (à côté « *d'autres questions touchant le sort des enfants* », formule qui paraît viser des questions non patrimoniales) le cas « *d'action concernant la contribution d'entretien des enfants mineurs et majeurs* », paraît laisser de côté les aliments selon les art. 328 s. CC. En revanche le Message, 2674, parlait bien à propos du futur art. 295, qui devrait avoir un champ d'application identique à celui de l'art. 198 let. b^{bis} (cf. *infra* N 42), d'étendre cette disposition aussi aux aliments réclamés par un enfant majeur et mentionnait même une affaire d'application de l'art. 329 al. 3 CC. Sur cette discordance entre intentions du Conseil fédéral et texte littéral de la novelle du 17 mars 2023, voir en particulier les publications de THOMAS KOLLER citées en bibliographie.

³⁵ Voir cependant l'avis contraire de MARLIS KOLLER-TUMLER, ZPO-Revision – Was ist neu bei der Schlichtung ? In *dubio* 2023, 72 ss.

³⁶ Des discussions transactionnelles sous l'égide du juge interviennent aussi ordinairement à l'audience de l'art. 287 sur les questions restant litigieuses entre les conjoints en cas de requête commune de divorce avec accord partiel et sont

jurisprudence a d'ailleurs qualifié d'élément essentiel de la procédure de divorce sur demande unilatérale, dont l'omission justifie l'annulation de la suite de la procédure³⁷.

25. Au cours des travaux parlementaires, le Conseil national avait voté une modification qui aurait imposé que le tribunal, après l'audience de conciliation de l'article 291, poursuive la procédure dans une composition différente³⁸. Le Conseil des Etats n'en a pas voulu, de telle sorte que cette innovation ne se s'est finalement pas retrouvée dans la novelle du 17 mars 2023³⁹. Cela implique à notre avis que le tribunal ayant tenté la conciliation à l'audience de l'article 291 doit en principe, et non seulement peut, conserver la même composition. La situation est différente à cet égard de ce qui prévaut lorsque dans un canton, la conciliation préalable selon les articles 197 ss et la procédure de première instance au fond selon les articles 219 ss ou 243 ss, sont confiées à une même autorité

même peut-être implicitement postulées par l'art. 112 al. 2 CC. Dans les procès en divorce contentieux, il est en outre fréquent que le juge convoque des audiences particulières pour tenter la conciliation, comme le lui permettent les art. 124 al. 3 et 226 al. 2, par exemple à la suite du dépôt d'une expertise ou après une audition d'enfant selon l'art. 298, sans parler de pourparlers qu'il peut diriger à l'occasion d'autres audiences comme des audiences de mesures provisionnelles, d'audition de témoins, etc.

³⁷ Cf. ATF 138 III 366, RSPC 2012 315. On peut se demander s'il ne pourrait pas être parfois renoncé à ce caractère indispensable de l'audience de l'art. 291, certes justifié aussi par le fait que ladite audience doit en outre permettre des vérifications sur l'existence du motif de divorce (art. 291 al. 1) susceptibles d'influencer la suite de la procédure (art. 292), par exemple si les deux parties sont assistées, qu'elles ont vainement tenté avant l'ouverture du procès de se mettre d'accord pour un divorce amiable, et qu'elles proposent conjointement de commencer la procédure par une phase contradictoire écrite.

³⁸ Ce nouvel alinéa 4 de l'art. 291 aurait été complété par une disposition nouvelle analogue à l'art. 220 al. 2 (pour le cas où le droit cantonal confie la conciliation préalable à la même autorité judiciaire que le fond) et une abrogation de l'art. 47 al. 2 let. b, qui précise que la conciliation n'est pas un motif de récusation. L'idée était de rendre obligatoire selon le droit fédéral un changement de personne du juge dans ces hypothèses, d'une manière analogue à ce que prévoient *de lege lata* certaines règles cantonales d'organisation judiciaire, afin de mieux assurer encore la confidentialité des pourparlers devant le juge conciliateur.

³⁹ Sur les débats parlementaires à ce sujet, cf. notamment BOHNET/WOJCIK, à paraître.

judiciaire : dans ce dernier cas en effet, l'identité de ces autorités est le résultat d'un choix du législateur cantonal, dans le cadre de sa liberté de déterminer la compétence matérielle et fonctionnelle des tribunaux (art. 4 al. 1). Il aurait pu plutôt confier la conciliation préalable à un autre juge que le juge du fond, voire à une autorité spécialisée, de telle sorte qu'il peut aussi prévoir à titre de règle d'organisation judiciaire que les deux choses sont confiées au même tribunal, mais dans des compositions différentes, comme l'a fait en particulier le législateur vaudois⁴⁰. Dans le cas de l'article 291 en revanche, on se trouve face à une activité de conciliation confiée par le législateur fédéral au juge compétent pour instruire et juger un procès en divorce sur demande unilatérale. La litispendance est déjà née, de telle sorte que le droit constitutionnel au juge établi par la loi (art. 30 al. 1 Cst.) interdit, selon l'état actuel de la jurisprudence⁴¹, de changer la composition initiale de la cour sans motif objectif sérieux et indiqué aux parties. Vu l'article 47 al. 2 let. b, finalement inchangé, et le sort des débats parlementaires sur l'article 291 al. 4 proposé par le Conseil national, le simple fait d'avoir tenté la conciliation entre les parties ne nous paraît pas pouvoir constituer un tel motif.

26. Savoir dans quelle mesure des règles propres aux articles 198 ss sont transposables aux discussions transactionnelles sous l'égide du juge matrimonial dans le cadre des articles 287 et 291 fait l'objet de discussions. On admet généralement que c'est le cas pour la confidentialité des pourparlers selon l'article 205⁴². Qu'en est-il des nouvelles règles présentées par MICHEL HEINZMANN sur la

⁴⁰ Cf. art. 41 al. 1, 2^e phrase, du Code de droit privé judiciaire vaudois, BLV 211.02.

⁴¹ Cf. ATF 142 I 9 cons. 8.2, RSPC 2016, 1 ss et note de JÉQUIER GUILLAUME ; cf. aussi TF 8C_58/2014 du 24 septembre 2014, consid. 2.2.

⁴² Cf. CR CPC–TAPPY, N 15 ad art. 291. Cette confidentialité des pourparlers transactionnels apparaît en effet comme une sorte de principe général, s'exprimant aussi par exemple aux art. 166 ou 216. Cela ne nous semble pas être le cas en revanche d'autres règles spécifiques des art. 198 ss comme le délai d'ordre pour tenir l'audience de 2 mois (art. 203 al. 1), la condition légale particulière d'une dispense de comparaître personnellement de l'art. 204 al. 3 let. a, ou la possibilité de se faire accompagner par une personne de confiance (art. 204 al. 2), même si l'audience de l'art. 291 et celle des art. 203 ss ont en commun de ne pas être publiques.

possibilité d'infliger une amende disciplinaire à une partie ne comparaissant pas à une audience de conciliation (nouvel art. 206 al. 4) ? Comme il s'agit d'une conséquence légale d'un défaut, elle ne saurait à notre avis être appliquée par analogie sans base légale expresse (art. 147 al. 2). Tout au plus pourrait-on concevoir une amende disciplinaire contre un conjoint faisant défaut à l'audience de l'article 291 ou à des débats convoqués spécialement pour tenter la conciliation aux conditions, finalement assez restrictives, admises par la jurisprudence antérieure au nouvel article 206 al. 4⁴³.

2. Nouvelle réglementation des novas

27. La novelle du 17 mars 2023 impliquera une réglementation en partie nouvelle au sujet de l'exercice du « droit à une seconde chance » et de l'introduction ultérieure de novas dans le cadre de la première instance en procédure ordinaire (nouvel art. 229 al. 1 à 2^{bis}). Les solutions finalement retenues, à l'issue de débats parlementaires complexes, sont exposées par FRANÇOIS BOHNET dans le présent ouvrage. En deuxième instance en revanche c'est le *statu quo* qui a prévalu en principe, même si l'adjonction d'un article 317 al. 1^{bis} est venu préciser une règle (admissibilité des faits et moyens de preuve nouveaux en appel jusqu'aux délibérations si la maxime inquisitoire illimitée est applicable) qui résultait auparavant déjà de la jurisprudence⁴⁴.
28. Bien que prévues dans le chapitre relatif à la procédure ordinaire, les modifications précitées seront aussi applicables *mutatis mutandis* en procédure simplifiée vu le renvoi de l'article 219. Elles intéresseront donc aussi les procédures matrimoniales. D'où

⁴³ Cf. ATF 141 III 265, RSPC 2015 416 et note de SCHWEIZER PHILIPPE ; TF 4A_500/2016, RSPC 2017 340. Il faut que le défaillant ait été averti du risque de se voir infliger une amende disciplinaire faute de comparution (art. 147 al. 3) et que son absence ait perturbé la procédure d'une manière particulière (art. 128 al. 1), ce qui est le cas non du seul fait qu'elle rende impossible un accord (qu'après tout rien ne pourrait l'obliger à accepter), mais bien si par exemple il ne vient pas à une audience spécialement déplacée pour les besoins de son propre agenda.

⁴⁴ ATF 144 III 349, consid. 4.2.1. Sur cette nouvelle disposition, voir aussi la contribution de NICOLAS JEANDIN dans le présent ouvrage.

l'importance, sur laquelle nous reviendrons, de délimiter d'une part les éléments soumis à la maxime des débats, le cas échéant avec des correctifs, et d'autre part les éléments soumis à la maxime inquisitoire, en distinguant encore à cet égard entre maxime inquisitoire sociale et maxime inquisitoire illimitée⁴⁵. Pour la transposition des solutions nouvelles des al. 1, 2 et 2^{bis} de l'article 229 à la procédure simplifiée en général lorsque la maxime des débats y est applicable⁴⁶, on peut renvoyer notamment à la présentation de FRANÇOIS BOHNET dans le présent ouvrage⁴⁷.

3. Renforcement du système de motivation des décisions seulement sur demande

29. Dans la rédaction initiale du CPC, peut-être par souci de permettre de continuer sur ce point des pratiques cantonales divergentes et bien ancrées, les articles 238 s. ont laissé plusieurs solutions alternatives au choix du juge pour le mode de communication des décisions : en bref, le tribunal est libre de choisir entre notifier une décision écrite déjà motivée, communiquer seulement un dispositif

⁴⁵ Nous verrons que des modifications de certaines dispositions décidées le 17 mars 2023 ont précisément ancré cette distinction entre les deux variantes de maxime inquisitoire dans le texte légal français notamment de l'art. 296 al. 1, mais sans que les appellations de maxime inquisitoire « sociale », respectivement « illimitée » n'apparaissent dans la loi. Certains arrêts ou auteurs préférèrent parler de maxime inquisitoire « atténuée », voire « limitée », par opposition à la maxime inquisitoire « renforcée », « pure », voire « absolue ». Il s'agit de simples fluctuations terminologiques, et la volonté claire du législateur de 2023 est bien de consacrer l'existence de deux variantes et non davantage. En d'autres termes, il n'y a selon nous plus de place pour des variantes intermédiaires (une maxime inquisitoire qui ne serait pas atténuée sans être vraiment illimitée ...), même si on s'en approche avec les nuances jurisprudentielles entre par exemple régime applicable à des parties assistées ou non-assistées, ou régime applicable selon l'art. 277 al. 3 aux faits ne touchant pas aux conséquences patrimoniales du divorce qui relèvent du droit privé et ceux qui relèvent de la LPP.

⁴⁶ Sur des éléments pour lesquels la maxime inquisitoire est applicable, les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles jusqu'aux délibérations selon l'art. 229 al. 3, inchangé. Cela vaut pleinement même s'il s'agit seulement de la maxime inquisitoire sociale, ce que confirme la nouvelle distinction terminologique légale entre « établir » et « examiner », cf. *infra* N 48 et 85.

⁴⁷ Voir en outre aussi notamment BOHNET/WOJCIK, à paraître.

écrit, voire communiquer oralement un tel dispositif en en remettant ensuite une copie écrite, avec alors dans les deux cas une motivation écrite signifiée ultérieurement et seulement si l'une des parties en fait la demande. Vu le renvoi de l'article 219, ces règles prévues pour la procédure ordinaire de première instance sont applicables aussi en procédure simplifiée, en procédure sommaire et dans certaines procédures spéciales. En revanche elles n'étaient jusqu'à présent pas transposables en appel ou recours, les articles 318 al. 2 et 327 al. 5 imposant qu'en deuxième instance la décision soit communiquée avec une motivation écrite, en principe en une seule fois⁴⁸.

30. Le Conseil fédéral avait proposé de conserver le système existant en première instance, mais de permettre aussi en deuxième instance la notification d'un simple dispositif qui ne serait suivi d'une motivation que sur demande d'une des parties. L'idée était de favoriser une économie de moyens pour les juridictions cantonales supérieures, dans la mesure où la motivation ne serait souvent pas demandée dans les causes où aucune des parties n'envisageait un recours devant le Tribunal fédéral. Le Parlement s'y est rallié, mais a aussi décidé de faire de l'envoi séparé du dispositif écrit la règle en première instance, en précisant en outre que cet envoi devrait intervenir « rapidement » (art. 239 al. 1 et let. b). Il a renoncé cependant à être plus précis ou à fixer un délai d'ordre déterminé. Quant à l'innovation permettant désormais d'appliquer aussi en deuxième instance une motivation seulement sur demande, qui a impliqué des renvois à l'article 239 aux nouveaux articles 318 al. 2 et 327 al. 5⁴⁹, c'est une *Kannvorschrift*, favorisée par une modification

⁴⁸ Peut-être contre le sens littéral de l'art. 318 al. 2, le Tribunal fédéral avait admis la pratique suivie par certaines juridictions cantonales supérieures, notamment le Tribunal cantonal vaudois, consistant à envoyer d'abord un dispositif de l'arrêt rendu, puis ultérieurement mais d'office une expédition complète dudit arrêt avec sa motivation, ATF 142 III 695, RSPC 2017 49 et note de SCHWEIZER PHILIPPE.

⁴⁹ Sur cette nouvelle possibilité en deuxième instance, voir notamment BALMER DOMINIK/BETTLER RONNIE, Dispositiventscheide als Regel im ZPO-Rechtsmittelverfahren? – Einige Gedanken zur laufenden ZPO-Revision, Jusletter du 22 novembre 2021 ; RUFIBACH MATTHIAS, Dispositiveröffnung von kantonale Rechtsmittelentscheiden und die Probleme im Zusammenhang mit ihrer Rechtskraft und Vollstreckbarkeit, PCEF 2023, 228 ss, et la contribution de NICOLAS JEANDIN dans le présent ouvrage.

parallèle de l'article 112 al. 2, 1^{re} phrase, LTF. Là aussi les dispositions nouvelles impliquent que ce nouveau système devrait être suivi « dans la règle » par les juridictions supérieures cantonales, avec un dispositif séparé notifié « rapidement », mais sans obligation véritable d'abandonner, dans aucun cas, la pratique traditionnelle d'envoi d'arrêts d'emblée motivés.

31. Les conséquences de ces changements, en première comme en deuxième instance, pourraient donc s'avérer assez faibles en fonction des orientations que suivra la pratique. Les différentes variantes précitées sont possibles dans les procès du droit de la famille aussi bien *de lege lata* que selon la novelle du 17 mars 2023. Dans ce domaine cependant l'existence de décisions entrées en force faute d'appel ou de recours, mais susceptibles de procédures ultérieures en modification, en particulier lorsqu'elles arrêtent des pensions alimentaires, ne va pas sans inconvénient. Ni en 2008, ni en 2023 le législateur n'a considéré que cela aurait pu justifier d'imposer parfois une motivation d'office indépendamment de toute démarche des parties. Sans doute a-t-il estimé avoir suffisamment tenu compte de cette problématique avec les articles 282 al. 1 et 301a, inchangés, selon lesquels les conventions ou décisions fixant des contributions d'entretien doivent indiquer certains éléments factuels ou de calcul, qui ne pourront pas toujours résulter du dispositif lui-même. Dans certaines hypothèses pour lesquelles nous pouvons nous borner à renvoyer aux commentaires spécialisés de ces dispositions, cela nous paraît imposer en conséquence de notifier une décision d'emblée motivée, ou au moins une motivation ultérieure intervenant d'office, ce qui impliquerait toutefois l'inconvénient d'introduire *praeter legem* encore une variante par rapport à celles déjà multiples des articles 238 s.

4. Cause rayée du rôle pour d'autres motifs selon l'article 242

32. Dans un bref chapitre consacré à la « *Clôture de la procédure sans décision* », le législateur de 2008 a distingué diverses hypothèses impliquant la fin d'un procès sans que soit tranché le fond. Alors que l'article 241 concerne la transaction, l'acquiescement ou le désistement d'action, soit des situations où la fin du procès procède d'un acte d'une partie ou des deux, l'article 242 concerne d'autres

cas de procédures devenues sans objet, par exemple en raison de la disparition de tout intérêt au jugement, d'un retrait d'opposition ou d'un paiement de la somme en poursuite dans une procédure de mainlevée, etc. Dans les deux cas, la cause est alors rayée du rôle, mais des divergences existaient sur le point de savoir si cela devait impliquer une décision et dans quelle mesure celle-ci pouvait être attaquée par un appel ou un recours. Le Conseil fédéral proposait une modification du titre du chapitre et des précisions aux articles 241 et 242 sur ces questions. Finalement, les Chambres ont renoncé à changer quoi que ce soit à l'article 241. Elles ont en revanche adopté les changements proposés au titre du chapitre et à l'article 242 : désormais, il sera clair que, dans l'hypothèse par exemple d'une cause ayant perdu son objet, le procès ne prendra fin formellement que par une décision ordonnant que la cause soit rayée du rôle. Alors que la question avait donné lieu auparavant à des arrêts et des opinions doctrinales contradictoires, le Tribunal fédéral a par ailleurs récemment précisé que, *de lege lata* déjà, le fait que la cause soit rayée du rôle selon l'article 242 correspondait à une décision finale au sens de l'article 236 ; elle pouvait en conséquence faire l'objet soit d'un appel, soit d'un recours selon qu'étaient réunies les conditions des articles 308 s. ou 319 let. a⁵⁰. Cela continuera à valoir évidemment pour la décision désormais expressément prévue par le nouvel article 242.

33. Il s'agit d'une question d'importance mineure, qui peut toutefois en particulier toucher des affaires du droit de la famille. Celles-ci concernent en effet souvent des prétentions non susceptibles de transmission à cause de mort, de telle sorte que le procès peut perdre son objet à la suite du décès d'une des parties. Sauf peut-être dans des circonstances tout à fait particulières⁵¹, c'est une situation

⁵⁰ ATF 148 III 186.

⁵¹ Le décès d'un des conjoints avant le prononcé du divorce met évidemment fin à l'action tendant à la dissolution du mariage elle-même, ainsi qu'aux prétentions concernant le sort des enfants ou les contributions d'entretien après divorce, et même concernant la liquidation du régime matrimonial (celle-ci devra toujours intervenir, mais dans un autre contexte procédural et selon des règles matérielles pouvant être partiellement différentes). En revanche, il n'est pas inconcevable que l'une des parties ait aussi introduit dans le procès des prétentions patrimoniales

qui est toujours réalisée dans un procès en divorce si l'un des conjoints décède avant que le prononcé dudit divorce soit devenu définitif⁵². En revanche la chose est moins claire par exemple si un tel décès intervient pendant le cours d'une action en annulation de mariage, puisque dans ce cas la mort d'un des époux entraîne une dissolution du mariage et fait tomber l'action publique en annulation (art. 106 al. 2, 1^{re} phrase, CC), mais que ladite annulation peut néanmoins être parfois demandée ou poursuivie par un héritier ou une autre personne intéressée (art. 106 al. 2, 2^e phrase, et 108 al. 2 CC).

5. Défaut en procédure simplifiée

34. Le message du Conseil fédéral du 26 février 2020 ne proposait aucune modification des articles 243 à 247 relatifs à la procédure simplifiée. En revanche celle-ci a été un sujet amplement débattu devant les Chambres. Diverses propositions d'élargissements, parfois considérables, du champ d'application de celle-ci ont été présentées sans succès par certains parlementaires. En revanche des majorités ont été trouvées tant devant le Conseil des Etats que devant le Conseil national pour modifier l'article 247 et élargir beaucoup, voire généraliser les cas d'application de la maxime inquisitoire sociale dans le cadre de cette procédure. Toutefois, en raison de divergences persistantes entre les deux Chambres, on en est finalement resté au *statu quo* à cet égard.
35. Ces péripéties parlementaires expliquent qu'en fin de compte seules des règles précisant les conséquences du défaut à l'audience de l'article 245 ont été effectivement adoptées. Cela explique qu'il n'y

envers l'autre conjoint susceptibles d'être continuées contre ses héritiers, comme une prétention en révocation d'une donation selon l'art. 249 CO dans une affaire dont le soussigné avait eu connaissance il y a une trentaine d'années.

⁵² En revanche le litige concernant la liquidation du régime matrimonial peut être poursuivi par les héritiers d'un des conjoints malgré sa mort si celle-ci est survenue après l'entrée en vigueur de la dissolution du mariage elle-même, à la suite d'un appel ou d'un recours ne portant pas sur ladite dissolution, comme le montre l'arrêt TF 5A_108/2023 du 20 septembre 2023. Il doit *a fortiori* en aller ainsi de la poursuite d'une procédure portant sur le jugement séparé de ladite dissolution selon l'art. 283 al 2.

ait pas eu là une matière suffisante pour justifier une présentation séparée sur le nouveau droit de la procédure simplifiée. Ces précisions trouveront toutefois particulièrement application dans les procès contentieux en divorce, puisque cette dernière leur sera désormais applicable. Nous y reviendrons dans la partie III A de la présente contribution.

6. *Numerus clausus* des cas de procédure sommaire en matière contentieuse

36. Le projet du Conseil fédéral ne touchait guère non plus à la procédure sommaire, se contentant de proposer quelques adjonctions de détail aux listes d'affaires soumises à cette procédure des articles 249 ss. Ces propositions ont été votées sans difficulté, mais le Parlement y a ajouté quelques modifications de son cru, dont une fameuse retouche de l'article 266 let. a qui a déjà fait couler beaucoup d'encre, mais qui n'intéresse aucunement les procès du droit de la famille⁵³. Par ailleurs, les Chambres ont décidé de rendre exhaustives les listes d'affaires soumises à ladite procédure sommaire, en supprimant l'adverbe « notamment » (*insbesondere, segnatamente*) dans quatre dispositions prévoyant de telles listes (art. 249, 250, 251a et 305⁵⁴).

⁵³ Le Conseil fédéral ne proposait qu'une retouche anodine de ladite disposition, précisant que les mesures ordonnées pouvaient concerner non seulement une atteinte imminente, mais aussi une atteinte en cours. Les Chambres ont toutefois modifié aussi le seuil de gravité à partir duquel une telle atteinte pouvait justifier des mesures provisionnelles, en remplaçant les mots « peut causer un préjudice particulièrement grave » par « peut causer un préjudice grave ». Certains y ont vu une menace grave (ou particulièrement grave ?) pour la liberté de la presse.

⁵⁴ En revanche, le Parlement a laissé délibérément le mot « notamment » à l'art. 271 énumérant des affaires relevant de la procédure sommaire au titre de mesures protectrices de l'union conjugale au sens large, apparemment au motif que ce traitement différent se justifiait par la diversité desdites mesures (rapport de la commission du Conseil national, 10 mai 2022). Il a aussi laissé « en particulier », à l'art. 302 énumérant des affaires relevant de la procédure sommaire dans le domaine des mesures concernant des enfants, sans avoir même évoqué cette disposition.

37. Cela intéresse aussi les procédures en droit de la famille au sens large, puisque l'article 305 concerne l'application de la procédure sommaire dans des litiges entre partenaires enregistrés. L'importance concrète de la modification de cette disposition ne doit certes pas être surestimée : les litiges qu'elle vise sont en effet déjà peu nombreux et le deviendront de plus en plus au fil du temps⁵⁵. Il y a cependant une certaine ironie à ce que le Parlement ait décidé en 2023 de supprimer l'adverbe « notamment » de l'article 305, alors qu'il l'y avait précisément ajouté il y a quelques années⁵⁶. Des cas précis où cette suppression pourrait présenter des inconvénients sont concevables, par exemple pour certaines décisions à prendre dans le cadre d'un autre régime matrimonial que le régime légal de séparation des biens que les partenaires concernés pourraient avoir adopté conventionnellement⁵⁷.
38. Ajoutons que, sans que cela concerne de manière particulière les affaires du droit de la famille, la volonté du législateur d'établir désormais un *numerus clausus* des affaires soumises à la procédure sommaire pourrait poser problème par rapport à des décisions procédurales accessoires à un procès principal : vu l'article 119 al. 3 les décisions en matière d'assistance judiciaire continueront à se

⁵⁵ L'entrée en vigueur, au 1^{er} juillet 2022, des dispositions du CC permettant le « mariage pour tous » s'est accompagnée d'une clôture de la possibilité pour les couples homosexuels de contracter à l'avenir un partenariat enregistré, alors que ceux qui étaient liés par un tel partenariat auparavant ont pu convertir celui-ci en mariage s'ils le désiraient. Toutefois la LPart a été maintenue, de même que les partenariats antérieurs au 1^{er} juillet 2022 non convertis en mariage ni dissous judiciairement ou par décès. Leur nombre ira évidemment en s'amenuisant, mais les art. 305 ss pourraient rester applicables pendant des décennies encore ...

⁵⁶ Dans sa version initiale au 1^{er} janvier 2011 en effet, l'adverbe « notamment » ne figurait pas à l'art. 305, et il avait été ajouté comme une adjonction nécessaire pour éviter des situations problématiques par la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur la représentation professionnelle dans une procédure d'exécution forcée, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018 (RO 2016 3643).

⁵⁷ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 305 N 6. Pour les inconvénients théoriques existants avant la modification du 25 septembre 2015, cf. notamment SUTTER-SOMM THOMAS/AMMAN DARIO, *Rechtsbegehren und Sachvermittlung im familienrechtlichen Verfahren*, in : Fankhauser/Reusser/Schwander (édit.), *Brennpunkt Familienrecht – Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Zurich/St-Gall 2017, 557 ss, 567.

rendre en procédure sommaire, mais nous peinons par exemple à imaginer que les décisions en matière de récusation doivent à l'avenir suivre les règles de la procédure ordinaire, faute qu'un tel renvoi figure à l'article 50 !

III. Modifications spécifiques aux articles 271 ss (procédures spéciales en droit matrimonial)

39. Dans le *condensé* placé en tête de son Message du 26 février 2020, le Conseil fédéral mentionne « *l'amélioration de la procédure en droit de la famille* » comme un des éléments importants⁵⁸ du projet. En réalité toutefois, nous l'avons dit les modifications que celui-ci proposait en la matière restaient limitées : il s'agissait surtout de rendre applicable supplétivement la procédure simplifiée dans les procès en divorce entièrement ou partiellement contradictoires et dans les actions concernant les enfants et leurs demandes d'aliments (modifications des art. 288, 291 et 295). S'y ajoutait une précision relative au déroulement des procès en paternité (modification de l'art. 304). Le gouvernement voulait en outre atténuer l'article 314 al. 2 afin que l'appel joint puisse devenir possible notamment au sujet de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles de divorce.
40. Les Chambres ont pour l'essentiel accepté ces propositions et ont introduit quelques modifications supplémentaires : outre la suppression de l'adverbe « *notamment* » à l'article 305 dont nous avons déjà parlé, une autre modification de l'article 314, proposée à l'origine par le Conseil des Etats, a en particulier porté à 30 jours le délai d'appel dans les affaires en procédure civile du droit de la famille. En outre, pour le Conseil fédéral la procédure simplifiée envisagée dans son projet comme futur droit supplétif en matière matrimoniale correspondait à celle des articles 243 à 247 actuels, auxquels il ne proposait pas de changement. Le Parlement au contraire envisagea diverses modifications de ces dispositions, dont la plupart ne furent finalement pas retenues, mais qui débouchèrent

⁵⁸ C'est l'un des points saillants annoncés, à côté de la « *suppression des obstacles financiers* », de la « *simplification de la coordination des procédures* », du « *renforcement de la procédure de conciliation* » et des « *autres adaptations ponctuelles* », cf. Message, 2608 s.

néanmoins sur des changements touchant les règles applicables en cas de défaut à l'audience de l'article 245 ou lors de débats ultérieurs. Voyons brièvement les conséquences principales de ces innovations.

A. Les nouveaux renvois à la procédure simplifiée

1. La situation *de lege lata* et la procédure simplifiée en droit de la famille dans le futur

41. Appliquer la procédure simplifiée en droit de la famille n'est pas une innovation complète, puisque depuis 2011 l'article 295 y renvoie pour les procédures indépendantes applicables aux enfants. Étaient ainsi visées les actions alimentaires tranchées séparément de procédures matrimoniales, mais aussi notamment les « actions d'état », en particulier les actions en constatation ou en contestation de la filiation⁵⁹. Les expériences liées à cette application ont été concluantes, d'où l'idée, remontant à l'origine à une suggestion du canton de Zurich⁶⁰, de l'étendre notamment au contentieux matrimonial.
42. La novelle du 17 mars 2023 étendra dès lors le renvoi à la procédure simplifiée à toutes les questions à trancher contradictoirement dans le cadre d'un jugement de divorce au fond, que ce soit pour instruire et juger les effets du divorce ou certains d'entre eux à la suite d'une requête commune avec accord partiel (nouvel art. 288 al. 2), ou d'une demande unilatérale se poursuivant de manière contradictoire à l'issue de l'audience de l'article 291 (nouvel art. 291 al. 3). En outre

⁵⁹ Dans sa formulation actuelle, l'art. 295 concerne sans doute aussi au moins certaines procédures devant un juge civil, liées à une adoption, comme l'action en annulation de celle-ci selon les art. 269 ss CC, cf. BOHNET FRANÇOIS, *Actions civiles*, vol. 1, 2^e éd., Bâle 2019, § 25 N 8. Tant cette action que les actions en constatation ou en contestation de la filiation sont des procès d'état civil pour lesquels la conciliation préalable est exclue selon l'art. 198 let. b et pour lesquels prévalent la maxime inquisitoire illimitée et la maxime d'office s'agissant d'un enfant mineur ou majeur même selon le texte actuel des art. 295 et 296.

⁶⁰ Sur la genèse des nouveaux art. 288 al. 2 et 291 al. 3, cf. notamment BOHNET/WOJCIK, à paraître.

des retouches apportées à l'article 295 ont rendu applicable ladite procédure simplifiée à des procès alimentaires concernant même des enfants majeurs. Le but était de clarifier une solution déjà préconisée *de lege lata* par une partie importante de la doctrine, mais que la jurisprudence du Tribunal fédéral avait écartée. Relevons que la même question d'interprétation se posait au sujet de l'étendue de l'exclusion de la procédure de conciliation de l'article 198 let. b^{bis}, dont nous avons vu qu'il a aussi été modifié le 17 mars 2023 de manière à inclure désormais expressément les litiges portant sur une contribution d'entretien pour un enfant adulte⁶¹.

43. Les nouveaux articles 288 al. 2, 291 al. 3 et 295 vont rendre la procédure simplifiée applicable dans de très nombreux litiges du droit de la famille⁶², mais non dans tous. Ainsi il restera de nombreuses affaires de ce droit, y compris certaines impliquant une décision définitive sur le fond⁶³, à trancher en procédure sommaire en vertu des articles 271, 276, 302 ou 305. Par ailleurs, pour les questions concernant le sort d'un enfant ne relevant pas d'un juge civil, mais de l'autorité de protection de l'enfant, certaines règles de la procédure simplifiée des articles 243 ss pourront tout au plus

⁶¹ Nous avons vu en revanche que des doutes peuvent subsister s'agissant de savoir si l'exclusion de la conciliation et le renvoi à la procédure simplifiée, désormais clairement étendus aux prétentions en entretien en faveur d'un enfant majeur notamment dans le cas de l'art. 277 CC, concerneront aussi des actions alimentaires selon les art. 328 s. CC contre un ascendant, voire contre un descendant, cf. *supra* N 22 s. Qu'elle soit positive ou négative, la solution devrait selon nous en tout cas être la même pour les deux questions vu les formulations délibérément semblables des art. 198 let. b^{bis} et 295, voire même pour le champ d'application de la maxime inquisitoire illimitée ou de la maxime de disposition selon l'art. 296.

⁶² Vu les renvois des art. 284 al. 2, 294 et 307, ces règles pourront en effet s'appliquer dans le cadre d'actions en séparation de corps, en annulation de mariage, en dissolution ou en annulation de partenariat enregistré, en complément de jugement de divorce et même probablement en liquidation du régime matrimonial postérieure au divorce selon l'art. 283 al. 2.

⁶³ Voir par exemple art. 271 let. e sur des modifications judiciaires du régime matrimonial entre personnes encore mariées ; art. 302 let. b s'agissant d'obliger un parent à verser une contribution extraordinaire destinée à couvrir des besoins extraordinaires d'un enfant, etc.

s'appliquer par analogie à travers une chaîne de renvois⁶⁴. Nous avons aussi vu que quelques actions pécuniaires fondées sur le droit de la famille ne seront pas dispensées de conciliation préalable selon les articles 197 ss⁶⁵. Pour leur déroulement devant le juge du fond, elles continueront à relever exclusivement de la procédure ordinaire, pour autant que leur valeur litigieuse excède CHF 30'000.-. Enfin, en rendant applicable la procédure simplifiée aux requêtes communes de divorce dans lesquelles tout ou partie des effets de celui-ci restent contestés, l'article 288 al. 2 exclut implicitement une telle application dans le cadre d'un divorce sur requête commune avec accord complet. Dans ce dernier cas, c'est pour l'essentiel les règles spécifiques résultant du Code civil (art. 111 auquel renvoie l'art. 287 2^e phrase) qui devront être suivies, celles de la procédure ordinaire restant le cas échéant applicables par analogie en vertu de l'article 219.

44. Rappelons au surplus que l'application analogique des règles de la procédure ordinaire selon l'article 219 vaut tout autant dans le cadre de la procédure simplifiée des articles 243 ss. Par ailleurs les règles spéciales de la loi en matière de procédure matrimoniale l'emportent évidemment sur les unes et les autres.
45. Cela conduira souvent à une articulation à trois niveaux : pour le déroulement d'une procédure de divorce sur demande unilatérale par exemple, l'acte initial, introduisant la procédure et faisant naître la litispendance (art. 274), sera régi par les exigences spécifiques de l'article 290. A notre avis on le verra celles-ci l'emporteront, comme *lex specialis*, sur les règles relatives à la demande simplifiée selon l'article 244. De même le tribunal devra ensuite toujours immédiatement citer les parties aux débats, vérifier l'existence du motif de divorce invoqué et, si ce motif est avéré, tenter d'amener les époux à un accord sur les effets du divorce en vertu des articles 291 al. 1 et 2, inchangés et plus spécifiques que les distinctions de l'article 245 entre demande simplifiée motivée ou

⁶⁴ Cf. art. 314 al. 1 CC renvoyant, en complément de règles spécifiques du CC, aux dispositions de la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte, pour lesquelles l'art. 450f CC prescrit lui-même l'application analogique des dispositions de la procédure civile si les cantons n'en disposent pas autrement.

⁶⁵ Cf. *supra* N 23.

non motivée. C'est seulement à partir de ce stade, et s'il n'y a pas basculement vers la procédure de divorce sur requête commune selon l'article 292 al. 1, que les règles des articles 243 ss pourront trouver application. Dans tous les cas cependant certaines, règles de la procédure ordinaire continueront à pouvoir s'appliquer par analogie en vertu du renvoi général précité de l'article 219. Ce sera par exemple le cas, on l'a vu, pour la forme de la communication du jugement (art. 239), mais aussi le cas échéant pour le droit à une deuxième chance et les conditions d'introduction de novas (art. 229), la tenue des procès-verbaux (art. 235), les conditions d'éventuelles plaidoiries écrites (art. 232), etc.

46. Relevons encore que le nouveau texte légal, tant aux articles 288 al. 2 et 291 al. 3 qu'à l'article 295, déclare que la procédure simplifiée s'applique, non qu'elle s'applique par analogie. Il ne s'agit donc pas seulement de s'inspirer des règles de cette procédure lorsqu'elle paraît adaptée. Cela importe cependant à notre avis moins qu'on ne pourrait le croire : dans tous les cas, il faut d'abord respecter les règles spécifiques aux procès en divorce ou concernant des enfants, qu'elles résultent d'ailleurs du Code civil ou des articles 271 ss.

2. Réduction du formalisme et maximes applicables

47. On peut se demander si ce système de dispositions « en cascade », pouvant impliquer trois niveaux de normes subsidiaires les unes aux autres, favorise véritablement la *Laienfreundlichkeit* affirmée par les travaux préparatoires. Sur le fond l'application subsidiaire de la procédure simplifiée est cependant conforme à celle-ci, en permettant dans certains cas de procéder oralement et en assurant à une partie non assistée davantage d'aide de la part du tribunal pour compléter ses allégations insuffisantes et proposer les moyens de preuve idoines⁶⁶. Cette aide devrait en particulier rendre davantage

⁶⁶ On pourrait évidemment se demander s'il faut vraiment favoriser des procès en divorce contentieux sans avocats, alors même que par ailleurs l'octroi généreux de l'assistance judiciaire dans de tels litiges (où l'on n'imagine pas que la procédure soit jugée assez *laienfreundlich* pour que le juge estime que la défense des droits du requérant n'exige pas l'assistance d'un conseil juridique au sens de l'art. 118 al. 1 let. c) permettrait à tout justiciable d'y être assisté. C'est toutefois un problème de

effective la possibilité de procéder sans avocat, même dans un divorce contentieux, en permettant à un non-juriste de « substantiver » correctement les éléments à l'appui de ses prétentions restant soumises à la maxime des débats.

48. On sait que *de lege lata* les articles 277 et 296 conduisaient à faire de multiples distinctions. Ces dispositions sont restées inchangées sur le fond, même si une modification propre au texte français de l'article 296 al. 1 est venue spécifier que la maxime inquisitoire illimitée prévalait pour les questions concernant le sort des enfants. L'article 247 al. 1 renforcera par ailleurs simplement le devoir d'interpellation incombant le cas échéant au juge. Il vaut la peine de récapituler les diverses maximes concernant l'établissement des faits et leurs compléments ou correctifs qui seront à l'avenir applicables dans un procès en divorce sur demande unilatérale ou dans la partie contentieuse (*Annexverfahren*) d'un divorce sur requête commune avec accord partiel :

- Sur les questions liées au sort des enfants s'appliquera comme par le passé la maxime inquisitoire illimitée, désormais marquée dans le nouveau texte de l'article 296 al. 1 par l'usage du verbe « examiner ». C'est uniquement par rapport aux éléments soumis à ladite maxime inquisitoire illimitée que de tels faits pourront le cas échéant encore être librement introduits en appel jusqu'aux délibérations selon le nouvel article 317 al. 1^{bis}, déjà mentionné⁶⁷.
- Sur le reste des éléments de fait pertinents pour le sort du divorce et de ses effets, l'article 277 al. 1^e et 3 distingue entre :
 - a) des éléments soumis à la maxime des débats, soit les éléments liés à la liquidation du régime matrimonial et aux contributions d'entretien entre époux⁶⁸ ; il faut probablement y ajouter d'autres prétentions pécuniaires éventuelles entre

politique législative, dont le juriste doit simplement constater que le législateur de 2023 l'a tranchée par l'affirmative.

⁶⁷ Ce nouvel art. 317 al. 1^{bis} recourt lui aussi délibérément au verbe « examiner », ce qui implique qu'il ne vise que des faits et preuves relatifs à des éléments soumis à la maxime inquisitoire illimitée et non simplement à la maxime inquisitoire sociale.

⁶⁸ L'art. 277 al. 1 parle des contributions d'entretien en général, mais ne vise en réalité que celles entre époux puisque pour celles concernant les enfants s'applique la maxime inquisitoire illimitée selon l'art. 296 al. 1 précité.

époux (prétentions fondées sur l'article 165 CC, prétentions non matrimoniales entre époux par exemple résultant d'une société simple ou d'un contrat de travail si elles sont englobées dans le procès en divorce, etc.)

b) des éléments soumis à la maxime inquisitoire sociale, qui constitue la règle selon l'article 277 al. 3 ; cela vaut en particulier pour la question de la réalisation des conditions pour prononcer le divorce, probablement pour certains éléments accessoires comme l'attribution préférentielle d'un logement de famille ou d'un animal domestique, etc. Relevons que si certains arrêts et auteurs avaient paru enclins à soumettre à la maxime inquisitoire illimitée plutôt qu'à la maxime inquisitoire sociale les éléments nécessaires pour le partage des avoirs LPP, les précisions terminologiques résultant de la novelle du 17 mars 2023 semblent condamner cette solution : de tels éléments relèvent en effet bien de l'article 277 al. 3 pour lequel le texte légal, inchangé, parle d'« établir » et non d'« examiner » les faits d'office ...

- L'article 247 al. 2, finalement inchangé, prévoit l'application de la maxime inquisitoire sociale pour certains litiges soumis à la procédure simplifiée. Peut-on imaginer que cela vienne modifier les répartitions résultant des dispositions spécifiques rappelées ci-dessus ? Parmi les affaires visées à l'article 243 al. 2, on peut en tout cas penser aux litiges portant sur la violence, des menaces ou du harcèlement au sens de l'article 28b CC, susceptibles de fonder des prétentions soumises au juge dans le cadre d'une procédure de divorce. Mais de toute façon les éléments liés à de telles prétentions sont sans doute déjà soumis aujourd'hui à la maxime inquisitoire sociale selon l'article 277 al. 1. On imagine assez mal un litige concernant une location immobilière entre époux être tranché par le juge du divorce. En revanche on a dit qu'il arrivait que des prétentions salariales entre époux le soient. Dans ce cas il n'est pas impossible qu'à partir du 1^{er} janvier 2025 elles soient soumises à la maxime inquisitoire sociale en application de l'article 247 al. 2 let. b pour autant qu'elles n'excèdent pas CHF 30'000.-.

- Dans tous les cas, diverses dispositions spécifiques viennent parfois aider les parties à introduire convenablement leurs allégations et leurs offres de preuve. De *lege lata*, il s'agissait de la règle générale sur le devoir d'interpellation du juge (art. 56) et de la norme spécifique de l'article 277 al. 2 enjoignant au tribunal de requérir si nécessaire des parties la production des documents manquants pour statuer sur les conséquences patrimoniales du divorce. A ces dispositions, inchangées et qui resteront applicables, s'ajoutera dès le 1^{er} janvier 2025 le devoir d'interpellation accru de l'article 247 al. 1. Relevons qu'en soi, toutes ces « béquilles » en faveur du plaideur maladroit, qui participent de la *Laienfreundlichkeit* déjà évoquée, peuvent s'appliquer aussi quand le juge est habilité à instruire d'office. C'est cependant surtout sur les questions soumises à la maxime des débats qu'elles ont une portée importante.

3. Ecritures et oralité dans les procès en divorce selon le nouveau système

49. L'étude détaillée de FRANÇOIS BOHNET et YAN WOJCIK de même que la petite monographie de SILAS SCHNEIDER citées en bibliographie examinent de façon approfondie quelles pourront être les différentes étapes et comment les parties pourront articuler leurs moyens et proposer leurs offres de preuve dans les procédures de divorce contentieuses soumises aux nouvelles règles. Nous pouvons y renvoyer le praticien ayant besoin d'une analyse de détail, et nous bornerons à relever les points suivants.
- Certains passages des travaux préparatoires ou parlementaires pourraient donner à penser que, comme la demande simplifiée de l'article 244 (dont la loi précise qu'elle peut être déposée dans les formes prescrites par l'article 130 ou dictée au procès-verbal au tribunal), la demande unilatérale en divorce pourra à l'avenir être introduite oralement. Ce n'est cependant pas selon nous ce qu'impliquera le texte légal lui-même dès le 1^{er} janvier 2025. En effet l'article 290, inchangé, fera toujours règle pour la forme de cet acte introductif d'instance. Or le législateur de 2023 n'y a pas ajouté une alternative semblable à celle figurant à l'article 244. Au contraire, en précisant toujours que la demande unilatérale

de divorce peut être déposée sans motivation écrite, le texte légal continuera à impliquer *a contrario* la forme écrite pour les éléments nécessaires de cette écriture⁶⁹. On peut relever au surplus que le nouvel article 291 al. 3 ne déclare formellement applicable la procédure simplifiée qu'à la phase de la procédure consécutive aux vérifications et à la tentative de conciliation prévues au début de l'audience de l'article 291. A la lettre ce renvoi ne vise donc pas la demande unilatérale déposée antérieurement.

- Le nouvel article 291 al. 3 remplacera en revanche l'ancienne règle chargeant le tribunal de fixer au demandeur un délai pour déposer une motivation écrite, après la tentative de conciliation précitée, par l'injonction qu'il « *donne l'occasion au demandeur de motiver la demande ou de compléter la motivation* ». Ces termes plus souples impliquent une renonciation à exiger qu'une telle motivation soit forcément écrite. A notre avis, la motivation ou le complément de motivation en question pourra donc intervenir soit oralement, soit par écrit. On peut par exemple imaginer que, dans des cas simples, le demandeur puisse dicter les éléments nécessaires au procès-verbal à la fin de l'audience de l'article 291⁷⁰. Les expériences réalisées au sujet de la motivation d'une demande simplifiée initialement non motivée lors de l'audience prévue par l'article 245 al. 1 pourraient servir de guide. Ledit demandeur devrait aussi pouvoir bénéficier parfois à ce stade déjà d'une aide du tribunal selon l'article 247 al. 1, notamment s'il n'est pas assisté. Il n'empêche que la motivation

⁶⁹ Voir dans le même sens BOHNET/WOJCIK, à paraître.

⁷⁰ Selon certains auteurs, l'audience de l'art. 291 ne devrait pas servir à autre chose qu'à tenter la conciliation sur les effets du divorce, par souci d'assurer la confidentialité des pourparlers, cf. notamment MORDASINI/BOOG, 3. Cela pouvait se soutenir lorsque l'on pensait que le parlement imposerait de changer ensuite la composition du tribunal, comme il en a été question un temps, cf. *supra* N 25. Dès lors cependant que cette règle a été abandonnée, nous ne voyons pas pourquoi l'audience de l'art. 291, qui de toute façon n'est pas exclusivement consacrée à tenter la conciliation puisque selon la loi elle doit commencer par une vérification de l'existence du motif de divorce, ne pourrait pas finir par une troisième phase consacrée à organiser la suite de la procédure, voire à verbaliser conformément à l'art. 235 al. 2 des éléments correspondant à une motivation orale de la demande.

de la demande unilatérale pourra également, si le juge en décide ainsi, le cas échéant après s'en être entretenu avec les parties à la fin de l'audience de l'article 291, intervenir par écrit postérieurement à ladite audience, dans un délai judiciaire fixé à la fin de celle-ci ou ensuite. Cela devrait à notre avis être la solution préférable, en tout cas dans tous les divorces complexes impliquant des parties assistées.

- l'absence de changement par rapport au droit actuel vaudra *a fortiori* pour l'ouverture d'un procès en divorce sur requête commune : là aussi les règles des articles 285 et 286 sur la requête commune sont en effet restées inchangées et le renvoi à la procédure simplifiée du nouvel article 288 al. 2 ne concerne que la phase contradictoire relative aux effets du divorce qui ne font pas l'objet d'un accord, mais dont les époux confient le règlement au juge selon l'article 112 al. 1 CC (*Annexverfahren*), c'est-à-dire une phase postérieure à une audience destinée aux vérifications prescrites par l'article 112 al. 2 CC. Ajoutons qu'à notre avis la forme écrite restera aussi la règle pour les conclusions motivées sur les effets du divorce que l'article 286 al. 2 autorise chacun des époux, sans les y obliger, à déposer en sus de la requête commune avec accord partiel. Ces conclusions motivées doivent en effet intervenir entre le dépôt de la requête commune et la première audience au plus tard⁷¹, soit avant la phase que le nouvel article 288 al. 2 va désormais soumettre aux règles de la procédure simplifiée.
- Les allégations et offres de preuves ultérieures des parties, dont les rôles de demandeur ou de défendeur devront le cas échéant résulter d'une assignation par le tribunal (art. 288 al. 2, 2^e phrase, conservé en substance dans le nouveau droit), seront en revanche soumises auxdites règles. De cela découleront de multiples implications : certes il appartiendra toujours aux parties de « substantiver » des allégations suffisantes et de proposer des offres de preuves sur les éléments à l'appui de leurs prétentions soumis à la maxime des débats (et même dans une

⁷¹ Sur ces conclusions motivées de l'art. 286, leur forme et leur moment, voir en particulier CPra Matrimonial-DIETSCHY-MARTENET, art. 286 CPC N 7 ss 6 ; BOHNET/WOJCIK, à paraître.

large mesure, en tout cas pour les parties assistées, sur les éléments soumis à la maxime inquisitoire sociale) ; toutefois ces éléments pourront être librement introduits jusqu'à l'épuisement du « droit à une seconde chance » résultant de l'article 229 al. 1 réaménagé et transposé à la procédure simplifiée. Ils pourront même encore l'être postérieurement, aux conditions du nouvel article 229 al. 2 (voire nous l'avons vu librement jusqu'aux délibérations selon l'article 229 al. 3 pour les éléments soumis à la maxime inquisitoire sociale ou illimitée). En outre le juge pourra, respectivement devra, le cas échéant aider les conjoints dans ces démarches conformément aux articles 56, 247 al. 1 ou 277 al. 2. Enfin, dans des cas complexes le juge pourra ordonner un échange formel d'écritures selon l'article 246, hypothèse qui devrait se rencontrer probablement surtout à propos de divorces opposant des parties assistées au sujet d'intérêts patrimoniaux importants⁷². Dans toutes ces hypothèses, il n'y aura guère de règles spécifiques des article 271 ss à respecter (en dehors de celles déjà mentionnées concernant les maximes applicables et la possibilité de requérir d'office des pièces au sujet des questions patrimoniales selon l'article 277), alors que les règles des articles 245 ss elles-mêmes laissent énormément de liberté au juge pour aménager la procédure, le nombre, le but et l'enchaînement des audiences, etc.

- Les nouveaux renvois des articles 288 al. 2 et 291 pourront donc conduire à des déroulements très variables selon les cas, en fonction de l'importance des points à trancher contradictoirement, du caractère plus ou moins détaillé de la demande selon l'article 290 en cas de divorce sur demande unilatérale, de l'usage qui pourrait avoir été fait des possibilités de déposer soit des conclusions motivées dans le cas de l'article 286 al. 2, soit une motivation ou un complément de motivation selon le nouvel article 291 al. 3, 1^{re} phrase, des souhaits émis par les parties, de leur représentation ou non par

⁷²

Sur l'échange d'écritures que le juge peut ordonner en procédure simplifiée selon l'art. 246 al. 2 *principio*, voir notamment BOHNET/WOJCIK, à paraître. Bien que la doctrine estime généralement qu'il devrait s'agir d'une mesure exceptionnelle, un certain consensus admet qu'il pourra plus souvent y être recouru s'agissant de la liquidation du régime matrimonial dans un procès en divorce.

des avocats, voire de pratiques propres à une juridiction ou à un magistrat particulier. Dans l'abstrait, cela peut donner une impression d'incertitude un peu étrange... L'existence de ces variations, qu'on trouve d'ailleurs assez largement dans les aménagements possibles de litiges non matrimoniaux en procédure ordinaire ou simplifiée, est cependant conforme à l'esprit du nouveau CPC et au parti-pris général de ne pas imposer systématiquement un déroulement préformaté du procès. En pratique ces multiples variantes seront probablement bienvenues, tant il est évident qu'il y a de dissemblance entre par exemple un divorce entre des conjoints non assistés d'accord sur tout, sauf sur un détail, ou un divorce entre des conjoints l'un et l'autre assistés et qui ne s'entendent sur rien, avec de très gros intérêts patrimoniaux ou concernant les enfants en jeu.

B. Les nouvelles solutions en cas de défaut dans un procès en divorce

50. Dans les procès de droit de la famille soumis à partir du 1^{er} janvier 2025 à la procédure simplifiée, le renvoi des articles 288 al. 2, 291 al. 3 et 295 rendra évidemment applicables les règles modifiées sur le défaut introduites par le nouvel article 245. Elles aussi ont déjà été analysées par rapport aux différentes hypothèses concevables dans le cadre tant d'un procès en divorce sur requête commune avec accord partiel que d'un procès sur demande unilatérale par des études détaillées en allemand et en français⁷³, ce qui nous permet de nous limiter à quelques grandes lignes.
51. Rappelons d'abord que le Conseil fédéral ne prévoyait pas d'innover en matière de sanction du défaut dans la procédure simplifiée. Son projet ne proposait pas de changements à l'article 245 et c'est durant les débats parlementaires que des modifications y ont finalement été apportées, notamment pour écarter une solution jurisprudentielle jugée trop sévère à l'égard du défendeur omettant de comparaître à une audience consécutive au dépôt d'une demande non motivée.

⁷³ Voir en particulier HEINZMAN, 572 s. ; SCHNEIDER, 23 ss ; BOHNET/WOJCIK, à paraître.

Contrairement à ce que le Tribunal fédéral avait retenu⁷⁴, le législateur a estimé qu'il fallait reconvoquer à bref délai, en principe dans les 30 jours, l'audience de l'article 245 al. 1 si l'une des parties y faisait défaut, et non passer immédiatement à un jugement par défaut selon l'article 234 appliqué par analogie. Dans le cas en revanche d'une demande motivée où des débats ne sont en principe convoqués qu'après des déterminations écrites du défendeur, ledit article 234 est déclaré immédiatement applicable en cas de défaut auxdits débats (nouvel article 245 al. 2). Il faut sans doute y voir une simple codification de la solution préconisée dans la doctrine en cas de défaut à des débats principaux fixés après les déterminations écrites du défendeur prévues par la première phrase, inchangée, de l'article 245 al. 2.

52. Comme c'est souvent le cas pour des innovations introduites au cours des débats parlementaires, sans travaux préparatoires préalables, cette nouvelle réglementation n'est ni très complète⁷⁵, ni très claire. En particulier la nouvelle rédaction de l'article 245 ne précise pas si la solution prévue en cas de nouveau défaut à la seconde audience refixée après un premier défaut est applicable, même si le deuxième défaut émane de la partie qui était présente la première fois, ni ce qui se passe si le défendeur invité à se déterminer par écrit sur une demande motivée selon l'article 245 al. 2, 1^{re} phrase, inchangé, ne le fait pas. Elle n'envisage pas non plus les conséquences d'un double défaut, hypothèse dans laquelle un certain consensus en faveur d'une application analogique de l'article 234 al. 2 semble prévaloir en doctrine.

⁷⁴ ATF 146 III 297, RSPC 2020 471, où notre Cour suprême avait écarté l'idée, parfois avancée en doctrine, d'octroyer une possibilité de se rattraper au défaillant en le reconvoquant à une audience comme l'art. 223 al. 1 prescrit d'accorder en procédure ordinaire un bref délai supplémentaire au défendeur qui ne dépose pas de réponse en temps utile, et avait appliqué par analogie la solution de l'art. 234 al. 1 en cas de non-comparution d'une partie aux débats principaux.

⁷⁵ Le nouvel art. 245 al. 1 ne précise même pas ce qui se passe en cas de défaut à l'audience refixée à bref délai, tout en impliquant qu'il n'y aura pas lieu alors de reconvoquer les parties une troisième fois. Il faut sans doute admettre qu'un nouveau défaut justifiera cette fois une application de l'art. 234 al. 1, cf. HEINZMANN, 572, qui pense que cela devrait valoir même si le défaillant est cette fois l'adversaire de la partie qui ne s'était pas présentée la première fois.

53. Ce sont néanmoins évidemment ces règles qui devront s'appliquer au défaut dans une procédure contentieuse de divorce dès le stade où la procédure simplifiée s'appliquera en vertu des renvois des articles 288 al. 2 ou 291 al. 3. En introduisant ces nouvelles dispositions, le Parlement a en effet aussi supprimé les sanctions particulières (demande déclarée sans objet et rayée du rôle) prévues par l'ancien article 291 al. 3 si un conjoint ayant déposé une demande unilatérale en divorce non motivée ne déposait pas de motivation écrite dans un délai imparti à cet effet⁷⁶.
54. Le nouvel article 245 al. 1 impliquera en tout cas la fixation d'une nouvelle audience, dans un délai d'ordre de 30 jours après le défaut de comparution, si une partie⁷⁷ ne se présente à une première audience dans l'instruction contradictoire fixée selon le nouvel article 288 al. 2, et peut-être aussi à une première audience dans l'instruction contradictoire fixée selon l'article 291 al. 3⁷⁸. C'est seulement si lors de cette nouvelle audience une des parties ne comparait pas que l'article 234 al. 1 deviendra sans doute applicable. Cela implique en principe qu'il soit passé au jugement, le tribunal se basant sur les actes, notamment les mesures probatoires déjà accomplies et pour le surplus sur le dossier et sur les actes de la partie comparante. Les allégations même contestées de celle-ci pourront donc dans une certaine mesure être tenues pour

⁷⁶ En revanche le législateur n'a pas touché aux règles particulières, sur lesquelles nous reviendrons, prévues par l'art. 288 al. 3 pour le cas où, dans une procédure sur requête commune, le juge rejette celle-ci en impartissant à chaque époux un délai pour introduire une action par une demande unilatérale.

⁷⁷ Le nouvel art. 245 al. 1 n'envisage pas, nous l'avons dit, un double défaut à ladite audience. Peut-être faut-il alors appliquer, en vertu du renvoi de l'art. 219, la solution de l'art. 234 al. 2, soit déclarer sans nouvelle convocation la cause comme devenue sans objet et la faire rayer du rôle. Selon le nouvel art. 242, il s'agira d'une décision finale, susceptible d'appel ou de recours, plus évidemment du remède spécifique au défaut que représente la possibilité de demander une restitution (art. 148 s.).

⁷⁸ L'hésitation est alors davantage permise, car il y aura généralement eu dans ce cas, soit une demande unilatérale de divorce d'emblée motivée, soit le dépôt par le demandeur d'une motivation séparée ou d'un complément de motivation, de telle sorte que les débats ultérieurs ressembleront davantage à ceux pour lesquels le nouvel art. 245 al. 2 envisage d'appliquer d'emblée l'art. 234.

constantes en renonçant à procéder à leur sujet à l'administration de preuves non encore recueillies⁷⁹.

55. L'article 234 al. 1 réserve toutefois l'article 153, ce qui signifie qu'il ne faudra pas passer au jugement sur la base de simples allégations de la partie présente si des doutes sérieux existent à leur égard ou si la maxime inquisitoire⁸⁰ est applicable : dans ces deux cas, il faut continuer le procès en instruisant normalement sur de tels éléments. Dès lors qu'on l'a vu, beaucoup d'éléments dans un procès en divorce sont soumis à la maxime inquisitoire sociale ou illimitée, un deuxième défaut de comparution dans les conditions précitées ne devrait donc que rarement entraîner un jugement immédiat. Celui-ci sera possible toutefois si les constats nécessaires sur les conditions du divorce lui-même ont déjà été faits et qu'il n'y a pas d'enfants sur le sort desquels statuer ni d'avoirs LPP ou d'autres questions relevant de l'article 277 al. 3 encore à investiguer (par exemple dans le cas d'un couple séparé depuis plus de deux ans, sans enfants communs mineurs et ayant réglé conventionnellement tous les effets du divorce sauf l'octroi d'une pension alimentaire réclamée par l'un d'eux).
56. Le nouvel article 245 al. 2 semble prévoir l'application immédiate de l'article 234 al. 1, sans donc fixation d'une nouvelle audience, en cas de défaut d'une partie alors que la demande simplifiée comporte une motivation et que le défendeur a déposé des déterminations écrites⁸¹. Transposer cette règle dans un procès en divorce pose des questions délicates. Cela pourrait être le cas dans l'hypothèse d'une première audience dans un divorce sur requête commune avec

⁷⁹ Sur cette question controversée, d'autant que les versions de l'art. 234 al. 1 ne correspondent pas pleinement en français, en italien et en allemand et que dans ces deux dernières langues la dernière phrase n'est formulée que comme une *Kannvorschrift*, cf. TF 4D_29/2013 du 26 novembre 2013, consid. 2.1.

⁸⁰ L'art. 153 al. 1, inchangé, parle des faits qui doivent être « établis » et non « examinés » d'office. L'exception de l'art. 153 vise donc aussi bien les éléments relevant de la maxime inquisitoire sociale que ceux soumis à la maxime inquisitoire illimitée. Dans le premier cas cependant, la jurisprudence semble admettre que le juge puisse retenir des faits sur la base simplement des allégations de la partie présente si lesdits faits ne lui paraissent pas douteux, cf. TF 5A_125/2016 du 27 juillet 2016, RSPC 2017 36.

⁸¹ Cf. N 51 ci-dessus ; voir aussi BOHNET/WOJCIK, à paraître.

accord partiel où l'une et l'autre parties auraient déposé préalablement par écrit, en usant de la faculté réservée par l'article 286 al. 2, inchangé, des conclusions motivées sur les effets du divorce qui restent litigieuses. Sans doute l'article 234 sera-t-il applicable aussi en cas de défaut à une audience de débats convoquée après l'audience de l'article 245 al. 1, ce qui est possible malgré le vœu pie du législateur d'un règlement en une seule audience (art. 246 al. 1, inchangé) et arrivera sans doute fréquemment en cas de divorce impliquant des contestations patrimoniales complexes. Nous l'avons dit néanmoins, un jugement par défaut immédiat selon l'article 234 al. 1 n'entrera en pratique que rarement en ligne de compte dans un procès en divorce, dans la mesure où il sera exclu chaque fois qu'il restera des éléments de fait à vérifier d'office selon l'article 153. Rappelons également qu'en procédure simplifiée le tribunal est autorisé à tenir des audiences d'instruction (art. 246 al. 2 *in fine*, inchangé), qui ne se distinguent en rien des débats d'instruction de l'article 226, malgré la différence de terminologie figurant dans la seule version française de ces deux dispositions⁸². Dans le cadre de l'application des futurs articles 288 al. 2 ou 291 al. 3, de telles audiences d'instruction pourront évidemment aussi être convoquées par le tribunal matrimonial. Celui-ci disposera à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation, puisque l'article 246 al. 2 se borne à le lui permettre « *si les circonstances l'exigent* ». A notre avis, il devrait bien préciser la nature des convocations concernées, en les distinguant des débats, car l'application de l'article 234 sera exclue en cas de défaut à de simples audiences d'instruction⁸³.

⁸² Cf. notamment CR CPC-TAPPY, art. 246 N 13 ; BOHNET/WOJCIK, à paraître.

⁸³ En cas de non-comparution à des débats d'instruction selon l'art. 226 ou une audience d'instruction selon l'art. 246 al. 2 *in fine*, la procédure doit selon nous simplement suivre son cours (art. 147 al. 2), de telle sorte qu'il ne peut y avoir ni jugement par défaut immédiat, ni cause rayée du rôle en raison d'un double défaut. Cela n'implique pas toutefois une absence totale de sanction procédurale pour le ou les défaillants : l'absence à une telle audience, si celle-ci avait notamment pour but de compléter l'état de fait (art. 226 al. 2), peut notamment faire perdre à l'intéressé une de ses deux « chances » d'introduire sans restriction des allégations ou des offres de preuves sur les éléments soumis à la maxime des débats, cf. notamment CR CPC-TAPPY, art. 226 N 26 ; BOHNET/WOJCIK, à paraître.

57. L'oralité de la procédure que les modifications du 17 mars 2023 ont voulu favoriser dans la phase contentieuse des procès en divorce fera pour le surplus qu'il ne pourra plus guère y avoir de jugement par défaut consécutif à l'absence de dépôt en temps utile d'une écriture : nous avons vu que cela ne pourra en particulier plus être le cas faute de motivation écrite de la demande selon l'actuel article 291 al. 3. Seule doit peut-être demeurer réservée l'hypothèse d'une application de l'article 223 au défaut de dépôt de la réponse dans le cas, censé être exceptionnel⁸⁴, où malgré l'application de la procédure simplifiée le tribunal ordonnerait un échange d'écritures formel. Dans tous les autres cas, les parties devraient pouvoir s'abstenir de déposer un acte écrit, même si un délai pour le faire leur a été imparti, et préférer agir oralement en audience, sans risquer un jugement par défaut consécutif à leur inaction. Cela ne signifie évidemment pas que celle-ci ne pourra pas avoir d'autres conséquences procédurales : en particulier dans le cas du nouvel article 53 al. 3 celui qui n'aura pas déposé de déterminations en temps utile sera réputé avoir renoncé à le faire, dans le cas du nouvel article 229 al. 2^{bis} *principio* il pourrait en résulter la perte du droit d'introduire des *novas* sur des éléments soumis à la maxime des débats, etc.⁸⁵.

⁸⁴ L'art. 246 al. 2 *principio*, inchangé, laisse néanmoins un large pouvoir d'appréciation au juge à cet égard, puisqu'il permet d'ordonner un tel échange d'écritures « *si les circonstances l'exigent* ». La doctrine estime qu'en pratique un échange formel d'écritures, qui pourrait même le cas échéant impliquer ensuite un deuxième échange d'écritures selon l'art. 225, pourrait être bienvenu dans des divorces mettant en jeu des intérêts patrimoniaux complexes entre des époux tous deux assistés, cf. BOHNET/WOJCIK, à paraître.

⁸⁵ Une inaction d'une partie non susceptible d'entraîner un jugement par défaut pourrait aussi lui faire parfois perdre une de ses deux chances d'introduire librement des faits et des offres de preuve sur des éléments soumis à la maxime des débats, cf. *supra* N 56 n. 83 et *infra* N 82. Il s'agira cependant en général d'une absence à une audience plus que du non-dépôt d'un acte écrit, puisque le renvoi à la procédure simplifiée des nouveaux art. 288 al. 2 et 291 al. 3 est censé précisément permettre à une partie non assistée de ne pas procéder par écrit. En particulier on verra que, même si le juge impartit au demandeur un délai pour motiver la demande selon le nouvel art. 291 al. 3, ledit demandeur restera en droit de préférer le faire oralement en audience.

58. Si le législateur de 2023 a abrogé la solution particulière de l'ancien article 291 al. 3, 2^e phrase en cas de non-dépôt par le demandeur d'une motivation écrite ultérieure de sa demande en divorce, il n'a en revanche pas touché à l'article 288 al. 3. Cette disposition concerne le cas où le tribunal constate que les conditions d'un divorce sur requête commune demandé devant lui ne sont en réalité pas remplies. Cela peut être parce que l'audition des époux le conduit à admettre que ceux-ci ou l'un d'eux n'ont pas déposé leur requête après mûre réflexion et de plein gré au sens de l'article 111 al. 2 CC, mais aussi simplement parce que la non-comparution d'un des intéressés l'empêche de s'en assurer. L'article 288 al. 3 lui enjoint de rejeter dans ce cas la requête commune, sans qu'il y ait alors à notre avis lieu d'appliquer par analogie la solution du nouvel article 245 al. 1 en refixant d'abord une nouvelle audience à bref délai⁸⁶. Le juge doit par ailleurs impartir à chaque époux un délai pour introduire une action en divorce par demande unilatérale. Si l'un d'eux le fait, il s'agira en réalité d'un nouveau procès, soumis aux règles des article 290 ss. Simplement sa litispendance remontera à la date du dépôt de la requête commune, tant pour les différents effets de celle-ci notamment en droit matériel⁸⁷ que pour le maintien d'éventuelles mesures provisionnelles dans l'intervalle. On se trouve dès lors dans un cas de figure *sui generis*, avec une solution qui n'est pas sans faire penser à la litispendance « rétroactive » de l'article 63 al. 1 en cas de réintroduction d'un premier acte introductif d'instance déclaré irrecevable.

C. Le déroulement des procès en divorce selon le nouveau droit

59. Nous avons déjà évoqué la grande liberté qui sera laissée au juge d'adapter les règles de la procédure simplifiée dans le cadre des litiges matrimoniaux, eux-mêmes très variables, qui lui seront soumis à partir de 2025. Aussi ne saurions-nous examiner ici toutes

⁸⁶ A notre avis rien ne permet une transposition de cette solution, qui n'est pas prévue par la loi alors qu'à ce stade la procédure simplifiée n'est pas déclarée applicable. Seule une restitution selon les art. 148 s., qui ne peut intervenir que sur requête d'un des époux et dépend de certaines conditions, pourrait dès lors selon nous conduire à convoquer une nouvelle audience avant d'appliquer l'art. 288 al. 3.

⁸⁷ Cf. *supra* N 8 n. 17.

les hypothèses. Nous nous bornerons à décrire les étapes principales qui devraient se succéder selon le nouveau droit, d'une part pour un procès en divorce sur requête commune avec accord partiel, d'autre part pour un procès en divorce sur demande unilatérale.

60. Rappelons par ailleurs qu'un nombre très considérable de procès en divorce ne passent ni par l'une ni par l'autre de ces deux variantes. Il peut s'agir de procès d'emblée ouverts comme des procès sur requête commune avec accord complet (art. 285), mais aussi de cas où un procès sur requête commune avec accord partiel (art. 286) peut être pareillement traité parce qu'à l'audience de l'article 287 les points de désaccord ont pu tous être levés. Une « bifurcation » vers la procédure de divorce sur requête commune avec accord complet peut en outre intervenir si lors de l'audience de conciliation suivant le dépôt d'une demande unilatérale un accord complet sur le principe et les effets du divorce est trouvé (art. 291 al. 2 et 292 al. 2). Dans tous ces cas, il n'y aura pas matière à application de la procédure simplifiée et le déroulement du procès restera le même que sous l'ancien droit.

1. Futures étapes principales d'un procès en divorce sur requête commune avec accord partiel

61. Après comme avant le 1^{er} janvier 2025, les parties d'accord de divorcer auront la faculté de saisir ensemble le juge malgré des divergences sur la totalité ou une partie des effets du divorce. Pour cela elles déposeront une requête commune sous forme nécessairement écrite⁸⁸. Cette requête fera naître la litispendance (art. 274). Vu le renvoi de l'article 286 al. 3, elle devra comporter les éléments et documents mentionnés par l'article 285 let. a, b, e et f, complétés le cas échéant par une convention partielle sur les effets du divorce et des conclusions communes relatives aux enfants sur les points compris dans l'accord partiel des époux, ainsi que par

⁸⁸ Cela résulte de l'absence aux art. 285 et 286 de la mention d'un dépôt possible par dictée au procès-verbal, comme le prévoit notamment l'art. 244, et de l'art. 130 impliquant que sauf dispositions contraires de la loi, les actes des parties doivent revêtir la forme écrite, que ce soit sous forme de documents papier avec signature manuscrite ou de documents électroniques munis d'une signature certifiée et respectant le format prescrit.

l'indication que ces derniers ont décidé de confier au juge le soin de régler les questions sur lesquelles ils restent en désaccord (art. 112 al. 1 CC).

62. En même temps que l'envoi de cette requête commune ou postérieurement, chaque époux pourra sans y être tenu déposer, à notre avis aussi nécessairement en forme écrite, des conclusions motivées sur lesdites questions (art. 286 al. 2). Sur ce point comme sur les précédents, il n'y aura aucune innovation au 1^{er} janvier 2025. On l'a dit, le nouvel article 53 al. 3 ne sera selon nous pas applicable à la requête commune, même si elle évoque des points de désaccord des époux, puisqu'aucun de ceux-ci n'est une « partie adverse » par rapport à cet acte. En revanche nous avons vu qu'une fixation de délai pour se déterminer selon cette disposition devrait s'appliquer dès le 1^{er} janvier 2025 si l'un des conjoints ou les deux usent de la faculté de déposer des conclusions motivées selon l'article 286.
63. A réception de la requête commune, après le cas échéant paiement de la ou les avances de frais requises des requérants, le juge saisi devra vérifier sa compétence⁸⁹, de même que les autres règles de recevabilité comme la forme et la langue (art. 59), et s'assurer du caractère complet de ladite requête (art. 287). En cas de requête incomplète ou affectée de vices réparables, il pourra interpellier les parties (art. 56) ou leur fixer un délai de rectification (art. 132 al. 1), ou sinon déclarer la requête irrecevable. Sous le nouveau droit, cela conduira parfois à une transmission de la cause au juge compétent aux conditions des nouveaux article 63 et 143 al. 1^{bis}, déjà évoqués.
64. Notons que ni le législateur de 2008 ni celui de 2023 n'a prescrit la procédure à suivre pour un prononcé d'irrecevabilité à ce stade. On devrait envisager une application analogique selon l'article 219 des règles de la procédure ordinaire⁹⁰, conduisant à instruire et juger séparément la question de recevabilité ou de compétence selon les

⁸⁹ En cas d'incompétence, cf. *supra* N 8 ss.

⁹⁰ L'application de la procédure simplifiée selon le nouvel art. 288 al. 2 serait prématurée, puisqu'il ne s'agit pas encore de la suite de la procédure sur les effets contestés du divorce. Mais de toute façon les art. 243 à 247 ne comportent pas de règles spécifiques au sujet de l'examen d'une question séparée de recevabilité ou de compétence.

articles 125 let. a et 222 al. 3. Peut-être pourrait-on cependant songer à une décision en procédure sommaire selon l'article 248 let. e, puisque selon certaines conceptions le divorce sur requête commune relève de la juridiction gracieuse, au moins au sens large⁹¹. Quoi qu'il en soit, le juge saisi à tort et qui déclare irrecevable devant lui une requête commune de divorce, avec ou sans transmission, doit selon nous statuer contradictoirement, par une décision limitée à ces questions et qui aura le caractère d'une décision finale selon l'article 236⁹².

65. Si la requête paraît recevable et complète, le tribunal doit convoquer les parties à une audition (art. 287). Celle-ci pourra dès 2025 avoir lieu de manière traditionnelle ou, si les deux époux y consentent, en

⁹¹ Cf. CPra Matrimonial-BOHNET, art. 285 CPC N 3. Sous l'ancien droit, nous avons proposé que la décision sur la recevabilité d'une requête commune de divorce soit rendue sans audience après interpellation des parties sur le modèle des art. 253 et 256 al. 1 en procédure sommaire, cf. CR CPC-TAPPY, art. 285 N 7 *in fine*.

⁹² Cela nous paraît certain si la décision met fin au procès ouvert par la requête commune, par exemple s'agissant d'un divorce pour lequel il n'y a en réalité pas de for en Suisse. On peut hésiter en revanche si l'incompétence s'accompagne d'une transmission à un autre juge avec maintien de la litispendance. L'art. 143 al. 1^{bis} parle toutefois d'une transmission des actes reçus, non de la cause en tant que telle, et le fait que dans ce cas la litispendance est censée être née avec le dépôt initial est conçu à l'art. 63 al. 1 *in fine* comme une fiction plutôt que comme une continuité processuelle. Il nous semble dès lors qu'une déclaration d'incompétence avec transmission au juge compétent selon le nouvel art. 143 al. 1^{bis} reste une décision finale autant qu'une décision d'irrecevabilité avec possibilité pour le demandeur de bénéficier d'une litispendance rétroactive en réintroduisant sa demande dans le mois selon le même art. 63 al. 1. D'ailleurs, nier le caractère final d'une décision d'incompétence avec transmission à un autre juge, rendue en première instance, aurait pour conséquence d'exclure un appel et de rendre incertaine la recevabilité d'un recours de l'art. 319 let. b, solution problématique dans la mesure où, selon l'art. 92 LTF, les décisions sur la compétence doivent toujours pouvoir faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral avant l'éventuelle décision ultérieure sur le fond. Une autre solution consisterait à considérer qu'une décision d'incompétence avec renvoi à un autre juge suisse n'est pas finale, mais remplit les conditions de l'art. 237 impliquant toujours une possibilité d'appel ou de recours, car l'autorité de deuxième instance pourrait toujours potentiellement transformer la décision attaquée en décision contraire mettant complètement fin à l'instance en décidant que le juge initialement saisi était effectivement incompétent mais que les conditions d'une transmission de la requête selon le nouvel art. 143 al. 1^{bis} n'étaient pas réunies.

vidéoconférence (nouveaux art. 141a s.). Comme il s'agit d'un cas où est en principe exigée la comparution personnelle des parties (art. 278), un tel mode de faire supposera néanmoins non seulement l'accord de celles-ci, mais encore l'absence d'intérêt public ou privé prépondérant s'y opposant. Certains auteurs semblent exclure en général qu'un tel intérêt fasse échec à une audition des époux en vidéoconférence dans un procès en divorce⁹³. On peut à notre avis quand même se demander s'il ne faudrait pas dans certains cas prendre en compte à ce titre l'intérêt à ce que chaque époux puisse être entendu pleinement librement en l'absence de l'autre, comme le prescrit expressément l'article 111 CC. Ce n'est pas forcément incompatible avec toute forme de vidéoconférence, mais implique selon nous le cas échéant des modalités particulières destinées à s'assurer d'une communication que l'autre conjoint ne puisse ni suivre sur le moment, ni consulter après coup.

66. Le déroulement de l'audience de l'article 287 ne changera pour le surplus en principe pas après le 1^{er} janvier 2025. Le juge procédera notamment aux auditions des époux prescrites selon l'article 111 CC. Cela lui permettra de s'assurer que les conditions du divorce selon le droit matériel sont bien réunies, essentiellement sous forme d'un contrôle du sérieux et de la liberté de la volonté de divorcer de chaque époux. L'audience pourra toutefois aussi servir à tenter d'amener sous les auspices du juge les parties à un accord sur les effets du divorce encore litigieux. Si un tel accord intervient, les conditions d'un divorce sur requête commune avec accord complet deviendront réunies. Un jugement de divorce pourra alors être rendu, soit immédiatement à l'issue de l'audience, soit après certaines opérations ou mesures d'instruction (audition des enfants selon l'article 298, réquisitions de pièces manquantes ou d'attestations LPP selon les articles 277 al. 2 ou 280 al. 1 let. b) mises en œuvre d'office. On se retrouve au fond dans la même situation qu'en cas de requête commune avec accord complet et la première instance pourra déboucher rapidement sur un jugement de divorce sans qu'il y ait eu ni instruction contradictoire sur une partie des effets du divorce ni application de la procédure simplifiée à cette instruction. Quant à l'hypothèse, plutôt exceptionnelle, où le juge

⁹³ Cf. ZÜRCHER, 459 ; MORDASINI/BOOG, 7.

constate que les conditions d'un divorce consensuel selon les articles 111 s. ne sont pas réunies, elles font l'objet de la règle spéciale de l'article 288 al. 3, inchangées et sur laquelle nous pouvons renvoyer à ce que nous avons dit en traitant du défaut.

67. C'est en revanche si le tribunal constate que les conditions du divorce sont remplies, mais échoue à amener les parties à s'entendre sur la totalité de ses effets, que commence une phase du procès contradictoire, soumise depuis le 1^{er} janvier 2025 à la procédure simplifiée. Limitée aux effets du divorce sur lesquels les parties n'ont pu s'entendre, mais dont elles ont confié au juge le règlement (art. 112 CC), elle correspond à ce que la doctrine alémanique qualifie d'*Annexverfahren*. Son déroulement dépendra largement de choix du juge, d'autant que selon les cas cette instruction contradictoire peut porter sur la totalité des effets du divorce, avec parfois des enjeux patrimoniaux ou concernant les enfants très considérables, mais aussi se limiter à seulement quelques aspects de ces effets, voire à un seul point de détail. Les aménagements nécessaires, dans le cadre des différentes possibilités découlant des articles 243 ss et des règles particulières aux procès en divorce, pourront naturellement parfois être d'abord discutés avec les parties, avant d'être arrêtés par des décisions de conduite du procès selon l'article 124 al. 1 ou des ordonnances de preuves selon l'article 154. A notre avis, après avoir effectué les vérifications nécessaires concernant les conditions du divorce et le cas échéant vainement tenté de mettre les parties d'accord sur les effets du divorce encore litigieux, rien n'empêche le tribunal de profiter de la fin de l'audience pour des discussions sur la suite de la procédure⁹⁴. Il pourrait même communiquer aux parties à la fin de ladite audience ses premières décisions en la matière.
68. Parmi celles-ci figure, selon l'article 288 al. 2, 3^e phrase, reprise de l'ancien droit⁹⁵, d'attribuer les rôles de demandeur et de défendeur dans la procédure. La requête commune, même avec accord

⁹⁴ La question est à cet égard la même que celle déjà discutée à propos de l'audience de l'art. 291, cf. *supra* N 49.

⁹⁵ Cette phrase était la deuxième de l'ancien art. 288 al. 2. Dès le 1^{er} janvier 2025, elle deviendra la troisième, mais avec un contenu inchangé.

seulement partiel, émane en effet des deux époux ensemble exerçant une démarche rattachée par certains aspects à la juridiction gracieuse⁹⁶. Il n'y avait donc jusqu'à ce stade pas véritablement de demandeur et encore moins de défendeur. Examiner si la nouvelle qualité de demandeur assignée ainsi à l'un des conjoints permettrait de l'astreindre le cas échéant à verser un complément d'avance de frais selon l'article 99 pose des questions délicates, qui ne sauraient être résolues ici.

69. Dans les trois langues officielles, l'ancien article 288 al. 2, 2^e phrase comme le nouvel article 288 al. 2, 3^e phrase, est formulé comme une *Kannvorschrift*. Certains auteurs en déduisent qu'il est aussi loisible au tribunal de renoncer à assigner les rôles de demandeur et de défendeur et d'impartir des délais aux deux parties pour qu'elles procèdent simultanément. Cela peut pratiquement marcher dans des cas où les questions à régler selon l'article 288 al. 2 sont mineures ou impliquent de toute façon une instruction essentiellement dirigée par le juge, par exemple au sujet du sort des enfants. Toutefois l'application de la procédure simplifiée prescrite depuis le 1^{er} janvier 2025 est sur le plan théorique incompatible avec des rôles indifférenciés des parties. A notre avis dès lors, le juge ne devrait en principe pas se dispenser de désigner qui des époux agira comme demandeur, respectivement comme défendeur, à moins évidemment qu'une telle répartition découle déjà d'un accord entre eux. La loi ne donne pas de critères, mais le juge pourra s'inspirer de la nature des prétentions respectives des parties sur les points de désaccord, en se fondant le cas échéant sur leurs conclusions motivées selon l'article 286 si elles en ont pris, ou sinon sur des déclarations à cet égard qui pourraient être verbalisées à l'audience. Si par exemple les époux se sont mis d'accord sur tout, sauf sur la question d'une contribution d'entretien réclamée par l'un d'eux après divorce (art. 125 al. 1 CC), c'est ce dernier qui devrait être déclaré demandeur. Cette répartition n'a cependant guère d'importance sur le fond, dans la mesure où s'agissant des effets du divorce celui-ci est une *actio duplex*, dans laquelle chacune des parties peut formuler des prétentions actives sans qu'il soit nécessaire de se

⁹⁶ Cf. *supra* N 64.

préoccuper des conditions légales pour des prétentions reconventionnelles⁹⁷.

70. Une fois désignés qui tiendra le rôle de demandeur et qui celui de défendeur, et pour autant que le premier au moins ait formulé ses conclusions sur les effets du divorce restés contestés⁹⁸, la procédure contradictoire soumise aux règles de la procédure simplifiée prévue par le nouvel article 288 al. 2 pourra réellement débiter. Sauf si l'intéressé a déjà déposé (par ex. dans le cadre de l'art. 286 al. 2) une écriture répondant aux exigences d'une demande simplifiée motivée au sens de l'article 245 al. 2, c'est probablement l'article 245 al. 1 qui sera applicable. Le juge matrimonial devrait dès lors convoquer une audience de débats, qui servira pratiquement au demandeur comme au défendeur à articuler oralement⁹⁹, le cas échéant avec l'aide du juge selon l'article 247 al. 1, leurs allégations de faits, leurs offres de preuve, leurs déterminations sur les allégations adverses ainsi que les conclusions du défendeur s'il ne les a pas encore formulées¹⁰⁰. Les conséquences d'un défaut à ladite audience suivront les règles du nouvel article 245 al. 1 détaillées plus haut.
71. Dès ce stade, l'application de la procédure simplifiée pourra se faire à peu près comme dans un procès d'emblée soumis à la procédure simplifiée. Le juge disposera des larges possibilités d'organiser l'instruction de la façon la plus expédiente, en pouvant ordonner un, voire deux¹⁰¹ échanges formels d'écritures (art. 246 al. 2

⁹⁷ Cf. *supra* N 11.

⁹⁸ Cela pourrait être le cas s'il a déposé des conclusions motivées selon l'art. 286 al. 2 ou à ce défaut si de telles conclusions de sa part ont été dictées au procès-verbal à la fin de l'audition de l'art. 287. Dans l'hypothèse où sa désignation comme demandeur interviendrait hors audience et sans qu'il n'ait jamais formulé lesdites conclusions, il faudrait sans doute lui impartir un délai pour le faire ou convoquer à cet effet des débats d'instruction selon l'art. 246 al. 2 *in fine*.

⁹⁹ C'est-à-dire par des déclarations en audience qui devront être consignées dans leur substance au procès-verbal conformément à l'art. 235 al. 1.

¹⁰⁰ Le défendeur aussi pourrait avoir déjà pris des conclusions sur les effets du divorce restés litigieux, soit dans un acte déposé selon l'art. 286 al. 2, soit par dictée au procès-verbal à une audience, par exemple celle de l'art. 287.

¹⁰¹ Bien que l'art. 246 al. 2 parle de la possibilité d'ordonner « un échange d'écritures », il est communément admis que selon les circonstances il peut aussi y avoir un deuxième échange d'écritures inspiré de l'art. 225.

principio), une ou plusieurs audiences d'instruction (art. 246 al. 2 *in fine*). Sur les questions soumises à la maxime des débats, il aidera le cas échéant les parties, en particulier si elles ne sont pas assistées, dans le cadre de l'interpellation accrue de l'article 247 al. 1 ou des réquisitions d'offices de l'article 277 al. 2. Sur ces mêmes éléments, les parties auront en principe le droit à deux occasions d'introduire de manière illimitée des allégations ou des offres de preuves (« droit à une deuxième chance »), même si transposer à la procédure simplifiée les règles en la matière de l'article 229 partiellement révisé, pourrait susciter des difficultés¹⁰². Plus tard, seuls des novas présentés conformément aux règles du nouvel article 229 al. 2 et 2^{bis} pourront être le cas échéant introduits à propos de tels éléments¹⁰³.

72. De telles difficultés n'existeront en revanche pas pour les éléments soumis à la maxime inquisitoire, qu'elle soit sociale ou illimitée, puisque pour lesdits éléments des compléments d'allégations et d'offres de preuve pourront librement être introduits jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3). Sur les possibilités de jugement par défaut à ce stade (fortement restreintes de toute façon chaque fois que les effets du divorce litigieux dans le cadre de l'article 288 al. 2

¹⁰² Sur l'existence d'un « droit à une deuxième chance » en procédure simplifiée, cf. ATF 140 III 450, consid. 3.2 et ATF 144 III 117, consid. 2.2 ; BOHNET/WOJCIK, à paraître. Transposer dans celle-ci, comme l'implique l'art. 219, les règles de la procédure ordinaire à cet égard pose cependant des difficultés. Dans le cas où la procédure est essentiellement orale et où une audience selon l'art. 245 al. 1 est convoquée parfois sans que le défendeur ait eu encore une seule occasion d'alléguer des faits et d'offrir des preuves librement, la doctrine admet qu'il pourrait avoir ses deux chances de le faire au cours de ladite audience, dans un tour de parole au début de celle-ci, puis un second tour de parole plus tard dans la même audience, ce qui ne nous paraît guère satisfaisant.

¹⁰³ Une telle situation dans un procès en divorce ne sera pas rare : si par exemple une procédure selon le nouvel art. 288 al. 2 oppose des conjoints sans enfants au sujet d'une contribution d'entretien après le divorce (art. 125 CC), les revenus des parties seront évidemment à cet égard des éléments pertinents soumis à la maxime des débats. Une des parties pourrait donc introduire aux conditions du nouvel art. 229 al. 2^{bis} (à notre avis jusqu'aux délibérations par transposition de l'art. 229 al. 3, inchangé) des novas proprement dits (nouvel art. 229 al. 2 let. b) au sujet d'un changement durable dans son activité professionnelle et ses revenus survenu après le moment de sa « seconde chance ».

porteront en tout ou partie sur des éléments soumis à la maxime inquisitoire), on peut renvoyer aux développements ci-dessus.

73. Les articles 243 à 247 sur la procédure simplifiée ne disent rien d'éventuels débats consacrés à des plaidoiries finales. Les règles de l'article 232 sont en principe transposables vu l'article 219. Elles impliquent normalement des débats, lors d'une audience traditionnelle ou en vidéoconférence aux conditions des articles 141a s., en particulier 141a al. 2¹⁰⁴, après l'achèvement de l'administration des preuves ou d'autres opérations comme d'éventuelles auditions d'enfants, ce qui rendra quasi impossible à respecter l'idéal d'une audience unique exprimé à l'article 246 al. 1 ! Malgré l'oralité affirmée en principe pour cette procédure, une renonciation à de tels débats au profit de plaidoiries écrites selon l'article 232 al. 2 sera aussi possible en procédure simplifiée, y compris dans les affaires matrimoniales, mais seulement avec l'accord de toutes les parties¹⁰⁵.
74. C'est normalement après la fin des plaidoiries qu'interviendra la clôture des débats, impliquant le début des délibérations et donc la fin de la possibilité d'introduire en première instance des *novas* selon les articles 229 al. 2 et 2^{bis}. Lesdites délibérations suivront les règles posées, sans beaucoup de détail, pour la procédure ordinaire selon notamment l'article 236 al. 2 (prise de décision à la majorité dans les juridictions collectives), sans particularités propres à la procédure simplifiée ou aux procès matrimoniaux. Aucune disposition légale ne prévoit la possibilité d'une réouverture des débats si ceux-ci révèlent des omissions, soit dans l'administration des preuves ordonnées sur requête des parties, soit dans les investigations qui auraient dû intervenir d'office. Cela n'est selon nous pas totalement exclu, moyennant que le tribunal prévoie des modalités garantissant le respect du droit des parties d'être entendues¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cf. BOHNET/WOJCIK, à paraître.

¹⁰⁵ A notre avis cette notion doit être comprise largement et des plaidoiries écrites ne pourraient par exemple intervenir dans un procès matrimonial où un enfant mineur est représenté par un curateur selon les art. 299 ss que si ledit curateur aussi y consent.

¹⁰⁶ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 236 N 12.

75. Une fois sa décision arrêtée, le tribunal de première instance notifiera aux parties une décision sur le fond. Dans le cas que nous examinons ici, il prononcera le divorce, ratifiera et intégrera au dispositif le cas échéant une ou des conventions partielles des parties sur les effets du divorce, et tranchera pour le surplus leurs prétentions sur le reste desdits effets. Nous avons traité plus haut des variantes possibles pour la notification d'une décision de première instance et les légères modifications qui seront à cet égard apportées aux articles 238 et 239. Nous mentionnerons plus loin des innovations concernant la possibilité d'obtenir l'exécution anticipée ou au contraire un effet suspensif s'agissant d'une décision déjà notifiée, le cas échéant sous forme d'un simple dispositif, mais pour laquelle ne sont pas échues les possibilités de demander une motivation, puis de faire appel ou recours.

2. Futures étapes principales d'un procès en divorce sur demande unilatérale

76. Dans le cas d'un procès en divorce sur demande unilatérale (art. 114 s CC), la procédure commencera après comme avant le 1^{er} janvier 2025 par le dépôt d'une demande conforme à l'article 290, inchangé. Cet acte pourra comprendre ou non selon le libre choix du demandeur des allégations de fait et des offres de preuve¹⁰⁷. Rien ne changera pour cette écriture par rapport au droit actuel et elle continuera notamment à être forcément écrite¹⁰⁸, sans possibilité d'un dépôt par dictée au procès-verbal selon l'article 144 al. 1.

¹⁰⁷ Cela résulte du fait que l'art. 290 al. 1 est formulé comme une *Kannvorschrift*, en précisant que la demande unilatérale « *peut être déposée sans motivation écrite* », sans qu'une telle motivation soit prohibée.

¹⁰⁸ Le recourant aura évidemment à cet égard le choix (art. 130 al. 1, inchangé) de recourir à l'envoi de « *documents papier* » ou de documents électroniques avec signature électronique qualifiée conforme aux exigences de l'art. 130 al. 2, lui aussi inchangé.

77. Comme aujourd'hui aussi le juge devra dès réception de cette demande, pour autant qu'il soit compétent¹⁰⁹ et le cas échéant après le paiement d'une avance de frais exigée du demandeur, la notifier au défendeur et convoquer les parties à une audience selon l'article 291, destinée notamment à tenter la conciliation. En plus toutefois il devra fixer un délai de détermination au défendeur selon le nouvel article 53 al. 3, délai qui devra être d'au moins 10 jours, mais pourrait aussi prendre la forme d'un avis informant ledit défendeur de la possibilité de se déterminer, à son choix, par écrit avant l'audience ou oralement lors de celle-ci. Le dépôt de telles déterminations écrites avant l'audience entraînerait derechef une application du nouvel article 53 al. 3, cette fois en faveur du demandeur, mais sans selon nous que cela puisse obliger à renvoyer l'audience déjà fixée, même si cela oblige à limiter le nouveau délai de détermination à moins de dix jours. Enfin, l'absence de dépôt de telles déterminations écrites ne devrait jamais exposer le bénéficiaire de l'un des délais évoqués ci-dessus à de quelconques sanctions procédurales : en particulier cela ne pourra selon nous ni permettre un jugement par défaut, ni faire perdre à l'intéressé une chance d'introduire des allégués ou de faire des offres de preuve.
78. L'audience de l'article 291 suivra d'abord un déroulement conforme à ce qui est prévu actuellement. Selon les al. 1 et 2 de cette disposition, inchangés, elle sera d'abord consacrée à vérifier l'existence du motif de divorce invoqué, puis le cas échéant à mener des discussions transactionnelles qui bénéficieront d'une confidentialité calquée sur celle de l'article 205¹¹⁰. En fonction du résultat desdites vérifications et discussions transactionnelles, le procès pourra « basculer », aux conditions de l'article 292 al. 1, inchangé, dans la procédure de divorce sur requête commune.

¹⁰⁹ Sur l'hypothèse où le juge saisi aurait à constater son incompétence *ratione loci* ou *ratione materiae* et le cas échéant à transmettre la demande à un autre juge suisse, on peut renvoyer en principe à ce qui a été dit plus haut à propos de la requête commune avec accord partiel. Dans le cas d'un procès sur demande unilatérale toutefois une décision en procédure sommaire sur ladite question ne pourra être appuyée sur l'art. 248 let. e, de telle sorte qu'il faudrait sans doute procéder comme en procédure ordinaire selon les art. 125a et 222 al. 3.

¹¹⁰ Cf. *supra* N 26.

79. Si les conditions d'un tel basculement ne sont pas remplies, en particulier s'il n'y a aucun accord entre les parties sur le principe du divorce et ses effets¹¹¹, interviendra alors une phase de procédure contradictoire selon les articles 291 al. 3 nouveau et 243 ss. Le tribunal devra d'abord « *donner l'occasion au demandeur de motiver la demande ou de compléter la motivation* ». Ces termes, remplaçant l'ancien système de fixation d'un délai audit demandeur pour déposer une motivation écrite, impliquent une certaine souplesse et la volonté que cette motivation ou ce complément puissent prendre une forme orale ou écrite. A notre avis, dans le premier cas rien n'empêche de procéder par dictée au procès-verbal à la fin de l'audience de l'article 291 elle-même, nous l'avons dit¹¹².
80. A ce défaut, le demandeur déposera probablement, dans un délai qui pourra aussi lui avoir été assigné à la fin de l'audience de l'article 291 ou lui avoir été signifié ultérieurement, un mémoire écrit complétant la demande. Il pourra se contenter le cas échéant d'une description de l'objet du litige au sens de l'article 244 let. c, sans avoir à respecter le formalisme de l'article 221 let. d et e. Il n'encourra aucune sanction procédurale s'il renonce à toute motivation ultérieure écrite de sa demande, même si un délai pour la présenter lui a été imparti, alors que sinon le nouvel article 53 al. 3 sera applicable¹¹³. En pratique, si la demande initiale était déjà en

¹¹¹ Il faut y ajouter l'hypothèse de l'art. 292 al. 2, inchangé, alors qu'il a en réalité perdu sa justification depuis une révision des art. 111 et 112 CC ayant supprimé le délai de réflexion de deux mois dont un conjoint ayant accepté un divorce sur requête commune disposait jusqu'au 31 janvier 2010. Sans doute faut-il considérer qu'il s'agit normalement d'une hypothèse où le nouvel art. 291 al. 3 trouvera effectivement application s'il reste entre les époux des points de litige concernant les effets du divorce, alors que dans le cas contraire le caractère contradictoire prévu par ladite disposition sera en réalité largement fictif, le juge pouvant en pratique prononcer immédiatement ou rapidement le divorce en ratifiant la convention conclue sur ses effets après simplement les opérations prescrites par les art. 279 s. ou 298.

¹¹² Cf. *supra* N 49.

¹¹³ A notre avis, le nouvel art. 53 al. 3 pourrait d'ailleurs aussi être applicable si le demandeur communique oralement à la fin de l'audience de l'art. 291 des compléments à sa demande alors consignés au procès-verbal (art. 235 al. 2), en tout cas si le défendeur se dit hors d'état de réagir sur le champ et demande du temps pour le faire.

partie motivée et que sa motivation est ensuite complétée de la manière décrite ci-dessus, il pourrait arriver que le demandeur ait ainsi pu à ce stade déjà avancer des faits à l'appui de ses conclusions à deux occasions distinctes. La demande et son complément n'en devront pas moins être considérés comme une seule « chance » au sens du nouvel article 229 al. 1¹¹⁴, de telle sorte que le demandeur restera en droit d'introduire ultérieurement une fois encore librement des éléments de faits ou des offres de preuves.

81. C'est aussi le cas échéant sur le vu de la demande unilatérale et de sa motivation ultérieure prise comme un tout, que le juge devrait décider ensuite d'appliquer soit les solutions de la procédure simplifiée en cas de demande non motivée, soit celles en cas de demande motivée¹¹⁵. Dans le premier cas, conformément à la 1^{re} phrase de l'article 245 al. 1, inchangée, il convoquera immédiatement les parties à une audience de débats. Dans le second, conformément à la 1^{re} phrase de l'article 245 al. 2, également inchangée, il impartira d'abord au défendeur un délai pour se prononcer par écrit.
82. Bien que des avis divergents existent, l'opinion majoritaire *de lege lata* déjà était que le défendeur qui n'utiliserait pas ce délai ne pourrait encourir de sanctions pour défaut, l'article 223 n'étant pas applicable par analogie¹¹⁶. Il pourra cependant être considéré comme ayant eu ainsi une première occasion, non utilisée, d'alléguer des faits dans le cadre de son « droit à une deuxième chance », alors que d'éventuelles déterminations spontanées de sa part par exemple

¹¹⁴ Dans le cadre des remaniements apportés à l'art. 229, le législateur de 2023 a déplacé la règle relative à l'exercice du « droit à une seconde chance » de l'alinéa 2 où elle figure actuellement à l'alinéa 1, en précisant que cette « seconde chance » pourrait à l'avenir être parfois encore exercée durant les premières plaidoiries (alors que le Tribunal fédéral, selon une lecture littérale de l'ancien art. 229 al. 2, considérerait que le dernier moment était à l'ouverture même des débats principaux, soit avant le début des premières plaidoiries, cf. ATF 147 III 475), mais sans modification substantielle pour le surplus.

¹¹⁵ Cf. BOHNET/WOJCIK, à paraître.

¹¹⁶ CR CPC-TAPPY, art. 245 N 9 ; OFK ZPO–LAZOPOULOS/ LEIMGRUBER, art. 245 N 6a. Voir aussi *de lege lata* l'analyse détaillée de LÖTSCHER/PFÄFFLI/RUPRECHT, 26 ss. Il devra sans doute en aller d'autant plus ainsi à l'avenir que la nouvelle du 17 mars 2023 entendait privilégier l'oralité dans la procédure de divorce et réglementer spécialement le défaut en procédure simplifiée.

sur la demande unilatérale ou sur une motivation ou un complément de motivation par écrit du demandeur n'auront jamais cette valeur.

83. Dès l'audience de débats évoquée ci-dessus, qu'elle ait été fixée en application de l'article 245 al. 1 ou 245 al. 2, le déroulement en procédure simplifiée du procès en divorce sur demande unilatérale se poursuivra pour l'essentiel de la manière déjà indiquée à propos de l'*Annexeverfahren* de l'article 288 al. 2. L'idéal d'un règlement en une seule audience (art. 246 al. 1) restera évidemment un vœu pie, puisque ladite audience de débats sera déjà la deuxième en comptant l'audience de conciliation de l'article 291. Il pourra toutefois encore en intervenir d'autres. Selon les particularités de la cause, les questions devant effectivement être tranchées, la présence ou non d'avocats assistants les parties, etc., le juge pourra en effet ordonner un, voire exceptionnellement deux échanges d'écritures formels (art. 246 al. 1 *principio*), mais aussi recourir à une ou des audiences d'instruction (art. 246 al. 2 *in fine*). Il pourra y avoir également des débats postérieurs à l'administration des preuves consacrés à des plaidoiries finales, avec l'accord des parties celles-ci pourront être remplacées par des plaidoiries écrites, etc. Sur ces points, comme sur le traitement divergent des *novas* selon la maxime applicable, la notion de clôture des débats, les délibérations, et la forme de la décision au fond nous pouvons renvoyer à nos développements ci-dessus relatifs à la procédure de divorce sur requête commune avec accord partiel.

D. Les retouches concernant la procédure applicable aux enfants dans les affaires du droit de la famille

84. Si les changements dans la procédure de divorce vont obliger les praticiens à adapter certaines de leurs habitudes, ceux concernant les articles 295 à 304 sont de moindre portée. Nous avons déjà parlé, en lien avec l'article 198 let. b^{bis}¹¹⁷, de celui qui entraînera une extension aux actions concernant l'entretien d'enfants aussi bien majeurs que mineurs des règles spéciales excluant pour ce type de procès la procédure de conciliation préalable, l'application de la procédure simplifiée et celle de la maxime inquisitoire illimitée,

¹¹⁷ Cf. *supra* N 22 s.

voire de la maxime d'office. Traiter ces procès selon les articles 243 ss, ce qui était déjà le cas *de lege lata* pour les procès indépendants concernant l'entretien d'enfants mineurs, ne posera pas de problèmes particuliers. *Mutatis mutandis*, certaines de nos observations concernant la procédure simplifiée dans les procès en divorce pourront d'ailleurs être transposées. Observons simplement que dans les cas visés par le nouvel article 295, il ne pourra guère y avoir d'application possible des nouvelles solutions de l'article 245 en cas de défaut. Les maximes précitées seront en effet généralement incompatibles avec un jugement par défaut fondé sur une présomption d'exactitude de certaines allégations de la partie présente selon l'article 234 al. 1, voire avec une radiation de la cause du rôle à la suite d'un double défaut.

85. Nous avons aussi évoqué ci-dessus le remplacement à l'article 296 du verbe « établir » par le verbe « examiner » et sa portée pour la distinction entre maxime inquisitoire sociale et maxime inquisitoire illimitée¹¹⁸. Il s'agit d'une retouche terminologique destinée à clarifier les choses, mais non d'une innovation quant aux champs respectifs de ces deux variantes et aux conséquences de la distinction entre elles.
86. Enfin nous avons aussi déjà évoqué¹¹⁹ l'interdiction du recours à des audiences par vidéoconférence pour des auditions d'enfants selon l'article 298. Relevons que dans ce cas le législateur de 2023 n'a pas cru utile d'introduire la même interdiction dans les règles (par ailleurs très semblables à celles de l'article 298) sur les auditions d'enfants devant l'autorité de protection de l'enfant de l'article 314a CC. Peut-être a-t-il considéré comme suffisant à cet égard le renvoi de l'article 450f CC, qui ne rend cependant les dispositions du CPC applicable que si le droit cantonal n'en dispose pas autrement.
87. Une autre modification, à l'article 300, est purement cosmétique : les mots « *le représentant de l'enfant ... peut interjeter recours* [au sens large] », ont été remplacés par « *le représentant de l'enfant ... peut interjeter appel ou recours* ». Cette modification ne changera rien à la

¹¹⁸ Cf. *supra* N 48.

¹¹⁹ Cf. *supra* N 16 s.

portée de l'article 300, se bornant à préciser que ledit représentant peut attaquer devant la juridiction de deuxième instance les décisions visées par cette disposition aussi bien par un appel que par un recours, ce qu'impliquait déjà auparavant les variantes allemande et italienne du texte légal¹²⁰.

88. Bornons-nous enfin à signaler une refonte de l'article 304 al. 2 qui concernera plus la forme que le fond. Cette disposition a trait à l'hypothèse d'un cumul entre action d'état et action alimentaire, voire action tendant à faire préciser le régime applicable à l'autorité parentale et aux relations personnelles, en particulier quand en lien avec un procès sur une constatation de filiation (action en paternité) celle-ci entraînera des aménagements concernant les relations entre l'enfant et le père recherché. Le complément proposé par le Conseil fédéral, que les Chambres ont adopté sans difficulté, viendra clarifier des points procéduraux touchant notamment la légitimation pour agir¹²¹.

IV. Modifications touchant les voies de droit et le caractère exécutoire des décisions

89. Les modifications introduites par la novelle du 17 mars 2023 touchant les voies de droit sont présentées en détail dans le présent ouvrage par NICOLAS JEANDIN. Elles ne concernent pas de manière particulière les procès du droit de la famille, sauf sur deux points.
90. Le plus important concerne une modification de l'article 314, qui vise exclusivement les litiges du droit de la famille ou assimilés (la nouvelle disposition vaudra aussi pour certains litiges concernant le partenariat enregistré) soumis en première instance à la procédure

¹²⁰ En parlant de *Rechtsmittel*, respectivement d'*impugnazioni*, les textes allemands et italiens actuels montrent déjà que les pouvoirs du représentant de l'enfant d'attaquer devant la juridiction de deuxième instance les décisions énumérées par l'art. 300 lui permettent d'interjeter aussi bien appel que recours.

¹²¹ Au sujet des difficultés liées à l'application de l'ancienne disposition et à la clarification attendue, cf. Message, 2676 ss. Sur l'art. 304 actuel, cf. ZOGG SAMUEL, *Selbständige Unterhaltensklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelang – verfahrensrechtliche Fragen*, FamPra.ch 2019, 1 ss, ainsi que (aussi sur les modifications du 17 mars 2023) ULLI JASMIN, Knacknuss : Einbezug beider Elternteile in den Kindesunterhaltsprozess, Jusletter du 12 février 2024.

sommaire, en particulier les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles en cours de divorce. Jusqu'à présent, en raison des règles générales prévalant pour les voies de droit contre des décisions en procédure sommaire en général, les décisions dans ce type d'affaires étaient pour la plupart susceptibles d'appel (art. 308 al. 1 let. b), mais dans un délai abrégé à 10 jours (art. 314 al. 1 actuel), et non suspendu pendant les vacances judiciaires (art. 145 al. 2 let. b). Par ailleurs l'appel joint y était exclu (art. 314 al. 2 actuel).

91. En raison des inconvénients pratiques de la brièveté du délai pour faire appel dans des affaires fréquentes et souvent complexes, le Conseil fédéral avait envisagé dans son avant-projet un passage à un délai de 30 jours, mais y avait ensuite renoncé devant certaines réactions négatives. Il avait maintenu en revanche la proposition de permettre l'appel joint dans ces affaires, où il n'est pas rare que par exemple une pension soit allouée, mais d'un montant moindre que réclamé par le crédientier, lequel peut par souci d'apaisement renoncer à appeler, mais vouloir reprendre l'entier de ses prétentions si l'initiative de porter la cause en deuxième instance vient du conjoint adverse. Cette proposition a été suivie au Parlement. A l'initiative du Conseil national, les Chambres ont par ailleurs réintroduit l'idée d'un délai d'appel de 30 jours dans ces affaires, deux modifications qui figureront à l'avenir dans un nouvel article 314 al. 3.
92. Pour les seules affaires du droit de la famille soumises à la procédure sommaire, le délai d'appel sera donc dès le 1^{er} janvier 2025 de 30 jours et l'appel joint possible. En revanche les suspensions de l'article 145 resteront inapplicables, de telle sorte qu'un appel contre des mesures protectrices de l'union conjugale notifiées un 28 novembre pourra donc devoir être interjeté au plus tard le 28 décembre pour autant que ce ne soit pas un samedi ou un dimanche. Ajoutons que les innovations précitées sont limitées à l'appel. Dans le cas, certes rare, où des affaires de droit de la famille jugées en procédure sommaire ne seraient pas susceptibles d'appel, par exemple en raison d'une nature purement patrimoniale sans que

la limite de CHF 10'000.- selon l'article 308 al. 2 soit atteinte¹²², le délai pour faire recours selon les articles 319 ss restera de dix jours sans recours joint possible (art. 321 al. 2, non modifié sur ce point, et 323, inchangé).

93. Plusieurs modifications concernant les voies de droit pourront encore jouer un rôle significatif, mais non spécifique, dans les affaires du droit de la famille. Tels sont par exemple les réaménagements touchant les effets suspensifs (nouveaux art. 315 et 325) et les règles, un peu voisines, qui permettront dans certains cas d'obtenir l'exécution immédiate ou au contraire la suspension de l'exécution de décisions rendues sous forme de dispositifs encore à motiver (nouvel art. 336). Bornons-nous à renvoyer sur ces questions aux autres contributions du présent ouvrage, en particulier celles de NICOLAS JEANDIN et de VALENTIN RÉTORNAZ.
94. Nous avons par ailleurs déjà mentionné la précision concernant les novas en appel dans les causes où la maxime inquisitoire illimitée est applicable (nouvel art. 317), évoquée plus en détail dans la contribution de FRANÇOIS BOHNET. Dans un domaine proche, signalons sans nous y attarder que la novelle du 17 mars 2023 changera légèrement le texte de l'article 282 al. 2 qui, aujourd'hui déjà, permet à l'autorité d'appel, voire de recours, de revoir d'office le montant de contributions d'entretien allouées aux enfants si la contribution d'entretien allouée ou réclamée pour un conjoint est litigieuse en deuxième instance. Il ne s'agit guère que d'une formulation améliorée de la règle existante.

V. Conclusion

95. Au total, les modifications du 17 mars 2023, dans le domaine des procédures en droit de la famille en tout cas, nous paraissent correspondre aux intentions annoncées dans le Message : pas de changements radicaux, mais de multiples petites retouches, dont le

¹²² Cela pourrait par exemple être le cas d'une décision séparée sur le versement à un enfant d'une contribution extraordinaire nécessaire pour couvrir des besoins extraordinaires et imprévus selon les art. 286 al. 3 CC et 302 let. b.

cumul va tout de même impliquer pour les praticiens un effort non négligeable d'adaptation.

96. Ces innovations nous paraissent pour la plupart heureuses, et elles ne devraient en tout cas pas présenter d'inconvénients majeurs. Leur étude détaillée montre que certains choix auraient pu être plus systématiques, par exemple s'agissant de la règle du nouvel article 298 al. 1^{bis} excluant toute audition d'enfant par vidéoconférence, qu'on peut trouver bienvenue ou non, mais dont on s'étonne en tout cas qu'elle n'ait pas été introduite parallèlement dans la réglementation par ailleurs quasi identique de l'article 314a CC. De même il est curieux que le Parlement ait supprimé sans vraie discussion l'adverbe « notamment » à l'article 305, sans apparemment se rappeler que l'introduction dudit adverbe dans la disposition en question lui avait paru s'imposer en 2015 ! Mais de menues incohérences de ce type ne sont-elles pas inévitables dans tout processus législatif d'une certaine ampleur ?

Bibliographie spécifique

BASTON BULLETTI FRANÇOISE, Aperçus du CPC révisé – Le caractère exécutoire des décisions cantonales susceptibles d'appel ou de recours, CPC Online 2024-N2 du 12 février 2024

BOHNET FRANÇOIS/WOJCIK YAN, La procédure simplifiée en divorce contentieux sous l'empire du CPC révisé, à paraître dans Fampra.ch 2024

BOHNET FRANÇOIS/GUILLOD OLIVIER (édit.), Commentaire pratique, Droit matrimonial – Fond et procédure, Bâle 2016 (cité : CPra Matrimonial-AUTEUR)

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR)

CONSEIL FÉDÉRAL, Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse, (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26 février 2020, FF 2020 2607 ss (cité : Message)

ENZ BENJAMIN V., Die familienrechtlichen Verfahrenbestimmungen *de lege lata* und im Lichte der ZPO-Revision, FamPra.ch 2022, 834 ss

GEHRI MYRIAM A./JENT-SØRENSEN INGRID/SARBACH MARTIN (édit.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3^e éd., Zurich 2023 (cité : OFK ZPO-AUTEUR)

HEINZMANN MICHEL, Quelques réflexions sur la procédure simplifiée à l'aune de la révision du CPC, *in* : Peroz/Haldy/Piotet (édit.), Du Plaict aux plaideurs – Mélanges en l'honneur du Professeur Denis Tappy, Berne 2024, 561 ss

HONEGGER-MÜNTENER PATRICK/RUFIBACH MATTHIAS/SCHUMANN JULIUS, Die Revision der ZPO, AJP 2023, 1157 ss

KOLLER THOMAS, Klagen auf Verwandtenunterstützung gemäss Art. 328 f. ZGB. Klärungsbedürftige Fragen im Rahmen der zurzeit hängigen ZPO-Revision, Jusletter du 6 septembre 2021

KOLLER THOMAS, Verwandtenunterstützungsklagen und die reviederte ZPO – Ist, was in der Botschaft steht, Gesetz geworden ?, In dubio 2023, 118 ss

LÖTSCHER CORDULA/PLATTNER PATRICK, Die Weiterleitungspflicht nach Art. 143 Abs. 1^{bis} revZPO, RSPC 2023, 689 ss

LÖTSCHER CORDULA/LÖTSCHER-STEIGER BRUNO, Formelle Prozessleitung im vereinfachten Verfahren der schweizerischen ZPO – von Stellungnahmen, Klageantwort und Säumnis der beklagten Partei, *in* : Seitz/Straub/Weyeneth (édit.), Rechtsschutz in Theorie und Praxis – Festschrift für Stephan Breitenmoser, Bâle 2022, 483 ss

LÖTSCHER CORDULA/PFÄFFLI DANIEL/RUPRECHT IVAN, Säumnis im vereinfachten Verfahren der ZPO – von verpassten Chancen und Laienfreundlichkeit, *in* : Eichel/Hurni/Markus (édit.), Der Soziale Zivilprozess – Die Grundlagen des « vereinfachten Verfahrens » und seine Anwendungsfelder in der Praxis, Berne 2023, 17 ss

LÖTSCHER CORDULA/DUMMERMUTH RAPHAEL, Volljährigenunterhalt und Vollstreckungsverfahren, *in* : Jungo/Foutoulakis (édit.), Prozessrisiken im Familienrecht – Vosorgeausgleich – Unterhalt – Kinder – Bezüge zum Erbrecht, Zurich 2024, 47 ss

MORDASINI CLAUDIA M./BOOG SEVERIN, Ausgewählte Fragen zu den familienrechtlichen Verfahren und zum Rechtsmittelverfahren nach revidierten ZPO, BJM 2024, 1 ss

SCHNEIDER SILAS, Die familienverfahrensrechtlichen Auswirkungen der Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 17. März 2023, Zurich 2024

TAPPY DENIS, La révision du CPC (projet du 26 février 2020) : état avant l'élimination des dernières divergences, Revue de l'Avocat 2023, 103 ss

ZÜRCHER LAURA JESSICA, Familienrechtliche Verfahren und dazugehörige Rechtsmittelverfahren nach der ZPO-Revision : Was ändert sich für Kinder und ihre Eltern ?, FamPra.ch 2024, 541 ss

La transmission d'office en cas d'incompétence

par

Patricia Dietschy

Professeure à l'Université de Lausanne, juge suppléante à la Cour d'appel
civile du Tribunal cantonal vaudois

I. Introduction.....	196
II. De l'Avant-Projet au Code révisé	196
III. Les conditions	198
A. Acte remis dans le délai	198
B. Tribunal « incompétent »	199
1. Champ d'application	199
a) Type d'autorité.....	199
b) Incompétence manifeste ?	200
2. Par erreur	201
IV. Conséquences	204
A. Sauvegarde du délai	204
B. Décision d'irrecevabilité et transmission au tribunal « compétent »	204
C. Transmissions en chaîne ?	207
V. Synthèse	208
VI. Droit transitoire	209
Bibliographie	210

I. Introduction

1. La révision du Code de procédure civile avait, entre autres, pour but de « renforcer l'adéquation de celui-ci à la pratique » par des mesures ciblées¹. Les parlementaires n'ont quant à eux pas caché vouloir proposer une procédure civile « *laienfreundlich* »².
2. C'est dans ce cadre que l'actuel article 143 CPC a été modifié, par l'ajout d'un alinéa 1^{bis} prévoyant que : « Les actes remis dans les délais mais adressés par erreur à un tribunal suisse incompétent sont réputés remis en temps utile. Lorsqu'un autre tribunal suisse est compétent, le tribunal incompétent les lui transmet d'office. »
3. *De lege lata*, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas de transmission d'office, sous réserve de l'appel ou du recours adressé à tort à l'autorité qui a rendu le jugement attaqué³. Le Tribunal fédéral a précisé à cet égard que la transmission ne valait pas lorsque l'acte d'appel ou de recours est déposé auprès d'une autre instance incompétente, qu'elle soit dans le même canton ou dans un autre canton, ou qu'elle soit fédérale⁴.
4. La révision s'écarte de cette jurisprudence et il s'agit de comprendre comment ce nouveau texte va devoir s'appliquer.

II. De l'Avant-Projet au Code révisé

5. La modification de l'article 143 CPC faisait déjà partie de l'Avant-Projet puis du Projet, dans une version quelque peu différente : l'incompétence devait être *manifeste* pour mener à une transmission de l'acte auprès d'un autre tribunal *manifestement* compétent.
6. Le but était d'aligner le CPC sur d'autres lois fédérales, comme cela ressort du Rapport explicatif à l'Avant-projet⁵, qui indique : « Les

¹ Message CPC 2020, 2629.

² Ce terme a été utilisé à plusieurs reprises lors des débats aux Chambres, voir notamment LÜSCHER, BO CN 2022 N 669 (10.05.2022), HURNI, BO CN 2022 N 2251 (12.12.2022), MAHAIM, BO CN 2023 N 210 (06.03.2023).

³ ATF 140 III 636, consid. 2-4 ; TF 4A_453/2023 du 18 décembre 2023, consid. 2.3.2.

⁴ TF 4A_453/2023 du 18 décembre 2023, consid. 2.3.2, RSPC 2/2024 186.

⁵ Rapport explicatif 2018, 59.

travaux d'examen de la praticabilité du CPC ont mis en évidence un manque de réglementation en matière d'observation des délais et de traitement des actes des parties lorsque ces derniers sont adressés à un tribunal incompétent. Le CPC se démarque sur ce point d'autres lois fédérales de procédure prévoyant des règles pour ces cas, telles que la LTF (art. 48 al. 3 LTF), le code de procédure pénale (art. 91 al. 4 CPP), la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (art. 39 al. 2 LPGa) ou la LP (art. 32 al. 2 LP). »

7. L'Avant-Projet allait même plus loin en proposant un nouvel article 60a selon lequel : « Si, pour cause d'incompétence, le tribunal n'entre pas en matière sur une demande ou une requête, le procès est renvoyé, à la demande du demandeur ou du requérant, au tribunal désigné par ce dernier. La litispendance n'est pas interrompue. » Selon le Rapport explicatif, l'incompétence du tribunal entraîne, selon le droit en vigueur, l'irrecevabilité de la demande ou de la requête, sans que le tribunal ne doive transmettre la cause au tribunal compétent, ce qui limite la praticabilité du CPC⁶. Le Conseil fédéral relevait que la nouvelle solution n'engendrerait pas de charge supplémentaire pour les tribunaux, puisque la transmission n'interviendrait que sur requête de la partie, qui devrait désigner l'autorité qu'elle tient pour compétente⁷. Dans son Projet, le Conseil fédéral y a cependant renoncé, compte tenu des nombreuses critiques formulées lors de la consultation⁸.
8. Dans le cadre des débats aux Chambres, l'article 143 al. 1^{bis} a été modifié par le Conseil national en ce sens que le terme « manifestement » a été supprimé, car « la distinction entre un tribunal incompétent et un tribunal manifestement incompétent est difficile à faire »⁹.

⁶ Rapport explicatif 2018, 32.

⁷ Rapport explicatif 2018, 32 s.

⁸ Message CPC 2020, 2655.

⁹ Intervention de CHRISTIAN LÜSCHER, BO CN du 10.05.2022 N 670.

III. Les conditions

A. Acte remis dans le délai

9. L'article 143 al. 1^{bis} vise « les actes » des parties de manière large¹⁰, par quoi il faut comprendre les manifestations de volonté portant sur le déroulement du procès, notamment les mémoires, les requêtes et les prises de position¹¹. Contrairement à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral¹², la transmission ne concernera donc pas uniquement les actes d'appel ou de recours. L'article 143 al. 1^{bis} ne devrait viser que les actes de saisine d'une autorité, car si un acte est déposé sur interpellation du tribunal, telle une réponse à une demande ou à un appel, la partie est de mauvaise foi (art. 52 CPC) en adressant son écriture à une autorité différente de celle qui l'a interpellée et ne mérite pas d'être protégée¹³. Il faut réserver les éventuelles erreurs d'adressage ou de plume, pour lesquelles l'interdiction du formalisme excessif impose la transmission d'office.
10. L'article 143 al. 1^{bis} mentionne par ailleurs les actes remis « dans les délais », ce qui signifie, à rigueur de texte, que la disposition ne concerne que les actes soumis à un certain délai. D'un point de vue systématique, elle se trouve d'ailleurs dans le Chapitre 3 intitulé « Délais, défaut et restitution » et son titre marginal est « Observation des délais ». Historiquement, on a vu que le Conseil fédéral avait renoncé à introduire un article 60a qui aurait imposé une transmission lorsqu'un tribunal incompetent déclarait la requête ou la demande irrecevable¹⁴. Dès lors, une interprétation littérale, systématique et historique de l'article 143 al. 1^{bis} commande de considérer que seuls les actes soumis à un délai sont concernés par la disposition et doivent être transmis en cas d'incompétence de l'autorité à qui ils sont adressés. *A contrario*, un acte qui ne doit pas

¹⁰ LÖTSCHER/PLATTNER, 701.

¹¹ CR CPC-BOHNET, art. 130 CPC N 2.

¹² BALMER, 210.

¹³ PC CPC-ABBET, art. 143 CPC N 13.

¹⁴ Cf. *supra* N 7.

respecter de délai ne doit pas être transmis d'office s'il est adressé par erreur à un tribunal incompétent.

11. A quel type de délai l'article 143 al. 1^{bis} se réfère-t-il ? A notre sens, seuls les délais de déchéance sont concernés, mais pas les délais de prescription. Sont en particulier visés le délai pour déposer la demande au fond suite à la remise de l'autorisation de procéder (art. 209 CPC), le délai pour déposer la demande après une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 263 CPC), les délais d'ouverture d'action au sens de la LP, les délais pour faire appel ou recours (art. 311, 314, 321 CPC), ou encore les délais de péremption en matière de demandes formatrices¹⁵.
12. Enfin, il n'appartient pas au tribunal saisi erronément de statuer sur le respect du délai, dans la mesure où ce tribunal n'est pas compétent. Le juge à qui la cause est transmise se chargera de résoudre la question¹⁶.

B. Tribunal « incompétent »

1. Champ d'application

a) Type d'autorité

13. L'article 143 al. 1^{bis} nCPC s'adresse aussi bien aux tribunaux, de première ou deuxième instance, qu'aux autorités de conciliation¹⁷. Il ne vise en revanche pas les tribunaux arbitraux¹⁸. La disposition ne devrait pas s'appliquer aux autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, dans la mesure où l'article 444 al. 2 CC, applicable devant les autorités de protection de l'adulte et, par renvoi de l'article 314 al. 1 CC, de l'enfant, prévoit que l'autorité incompétente transmet d'office l'affaire à l'autorité qu'elle tient pour compétente. La question est dès lors réglée par le Code civil.

¹⁵ PC CPC-ABBET, art. 143 CPC N 15.

¹⁶ Comp. BSK StPO-RIEDO, art. 91 CPP N 48 ; CR CPP-STOLL, art. 91 CPP N 21.

¹⁷ Message CPC 2020, 2656 ; BALMER, 211 ; HURNI/HOFMANN, 216.

¹⁸ LÖTSCHER/PLATTNER, 698.

b) Incompétence manifeste ?

14. Le tribunal doit être « incompétent ». L'incompétence peut être locale, matérielle ou fonctionnelle. S'agissant de l'incompétence fonctionnelle, on peut considérer que le devoir de transmettre ne repose pas sur l'article 143 al. 1^{bis}, mais sur le principe général de l'interdiction du formalisme excessif¹⁹.

Ainsi, l'appel adressé à la Chambre des recours du Tribunal cantonal au lieu de la Cour d'appel de cette même autorité doit être transmis à celle-ci, sur la base de l'interdiction du formalisme excessif : il ne s'agit là que de subdivisions d'une même juridiction.

15. Comme on l'a vu²⁰, il n'est pas nécessaire que l'incompétence soit manifeste, c'est-à-dire évidente et incontestable. La disposition s'appliquera dès que le tribunal, après examen, conclut qu'il ne peut pas entrer en matière en raison de son incompétence. En cas de doute, il doit instruire la question et statuer sur sa compétence, sauf si la théorie des faits de double pertinence est applicable²¹.
16. L'incompétence de l'autorité de conciliation doit en revanche être « manifeste », dès lors que, selon la jurisprudence, une décision d'irrecevabilité de cette autorité ne peut entrer en ligne de compte que « lorsqu'elle est à même d'établir de manière fiable, en fait et en droit, son incompétence, sans devoir procéder à d'importantes investigations »²². Faute d'incompétence manifeste, l'autorité de conciliation doit entrer en matière et mener la conciliation. En matière de compétence locale, le Tribunal fédéral précise qu'une décision d'irrecevabilité de l'autorité de conciliation peut intervenir si celle-ci est manifestement incompétente à raison du lieu et qu'une acceptation tacite de compétence est d'emblée exclue selon l'article 18 CPC, à savoir en cas de fors impératifs ou semi-impératifs²³. A défaut et si la partie adverse soulève l'exception

¹⁹ RÉTORNAZ, 192 s., qui cite l'ATF 113Ia 94, consid. 2, rendu antérieurement à l'unification de la procédure civile.

²⁰ Cf. *supra* N 5 ss.

²¹ Sur cette théorie, voir ATF 147 III 159, consid. 2 et les réf. citées.

²² ATF 146 III 265, consid. 4.2-4.3 ; ATF 146 III 47, consid. 4.2.

²³ ATF 146 III 265, consid. 4.3.

d'incompétence locale, l'autorité de conciliation ne peut rendre une décision de non-entrée en matière que si l'incompétence présente un caractère manifeste²⁴.

2. Par erreur

17. L'article 143 al. 1^{bis} indique que la partie doit avoir adressé l'acte « par erreur » (« *irrtümlich* »). La condition de l'erreur rejoint la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral selon laquelle, si une partie adresse son acte à une autorité qu'elle sait incompétente, elle n'est pas protégée dans sa bonne foi et le principe du formalisme excessif ne trouve pas application²⁵. En effet, comme le relève notre haute cour à propos de l'article 32 al. 2 LP, qui a une teneur similaire, cette disposition « ne donne pas aux parties le droit de déposer leur acte auprès de l'autorité (incompétente) de leur choix, en lui laissant le soin de le faire suivre à l'autorité compétente. L'application de l'article 32 al. 2 LP suppose bien plutôt que l'intéressé se soit trouvé dans l'erreur sur l'autorité qu'il devait saisir, respectivement qu'il ait de bonne foi adresser son acte à l'autorité compétente pour en connaître »²⁶.
18. En pratique, la question de savoir si la partie a sciemment²⁷ agi devant l'autorité incompétente, ou s'il s'agit d'une inadvertance²⁸, est compliquée à résoudre : on ne connaît pas le for intérieur du plaideur ou de son représentant.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ ATF 145 III 487, consid. 3.4.5 ; ATF 140 III 636, consid. 3.5 ; TF 5A_674/2021 du 4 octobre 2021, consid. 3.3 ; TF 8D_5/2019 du 4 juin 2020, consid. 4.2.2 ; TF 1B_39/2016 du 29 mars 2016, consid. 2.1 ; BSK BGG-AMSTUTZ/ARNOLD, art. 48 LTF N 23a.

²⁶ TF 5A_674/2021 du 4 octobre 2021, consid. 3.3.

²⁷ Sur la notion d'action avec volonté et conscience, voir les développements de LÖTSCHER/PLATTNER, 705, qui se réfèrent à la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en lien avec l'art. 30 LPGA, en particulier l'ATF 141 V 162, consid. 4.5.1

²⁸ La version allemande du Message CPC 2020 utilise le terme de « *versehentlich* », que l'on peut traduire par « de manière accidentelle » ou « par inadvertance », voir Message CPC 2020 (version allemande), 2747.

19. Il faut dès lors distinguer selon que la compétence est dispositive ou impérative. En cas de compétence, locale ou matérielle, de nature dispositive, le demandeur ne sait pas d'emblée que l'autorité est incompétente, puisque cela dépend de la réaction du défendeur. Peut-il dès lors se trouver dans l'erreur ? Il est difficile, voire impossible, de savoir si la partie a agi avec l'espoir d'une acceptation tacite de son adversaire, ou si la partie croyait à tort que la compétence était légalement donnée. Selon nous, il faut présumer que l'acte n'a pas été adressé par erreur, sauf circonstances particulières, notamment lorsque la partie procède sans le concours d'un mandataire professionnel ou, en cas de représentation professionnelle, lorsque l'avocat a motivé de manière détaillée la question de la compétence, montrant ainsi qu'il n'entendait pas saisir une autorité incompétente²⁹. En l'absence d'erreur, il appartient au plaideur de redéposer son acte dans le délai d'un mois et devant la bonne autorité, conformément à l'article 63 CPC, et non au tribunal de transmettre d'office. La juridiction ne devrait pas interpellier la partie quant à sa volonté de saisir le tribunal incompétent³⁰, dans la mesure où, après que l'acceptation tacite ne s'est pas réalisée, il n'y a aucun moyen de vérifier la réalité de cette volonté au moment de déposer l'acte.

Par exemple, la prétention peut être portée au for légal et dispositif de Lausanne. La partie, assistée d'un avocat, agit à Neuchâtel. Une acceptation tacite étant possible, il n'y a pas de présomption d'erreur. En revanche, si la partie procède sans représentant professionnel, il faudra présumer qu'elle s'est trouvée dans l'erreur en saisissant le juge neuchâtelois, qui devra transmettre au juge lausannois.

20. En cas de compétence impérative, l'envoi à une autorité incompétente entraîne en principe l'existence d'une erreur, puisqu'il n'y a aucune stratégie procédurale possible³¹, le tribunal devant se

²⁹ LÖTSCHER/PLATTNER, 707 s., qui précisent qu'il importe peu que l'erreur soit fautive ou non ; BALMER, 210, retient qu'« on admettra plus facilement l'existence d'une erreur, et partant la nécessité d'une transmission d'office, en présence d'une personne sans formation juridique que d'un mandataire professionnel ».

³⁰ D'avis que l'autorité doit interpellier en cas d'incertitude sur l'erreur, HURNI/HOFMANN, 217.

³¹ LÖTSCHER/PLATTNER, 706.

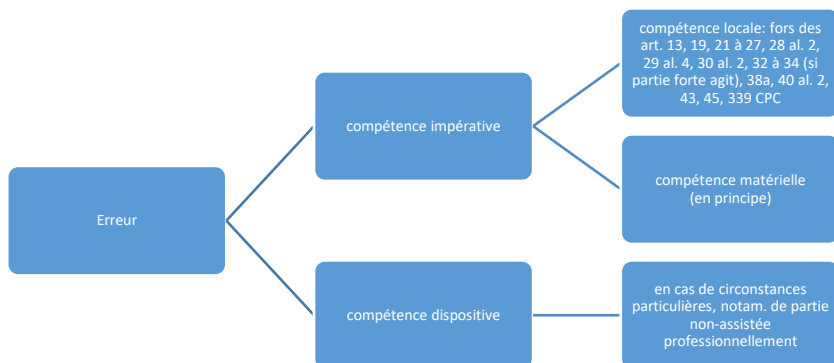
déclarer d'office et d'emblée incompétent. Le tribunal ne peut donc en principe pas présumer que la partie a sciemment saisi le mauvais tribunal.

Par exemple, le litige porte sur le droit du bail immobilier et la compétence appartient au Tribunal des baux. Si c'est le tribunal ordinaire qui est saisi, l'erreur est présumée, dans la mesure où la compétence du tribunal spécialisé est impérative. La transmission doit intervenir d'office.

21. La compétence matérielle n'est en principe pas à la libre disposition des parties, qui ne peuvent pas y déroger, sauf disposition contraire de la loi, fédérale ou cantonale³². Il faut donc partir du principe que la partie se trouve dans l'erreur en saisissant une autorité matériellement incompétente, puisque cette compétence est impérative. S'agissant de la compétence locale, le CPC désigne les fors qui sont impératifs (art. 9 al. 1 CPC). Il s'agit des fors portant sur les domaines suivants :

- mesures provisionnelles (art. 13 CPC)
- juridiction gracieuse (art. 19, 29 al. 4 et 30 al. 2 CPC)
- déclaration de décès ou d'absence (art. 21 CPC)
- modification du registre de l'état civil (art. 22 CPC)
- actions en droit de la famille (art. 23 à 27 CPC)
- mesures en rapport avec la dévolution (art. 28 al. 2 CPC)
- contrat de consommation, de bail immobilier ou de travail, lorsque la partie faible est actionnée (art. 32 à 34 CPC)
- dommages nucléaires (art. 38a CPC)
- réinscription au registre du commerce (art. 40 al. 2 CPC)
- annulation de papiers-valeurs et de polices d'assurance et interdiction de payer (art. 43 et 45 CPC)
- exécution forcée (art. 339 CPC)

³² ATF 142 III 515, consid. 2.2.1.



IV. Conséquences

A. Sauvegarde du délai

22. Si les conditions de l'article 143 al. 1^{bis} sont réalisées, la première conséquence est que le délai auquel l'acte est soumis est réputé sauvegardé. La date à prendre en compte est donc celle de l'expédition à l'autorité incompétente, selon l'article 143 al. 1 CPC.
23. La sauvegarde du délai ne vaut toutefois que si le tribunal transmet l'acte à un autre tribunal. Les deux phrases de l'article 143 al. 1^{bis} sont en effet intimement liées. En l'absence de transmission d'office, la sauvegarde du délai ne peut valoir que par application de l'article 63 CPC.

B. Décision d'irrecevabilité et transmission au tribunal « compétent »

24. La seconde conséquence de l'article 143 al. 1^{bis} est que le tribunal incompétent doit rendre une décision d'irrecevabilité et transmettre l'acte d'office au tribunal « compétent ». A notre sens, un seul dispositif doit être rendu à cet égard, car la transmission est le

corollaire de l'irrecevabilité. Il s'agit d'une décision finale³³, qui peut être attaquée par un appel, subsidiairement par un recours, dans le cadre duquel la partie pourra contester le prononcé d'irrecevabilité pour cause d'incompétence, si elle tient ladite autorité pour compétente, ou la décision de transmettre l'acte, à savoir soit que les conditions pour transmettre ne sont pas remplies, soit que l'autorité désignée n'est pas la bonne et que la transmission doit se faire auprès d'une autre juridiction³⁴.

25. La transmission n'est imposée que si un autre tribunal « suisse » est compétent, à l'intérieur ou à l'extérieur du canton³⁵. Elle n'aura pas lieu auprès d'une autorité étrangère. Elle ne peut par ailleurs être accomplie qu'auprès d'un tribunal « civil », appliquant le CPC, et non par exemple d'une autorité pénale ou administrative³⁶. Elle concerne tant les tribunaux que les autorités de conciliation³⁷. Elle devrait viser également les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, appliquant le CPC par analogie selon l'article 450f CC³⁸.
26. La transmission ne devrait pas concerner les tribunaux arbitraux, devant lesquels les règles générales du CPC ne s'appliquent pas. Elle pourrait par ailleurs s'avérer pratiquement impossible, lorsque le tribunal arbitral n'a pas été constitué³⁹.
27. Lorsque plusieurs tribunaux sont alternativement compétents, en particulier en cas de fors alternatifs, plusieurs auteurs considèrent qu'il n'y a pas de place pour l'application de l'article 143 al. 1^{bis}, puisque la disposition se réfère à « un autre tribunal » et que le choix du for appartient aux parties et non à l'autorité⁴⁰. Cette solution

³³ LÖTSCHER/PLATTNER, 716.

³⁴ LÖTSCHER/PLATTNER, 721.

³⁵ LÖTSCHER/PLATTNER, 700. D'un avis différent : BALMER, 211, qui s'en tient à une transmission intracantonale ou auprès d'une autorité fédérale.

³⁶ HURNI/HOFMANN, 216 ; LÖTSCHER/PLATTNER, 700.

³⁷ LÖTSCHER/PLATTNER, 700.

³⁸ D'un avis différent : PC CPC-ABBET, art. 143 CPC N 17.

³⁹ LÖTSCHER/PLATTNER, 701.

⁴⁰ BALMER, 212 ; HOFMANN/LÜSCHER, 95 ; LÖTSCHER/PLATTNER, 712 s. D'un avis différent : STAEHELIN/VON MUTZENBECHER, 823, qui estiment qu'un délai doit être imparti à la partie pour qu'elle se détermine sur l'autorité à qui transmettre. Voir également BOHNET/SCHALLER, 195, qui, au regard du Projet,

nous semble correspondre au principe selon lequel il appartient aux parties, et non au juge, de déterminer le tribunal qui doit mener le procès. Ce n'est donc pas le juge qui doit décider à la place du plaideur, en cas de compétences alternatives. Certes, une interpellation serait envisageable, à savoir que le tribunal demande à la partie s'il doit transmettre à tel tribunal ou à tel autre⁴¹. Mais elle peut créer des difficultés et retarder la procédure, notamment si la partie ne répond pas ou si elle indique un autre tribunal encore que ceux indiqués par l'autorité. Par ailleurs, la loi n'indique pas que la partie doit être consultée, contrairement à l'article 60a AP-CPC qui prévoyait expressément que le procès devait être renvoyé « au tribunal désigné » par le demandeur⁴². Il revient donc à la partie demanderesse, qui reçoit une décision d'irrecevabilité, de choisir l'autorité à saisir, le cas échéant dans le délai d'un mois si elle veut maintenir la litispendance (art. 63 CPC). Autrement dit, l'obligation de transmission ne s'applique qu'en cas de for prorogé exclusif (art. 17 al. 1, seconde phrase, CPC), de for légal unique ou de fors alternatifs qui portent sur un lieu identique dans un cas d'espèce.

Par exemple, l'article 31 CPC prévoit alternativement le for du domicile du défendeur ou de la prestation caractéristique du contrat. Si, dans un cas d'espèce, le domicile du défendeur correspond au lieu de la prestation caractéristique, il y a une compétence unique en ce lieu.

28. Les fors légaux uniques sont les suivantes :

- for général (art. 10 CPC)
- for de l'établissement ou de la succursale (art. 12 CPC), sauf en cas de pluralité d'établissements ou de succursales ayant un lien avec le litige

qui estiment que la seconde phrase s'applique que si un tribunal suisse est manifestement compétent.

⁴¹ Il ne nous semble à cet égard pas admissible que l'autorité demande simplement à la partie à qui transmettre, sans indiquer quelles autorités elle tient pour compétentes. D'une part, le but de l'art. 143 al. 1^{bis} CPC est de rendre la procédure civile plus « *laienfremdlich* », d'autre part, il n'y aurait aucun intérêt à interpellier si le travail consistant à déterminer quelle autorité est compétente revient, *in fine*, au plaideur, ce qu'il peut faire par le biais de l'art. 63 CPC.

⁴² Cf. *supra* N 7.

- juridiction gracieuse (art. 19 CPC)
- déclaration de décès ou d'absence (art. 21 CPC)
- modification des registres de l'état civil (art. 22 CPC)
- requête en séparation de biens émanant de l'autorité de surveillance en matière de poursuite pour dettes et la faillite (art. 23 al. 2 CPC)
- actions successorales et action en liquidation du régime matrimonial faisant suite au décès de l'un des conjoints ou de l'un des partenaires enregistrés (art. 28 al. 1 CPC)
- mesures en rapport avec la dévolution (art. 28 al. 2 CPC)
- actions réelles immobilières (art. 29 al. 1, 3 et 4 CPC)
- action fondée sur un contrat de consommation lorsqu'elle est intentée par le fournisseur (art. 32 al. 1 lit. b CPC)
- action relevant du bail immobilier (art. 33 CPC)
- action découlant d'un accident nucléaire (art. 38a CPC)
- action en réinscription au registre du commerce (art. 40 al. 2 CPC)
- actions en annulation de papiers-valeurs et de polices d'assurance, ainsi qu'en interdiction de payer au sens des art. 43 et 45 CPC.

C. Transmissions en chaîne ?

29. La transmission à un autre tribunal n'a pas pour effet de fonder la compétence de celui-ci⁴³. Si l'autorité à qui la cause est transmise se considère à son tour incompétente, elle doit rendre une décision d'irrecevabilité. Doit-elle également transmettre l'acte à l'autorité qu'elle tient pour compétente ? A notre avis non, car l'acte n'a pas été transmis par une partie dans un délai, mais par un tribunal. Des transmissions en chaîne apparaissent dès lors exclues. Il appartient

⁴³ LÖTSCHER/PLATTNER, 718.

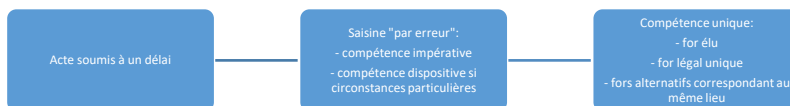
le cas échéant à la partie de redéposer son acte dans le délai d'un mois, devant l'autorité qu'elle tient pour compétente, en application de l'article 63 CPC, la date déterminante étant celle du premier dépôt, devant le tribunal qui a transmis l'acte.

V. Synthèse

30. Il découle de ce qui précède que l'obligation de transmission prévue à l'article 143 al. 1^{bis} suppose que les éléments cumulatifs suivants soient réalisés :

- l'acte en cause est soumis à un délai ;
- il a été déposé devant un tribunal incompétent ;
- la partie se trouvait dans l'erreur, ce qui suppose une compétence impérative ou, en cas de compétence dispositive, que des circonstances particulières justifient l'erreur, notamment le fait que la partie ne soit pas assistée professionnellement ou qu'elle ait motivé en détails la question de la compétence ;
- le *judex ad quem* dispose d'une compétence, matérielle et locale, unique.

Schéma de synthèse :



31. En définitive, les cas dans lesquels l'autorité devra transmettre resteront plutôt limités. A défaut de transmission, la sauvegarde du délai pourra résulter de l'article 63 CPC, si la partie redépose son acte dans le délai d'un mois.

VI. Droit transitoire

32. L'article 407f nCPC prévoit que l'article 143 al. 1^{bis} s'appliquera aux procédures déjà pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la révision. Il n'y aura donc pas de distinction à faire entre les procédures déjà pendantes au 1^{er} janvier 2025 et celles introduites à partir de cette date, ce qui signifie que le juge devra transmettre dès que les conditions seront réunies.

Bibliographie

BALMER DOMINIK, Transmission d'office et décision d'irrecevabilité, recht 4/2022 207 ss

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Code de procédure civile, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR)

BOHNET FRANÇOIS/SCHALLER JULITTE, Projet 2020 de révision du Code de procédure civile : plaidoyer pour la jurisprudence, SJ 2020 II 189 ss

CHABLOZ ISABELLE/DIETSCHY-MARTENET PATRICIA/HEINZMANN MICHEL (édit.), Code de procédure civile (CPC), Petit commentaire, Bâle 2020 (cité : PC CPC-AUTEUR)

HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, 3^e éd., Berne 2023

HURNI BAPTISTE/HOFMANN DAVID, Délais, faits nouveaux et réplique dans le CPC révisé, Revue de l'avocat 5/2023 209 ss

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE (édit.), Code de procédure pénale, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-AUTEUR)

LÖTSCHER CORDULA/PLATTNER PATRICK, Die Weiterleitungspflicht nach Art. 143 Abs. 1^{bis} revZPO, RSPC 6/2023 689 ss

NIGGLI MARCEL/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (édit.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2023 (cité : BSK StPO-AUTEUR)

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (édit.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3^e éd., Bâle 2018 (cité : BSK BGG-AUTEUR)

RÉTORNAZ VALENTIN, Note à l'arrêt 4A_453/2023, RSPC 2/2024 192 s.

STAEHELIN DANIEL/VON MUTZENBECHER FLORENCE, Die Revision der ZPO vom 17. März 2023, RSJ 119/2023 815 ss

Le droit transitoire applicable aux règles introduites par la novelle du 17 mars 2023

par

Denis Tappy

Professeur honoraire à l'Université de Lausanne

I. Introduction.....	212
II. Rappel du droit transitoire du nouveau CPC au 1 ^{er} janvier 2011	213
III. Règles particulières de la novelle du 17 mars 2023.....	214
IV. Quelques problèmes particuliers	223
A. Changements concernant les avances et le règlement des frais.....	223
B. Changements concernant les preuves.....	226
V. Conclusion.....	233
Bibliographie spécifique.....	236

I. Introduction

1. En procédure civile, les modifications législatives ne s'appliquent classiquement qu'aux procès commencés après leur entrée en vigueur. Ce système évite des difficultés, mais a pour inconvénient que certaines innovations conçues comme des progrès resteront pour certains litiges lettre morte, parfois des années après leur introduction. Aussi le principe précité n'a-t-il plus guère la cote au XXI^e siècle. Il n'a que partiellement été respecté pour l'entrée en vigueur du CPC fédéral du 2007 lui-même¹. Nous verrons que des exceptions au système adopté à ce moment ont encore été introduites par le législateur de 2023 pour de nombreuses dispositions nouvelles, chaque fois dans le sens d'une application de celles-ci même à des procès pendant avant le 1^{er} janvier 2025.
2. Il peut en résulter des implications pratiques considérables : en cette fin d'année 2024, se pose pour les parties et leurs avocats la question de savoir s'il est intéressant pour eux d'ouvrir une action qu'ils envisagent avant ou après le 31 décembre prochain ! Cela changera en particulier le montant des avances de frais qui leur seront réclamées ou le sort desdites avances en cas de gain du procès. Des différences nous le verrons pourront aussi concerner le régime des novae en procédure ordinaire, certaines conséquences d'un défaut en procédure simplifiée ou le déroulement des procédures contentieuses de divorce, dont nous avons traité ailleurs dans le présent volume. A l'inverse, vu le nouvel article 407f, une innovation comme la possibilité de produire comme preuve une expertise privée ne dépendra pas d'une introduction avant ou après le 31 décembre 2024.
3. Ces questions ne semblent curieusement pas avoir beaucoup retenu l'attention : rares sont dans les nombreux travaux déjà publiés sur la novelle du 17 mars 2023 les auteurs qui en ont traité, et lorsqu'ils l'ont fait c'est souvent en se limitant à de brèves indications

¹ Depuis lors, plusieurs règles de droit transitoire spéciales ont prévu en principe l'application dès leur entrée en vigueur, même dans des procès en cours, de modifications du CPC des 28 septembre 2012, 20 mars 2015, 19 juin 2015, 14 décembre 2018 et du 25 septembre 2020 (art. 407a à 407e).

générales. Les travaux législatifs ne sont guère plus détaillés, nous y reviendrons, et l'article 407f n'est pas encore commenté en détail dans les commentaires ou précis généraux de procédure civile parus avant fin août 2024 et intégrant déjà les modifications du 17 mars 2023². Aussi en rédigeant les présentes lignes avons-nous eu parfois l'impression de nous aventurer en *terra incognita*.

II. Rappel du droit transitoire du nouveau CPC au 1^{er} janvier 2011

4. Le droit transitoire prévu par le CPC du 19 décembre 2008, entré en vigueur on le rappelle le 1^{er} janvier 2011, était régi par ses articles 404 ss, qui font tous l'objet de développements dans les nombreux commentaires de ce code. Très en bref, ledit droit transitoire s'articulait autour des règles suivantes :
 - L'ancien droit, soit essentiellement les règles des divers codes de procédure civile cantonaux, continuait à régir en première instance les procès ouverts avant le 1^{er} janvier 2011 (art. 404 al. 1), sous réserve de solutions particulières concernant les changements en matière de compétence à raison du lieu (art. 404 al. 2).
 - Pour la deuxième instance en revanche, les nouvelles règles concernant les appels et les recours (art. 308 ss et 319 ss) s'appliquaient même à la contestation d'une décision de première instance rendue selon l'ancien droit, pour autant que ladite décision ait été communiquée aux parties après le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1).
 - Une révision demandée depuis le 1^{er} janvier 2011 était néanmoins soumise dans tous les cas au nouveau droit, même si

² Le nouvel art. 407f sera évidemment discuté dans les commentaires plus importants du CPC, en allemand, en français ou en italien, dont de nouvelles éditions mises à jour sont annoncées pour fin 2024 ou pour 2025, mais aucun n'était disponible au moment où nous rédigeons ces lignes. En dehors de remarques isolées dans des études sur des aspects particuliers de la novelle, seuls HOFFMANN/LÜSCHER, 428 s., y avaient à notre connaissance déjà consacré dès 2023 deux pages accompagnées d'exemples.

elle était dirigée contre une décision rendue et communiquée avant cette date (art. 405 al. 2).

- Des solutions particulières, qui ne nous intéressent pas pour la suite de notre présentation, concernaient enfin la validité des élections de for (art. 406), celle des conventions d'arbitrage conclues avant 2011 (art. 407 al. 1) et quelques règles spécifiques en matière de procédure arbitrale (art. 407 al. 2 à 4)³.

III. Règles particulières de la novelle du 17 mars 2023

5. Initialement, ni l'avant-projet de 2018 ou son rapport explicatif, ni le projet du Conseil fédéral du 26 février 2020 ou le Message n'évoquaient le droit transitoire. Aucune règle particulière en la matière n'était proposée. On peut se demander si cela impliquait, dans l'esprit du gouvernement, que les modifications proposées au texte initial du CPC devaient comme ce dernier obéir aux règles de droit transitoire des articles 404 ss décrites ci-dessus, ou au contraire être toutes applicables dès l'entrée en vigueur de la novelle même aux procès déjà en cours⁴, ce qui serait allé dans le sens des choix législatifs effectués, nous l'avons vu, en 2012, 2015 ou 2020⁵.
6. Peu importe toutefois, car les travaux parlementaires ont conduit à l'adoption d'une réglementation particulière. Sur une proposition de sa commission, le Conseil national a en effet voté le 10 juin 2022 une disposition prévoyant que certaines des innovations introduites, mais pas toutes, seraient applicables même à des procédures en

³ Bien qu'elles ne portent que sur des détails, la novelle du 17 mars 2023 apporte quelques modifications aux règles sur l'arbitrage interne des 353 ss. Elles ne figurent pas dans l'énumération du nouvel art. 407f et devraient suivre les règles de droit transitoire spécifiques de l'ancien art. 407, mais nous nous remettons aux spécialistes de ce domaine du soin d'étudier les problèmes que cela pourrait le cas échéant poser.

⁴ Bien que la question n'ait jamais été tranchée clairement, l'idée a été exprimée en doctrine qu'à défaut de règles spéciales les modifications du CPC postérieures au 1^{er} janvier 2011 ne suivraient pas les règles des art. 404 ss, mais seraient immédiatement applicables même dans les procès en cours au moment de leur entrée en vigueur, cf. KomZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, art. 404 N 7 ; CR CPC-TAPPY, art. 404 N 5.

⁵ Cf. *supra* N 1 n. 1.

cours au moment de l'entrée en vigueur de la novelle. La Chambre basse a aussi introduit par la même occasion une retouche purement terminologique au texte français de l'article 405 al. 1⁶. Le Conseil des Etats s'est ensuite rallié en principe à ces adjonctions à la fin de son deuxième examen, le 10 mai 2022. Légèrement étendue durant la fin des travaux parlementaires⁷, la liste de dispositions applicables même aux procédures en cours, initialement conçue comme un nouvel article 407e⁸, est finalement devenue l'article 407f de la novelle du 17 mars 2023.

7. Ce qui précède prouve à notre avis la volonté du Parlement de soumettre en principe aux anciens articles 404 et 405 toutes les innovations de la novelle du 17 mars 2023 non mentionnées dans l'énumération du nouvel article 407f⁹. Sans quoi, il n'y aurait aucune solution satisfaisant pour le droit transitoire applicable à la bonne cinquantaine de dispositions concernées. Nous ne pouvons imaginer de donner aux termes précités de « *procédure en cours* » un sens plus large que celui qui s'était appliqué en 2011, en pensant par exemple que le législateur a voulu, selon ledit article 407f *a contrario*, que les dispositions non mentionnées par ce dernier ne s'appliquent

⁶ Comme dans d'autres dispositions, « *les voies de droit* » ont été substituées aux mots « *les recours* » qui figuraient dans l'ancienne version française dudit art. 405 al. 1, afin de bien montrer que la règle ne concernait pas exclusivement les recours au sens strict des art. 319 ss, ce qui résultait déjà précédemment des versions allemande et italienne.

⁷ Aux dispositions figurant dans le nouvel article voté le 10 juin 2022 par le Conseil national, ont encore été ajoutées par la Chambre haute le 12 septembre 2022 les nouvelles règles des art. 206, 315, 325 et 326, puis par la Chambre basse le 12 décembre 2022 les art. 239 et 336.

⁸ Entretemps étaient en effet entrées en vigueur au 1^{er} septembre 2022 des modifications du CPC du 25 septembre 2020 liées à la nouvelle loi sur la protection des données (RO 2023 491 ss), qui comportaient déjà leurs propres règles transitoires sous forme d'un art. 407e.

⁹ Il serait trop long d'énumérer ici les modifications résultant de la novelle du 17 mars 2023 ne figurant pas dans l'énumération du nouvel art. 407f, puisqu'il s'agit des deux tiers environ des dispositions du CPC affectées par celle-ci. Nous verrons toutefois qu'en réalité la règle de l'art. 404 al. 1 n'aura guère de sens pour certaines retouches législatives purement terminologiques ou ayant seulement codifié une jurisprudence, sans induire par conséquent de changement juridique véritable.

ni aux procès en première instance déjà ouverts au 31 décembre 2024, ni aux appels ou recours même ultérieurs dans de telles procédures. Une preuve contraire nous paraît d'ailleurs résulter du fait que le Parlement a aussi légèrement retouché le texte français de l'article 405 al. 1. Or on peut tenir pour quasi certain que ce dernier ne peut plus être appliqué aujourd'hui dans les affaires pour lesquelles il a été conçu en 2008¹⁰. Le législateur n'aurait pas estimé utile de modifier cette disposition s'il n'avait pas implicitement envisagé qu'elle puisse recevoir une application actualisée !

8. Ajoutons que le législateur de 2023 a retenu comme d'application immédiate, même dans les procédures en cours, aussi bien des dispositions concernant exclusivement la première instance¹¹, que d'autres spécifiques à la deuxième¹², ou encore des règles pouvant s'appliquer aussi bien dans l'une que dans l'autre¹³. Sur la base d'une analyse systématique, cela conduit nous semble-t-il à distinguer au sein des modifications résultant de la novelle du 17 mars 2023, sous l'angle du droit transitoire, les groupes de normes suivants :
 - Des règles concernant la première instance exclusivement et qui n'apparaissent pas dans le nouvel article 407f. Dans ce cas elles ne s'appliqueront que dans les procès ouverts (le cas échéant déjà

¹⁰ Lorsque le Parlement a modifié l'art. 405 al. 1 de la manière évoquée ci-dessus, quelque douze ans après le passage des codes de procédure civile cantonaux au CPC, il n'était plus imaginable que des décisions rendues avant fin 2010 soient encore susceptibles de voies de droit autres qu'éventuellement une révision, pour laquelle des règles spéciales résultent de l'art. 405 al. 2. Par ailleurs, même en supposant des aléas procéduraux complexes (suspensions, annulations d'arrêts par le Tribunal fédéral suivis de renvois en deuxième instance cantonale, etc.), il ne doit plus rester non plus d'appels ou de recours soumis audit ancien droit et encore pendants aujourd'hui.

¹¹ Par exemple les modifications concernant la procédure de conciliation présentées dans le présent volume par MICHEL HEINZMANN.

¹² C'est le cas en particulier de la plupart des règles présentées dans le présent volume par NICOLAS JEANDIN.

¹³ Telles sont notamment beaucoup des normes modifiées dans la partie générale du CPC, comme celles sur les langues autorisées, sur le droit de réplique spontanée, sur les audiences en vidéoconférence, etc.

par une requête de conciliation quand celle-ci permet de créer une litispendance, cf. art. 62) après le 31 décembre 2024¹⁴.

- Des règles concernant la première instance exclusivement et qui apparaissent dans le nouvel article 407f. Dans ce cas, elles s'appliqueront dès le 1^{er} janvier 2025 à toutes les procédures en cours à cette date ou ouvertes après, qu'elles soient au stade de la conciliation préalable, de l'échange des écritures ou des débats devant le juge du fond, ou même des délibérations¹⁵.
- Des règles concernant la deuxième instance exclusivement et qui n'apparaissent pas dans le nouvel article 407f. Dans ce cas elles ne s'appliqueront aux appels ou recours interjetés, même contre des procès s'étant déroulés en première instance principalement avant l'entrée en vigueur de la novelle du 17 mars 2023, que pour autant qu'ils soient dirigés contre des décisions en première instance communiquées aux parties à partir du 1^{er} janvier 2025¹⁶. Pour éviter le risque d'une application distincte selon la partie concernée, il faudra considérer à cet égard, non la date de réception de la décision selon la règle habituelle généralement applicable aux actes du juge, mais celle de son expédition par le

¹⁴ Cf. HOFFMANN/LÜSCHER, 429, pour les nouvelles règles de l'art. 85 al. 2 sur le chiffrage en cours de procès des actions en paiement initialement non chiffrées.

¹⁵ Si par exemple, dans une affaire où une décision finale non motivée a été notifiée avant le 31 décembre 2024, la motivation peut encore être demandée en 2025, c'est selon nous sur le nouvel art. 336 al. 3 qu'il faudra s'appuyer pour déterminer si le dispositif peut déjà avoir à partir du 1^{er} janvier 2025 un caractère exécutoire.

¹⁶ Cela vaudra en particulier pour le nouveau délai d'appel et la nouvelle recevabilité de l'appel joint dans certaines affaires du droit de la famille instruites en procédure sommaire, puisque l'art. 314 ne figure pas dans l'énumération du nouvel art. 407f. Si par exemple une décision de mesures protectrices de l'union conjugale fixant une pension pour un conjoint entre le montant auquel prétendait le créancier et celui que l'autre conjoint était d'accord de payer est adressée aux parties à fin décembre 2024, le délai pour appeler restera de 10 jours même si ces 10 jours échoient en janvier et le membre du couple qui n'aurait pas interjeté d'appel principal ne pourra reprendre ses conclusions de première instance dans un appel joint, même si sa réponse à l'appel adverse est déposée en 2025. En revanche vu l'art. 405 al. 1 le délai d'appel sera de 30 jours et l'appel joint possible s'agissant d'une décision de première instance rendue en 2025 même dans une procédure de mesures protectrices ouverte en 2024, cf. HOFFMANN/LÜSCHER, 429.

tribunal de première instance¹⁷. En cas de communication dans un premier temps seulement du dispositif écrit avec envoi ultérieur et sur demande d'une motivation, c'est la première date qui devrait être déterminante, même si le délai d'appel ou de recours ne commence à courir que sensiblement plus tard¹⁸. Ajoutons que, si le futur texte de l'article 405 al. 1 va mentionner les « *voies de droit* » en générale, le régime ci-dessus concernera en réalité essentiellement les appels et les recours selon les articles 308 ss ou 319 ss¹⁹.

- Des règles concernant la deuxième instance exclusivement et qui apparaissent dans le nouvel article 407f. Elles seront donc applicables même à des procédures d'appel ou de recours pendantes au 31 décembre 2024²⁰.
- Des règles concernant l'ensemble de la procédure civile et qui apparaissent dans le nouvel article 407f. Dans ce cas évidemment

¹⁷ Cf. ATF 137 III 127 ; ATF 137 III 130 ; CR CPC-TAPPY, art. 405 N 10.

¹⁸ Cf. ATF 137 III 127 ; CR CPC-TAPPY, art. 405 N 9.

¹⁹ Bien que la notion de « *voie de droit* » puisse recouvrir d'autres institutions encore, comme la révision (art. 328 ss), l'interprétation ou la rectification (art. 334), voire la restitution (art. 148 s.) ou certaines formes de réexamen dans les cas permis par la loi (cf. notamment art. 120 ou 256 al. 2), des règles de droit transitoire au 1^{er} janvier 2025 ne sauraient concerner les quatre dernières institutions : la novelle du 17 mars 2023 n'a en effet rien changé aux règles touchant la rectification ou l'interprétation, pas plus qu'aux dispositions permettant des formes de réexamen. Par ailleurs le nouvel art. 149 *in fine* ne permettant pas d'attaquer en deuxième instance un refus de restitution « *à moins que le refus de restitution n'entraîne la perte définitive du droit* » ne fait en réalité que codifier une règle prétorienne (ATF 139 III 478, RSPC 2014 135), déjà applicable aujourd'hui, de telle sorte qu'il n'y a en réalité aucun changement de solution dans ce domaine avant et après le 1^{er} janvier 2025. Enfin les modifications touchant la révision (nouveaux art. 328 et 331) n'ont certes pas été incluses dans la liste de dispositions applicables dès l'entrée en vigueur du nouveau droit même à des procédures en cours. Elles s'appliqueront cependant selon nous en vertu de l'art. 405 al. 2 même à des décisions devenues définitives avant le 31 décembre 2024, et donc *a fortiori* à des décisions communiquées après.

²⁰ En particulier, vu la mention des art. 318 et 327 al. 5 dans le nouvel art. 407f, tous les arrêts civils de deuxième instance rendus à partir du 1^{er} janvier 2025 devraient « *généralement* » (nouvel art. 239 al. 1, auquel les dispositions précitées renverront) prendre la forme d'un dispositif écrit motivé seulement sur demande d'une des parties.

elles pourront être appliquées à tous les niveaux dès le 1^{er} janvier 2025, même si le procès a débuté depuis longtemps²¹. Restera évidemment à savoir dans certains cas si le stade d'avancement du procès rendra une telle application encore possible. Nous y reviendrons à propos des innovations du 17 mars 2023 en matière de preuves.

- Des règles concernant l'ensemble de la procédure civile et qui n'apparaissent pas dans le nouvel article 407f. Elles s'appliqueront évidemment toutes les procédures postérieures au 1^{er} janvier 2025 alors que, pour les procès déjà pendant à cette date, elles suivront selon nous alors les règles des articles 404 et 405 selon que la question se posera en première instance ou en deuxième²². La question sera particulièrement d'importance à propos des avances et du règlement des frais, sur lesquels nous reviendrons.

²¹ Cela devrait valoir par exemple pour la possibilité de tenir dès le 1^{er} janvier 2025 des audiences ou de procéder à des auditions par vidéoconférence, aux conditions des nouveaux art. 141a, 141b, 170a et 176a, cela devant le juge de première instance au fond, cf. HOFFMANN/LÜSCHER, 429, mais aussi en procédure de conciliation ou en appel. A notre avis il en ira ainsi également pour la possibilité de procéder à des convocations selon le nouvel art. 133 let. d. Certes celui-ci n'est pas mentionné par le nouvel art. 407f et on ne doit pas facilement supposer une inadvertance du législateur, mais il serait absurde de considérer que, dans des procédures ouvertes avant le 31 décembre 2024 et se poursuivant après, le juge pourrait tenir des audiences en vidéoconférence mais pas y convoquer les parties.

²² Ce sera ainsi vrai pour la réglementation des langues utilisables dans le procès selon le nouvel art. 129. Comme celui-ci ne figure pas dans l'énumération de l'art. 407f, il ne pourra être passé en première instance à l'anglais dans les affaires commerciales internationales ou à une autre langue nationale que celle(s) du canton concerné pour les autres procès dans des causes ouvertes en 2024 ou plus tôt, même avec les adaptations nécessaires du droit cantonal et l'accord de toutes les parties. En revanche, selon notre compréhension du nouveau droit transitoire, des appels ou recours en anglais ou dans une telle autre langue nationale devraient pouvoir être interjetés, si ces conditions sont remplies, après le 31 décembre 2024 contre une décision rendue postérieurement même dans un procès déjà pendant avant. Le quatrième exemple donné par HOFFMANN/LÜSCHER, 429, ne nous paraît donc juste que s'il s'agit de reprendre en 2025 devant la première instance le cours d'un procès commencé sous l'ancien droit (notamment à la suite d'une annulation par une juridiction supérieure), non de demander que la procédure se poursuive en appel dans une autre langue selon le nouvel art. 129.

9. On voit que le droit transitoire se déduisant du nouvel article 407f conduira logiquement à des distinctions assez nombreuses. Encore faut-il selon nous y ajouter des exceptions résultant de deux situations particulières au moins.
10. D'abord, on sait que plusieurs des modifications résultant de la novelle du 17 mars 2023 sont purement formelles et ne devaient pas entraîner aux yeux du législateur de véritable changement du droit applicable. Il s'agit d'une part de retouches terminologiques²³, dont le remplacement à l'article 225 et en français seulement de « *second* » par « *deuxième* » est un exemple emblématique. Le législateur n'a pas effectué ce changement sans intention, mais il s'agissait au plus de rendre plus clair et plus cohérent le texte légal, non d'introduire des règles nouvelles par rapport à l'ancien droit. Aussi peu importera en définitive que ce soit l'ancienne ou la nouvelle disposition qui soit applicable dans une procédure donnée. Même si le nouvel article 225 précité ne figure pas dans l'énumération de l'article 407f et ne devrait donc pas s'appliquer à partir du 1^{er} janvier 2025 dans un procès ouvert avant, cela ne changera en réalité rien... Il en ira de même là où le législateur s'est contenté de codifier une règle prétorienne, ce qui est par exemple le cas de l'ouverture à appel ou recours contre un refus de restitution entraînant la perte définitive du droit²⁴.
11. A l'inverse ensuite, certaines des règles de la novelle du 17 mars 2023 expriment moins la volonté du Parlement d'innover que de mettre fin à une solution prétorienne jugée inopportune. Lorsque le nouveau texte légal a essentiellement pour but de forcer le Tribunal fédéral à renoncer à une jurisprudence critiquée pour consacrer une solution qui, avant ladite jurisprudence, était parfois préconisée *de*

²³ Est purement terminologique par exemple le remplacement, dans diverses dispositions, de « *proposition de jugement* » par « *proposition de décision* », et il en va sans doute de même de changements limités au texte français du CPC destinés à établir une plus grande concordance entre les langues nationales, comme la substitution, là aussi dans plusieurs articles, de « *voies de droit* » à « *recours* [au sens large] », lorsque l'allemand parlait de *Rechtsmittel*, ou celle d'« *examiner* » au lieu d'« *établir* » pour rendre l'opposition entre *erforschen* et *feststellen*.

²⁴ Voir le nouvel art. 149 *in fine*, codifiant la règle prétorienne résultant de l'arrêt ATF 139 III 478, RSPC 2014 135.

lege lata par la doctrine, voire par certains arrêts cantonaux, on est en réalité très proche d'un cas d'interprétation authentique²⁵ où le législateur lui-même vient surtout préciser comment il fallait entendre un texte légal antérieur insuffisamment clair. Dans ce cas, il est concevable que le Tribunal fédéral s'incline et revoie sa jurisprudence contestée avant même l'entrée en vigueur de la nouvelle loi dans le sens de la novelle²⁶. Il s'agit alors d'une sorte d'effet anticipé de la nouvelle législation. A défaut d'une telle réception prétorienne anticipée de la nouvelle formulation légale, la logique voudrait que la norme modifiée fasse partie des dispositions immédiatement applicables dès le 1^{er} janvier 2025 même dans des procès déjà en cours²⁷. Mais si néanmoins l'interprétation authentique décrétée par le parlement est censée ne s'appliquer que dans des procédures postérieures au 1^{er} janvier 2025²⁸, des parties pourraient néanmoins tenter d'obtenir après cette date mais dans un procès plus ancien un changement de jurisprudence concrétisant un tel effet anticipé de la nouvelle législation²⁹. On pourrait même

²⁵ Cf. GROBÉTY, 446.

²⁶ Pour un exemple relatif au nouvel art. 222 CPP, cf. ATF 149 IV 135.

²⁷ C'est le cas pour le nouvel art. 177 *in fine* concernant l'admissibilité des expertises privées comme preuves.

²⁸ C'est curieusement le cas des changements à l'art. 229 présentés dans le présent volume par FRANÇOIS BOHNET, qui ne figurent pas dans l'énumération de l'art. 407f alors que ces changements sont censés remédier à des solutions prétoriennes jugées trop dures à propos du dernier moment pour introduire librement dans le cadre de la maxime des débats des allégués et des offres de preuve d'une part, l'attente admissible pour introduire des novae d'autre part.

²⁹ Ainsi les nouvelles règles de l'art. 245 précisant les conséquences d'un défaut en procédure simplifiée ne figurent pas dans l'énumération de l'art. 407f. Elles ne devraient donc normalement pas s'appliquer dans des procès commencés avant le 1^{er} janvier 2025. Elles consacrent cependant au moins en partie des solutions auparavant préconisées par divers auteurs et le Conseil national les a explicitement justifiées par son souhait de remédier aux conséquences selon lui trop dures de certaines interprétations jurisprudentielles, résultant en particulier de l'ATF 146 III 297 (voir aussi TF 4D_42/2021 du 6 août 2021, relatif à une procédure de décision devant l'autorité de conciliation selon l'art. 212, mais se référant à l'arrêt précédent). Un plaideur désavantagé par cette jurisprudence pourrait donc essayer, même à la fin de 2024, d'en obtenir un assouplissement dans le sens voulu par le Parlement. La question ne se posera plus pour le caractère de preuve des expertises privées dès le 1^{er} janvier 2025, puisque le nouvel art. 177 figure dans l'énumération de dispositions immédiatement applicables, mais certains avaient imaginé qu'au

imaginer un effet anticipé du nouveau droit dans des cas où celui-ci reprend une jurisprudence antérieure, mais va plus loin que la solution applicable *de lege lata*, sans y contrevenir³⁰.

12. Un tel effet anticipé pourrait peut-être aussi influencer la jurisprudence à rendre à l'avenir dans des affaires restant soumises à l'ancien droit. Ainsi HOFFMANN/LÜSCHER, 429, estiment-ils dans leur cinquième exemple que, vu la volonté du législateur résultant des modifications apportées aux art. 249, 250, 251, 251a et 305 de créer désormais un *numerus clausus* des cas d'application de la procédure sommaire, un tribunal ne pourrait plus dès le 1^{er} janvier 2025 décider de soumettre à cette procédure une affaire non mentionnée dans ces dispositions, même dans un procès entamé avant, et bien que lesdites dispositions ne figurent pas dans l'énumération de l'art. 407 f. C'est logiquement discutable, mais réaliste, car dans un domaine où il dispose d'une liberté d'appréciation un tribunal ne sera guère enclin à choisir une solution condamnée à terme par le législateur.

vu de cette future disposition le Tribunal fédéral abandonnerait auparavant sa jurisprudence niant la force probante desdites expertises, cf. HIRSCH CÉLIAN, L'expertise privée : encore une simple allégation, in www.lawinside.ch/1006/, ce qu'il n'a pas fait à notre connaissance jusqu'à présent, malgré des arrêts trahissant une certaine hésitation, cf. TF 4A_247/2020 du 7 décembre 2020 ; TF 4A_410/2021 du 13 décembre 2021 ; TF 4A_494/2020 du 24 juin 2022.

³⁰ Le nouvel art. 53 al. 3 nous paraît en fournir un bon exemple. Il tend à faire entrer dans la loi la règle sur le « droit de réplique spontanée » affirmé prétoriquement après de multiples condamnations de la Suisse par la Cour européenne des droits de l'Homme. Le nouveau texte légal va cependant plus loin que la jurisprudence codifiée, puisqu'il prévoit la fixation expresse d'un délai d'au moins dix jours pour se déterminer sur tout nouvel acte de la partie adverse, alors que selon la jurisprudence il pouvait parfois suffire d'avoir attendu suffisamment après la communication d'un tel acte, l'adversaire ayant reçu celle-ci étant censé savoir qu'il devait le cas échéant réagir à bref délai, surtout s'il était assisté. Comme l'art. 53 al. 3 ne figure pas dans l'énumération de l'art. 407f, cette pratique sans fixation expresse d'un délai devrait rester applicable même après le 1^{er} janvier 2025 dans les procès ouverts avant cette date. Rien n'empêchera néanmoins selon nous le juge de procéder quand même déjà selon la nouvelle disposition.

IV. Quelques problèmes particuliers

A. Changements concernant les avances et le règlement des frais

13. Les dispositions révisées concernant les questions de frais sont présentées dans le présent volume par PATRICIA DIETSCHY. Rappelons simplement les deux innovations importantes que sont d'une part la limitation, dans la plupart des cas, des avances exigibles du demandeur *in limine litis* à la moitié des frais judiciaires présumés (nouvel art. 98 al. 1) et d'autre part la restitution desdites avances en cas de mise finale desdits frais à la charge du défendeur (nouvel art. 111 al. 1), soit l'abandon du système de compensation faisant servir ces avances de garantie en faveur de l'Etat en cas d'insolvabilité dudit défendeur.
14. Ni l'article 98 ni l'article 111 ne figurent dans l'énumération de l'article 407f. Selon la compréhension du droit transitoire développée ci-dessus, cela signifie qu'aucun remboursement des avances déjà versées jusqu'au 31 décembre 2024 ne pourra être demandé et que lesdites avances continueront à servir de garantie pour l'Etat, conformément à l'ancien système, dans le règlement final des frais de première instance. Le système antérieur restera aussi en vigueur selon nous pour des avances déjà fixées, mais encore à verser au 1^{er} janvier 2025 (le nouveau droit ne permettant pas dans ce cas d'en demander la réduction de moitié), et même pour des avances non encore exigées, mais relatives à un procès déjà pendant à cette date. Si comme nous le croyons³¹ une procédure est « *en cours* » au sens de l'article 407f dès la litispendance et pour toute la première instance, y compris devant le juge du fond, il suffira même pour que les anciens articles 98 et 111 soient applicables devant celui-ci qu'une requête de conciliation ait été expédiée selon l'article 143 al. 1 en 2024, indépendamment du fait que l'audience de conciliation n'intervienne peut-être que dans les premiers mois de 2025 et que la demande au fond soit plus tardive encore. Même une « litispendance rétroactive » selon l'article 63 pourrait à notre avis conduire à un tel résultat. Et dans tous ces cas le règlement des frais à la fin de la première instance devrait impliquer la

³¹ Cf. *supra* N 7.

compensation prévue par l'ancien article 111 al. 1. Relevons néanmoins que l'actuel article 98 permettant d'exiger du demandeur quelle que soit la nature de la cause une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés n'est qu'une *Kannvorschrift* : rien à notre avis n'empêcherait un juge, déjà maintenant, mais davantage encore dans le cas d'avances à fixer en 2025 selon l'ancien droit, de n'exiger que la moitié desdits frais si l'équité lui paraît le justifier³².

15. En deuxième instance, on a vu que le critère devrait selon nous être la date de la communication de la décision attaquée. Cela ne changera cependant rien au montant maximum des avances exigibles, qui pourront toujours correspondre à la totalité des frais judiciaires présumés de la procédure de recours (nouvel art. 98 al. 2 let. d), au sens large³³. En revanche la nouvelle règle de l'article 111 al. 1 s'appliquera en principe aux voies de droit exercées postérieurement au 1^{er} janvier 2025, même si la décision attaquée a été rendue dans une procédure déjà pendante à cette date. Ce n'est qu'en cas d'appel ou de recours déposé en 2024 encore, ou au début de 2025 mais contre une décision communiquée avant le 31 décembre précédent, que selon notre compréhension du droit transitoire l'ancien article 111 al. 1 s'appliquera toujours dans le règlement des frais de deuxième instance.
16. Des avances réduites et remboursées en cas de gain du procès quelle que soit la solvabilité du défendeur semblent des avantages importants pour le demandeur par rapport au droit actuel. Cela pourrait dépendre néanmoins des circonstances : il peut paraître

³² Renoncer à la compensation prévue par l'actuel art. 111 al. 1, aujourd'hui où dans un cas où l'ancien droit restera applicable à un règlement des frais intervenant après le 1^{er} janvier 2025, serait plus difficile à justifier. La réglementation en question n'est en effet pas, elle, conçue comme une *Kannvorschrift*. Peut-être une telle solution pourrait-elle toutefois être fondée sur l'art. 112 si les conditions en sont remplies (mais il faudrait que la partie bénéficiant d'une telle générosité du juge soit « durablement dépourvue de moyens »).

³³ Il peut paraître étrange que le législateur de 2023, qui a veillé à remplacer « *recours* [au sens large] » dans la version française des anciens articles du CPC qui utilisaient ce terme là où les autres langues officielles usaient d'expressions plus générales, n'ait pas tiqué en votant une nouvelle disposition usant de cette terminologie jugée imprécise. C'est cependant bien le cas au nouvel art. 98 al. 2 let. d, où le terme recours correspond à *Rechtsmittelverfahren* en allemand (alors que l'italien utilise de manière également ambiguë *procedura di ricorso*).

avantageux d'« épargner » la moitié des avances précédemment exigées (du moins si les tarifs des frais judiciaires arrêtés par les cantons restent inchangés), mais l'exposition aux frais totaux demeure si l'action s'avère infondée. Par ailleurs le rôle de garantie exercé *de lege lata* par lesdites avances importe surtout s'il existe un risque effectif que le défendeur, au cas où il serait finalement chargé des frais, s'avère insolvable. Selon l'identité dudit défendeur, cela pourrait en réalité être indifférent. Néanmoins on conçoit que bien des demandeurs puissent souhaiter être soumis, sur les deux points précités, au nouveau droit : cela devrait inciter leurs conseils à retenir certaines ouvertures d'action jusqu'à l'an prochain, à condition évidemment que cela n'entraîne pas d'autres risques par rapport par exemple à des délais de péremption ou de prescription³⁴. Relevons que dans le cas d'une requête de conciliation effectivement déposée en 2024, cela pourrait aussi être parfois un calcul intéressant de la retirer et la renouveler en 2025³⁵. Dans la plupart des tarifs cantonaux l'émolument de conciliation n'est en effet pas très élevé et peut même parfois être réduit en cas de retrait. Retirer une demande devant le juge du fond déjà déposée en 2024 a moins de chance de pouvoir être un bon calcul : en effet d'une part les frais exposés pour la procédure « avortée » risquent d'être sensiblement plus hauts, d'autre part à ce stade du procès les conditions pour qu'un désistement d'instance ne soit pas un retrait d'action empêchant de réintroduire celle-ci sont assez restrictives³⁶.

³⁴ On peut songer aussi à certaines conséquences en droit matériel notamment dans les procès en divorce (voir notre autre contribution dans le présent volume), ou encore à des situations de « course au procès », où retarder le moment d'ouvrir soi-même action peut impliquer le risque d'être devancé par l'autre partie et de devoir plaider à un autre for que celui qu'on aurait choisi, voire dans un autre pays.

³⁵ On pourrait aussi imaginer qu'un demandeur n'utilise pas en temps utile une autorisation de procéder consécutive à une requête de conciliation déposée en 2024 et attende 2025 pour en déposer une nouvelle. Il faudrait évidemment soigneusement s'assurer avant qu'il n'y a aucun risque de péremption, alors que pour la prescription une requête de conciliation déposée puis retirée, ou une autorisation de procéder non utilisée, devrait suffire à une interruption selon l'art. 135 ch. 2 CO, et pourrait même ne guère être plus coûteuse qu'un commandement de payer adressé au débiteur dans le même but.

³⁶ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 241 N 22.

B. Changements concernant les preuves

17. Si les dispositions nouvelles concernant les frais permettent d'illustrer certains problèmes du droit transitoire pour des règles qui ne seront pas d'application immédiate dans les procédures en cours selon l'article 407f, les règles relatives aux preuves admissibles fournissent un bon exemple contraire. Elles entraîneront dès le 1^{er} janvier 2025 deux innovations principales, l'une négative, l'autre positive : d'une part sera introduit un nouveau cas de droit de refuser de collaborer ou de produire des pièces en lien avec l'activité d'un service juridique interne selon le nouvel article 167a ; d'autre part les expertises privées pourront désormais avoir valeur de preuve et être produites, voire requises, comme des pièces (nouvel art. 177 *in fine*), cela tant en première instance qu'en appel. Ces deux innovations, dont la seconde est étudiée par FRANÇOIS BOHNET dans le présent volume, figurent dans l'énumération de l'article 407f et seront donc applicables dès le 1^{er} janvier 2025 dans des procédures en cours. Mais quelles conséquences concrètes cela pourra-t-il avoir dans celles-ci ?
18. Si le procès n'en est qu'à ses débuts : pas de problème : pour autant qu'au 1^{er} janvier 2025 on se trouve à un stade de la procédure où la partie concernée n'a pas encore épuisé ses deux « chances » d'introduire librement des allégations ou des offres de preuves, une partie pourra encore par exemple invoquer comme preuve une expertise privée, à l'appui d'allégations nouvelles ou d'allégués figurant déjà dans une écriture précédente³⁷.
19. Cela pourrait valoir aussi pour une réquisition de production : la nouvelle règle concernant les expertises servira naturellement d'abord à permettre à une partie détenant une expertise privée favorable à sa cause de l'invoquer comme preuve. La production d'un tel titre en mains adverses ou tierces pourra néanmoins aussi être parfois ordonnée dès le 1^{er} janvier 2025. L'article 160 al. 1 let. b

³⁷ Un demandeur pourrait par exemple produire en 2025, dans le cadre du « droit à une seconde chance » désormais réglementé au nouvel art. 229 al. 1, une expertise privée sur un dommage allégué dans une demande déposée en 2024 et pour lequel il requerrait une expertise judiciaire.

prévoit en effet expressément une telle possibilité pour tous les titres requis, sauf certaines exceptions qui ne comportent pas les expertises privées³⁸.

20. Si la démarche concerne une pièce dont la production en mains adverses ou tierces doit encore être ordonnée par le juge, ou si elle concerne un témoignage dont l'audition doit encore être ordonnée par lui, il faudra naturellement en principe, pourvu que la maxime des débats soit applicable, que la preuve en question ait été requise de manière recevable, mais une objection tirée du nouvel article 167a pourrait encore être soulevée dans le cadre des discussions relatives à l'admissibilité de la preuve, tant qu'une ordonnance de preuve sur le point en question (art. 154, inchangé) n'a pas été rendue³⁹. Et si c'est un tiers qui entend invoquer le secret professionnel d'un service juridique interne, il devrait encore pouvoir le faire selon nous en recevant du juge son injonction de produire ou de témoigner, voire en comparant à l'audience convoquée pour recueillir son témoignage.

³⁸ Ledit art. 160 al. 1 let. b n'excepte pas non plus les pièces en lien avec l'activité d'un service juridique interne. Il s'agit cependant alors d'une simple inadvertance, due probablement au fait que le Conseil fédéral voulait placer à un art. 160a dérogeant au précédent les règles proposées sur le privilège des services juridiques internes, règles que le Parlement a finalement déplacées à l'art. 167a. Ce dernier impliquera cependant bien dès le 1^{er} janvier 2025 la possibilité de refuser de produire un titre requis en lien avec l'activité d'un service juridique interne, en constituant à la fois une *lex posterior* et une *lex specialis*.

³⁹ En procédure ordinaire, ces questions conduisant à une ou plusieurs ordonnances de preuves devraient être discutées durant les premières plaidoiries selon l'art. 228, à moins qu'elles ne le soient dans des débats d'instruction convoqués à cet effet (art. 226 al. 2). A notre avis, si une audition ou une production de pièce requise par son adversaire lui paraît contraire au nouvel art. 167a, une partie peut encore faire valoir une telle objection au cours desdites premières plaidoiries ou de tels débats d'instruction, même s'il a déjà épuisé son droit à une seconde chance (par ex. s'il y a eu un deuxième échange d'écritures selon l'art. 225 en 2024, au cours duquel le futur art. 167a n'a jamais été invoqué, et que les premières plaidoiries interviennent en 2025). En effet, invoquer un droit de refuser de répondre ou de produire n'est pas une contestation au sens de l'art 222 al. 2, 2^e phrase, et de toute façon le changement de droit survenu aurait rendu l'objection irrecevable dans la seconde écriture de la partie en question.

21. *Quid* si une ordonnance de preuve a déjà été rendue en 2024 et qu'elle ordonne une production ou une audition désormais refusable selon le nouvel article 167a ? A notre avis, la partie souhaitant invoquer ce dernier peut demander la révocation de l'ordre en question. L'article 154, 3^e phrase, permet en effet expressément de modifier ou révoquer en tout temps une ordonnance de preuves. Rien n'empêche que ce soit pour la mettre en conformité d'un changement législatif intervenu entre le moment où elle a été rendue et celui où une preuve qu'elle ordonne devrait être administrée.
22. *Quid* cependant si une production ou une déposition désormais contraire à l'article 167a a déjà eu lieu avant le 31 décembre 2024 dans une procédure toujours pendante à cette date ? A notre avis, aucune disposition légale ne permettra alors de requérir le retrait du dossier de la pièce ou du procès-verbal d'audition concerné, conséquence qui nous paraîtrait aller au-delà de la réserve de l'article 154, 3^e phrase, précité. On pourrait cependant hésiter entre trois manières de voir. L'une consisterait à considérer que la pièce ou la déposition en question ont été recueillies conformément au droit en vigueur au moment où elles l'ont été et qu'elles peuvent pleinement servir de preuve dans l'affaire en question⁴⁰. On pourrait par ailleurs imaginer de voir dans le nouvel article 167a une règle permettant de contester en plaidoiries finales la force probante d'éléments du dossier désormais contraires à la volonté du législateur. Enfin une voie médiane consisterait à appliquer par analogie l'article 152 al. 2, en considérant que le tribunal pourra tenir

⁴⁰ Le nouvel art. 167a n'exclut pas de façon absolue qu'une pièce d'un service juridique interne puisse servir de preuve à partir du 1^{er} janvier 2025 : rien n'empêchera nous semble-t-il à l'avenir, en tout cas selon la lettre de la nouvelle disposition, la partie disposant d'un service juridique interne de produire elle-même des documents en provenant, même si leur force probante devrait être faible dans la mesure où il sera impossible de s'assurer qu'il ne s'agit pas d'éléments partiels, éventuellement contredits par d'autres documents du même service. Par ailleurs, toujours selon la lettre du nouvel art. 167a, rien ne devrait interdire à un plaideur de produire des pièces émanant d'un service juridique interne adverse pour autant qu'il se les soit procurées licitement (par ex. si elles lui ont été remises par la partie adverse elle-même hors d'un contexte de médiation ou de pourparlers confidentiels).

compte de ladite production ou déposition, mais seulement si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant.

23. L'hypothèse discutée ici est suffisamment particulière pour avoir peu de chances de susciter une jurisprudence en tout cas au niveau du Tribunal fédéral, de telle sorte que la question pourrait bien rester à jamais ouverte. Ajoutons que si une décision au fond tenant compte d'une déposition ou d'une pièce provenant d'un service juridique interne a été rendue avant le 31 décembre 2024 et est entrée en force, elle ne pourra être remise en cause par une révision invoquant le nouvel article 167a : aucun des motifs limitativement énumérés par l'article 328, même compte tenu des compléments qui lui ont été apportés par la novelle du 17 mars 2023, ne saurait en effet à nos yeux entrer en ligne de compte à cet égard.
24. Les dernières questions évoquées ci-dessus ne se poseront pas par rapport à des expertises privées, puisque pour elles les preuves recevables s'élargiront au 1^{er} janvier 2025 au lieu de se restreindre. Cela pourrait d'ailleurs conduire certaines parties à se référer de manière anticipée au futur article 177 *in fine* : dans le cadre d'un deuxième échange d'écritures intervenant à la fin de 2024, un plaideur pourrait par exemple déjà alléguer et produire une expertise privée, en escomptant que les débats d'instruction ou les premières plaidoiries au sujet de ladite offre de preuve n'auront pas lieu avant 2025.
25. *Quid* en revanche si la partie concernée n'en a rien fait ? Si un deuxième échange d'écritures a eu lieu en 2024, elle ne pourra plus profiter des premières plaidoiries pour introduire librement de nouveaux allégués ou produire librement de nouvelles pièces vu l'actuel article 229 al. 2⁴¹. Mais pourrait-elle le faire à titre de novas ? A notre avis oui, car il s'agira d'éléments qui existaient et étaient connus de la partie concernée avant la « deadline » résultant dudit

⁴¹ C'est bien dans notre hypothèse le texte actuel de cette disposition, et non sa transposition dans le futur art. 229 al. 1, qui sera applicable, vu l'absence de l'art. 229 de l'énumération figurant à l'art. 407f. De toute façon cependant, les remaniements apportés par la novelle du 17 mars 2023 à la disposition en question ne changent rien au fait qu'un deuxième échange d'écriture épuise définitivement le « droit à une seconde chance ».

actuel article 229 al. 2, mais qui ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que ladite partie ait fait preuve de la diligence requise (actuel art. 229 al. 1 let. b⁴²). Rien n'empêche selon nous en effet de tenir compte, par rapport à cette exigence, d'une situation juridique modifiée : on ne peut probablement reprocher aucun manquement de diligence à une partie pour n'avoir pas invoqué une preuve à un moment où elle n'aurait pas eu une telle valeur selon une jurisprudence maintes fois confirmée par le Tribunal fédéral malgré des critiques répétées ! Relevons cependant qu'alors la partie en question devrait probablement agir dans les premiers jours de 2025 : comme dans le procès en cours que nous envisageons le nouvel article 229 al. 2^{bis} ne sera pas applicable faute d'apparaître dans l'énumération de l'article 407f, ladite partie sera forclosée si elle ne manifeste pas « *sans retard* » son intention d'invoquer l'expertise privée en question.

26. *Mutatis mutandis* la problématique pourrait être la même en appel : que celui-ci ait été déposé contre une décision communiquée avant ou après le 31 décembre 2024, des novae y seront recevables selon l'article 317 al. 1 à des conditions semblables à celles de l'ancien article 229 al. 1 let. b, soit à condition d'être invoqués ou produits sans retard et de ne pas avoir pu l'être en première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise. A notre avis, ces conditions pourraient être remplies en particulier si une partie souhaite invoquer une expertise privée antérieure et que les débats principaux devant le juge inférieur se sont clos avant le 31 décembre 2024, rendant impossible une production encore devant ledit juge. Relevons néanmoins que, bien que le législateur ait apporté une retouche à l'article 317 déclarée par l'article 407f immédiatement applicable, la novelle du 17 mars 2023 n'a rien changé aux conditions d'invocation de novae en appel dans les affaires où s'applique la maxime des débats ou la maxime

⁴² Là aussi, pour les motifs évoqués à la note précédente, c'est l'ancien droit qui serait applicable, mais la solution ne serait pas différente selon le nouveau droit, la novelle du 17 mars 2023 ayant simplement déplacé sans la modifier au nouvel art. 229 al. 2 let. b la règle qui figurait auparavant à l'alinéa 1 let. b.

inquisitoire sociale⁴³. L'exigence d'une invocation « *sans retard* » restera donc applicable avant comme après le 1^{er} janvier 2025⁴⁴.

27. *Quid* enfin si une partie regrette de ne pas avoir pu invoquer une expertise privée dans un procès déjà clos en deuxième instance cantonale (ou en première instance dans une affaire devant une juridiction cantonale unique ou le Tribunal fédéral des brevets) au 31 décembre 2024 ? La situation nous paraît alors irrémédiable. Aucune possibilité n'existe en effet nous semble-t-il d'invoquer pour la première fois ladite preuve dans un éventuel recours au Tribunal fédéral.
28. Si la décision dans l'affaire en question est entrée en force, pourrait-on enfin songer à une révision, que le nouvel article 328 al. 1 let. a⁴⁵

⁴³ Le législateur de 2023 a seulement précisé par un art. 317 al. 1^{bis}, correspondant à une codification de jurisprudence (cf. ATF 144 III 349, RSPC 2018 399 ; ATF 147 III 301 ; TF 5A_1032/2019 du 9 juin 2020, RSPC 2020 569), que des novas pourront être librement introduits jusqu'aux délibérations sur des points impliquant l'application de la maxime inquisitoire illimitée. Pour l'application des règles ordinaires sur les novas en appel sur les questions soumises à la maxime inquisitoire sociale, cf. notamment ATF 138 III 625 et ATF 142 III 413.

⁴⁴ Dans l'hypothèse qui nous intéresse ici, l'expertise privée antérieure au 31 décembre 2024 invoquée pour la première fois en appel par l'appelant devrait donc l'être dans le mémoire d'appel si celui-ci est postérieur à cette date. S'il ne l'est pas (appel interjeté en 2024, mais sans que l'autorité de deuxième instance l'ait tranché ou soit entrée en délibération au 1^{er} janvier 2025), il faudrait une démarche dans les premiers jours de janvier 2025. Cela devrait valoir *mutatis mutandis* dans l'hypothèse où c'est l'intimé à l'appel qui souhaiterait invoquer pour la première fois une expertise privée en deuxième instance. Dans ce cas cependant il ne pourra pas toujours attendre pour le faire de déposer sa réponse, car le délai de 30 jours prévu à cet effet par l'art. 312 al. 2 pourrait (en particulier s'il a entièrement couru en 2025, alors que si la moitié ou plus dudit délai avait déjà couru en 2024, le solde n'excéderait sans doute pas l'attente admissible au regard de l'art. 317 al. 1 let. a) être considéré comme outrepassant ce qui permet de considérer qu'il a agi « *sans retard* ». Sur ces questions, voir au surplus les contributions de FRANÇOIS BOHNET sur les novas et de NICOLAS JEANDIN sur les voies de droit dans le présent volume.

⁴⁵ Le nouvel art. 328 innove précisément en ajoutant, par rapport à l'ancien texte, l'exigence de faits ou moyens de preuve que la partie demandant la révision n'avait pu invoquer dans la procédure précédente « *bien qu'elle ait agi avec la diligence requise* ». Conformément à l'art. 405 al. 2, cette nouvelle formulation sera selon nous

permet lorsqu'une partie découvre après coup des faits ou des moyens de preuve concluants qu'elle n'avait pu invoquer dans la procédure précédente bien qu'elle ait agi avec la diligence requise ? Malgré la ressemblance entre cette formulation et celle des articles 229 ou 317, les solutions évoquées plus haut ne nous paraissent toutefois pas transposables : la révision implique en effet la découverte après coup de faits ou moyens de preuve, non un changement juridique ayant entretemps rendus recevables de tels faits ou moyens en soi déjà connus. Dans le cas qui nous intéresse, une demande de révision serait selon nous aussi vouée à l'échec qu'une telle demande motivée par un revirement de jurisprudence ou un changement de droit matériel⁴⁶.

29. La jurisprudence n'a néanmoins pas toujours été univoque : sous l'empire des anciens articles 136 ss OJ, le Tribunal fédéral avait admis une requête de révision afin de permettre de tenir compte d'un changement de législation imposant désormais une obligation de témoigner à un médecin qui, dans le procès ayant conduit au jugement à réviser, avait refusé de produire un certificat médical ou de déposer. Qualifié d'acrobatique par un auteur, cet arrêt⁴⁷ présente néanmoins une ressemblance troublante avec la question soulevée ici. Il pourrait éventuellement inspirer un Winkelried souhaitant invoquer comme motif de révision le nouveau statut de l'expertise privée en procédure civile résultant de la novelle du 17 mars 2023, même si le sort de sa démarche nous paraît vraisemblablement vouée à une issue aussi fatale que celle du héros suisse légendaire.

applicable à toute procédure de révision introduite après le 1^{er} janvier 2025, nonobstant l'absence de mention de la disposition en question à l'art. 407f.

⁴⁶ Abstraction faite de motifs particuliers comme ceux prévus aux art. 328 al. 1 let. c ou d et al. 2, la révision n'est possible que pour certains défauts affectant l'état des faits sur lesquels s'est basée la décision attaquée, mais ne permet pas de remédier à des erreurs purement juridiques de celle-ci, et encore moins de remettre en cause une décision conforme au droit et à la jurisprudence en vigueur au moment où elle a été rendue en raison de modifications législatives ou d'arrêts postérieurs, cf. notamment PC CPC-BASTONS-BULLETTI, art. 328 N 28 ; CR CPC-SCHWEIZER, art. 328 N 16 ; voir aussi, à propos des règles sur la révision devant le Tribunal fédéral, ATF 122 II 17 ; TF 5F_4/2019 du 27 août 2019, consid. 2.

⁴⁷ TF 4C.111/2006 du 7 novembre 2006, RSPC 2007 300 et note SCHWEIZER PHILIPPE.

V. Conclusion

30. Les exemples qui précèdent ne font qu'illustrer la multiplicité des problèmes de droit transitoire imaginables en lien avec l'entrée de la novelle du 17 mars 2023. On pourrait se poser le même type de questions à propos de bien d'autres innovations de celle-ci encore. En pratique il est vrai beaucoup ne se concrétiseront pas, ou en tout cas ne donneront pas lieu à des arrêts de juridictions supérieures. Et comme cela a été le cas à la suite de l'entrée en vigueur du CPC lui-même, l'intérêt pratique de ces questions ne durera pas au-delà de quelques années, voire sur certains points de quelques mois.
31. Aujourd'hui en revanche le droit transitoire devrait préoccuper les avocats, d'autant qu'ils peuvent avoir une certaine emprise sur lui : à moins de huit semaines de l'entrée en vigueur de la novelle du 17 mars 2023, il vaut la peine de se demander, pour un litige donné, s'il est préférable pour le client concerné d'agir encore en 2024 ou d'attendre janvier 2025. La question ne saurait être résolue dans l'abstrait, mais dépend d'une analyse propre à chaque procès envisagé, analyse qui doit évidemment ne pas se limiter à la procédure, mais prendre aussi en compte le droit matériel : dans certains cas (par ex. pour une action soumise à l'art. 336b al. 2 CO), agir sans tarder s'imposera de toute façon en raison de l'échéance imminente d'un délai de péremption. Dans d'autres (par ex. en matière de divorce), l'ouverture d'action pourrait être différée, mais en exposant le client à certains inconvénients⁴⁸ : pas sûr que les avantages susceptibles de résulter du nouveau droit l'emportent ...
32. Restent les nombreux cas où attendre janvier 2025 ne semble pas pouvoir présenter d'inconvénients en dehors des questions de procédure civile. Dans ce cas différer une ouverture d'action sera souvent un choix favorable au client en raison des avantages attendus des nouvelles règles sur les avances et le règlement final des frais. Attendre 2025 pour agir pourrait aussi procurer d'autres avantages. Outre les cas, probablement rares en dehors d'affaires commerciales internationales, où les futurs plaideurs souhaiteraient pouvoir procéder dans une autre langue que la ou les langues officielle(s) du canton, on peut prendre pour exemple des mesures

48

Cf. *supra* N 16 n. 34.

provisionnelles envisagées envers un média à caractère périodique : celui qui espère obtenir de telles mesures aurait évidemment en soi intérêt à ce qu'elles soient possibles dès lors que le requérant rendra vraisemblable qu'il est menacé d'un préjudice « *grave* » selon le futur article 266, et non « *particulièrement grave* » selon le texte actuel⁴⁹. Il ne faut cependant sans doute pas surestimer la différence pratique qui résultera de ce changement, et d'autres considérations (espoir d'obtenir sans tarder des mesures superprovisionnelles selon l'article 265 ; crainte qu'en tardant même de quelques semaines le requérant paraisse précisément douter de la gravité du préjudice encouru, voire de l'urgence des mesures sollicitées) pourraient au contraire plaider en faveur d'une démarche immédiate.

33. Il est évidemment aussi possible que, du point de vue d'une partie donnée, il existe des raisons de préférer agir avant le 31 décembre 2024. Ainsi un demandeur peut souhaiter, dans un litige donné, que les facilités légèrement plus grandes que donnera le nouveau droit en matière d'appel en cause ou de demande reconventionnelle soient refusées à son adversaire. Si l'action qu'il envisage est en procédure simplifiée et qu'il a des raisons d'imaginer que le défendeur ne procédera pas, il aimera sans doute mieux ne pas risquer de devoir comparaître deux fois selon le nouvel article 245 al. 1 avant une éventuelle décision par défaut. Et pour les mêmes raisons un plaideur assisté pourrait préférer le rigorisme plus grand d'une application supplétive de la procédure ordinaire dans un divorce sur demande unilatérale aux incertitudes engendrées, pour l'instant en tout cas, par le nouvel article 291 al. 3.
34. Relevons enfin que, pour bien des innovations du nouveau droit, les changements seront en réalité sans grande conséquence aux yeux des parties, ou en tout cas ne seront pas de nature à les induire à modifier leurs intentions procédurales : qu'importe finalement pour les plaideurs que les cas de notification d'un simple dispositif suivi d'une motivation seulement sur demande augmentent, ou qu'à l'avenir soient introduites des possibilités de mener le procès dans

⁴⁹ Puisque la modification de l'art. 266 ne figure pas dans l'énumération du futur art. 407f, c'est l'ancien texte, plus restrictif, qui resterait applicable à une requête de mesures provisionnelles déposée en 2024, même si elle n'est tranchée qu'en 2025.

une autre langue ou de remplacer des audiences par des vidéoconférences, d'autant que ces situations resteront sans doute rares et seront quoi qu'il en soit subordonnées à l'accord de toutes les parties. Les auteurs de doctrine ont facilement tendance à surestimer l'importance pratique des textes qu'ils commentent. Pour bien de ses nouvelles dispositions en tout cas, la novelle du 17 mars 2023 ne fait sans doute pas exception.

Bibliographie spécifique

GROBÉTY LAURENT, Les faits et moyens de preuve nouveaux en procédure civile suisse, SJ 2023, 431 ss

HOFFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, CPC – Le Code de procédure civile, 3^e éd., Berne 2023

HONEGGER-MÜNTENER PATRICK/RUFIBACH MATTHIAS/SCHUMANN JULIUS, Die Revision der ZPO, PJA 2023, 1157 ss

STAEHELIN DANIEL/VON MUTZENBECHER FLORENCE, Die Revision der ZPO vom 17. März 2023, RSJ 2023, 815 ss

TAPPY DENIS, La révision du CPC (projet du 26 février 2020) : état avant l'élimination des dernières divergences, Revue de l'Avocat 2023, 103 ss

WEBER PHILIPP, Die Revision der ZPO – aktueller Stand, *in*: Eichel/Hurni/Markus (édit.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive, Berne 2022, 1 ss

ZÜRCHER LAURA JESSICA, Familienrechtliche Verfahren und dazugehörige Rechtsmittelverfahren nach der ZPO-Revision : Was ändert sich für Kinder und ihre Eltern ?, FamPra.ch 2024 541 ss

Les nouveautés en matière d'exécution forcée

par

Valentin Rétornaz

Juge au Tribunal des districts d'Hérens et Conthey

I. Introduction.....	239
II. L'exécution forcée nonobstant recours (<i>exécution anticipée</i>) et l'effet suspensif.....	239
A. Des concepts (encore) à la croisée des chemins	240
1. La nécessaire distinction entre force formelle de chose jugée et force exécutoire	240
2. Force exécutoire = Force formelle de chose jugée ?	241
3. De la LTF au CPC.....	243
B. Les modifications introduites au 1 ^{er} janvier 2025	246
1. La force exécutoire des décisions communiquées sous forme de dispositif.....	247
2. Le catalogue des décisions immédiatement exécutoires	249
3. Les décisions relatives au caractère exécutoire.....	249
C. Examen critique	252
1. Une maladresse rédactionnelle	252
2. Des nouveautés intéressantes	252
3. Une clarification bienvenue...mais inachevée	253
4. Une continuité troublante	255
III. Les nouvelles règles relatives aux feries en matière d'exécution forcée	260
A. Le régime actuel : un double renvoi source d'incohérences	260
B. Le nouveau régime	263

IV. Conclusion	266
Bibliographie	268

I. Introduction

1. L'entrée en vigueur de la révision du Code de procédure civile au 1^{er} janvier 2025 est accompagnée d'un train de nouveautés en matière d'exécution forcée. Sans s'avérer révolutionnaires, ces modifications introduisent un certain nombre de modifications importantes justifiant leur présentation. Nous nous efforcerons d'identifier les problèmes auxquels le législateur a voulu remédier et de poser un regard critique sur les solutions proposées.
2. La loi fédérale du 17 mars 2023, intitulée « *Code de procédure civile (CPC) – Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit* »¹, contient plusieurs dispositions en lien avec l'exécution forcée. Tout d'abord, elle traite de manière plus détaillée la question de l'exécution anticipée des jugements de première instance malgré l'exercice des voies de recours². Il s'agit d'une question d'importance. Même si l'exécution forcée peut avoir lieu en l'absence de jugement exécutoire³, il n'en demeure pas moins que ces derniers ne sont pas toujours spontanément exécutés. Nous commencerons donc notre exposé par aborder cette question (II). Nous poursuivrons avec la présentation d'une autre réforme importante concernant la délimitation entre le régime des délais prévus par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) et celui du Code de procédure civile (III), avant de conclure notre exposé (IV).

II. L'exécution forcée nonobstant recours (*exécution anticipée*) et l'effet suspensif

3. Nous commencerons par exposer les relations existant entre la procédure civile et le droit de l'exécution forcée en ce qui concerne la définition de l'exécution anticipée des jugements et de l'effet suspensif (A). Ensuite, nous présenterons les modifications introduites par la révision du Code de procédure civile (B), avant de nous pencher sur leurs impacts (C).

¹ RO 2023 491.

² Il s'agit des nouveaux art. 315 al. 2 à 5, 325 al. 2 et 336 al. 1 et 3 CPC.

³ Tel est le cas du commandement de payer auquel il n'a pas été fait opposition.

A. Des concepts (encore) à la croisée des chemins

4. L'exécution d'un jugement nonobstant le dépôt d'un recours contre celui-ci repose sur le postulat suivant : le jugement peut déployer ses effets à l'égard des parties alors qu'il n'a pas encore acquis de caractère irrévocable. De manière symétrique, l'effet suspensif revient à paralyser la force exécutoire d'un jugement malgré le fait qu'il doive être considéré comme irrévocable. Pour bien saisir ces deux institutions, il faut distinguer entre la force formelle de chose jugée et la force exécutoire (1). Malheureusement, tel n'a longtemps pas été le cas en droit suisse (2), même si l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral et du Code fédéral de procédure civile ont amorcé une transition sur cette question (3).

1. La nécessaire distinction entre force formelle de chose jugée et force exécutoire

5. L'exécution anticipée, et son corollaire, l'effet suspensif, peuvent ainsi être considérés comme une forme de mesures provisionnelle en lien avec l'exécution forcée du jugement⁴. Pour bien saisir la portée de ces deux institutions, il faut distinguer entre deux attributs importants des décisions de justice : la force formelle de chose jugée⁵ et la force exécutoire⁶. La première s'acquiert lorsqu'une décision n'est plus susceptible d'un recours ordinaire⁷, soit un recours pourvu de l'effet suspensif légal⁸. Il en découle que le jugement est devenu irrévocable⁹. La seconde est donnée lorsque

⁴ ZOLLER, 9.

⁵ Qu'on nous pardonne cette traduction littérale d'un concept germanique dont l'inélégance littéraire n'est plus à démontrer. S'agissant de la terminologie utilisée par le Tribunal fédéral lui-même, parfois sous la forme raccourcie de *force formelle* (cf. ATF 110 V 330, consid. 3b et 4 ; ATF 147 IV 153, consid. 1.4 ; TF 5A_333/2019 du 6 juillet 2020, consid. 4.2) nous avons estimé nécessaire de nous y tenir. A juste titre, la doctrine francophone utilise l'expression *entrée en force* (cf. CR CPC-BOHNET, art. 59 CPC N 105).

⁶ ZOLLER, 5.

⁷ DROESE, 120 s. ; MARKUS/WUFFLI, 79 ; MÜLLER, 25.

⁸ Cf. ATF 146 III 284, consid. 2.3.1 et 2.3.5.

⁹ BEGLINGER, 591 s. ; DROESE, 118 ; JENT-SØRENSEN, 58 ; MÜLLER, 24. C'est le lieu de rappeler que ce qui est irrévocable n'est pas nécessairement immuable

l'ordre juridique autorise la mise en œuvre de la décision de justice contre la volonté d'une des parties¹⁰. Le jugement est dès lors exécutoire.

6. Lorsque le jugement peut être mis à exécution malgré l'existence d'un recours suspensif pendant, tel que l'appel¹¹, on se trouve en présence d'une exécution anticipée¹². Cette situation est possible parce que la décision de justice se voit reconnaître le bénéfice de la force exécutoire malgré l'absence de force formelle de chose jugée¹³. Dans le cas contraire, soit celui d'un jugement pourvu de la force formelle de chose jugée, parce qu'il ne peut être contesté que par la voie du recours limité au droit ou des recours au Tribunal fédéral, mais qui est temporairement privé de force exécutoire par une décision de la juridiction supérieure, on parlera d'effet suspensif¹⁴.

2. Force exécutoire = Force formelle de chose jugée ?

7. Nous venons de voir que la saine compréhension de l'exécution anticipée des jugements et de l'effet suspensif présuppose de distinguer entre la force formelle de chose jugée et la force exécutoire du jugement. A la différence d'autres ordres juridiques,

(cf. MÜLLER, 26 ; MARKUS/WUFFLI, 79). L'irrévocabilité signifie que le tribunal ne peut plus modifier de sa propre initiative le jugement (cf. ATF 139 III 486, consid. 3) qui acquiert ainsi une *Bestandeskraft*, qu'on peut traduire en français par *pérennité* ou *stabilité* (sur cette notion : MÜLLER, 25 s.). En revanche, la procédure de révision est dirigée contre la force formelle de chose jugée qui est mise à néant par le jugement rescindant (DROESE, 131).

¹⁰ MÜLLER, 67 ; ZOLLER, 4.

¹¹ L'appel constitue, un recours ordinaire même lorsqu'il n'est pas pourvu de l'effet suspensif légal, v. ATF 139 III 486, consid. 3.

¹² Parfois aussi appelée « *exécution soumise à condition résolutoire* », cf. JENT-SØRENSEN, 59.

¹³ ZOLLER, 9.

¹⁴ Il n'est toutefois pas exclu que l'effet suspensif puisse s'étendre à la force formelle de chose jugée : ZOLLER, 8 ; DROESE, 136 s. La question a d'ailleurs fait l'objet d'une discussion poussée en ce qui concerne l'octroi de l'effet suspensif à un recours en matière civile au Tribunal fédéral : STEINER, 348 s. La Haute Cour a considéré en dernier ressort qu'elle avait le pouvoir de suspendre les deux effets de l'arrêt cantonal : ATF 146 III 284, consid. 2.3.4 confirmé in : TF 5A_77/2021 du 1^{er} mars 2022, consid. 3.1 et 3.2.

où règne une plus grande clarté conceptuelle¹⁵, le droit suisse a longtemps entretenu une savante confusion à ce propos, en considérant que la force exécutoire n'était qu'un des attributs de la force formelle de chose jugée. C'est ainsi que la jurisprudence antérieure à l'unification de la procédure civile énonçait de manière presque constante que la force formelle de chose jugée était une des conditions de la force exécutoire au sens de l'art. 80 al. 1 LP¹⁶. La doctrine faisait également le lien entre les deux concepts¹⁷.

8. Cette approche se retrouve en doctrine et a pour conséquence d'exclure l'exécution anticipée des jugements susceptibles d'un recours ordinaire. Par ailleurs, jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, l'effet suspensif légal reconnu au recours en réforme avait pour conséquence d'interdire l'exécution anticipée au stade des recours cantonaux lorsque l'arrêt était susceptible d'être contesté par cette voie devant la juridiction suprême¹⁸.
9. Autant dire que toutes ces considérations avaient pour résultat d'exclure quasi systématiquement l'exécution anticipée des jugements. Seul demeurerait possible l'octroi de l'effet suspensif lorsque le recours en était dépourvu. La question ne présentait d'intérêt que pour les affaires où le recours en réforme n'était pas envisageable.

¹⁵ Il s'agit surtout du droit judiciaire privé allemand et des pays qu'il a influencés. Cf. § 704 ZPO allemande (« *Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurteilen, die rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind* ») ; § 1 ch. 1 Exekutionsordnung autrichienne (« ... *Endurteile und andere in Streitsachen ergangene Urteile und Beschlüsse der Zivilgerichte, wenn ein weiterer Rechtszug dagegen ausgeschlossen oder doch ein die Exekution hemmendes Rechtsmittel nicht gewährt ist.* ») ; art. 904 al. 2 let. α CPC grec (« *Εκτελεστοί τίτλοι είναι[...]οι τελεσίδικες αποφάσεις καθώς και οι αποφάσεις κάθε ελληνικού δικαστηρίου που κηρύχθηκαν προσωρινά εκτελεστές* »).

¹⁶ Cf. ATF 131 III 404, consid. 3 ; ATF 105 III 43, consid. 2a ; ATF 82 I 242, consid. 2 ; ATF 47 I 184, consid. 2. Il est toutefois arrivé au Tribunal fédéral d'admettre que la force exécutoire pouvait être acquise indépendamment de la force formelle de chose jugée, voir ATF 79 I 241, consid. 1 : « *Denn Vollstreckbarkeit ist nicht Rechtskraft. Sie kann ohne Rechtskraft und diese ohne Vollstreckbarkeit gegeben sein* ».

¹⁷ ZOLLER, 4 s.

¹⁸ ZOLLER, 37.

3. De la LTF au CPC

10. Il ressort des travaux préparatoires du Code de procédure civile que la force exécutoire s'acquiert « *en principe* » dans la foulée de la force formelle de chose jugée¹⁹. Tout dépend bien entendu du nombre d'exceptions à ce principe. Les travaux préparatoires mentionnent expressément l'exécution anticipée durant la procédure d'appel et l'octroi de l'effet suspensif à un recours limité au droit²⁰. La notion de force exécutoire commence ainsi à s'émanciper de la force formelle de chose jugée.
11. Peu après l'entrée en vigueur du Code fédéral de procédure civile, le Tribunal fédéral rendit un arrêt²¹ où la question de la force exécutoire a été traitée de la manière suivante :

Depuis l'entrée en vigueur du CPC le 1er janvier 2011, le droit fédéral contient une définition du caractère exécutoire des décisions à l'art. 336 al. 1 CPC. En règle générale, une décision devient exécutoire au moment où elle entre en force de chose jugée formelle (*formelle Rechtskraft*), ce qui se produit lorsqu'elle ne peut plus être attaquée par une voie de recours ordinaire (Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse ad art. 334 p. 6989). Ainsi, la décision qui peut faire l'objet d'un appel – voie de recours ordinaire (art. 308 ss CPC) – n'acquiert pas force de chose jugée et ne devient pas exécutoire (art. 315 al. 1 CPC), au contraire de la décision contre laquelle est ouvert le recours au sens des art. 319 ss CPC qui acquiert force de chose jugée et devient exécutoire (art. 325 al. 1 CPC). Le tribunal ayant la faculté d'ordonner l'exécution anticipée (cf. par ex. art. 315 al. 2 CPC) ou d'accorder l'effet suspensif (cf. par ex. art. 325 al. 2 CPC), il y a par conséquent des décisions pour lesquelles force de chose jugée formelle (*formelle Rechtskraft*) et force exécutoire (*Vollstreckbarkeit*) ne coïncident pas. Ainsi, en vertu de l'art. 336 al. 1 let. a et b CPC, une décision est exécutoire lorsqu'elle est entrée en force et que le tribunal n'a pas suspendu l'exécution (art. 325 al. 2 et 331 al. 2 CPC) ou qu'elle n'est pas encore entrée en force, mais que son exécution anticipée a été prononcée. Les mêmes règles sont

¹⁹ Message FF 2006 6841, spécialement 6989.

²⁰ Message FF 2006, *ibid.*

²¹ TF 5A_866/2012 du 1^{er} février 2013, consid. 4.1. Ce considérant est d'ailleurs mentionné expressément par JENT-SØRENSEN, 58 et CHENAUX, 44, pour relever que la force formelle de chose jugée et la force exécutoire doivent être désormais distinguées.

applicables lorsque la décision porte sur le versement d'une somme d'argent et doit être exécutée selon la LP (art. 335 al. 2 CPC).

12. Deux enseignements importants se dégagent de cet arrêt. Premièrement, une distinction claire est faite entre la force formelle de chose jugée et la force exécutoire²². Les exceptions à la coïncidence²³ entre les deux concepts – auxquelles il avait été fait allusion dans les travaux préparatoires du Code de procédure civile – sont désormais précisées pour chaque voie de recours. En second lieu, la force exécutoire au sens de l'art. 80 al. 1 LP se définit par rapport à l'art. 336 CPC. Un pont est ainsi construit entre les deux textes de loi.
13. Sous une forme résumée, les liens entre les art. 336 CPC et 80 al. 1 LP se retrouvent dans un arrêt rendu en matière de mainlevée définitive de l'opposition²⁴ auquel il a été fait depuis lors référence²⁵. Par ailleurs, en matière de procédure civile internationale, le Tribunal fédéral a également précisé qu'une décision étrangère pouvait être revêtue de la force exécutoire tout en étant dépourvue de la force formelle de chose jugée²⁶. La jurisprudence la plus récente relative à l'art. 80 al. 1 LP ne mentionne plus que la force exécutoire, sans allusion à la force formelle de chose jugée²⁷. Un survol superficiel de la jurisprudence du Tribunal fédéral donne ainsi l'impression que le cadre conceptuel entourant l'exécution anticipée des jugements est désormais tracé de manière claire et qu'il

²² CR CPC-JEANDIN, art. 336 CPC N 6a ; MARKUS/WUFFLI, 77.

²³ CHENAUX, 44.

²⁴ TF 5D_213/2013 du 23 janvier 2014, consid. 4.3. Le considérant topique énonce de manière sobre que « *vollstreckbar und damit als definitiver Rechtsöffnungstitel im Sinne von Art. 80 Abs. 1 SchKG geeignet ist ein gerichtliches Urteil gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a und b ZPO, wenn es entweder rechtskräftig ist und das Gericht die Vollstreckung nicht aufgeschoben hat (Art. 325 Abs. 1 und 331 Abs. 2 ZPO) oder wenn es noch nicht rechtskräftig ist, jedoch die vorzeitige Vollstreckung bewilligt worden ist.* » On ne peut s'empêcher d'y retrouver toute la clarté conceptuelle des dispositions allemande et autrichienne précitées.

²⁵ TF 5D_54/2019 du 20 novembre 2019, consid. 3.1 ; TF 5D_119/2015 du 28 août 2015, consid. 5.

²⁶ TF 5A_70/2021 du 18 octobre 2021, consid. 4.1.

²⁷ Parmi tant d'autres : TF 4A_630/2023 du 28 février 2024, consid. 4.1.2 et 4.1.3 ; TF 5D_32/2021 du 20 décembre 2021, consid. 2.1.

est incontestable que la force exécutoire peut s'acquérir indépendamment de la force formelle de chose jugée. Si la force formelle de chose jugée crée en principe la force exécutoire du jugement²⁸, les deux effets peuvent être découplés par une décision particulière à cet effet²⁹, soit en reconnaissant la force exécutoire à un jugement dépourvu de force formelle de chose jugée³⁰, soit en retirant la force exécutoire à un jugement coulé en force formelle de chose jugée³¹. Cette impression est renforcée par le fait que la doctrine admet désormais sans difficulté l'acquisition de l'une indépendamment de l'autre³². On serait presque tenté de conclure que tout est bien qui finit bien...mais ce serait une erreur !

14. Un examen plus poussé des arrêts permet de se rendre compte que l'ancien courant jurisprudentiel – soit celui qui fait le lien entre la force exécutoire et la force formelle de chose jugée – persiste en parallèle³³. Le Tribunal fédéral a par ailleurs lui-même souligné, sur des questions proches³⁴, qu'il existait une continuité entre la jurisprudence postérieure à l'unification de la procédure civile et celle qui lui est antérieure³⁵, ce qui ne fait qu'ajouter au sentiment de confusion qui s'installe. Les limites exactes de la force exécutoire des jugements demeurent imprécises³⁶.

²⁸ HUBER-LEHMANN, 57 ; MARKUS/WUFFLI, 86 et 93 ; MÜLLER, 70 et les auteurs cités.

²⁹ HUBER-LEHMANN, 58 ; MARKUS/WUFFLI, 94.

³⁰ MARKUS/WUFFLI, 94 s. ; MÜLLER, 72.

³¹ MARKUS/WUFFLI, 95 s. ; MÜLLER, 73.

³² BERGAMIN, 151 ; JENT-SØRENSEN, 58 s. ; MÜLLER, 71 et les auteurs cités.

³³ TF 5A_838/2017 du 19 mars 2018, consid. 3.1 ; TF 5A_188/2011 du 5 septembre 2011, consid. 3 ; TF 5A_728/2010 du 17 janvier 2011, consid. 2.2.3.

³⁴ Il s'agissait de savoir si la preuve de la notification d'une décision administrative pouvait être déduite du comportement du débiteur, soit une des questions qui avaient été traitées dans l'ATF 105 III 43.

³⁵ TF 5A_40/2018 du 20 avril 2018, consid. 1.1 où la juridiction suprême a considéré que l'entrée en vigueur du Code fédéral ne faisait apparaître aucune question juridique de principe sur la question de savoir s'il fallait continuer d'appliquer les principes découlant de l'ATF 105 III 43.

³⁶ Voir pour un cas d'assimilation de l'une à l'autre : HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1207.

15. Dans ces circonstances, on comprend qu'il ait été difficile d'apporter une réponse claire à une question pratique d'importance : lorsque le recours n'est pas pourvu de l'effet suspensif légal, la force exécutoire existe-t-elle dès la communication du dispositif ou seulement après notification des motifs si ceux-ci sont demandés ? La jurisprudence a fourni deux réponses différentes à cette même question³⁷. Dans un arrêt devant se prononcer sur le respect du délai péremptoire pour requérir la faillite (art. 166 al. 2 LP), le tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas contraire au droit fédéral de retenir que seule la communication de la décision motivée fondait la force exécutoire de la décision de mainlevée³⁸. Peu de temps après, dans une affaire où son pouvoir d'examen était limité à l'arbitraire, il a estimé que la solution contraire, soit l'acquisition du caractère exécutoire dès la notification du seul dispositif échappait à toute critique³⁹. Dans les deux arrêts, la juridiction suprême a souligné que la révision du Code de procédure civile allait apporter de la clarté sur ce point⁴⁰. La doctrine se prononce majoritairement en faveur du caractère immédiatement exécutoire des décisions notifiées sous forme de dispositif⁴¹.

B. Les modifications introduites au 1^{er} janvier 2025

16. Ainsi que nous l'avons vu, la question de la force exécutoire des jugements s'est progressivement émancipée de celle de la force formelle de chose jugée. Cette émancipation a trouvé son expression dans le Code fédéral de procédure civile qui a admis l'exécution anticipée des jugements nonobstant un appel ainsi que l'octroi de l'effet suspensif lorsque le recours est privé d'effet suspensif légal. Sur ce point, la réforme destinée à entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2025 n'apporte aucun changement fondamental, en

³⁷ BASTONS BULLETTI, N 6

³⁸ ATF 149 III 410, consid. 6.4. Cette approche a été confirmée par la suite : TF 5A_186/2023 du 29 novembre 2023, consid. 3.4.

³⁹ TF 5A_558/2023 du 28 août 2023, consid. 3.2.

⁴⁰ Cf. arrêt 5A_558/2023 précité, consid. 3.2.1.3 ; ATF 149 III 410, consid. 6.4.3.

⁴¹ BASTONS BULLETTI, N 7 et les auteurs cités.

dépit du fait qu'une généralisation de l'exécution anticipée des jugements de première instance ait été parfois souhaitée⁴². Les innovations doivent être cherchées dans des points secondaires, ce qui ne les prive pas pour autant de tout effet.

17. S'agissant tout d'abord de la force exécutoire des décisions qui ne sont pas susceptibles d'un recours pourvu de l'effet suspensif légal, la question des effets de la communication du dispositif a été réglée par le législateur (1). Le cercle des décisions immédiatement exécutoires a été modifié (2). Le régime de l'octroi de l'exécution anticipée, ou de l'effet suspensif, a également été revu de manière à tenir de certaines difficultés pratiques (3).

1. La force exécutoire des décisions communiquées sous forme de dispositif

18. A l'art. 336 al. 3 nCPC, le législateur a expressément prévu qu'une décision communiquée sous forme de dispositif était exécutoire si les conditions de l'art. 336 al. 1 nCPC étaient réunies. Cette dernière disposition se réfère expressément aux décisions déclarées immédiatement exécutoires par la loi (let. a), sans que l'effet suspensif n'ait été octroyé, et à celles bénéficiant de l'exécution anticipée (let. b).
19. Il ne fait désormais plus l'ombre d'un doute que la communication du dispositif de la décision de première instance est suffisante pour bénéficier de la force exécutoire⁴³. Ce constat vaut aussi pour les mesures provisionnelles qui n'entrent en force qu'à l'expiration du délai de recours⁴⁴. Le législateur a ainsi résolu le problème qui était apparu avec la jurisprudence récente du Tribunal fédéral. Il ne faut cependant pas perdre de vue que la force exécutoire n'existera que dès la notification du dispositif et qu'avant celle-ci, la décision ne déploiera aucun effet⁴⁵. Pour pouvoir demander l'exécution forcée

⁴² Cf. HUNKELER, 370.

⁴³ Cf. Message FF 2020 2669.

⁴⁴ BASTONS BULLETIN, N 8.

⁴⁵ Cf. ATF 130 III 396, consid. 1.3 ; ATF 126 III 479, consid. 2a. Sur la nécessité de notifier la décision, voir CHENAUX, 44.

de la décision immédiatement exécutoire, il ne suffira pas que la partie concernée établisse avoir reçu le dispositif en question, mais également qu'il a été notifié à son contradicteur. Une attestation de force exécutoire, à tout le moins de notification, établie par le tribunal sera toujours nécessaire⁴⁶. S'agissant des arrêts sur appel ou recours limité au droit, qui peuvent désormais aussi être communiqués sous forme de dispositif non motivé⁴⁷, le texte de l'art. 112 al. 2 nLTF ne laisse place à aucun doute et repousse l'octroi de la force exécutoire à la communication des motifs, ou si ceux-ci ne sont pas demandés à l'échéance du délai pour recourir au Tribunal fédéral⁴⁸.

20. La notification des décisions sous forme de dispositif non motivé est par ailleurs destinée à devenir la règle. Le libellé de l'art. 239 al. 1 nCPC est parfaitement clair⁴⁹. Il est intéressant de relever que la modification ne figurait pas dans le projet du Conseil fédéral, mais a été introduite dès son premier examen par le Conseil des Etats⁵⁰ et n'a plus été contestée par la suite, même si la Conseillère fédérale Keller-Sutter avait suggéré devant le Conseil des Etats, peu avant le vote sur l'entrée en matière, de discuter à nouveau cette question⁵¹. Aucune conséquence n'est toutefois prévue en cas de notification d'un jugement directement motivé, si bien que la mise en œuvre de ce vœu législatif demeure à la disposition des tribunaux. Cela étant, le choix opéré par le législateur permet d'envisager que la question de la force exécutoire des décisions communiquées sous forme de dispositif ne manquera pas de se poser assez souvent. En revanche,

⁴⁶ Le législateur aurait été bien inspiré, à notre avis, d'introduire dans le texte légal une disposition similaire à l'art. 503 du Code de procédure civile français, lequel admet, à titre exceptionnel, à son art. 503 al. 2, l'exécution « *sur le vu de la minute* », soit sans notification préalable. Cela aurait réglé la question de l'exécution des mesures superprovisionnelles (art. 265 CPC) mises en œuvre avant que la décision ne puisse être notifiée aux parties, notamment par le biais d'une inscription dans un registre (art. 262 let. c CPC).

⁴⁷ HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1198 s.

⁴⁸ La solution retenue avait pourtant été critiquée : HUBER-LEHMANN, 63.

⁴⁹ RUFIBACH, 230 ; WEBER, 401.

⁵⁰ Voir le dépliant : <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2020/20200026/SN7%20F.pdf> (lien consulté le 22 août 2024).

⁵¹ Cf. BO 2021 E 674.

vu le libellé de l'art. 112 al. 2 nLTF, les arrêts cantonaux ne seront exécutoires qu'à la réception des considérants motivés, ou à l'échéance du délai pour les solliciter. Le législateur a donc opté pour une différence de traitement entre les décisions de première instance et les arrêts de la juridiction cantonale supérieure⁵².

2. Le catalogue des décisions immédiatement exécutoires

21. Le législateur a souhaité apporter des retouches au catalogue des décisions immédiatement exécutoires. Dans un premier temps, il a étendu la liste des décisions immédiatement exécutoires nonobstant un éventuel appel en y ajoutant les décisions en matière d'avis au débiteur et de sûreté en garantie d'une contribution d'entretien⁵³.
22. Le législateur a ensuite restreint le cercle des décisions immédiatement exécutoires en précisant que l'appel est toujours suspensif lorsque la décision est de nature formatrice⁵⁴. A l'évidence, il s'agit d'aligner la procédure d'appel sur celle du recours en matière civile⁵⁵. Comme le suggèrent les travaux préparatoires⁵⁶, en des termes d'ailleurs assez obscurs, les décisions formatrices n'impliquent aucune exécution par les parties, si bien que l'effet suspensif de l'appel concerne uniquement leur force formelle de chose jugée dont dépend leur effet constitutif⁵⁷.

3. Les décisions relatives au caractère exécutoire

23. Contrairement à ce que prévoyait le projet, le texte final n'innove que peu dans le domaine des décisions relatives au caractère exécutoire. Ainsi que cela était déjà prévu jusqu'alors, les décisions immédiatement exécutoires pourront faire l'objet d'une décision

⁵² MORDASINI/BOOG, 11 ; BASTONS BULLETTI, N 19.

⁵³ Art. 315 al. 2 nCPC.

⁵⁴ Art. 315 al. 3 nCPC.

⁵⁵ Art. 103 al. 2 let. a LTF.

⁵⁶ Message FF 2020 2679.

⁵⁷ Implicitement *contra* CHENAUX, 45 pour qui l'effet suspensif ne concerne que la force exécutoire et non la force formelle de chose jugée.

d'effet suspensif, soit dans la procédure d'appel⁵⁸, soit dans la procédure de recours limité au droit⁵⁹. Quant aux autres décisions, pour lesquelles l'appel est pourvu de l'effet suspensif, elles pourront être déclarées immédiatement exécutoires nonobstant la procédure de recours⁶⁰. Ces deux possibilités existant déjà à l'heure actuelle, les nouvelles dispositions n'apportent aucune nouveauté de principe.

24. En apparence, les seules nouveautés proviennent du fait que désormais le texte légal mentionne qu'une décision relative à la force exécutoire implique un préjudice difficilement réparable⁶¹ et que désormais l'effet suspensif peut être octroyé à une décision relative à un droit de réponse⁶².
25. Pour ce qui est de la première nouveauté, il ne s'agit que d'une apparence, car si la législation actuellement en vigueur ne mentionne le préjudice difficilement réparable que pour l'octroi de l'effet suspensif⁶³, cette exigence découlait déjà du fait que l'exécution anticipée constitue une mesure provisoire⁶⁴ devant répondre à toutes les exigences de l'art. 261 CPC⁶⁵. Toutes les omissions affectant le texte légal, et laissant à tort entendre que le régime de l'exécution anticipée serait distinct de celui de l'effet suspensif, n'ont toutefois pas été réparées. Ainsi, il ne fait pas non plus de doute que des mesures provisionnelles ou des sûretés peuvent aussi être ordonnées lors de l'octroi de l'effet suspensif⁶⁶, même si le texte légal ne le mentionne pas expressément.

⁵⁸ Art. 315 al. 4 let. b nCPC.

⁵⁹ Art. 325 al. 2 nCPC.

⁶⁰ Art. 315 al. 4 let. a nCPC.

⁶¹ Art. 315 al. 4 *in primis* nCPC.

⁶² Cf. art. 315 al. 5 CPC.

⁶³ Art. 315 al. 5 CPC.

⁶⁴ Cf. TF 4A_194/2024 du 12 avril 2024, consid. 4 ; en doctrine : MÜLLER, 347 s. Moins catégoriques : MARKUS/HUBER-LEHMANN, 1558. Voir également les auteurs cités par MÜLLER, 344 s.

⁶⁵ En particulier pour ce qui est de la proportionnalité. BASTONS BULLETTI, N 15 ; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1205 ; HUBER-LEHMANN, 75.

⁶⁶ HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1205 ; PAOLUCCI/CATELLI, 20 s.

26. En revanche, la nouveauté est bien réelle pour ce qui est du droit de réponse. Ni le message ni les autres travaux préparatoires ne permettent de comprendre pour quelle raison elle a été introduite. Le texte du projet laissait l'actuel art. 315 al. 5 CPC intact⁶⁷, lequel excluait implicitement tout effet suspensif en matière de droit de réponse⁶⁸. Ce ne sera désormais plus le cas, l'octroi de l'effet suspensif n'étant plus réservé aux seules mesures provisionnelles. A nouveau, la modification a été introduite dès le premier examen par le Conseil des Etats sans qu'il n'y ait plus de débats ultérieurs⁶⁹.
27. Pour ce qui est de la procédure suivie pour adopter les décisions relatives à la force exécutoire, le législateur n'a pas suivi le projet initial selon lequel la décision relative à l'effet suspensif pouvait déjà être prise par le tribunal de première instance⁷⁰, tout en pouvant faire l'objet d'une décision de la juridiction supérieure cantonale s'agissant de l'appel contre une décision de mesures provisionnelles ou du recours limité au droit⁷¹. Le fait de reconnaître à deux juridictions différentes la possibilité de suspendre l'exécution immédiate d'un jugement n'aurait pas constitué un cas isolé dans le paysage procédural européen⁷². En définitive, le législateur a préféré s'en tenir au système actuel et a confié à la juridiction cantonale supérieure le soin de statuer tant sur l'effet suspensif⁷³ que sur l'exécution anticipée⁷⁴. Nouveauté de taille, qui résout un problème posé depuis longtemps⁷⁵ en reprenant une suggestion doctrinale⁷⁶

⁶⁷ Cf. FF 2020 2701.

⁶⁸ Parmi tant d'autres : CR CPC-JEANDIN, art. 315 CPC N 11 et les références citées.

⁶⁹ V. le dépliant : <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2020/20200026/SN7%20F.pdf> (lien consulté le 22 août 2024).

⁷⁰ Cf. art. 236 al. 4 et 239 al. 2^{bis} P-CPC modifié. MARKUS/HUBER-LEHMANN, 1556.

⁷¹ Les art. 315 al. 5 et 325 al. 2 CPC demeuraient intacts.

⁷² Cf. les art. 514-1 et 514-3 du Code de procédure civile français ; les §§ 537, 570 al. 2 et 3 ainsi que 708, 709, 718 et 719 de la ZPO allemande ; les art. 912 et 913 du Code de procédure civile grec.

⁷³ Art. 315 al. 4 let. b nCPC et 325 al. 2 nCPC.

⁷⁴ Art. 315 al. 4 let. a nCPC.

⁷⁵ MARKUS, 221.

⁷⁶ Cf. JENT-SØRENSEN, 61 ; MARKUS/WUFFLI, 109-111 ; STAEBELIN/BACHOFNER, §§ 14 ss.

parfois reprise par les juridictions cantonales⁷⁷, la juridiction supérieure cantonale pourra statuer avant même d'avoir été saisie, et même avant que les motifs de la décision de première instance n'aient été communiqués⁷⁸.

C. Examen critique

1. Une maladresse rédactionnelle

28. L'existence d'un effet suspensif légal pour les décisions ayant un effet constitutif ne fait aussi que reprendre la solution légale consacrée jusqu'à présent. En revanche, la nouvelle formulation ne va pas sans poser de difficultés. Le fait que l'exécution anticipée soit mentionnée à l'art. 315 al. 4 let. a nCPC, soit dans l'alinéa suivant la proclamation de l'effet suspensif légal, pourrait aisément être interprété comme indiquant que l'exécution anticipée constitue également une exception à ce principe⁷⁹.

2. Des nouveautés intéressantes

29. La suppression de l'effet suspensif pour les décisions relatives aux sûretés et d'avis au débiteur constitue très certainement une évolution favorable dans le sens d'un meilleur recouvrement des impayés, encore trop fréquents dans ce domaine. S'agissant, dans les deux cas, de procédures intervenant le plus souvent suite à un retard de paiement d'une certaine ampleur, l'intervention du législateur est parfaitement compréhensible.
30. Le fait que les décisions en matière d'exercice du droit de réponse puissent désormais faire l'objet d'une décision d'octroi de l'effet

⁷⁷ BASTONS BULLETTI, N 12 et les références citées ; MARKUS/HUBER-LEHMANN, 1555 ; MORDASINI/BOOG, 10 ; PAOLUCCI/CATELLI, 21 s. Pour un aperçu détaillé de la jurisprudence cantonale : HUBER-LEHMANN, 64 à 69.

⁷⁸ Art. 315 al. 5 et 325 al. 2 nCPC.

⁷⁹ A noter que la doctrine distingue parfois entre les jugements formateurs matériels, comme le prononcé d'un divorce, et les jugements formateurs procéduraux, tels que celui rendu sur une action en contestation de l'état de collocation ; seuls les premiers seraient concernés par l'effet suspensif légal : MÜLLER, 355.

suspensif en appel peut considérablement affecter l'efficacité de l'institution prévue aux art. 28*i* à 28/ CC. La nécessité d'atteindre avec le droit de réponse le même public que celui de la publication litigieuse passe par une mise en œuvre aussi rapide que possible du droit de réponse⁸⁰, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle les litiges relatifs au droit de réponse constituent des causes instruites en procédure sommaire⁸¹. Or les impondérables de la procédure d'appel, et l'encombrement du rôle des juridictions supérieures cantonales, peuvent avoir pour conséquence que celle-ci dure plusieurs mois⁸². Ce délai doit être considéré comme favorisant le débiteur du droit de réponse, soit l'entreprise de presse. Considérant que les conditions d'un prononcé de mesures superprovisionnelles à l'encontre de médias à caractère périodique ont été assouplies par le nouvel art. 266 let. a nCPC, on peut voir dans la possibilité d'octroyer l'effet suspensif à une décision en matière de droit de réponse une forme de compensation pour d'éventuelles restrictions de la liberté d'expression⁸³. Il s'agit toutefois d'une compensation effectuée dans l'abstrait et qui pourrait ne pas valoir dans un cas concret. Par ailleurs, l'absence de véritable débat à ce propos devant les Chambres fédérales donne l'impression que ce résultat n'a pas véritablement été voulu par le législateur.

3. Une clarification bienvenue...mais inachevée

31. La modification législative prévoit expressément que la notification du seul dispositif d'une décision immédiatement exécutoire suffit pour déclencher la force exécutoire. Il s'agit d'une précision bienvenue compte tenu du caractère hésitant de la jurisprudence. De manière générale, le législateur a concentré une partie

⁸⁰ Cf. CR CC I-JEANDIN, Art. 28g N 4 qui parle de « *moyen de défense simple et rapide* ».

⁸¹ Art. 249 let. a ch. 2 CPC.

⁸² Cf. TF 5A_357/2019 du 27 août 2021, consid. F dont il ressort que la procédure de première instance a duré un peu moins d'un mois et celle d'appel un peu plus d'un an.

⁸³ L'obligation de publier un tel communiqué constitue en effet une ingérence dans la liberté d'expression garantie par l'art. 10 CEDH, tout comme le fait de pouvoir en demander la publication : CourEDH *Eker c. Turquie* du 24 octobre 2017 (requête n° 24016/05), §§ 40 à 52.

importante de son attention à la question de l'exécution anticipée et de l'effet suspensif. Désormais, ces questions peuvent être tranchées avant même qu'un recours ne soit introduit, voire même avant que la motivation de la décision de première instance ne soit communiquée⁸⁴. En revanche, le législateur n'a pas franchi le pas consistant à admettre que les décisions de première instance sont en principe immédiatement exécutoires, indépendamment du recours ouvert à leur rencontre⁸⁵.

32. Cette modification législative ne va pas sans créer des incohérences systémiques. On voit mal pour quelle raison la décision de première instance pourrait être exécutoire après notification du seul dispositif alors que l'arrêt d'appel, ou sur recours limité au droit, communiqué de la même manière, ne le sera qu'après communication des motifs ou échéance du délai pour les demander. Il s'agit d'une incongruité⁸⁶, d'autant moins justifiable qu'à l'issue de la procédure devant la juridiction cantonale, la cause a été examinée à deux reprises⁸⁷. Elle vaut aussi pour le recours constitutionnel subsidiaire⁸⁸. L'incohérence est tout particulièrement manifeste lorsque la décision de première instance s'était vu reconnaître, légalement ou sur décision, la pleine force exécutoire⁸⁹. La communication du dispositif de l'arrêt cantonal la prive instantanément de celle-ci jusqu'à ce que les motifs soient communiqués ou que le délai pour les requérir soit arrivé à

⁸⁴ BASTONS BULLETTI, N 15 qui relève que cela risque de compliquer la tâche de la juridiction supérieure.

⁸⁵ Un tel pas a été franchi par en France et en Turquie. Dans ces deux pays, à l'exception des affaires familiales et, pour la seule Turquie, des litiges en matière immobilière (art. 350 al. 2 du Code turc de procédure civile ; art. 1074-4 du Code français de procédure civile), l'appel, seul recours ouvert contre les décisions de première instance, est dépourvu d'effet suspensif légal (art. 305 al. 1 du Code turc de procédure civile ; art. 514 du Code français de procédure civile). A certaines conditions que nous n'exposerons pas en détail, un effet suspensif peut être obtenu (cf. art. 36 de la Loi turque sur la poursuite pour dettes et la faillite ; art. 514-1 à 514-6 du Code français de procédure civile).

⁸⁶ BASTONS BULLETTI, N 20 ; HONEGGER-MÜNTENER/RUFIBACH/SCHUMANN, 1206 ; HUBER-LEHMANN, 62 s. et 77 s.

⁸⁷ BASTONS BULLETTI, N 21.

⁸⁸ Par le jeu du renvoi opéré à l'art. 117 LTF.

⁸⁹ RUFIBACH, 240.

échéance⁹⁰. Cela devrait encourager les juridictions cantonales à communiquer directement leur arrêt sous une forme motivée⁹¹. Pour remédier à cette situation, un auteur a suggéré d'appliquer par analogie l'art. 315 al. 2 nCPC à la procédure suivie devant le Tribunal fédéral, de manière à aménager des exceptions à l'art. 112 al. 2 nLTF⁹². Reste à voir si cette suggestion sera suivie par la juridiction suprême.

4. Une continuité troublante

33. Le fait de réserver à la juridiction cantonale supérieure le pouvoir de se prononcer sur la force exécutoire constitue, à notre avis, un point positif. En effet, les chances de succès de la procédure d'appel ou de recours constituent un élément important à prendre en considération. Or il est toujours délicat de demander à l'auteur d'une décision d'évaluer la probabilité qu'elle soit modifiée sur recours⁹³, la réponse fournie dépendant davantage du degré de confiance en soi que de critères objectifs⁹⁴. En revanche, cette solution va créer de redoutables difficultés chaque fois que se pose la question de l'octroi de l'effet suspensif à une décision immédiatement exécutoire notifiée sous forme de dispositif.
34. Il est indéniable que la tâche de la juridiction cantonale supérieure ne sera pas aisée lorsqu'elle devra se prononcer alors que le tribunal de première instance n'a pas encore communiqué les motifs de sa décision, ce qui peut prendre plusieurs mois⁹⁵. Pour les besoins de sa décision, il lui faudra donc envisager sur la base du dossier quels pourraient être les motifs que le juge de première instance retiendra et si ceux-ci seront résisteront à l'exercice des voies de recours. Il s'agit d'un travail considérable obligeant en quelque sorte la juridiction cantonale supérieure à assumer elle-même, pour les besoins de sa décision, une des tâches fondamentales du juge de

⁹⁰ BASTONS BULLETTI, N 17.

⁹¹ Cf. BASTONS BULLETTI, N 21.

⁹² RUFIBACH, 240.

⁹³ MARKUS/HUBER-LEHMANN, 1568 s.

⁹⁴ HUBER-LEHMANN, 72 s.

⁹⁵ MORDASINI/BOOG, 11.

première instance. Un devoir de motivation tout particulier pèsera ainsi sur les épaules de la partie souhaitant obtenir l'effet suspensif ou l'exécution anticipée avant la notification du jugement motivé⁹⁶. Par ailleurs, on imagine également quelle pourrait être la surprise des parties si les motifs hypothétiques retenus par la juridiction cantonale supérieure s'avéraient totalement différents de ceux du tribunal de première instance⁹⁷. Une telle configuration n'est nullement problématique si les motifs de la décision de première instance sont déjà connus au moment où la juridiction d'appel se prononce. Dans ce cas, il lui est parfaitement loisible d'indiquer, dans sa décision sur l'exécution anticipée ou l'effet suspensif, que les considérants de la décision de première instance ne paraissent pas pouvoir être suivis. En revanche, il est beaucoup plus délicat de se prononcer en avançant certains motifs qui seront, en quelque sorte, démentis par ceux que fournit le juge de première instance après coup.

35. Au vu de ces éléments, le risque de décision critiquable nous paraît tout particulièrement élevé lorsque la juridiction cantonale supérieure doit essayer de deviner ce qui a pu être jugé en première instance pour statuer sur la forcer exécutoire de la décision de première instance alors que les motifs de la décision ne sont pas encore connus. Cela ne manquera pas d'inciter les juridictions cantonales supérieures à n'accorder que très rarement l'exécution anticipée sur la base d'un seul dispositif. Dans des affaires délicates, telles que les causes matrimoniales, le juge de première instance serait bien avisé de notifier sa décision sous une forme immédiatement motivée. Quant à l'effet suspensif, la juridiction cantonale supérieure se limitera certainement dans un premier temps à adopter une décision à titre superprovisionnel et attendra la communication des motifs pour poursuivre l'instruction de la question, de manière à éviter d'avoir à présenter ses propres considérants sur le sort de la cause. D'une manière plus anecdotique, mais non dépourvue de considération pratique, on

⁹⁶ En ce sens : BASTONS BULLETTI, N 15.

⁹⁷ Par exemple, la juridiction d'appel pourrait retenir, au moment de se prononcer sur une requête d'exécution anticipée, qu'un contrat a été manifestement conclu entre les parties, alors que dans ses motifs le tribunal de première instance estime que la cause relève de la responsabilité civile.

constatera que le dossier de la cause, qui est encore très souvent tenu exclusivement sur papier, devra circuler entre la juridiction de première instance et la juridiction supérieure alors qu'il serait préférable qu'il demeure auprès de la première jusqu'à la notification de la décision motivée.

36. Dernier point important, les décisions sur la force exécutoire adoptées sur la base d'un seul dispositif sont caduques si la motivation n'est pas demandée et si le recours n'est pas introduit dans la foulée⁹⁸. A notre avis, cela signifie que la décision de première instance entre en force à la date de communication du dispositif⁹⁹. Lorsque cette entrée en force constitue le *dies a quo* d'un autre délai, une éventuelle décision sur l'effet suspensif sera privée rétroactivement d'effet sur le cours dudit délai si un recours n'est pas introduit après la communication des motifs. Cela peut avoir des conséquences dans plusieurs procédures d'exécution forcée.
37. La question nous paraît tout particulièrement importante s'agissant du délai pour agir en libération de dette après une décision de mainlevée provisoire. Si celle-ci est communiquée sous forme de dispositif, la solution jurisprudentielle prévoyant que le *dies a quo* est la notification du jugement motivé ne pourra plus s'appliquer dans ce cas¹⁰⁰. Cela signifie que le poursuivi souhaitant bénéficier de quelque répit doit, presque simultanément, demander à la juridiction cantonale supérieure l'octroi de l'effet suspensif et la motivation de la décision de mainlevée provisoire, puis, une fois l'effet suspensif obtenu, introduire à temps un recours limité au droit¹⁰¹. S'il omet cette seconde étape, par exemple parce qu'il estime que les motifs de la décision sont convaincants après en avoir pris connaissance et qu'il est préférable de livrer bataille sur le fond, il court le risque de voir que le délai utile de vingt jours de l'art. 83 al. 2 LP, qui sera

⁹⁸ Cf. art. 315 al. 5 et 325 al. 2 nCPC.

⁹⁹ Pour une autre opinion avant la réforme : MARKUS/HUBER-LEHMANN, 1556. Le fait que le Code de procédure civile révisé mentionne expressément la caducité devrait conduire à une appréciation différente.

¹⁰⁰ Expressément en ce sens : ATF 149 III 410, consid. 6.4.3. Un arrêt tout récent ne dit pas autre chose : TF 4A_61/2023 du 25 juin 2024, consid. 5.2.2 destiné à la publication.

¹⁰¹ Seul recours recevable : art. 309 let. b ch. 3 CPC.

réputé avoir couru dès la notification du dispositif, soit déjà parvenu à échéance.

38. Le problème est identique lorsque la mainlevée de l'opposition est rejetée dans une poursuite en validation du séquestre. Le délai de dix jours, prévu à l'art. 279 al. 2 LP pour agir en reconnaissance de dette, court dès la notification du dispositif de la décision rejetant la mainlevée de l'opposition. L'effet suspensif peut être immédiatement demandé à la juridiction cantonale supérieure. Une éventuelle réponse favorable suspend le cours du délai pour agir en reconnaissance dette avec effet *ex tunc*¹⁰² à condition toutefois qu'un recours limité au droit ait été valablement interjeté contre la décision rejetant la requête de mainlevée.
39. Ces considérants ne valent en revanche pas lorsqu'une opposition au séquestre est admise sous la forme d'une décision communiquée par dispositif non motivé. Bien que seul le recours limité au droit soit recevable¹⁰³, celui-ci n'empêche pas le séquestre de sortir ses effets¹⁰⁴, si bien que la question d'un éventuel effet suspensif ne se pose pas. Quant au délai pour valider le séquestre, il ne courra que dès la communication de l'arrêt cantonal¹⁰⁵.
40. Un problème similaire se pose en matière de validation des mesures provisionnelles par une action au fond au sens de l'art. 263 CPC. La réponse à apporter est toutefois différente. La question s'écarte quelque peu de l'objet de notre présentation, mais elle présente suffisamment de connexité intellectuelle pour que le lecteur nous pardonne cette digression. Le Tribunal fédéral a jugé que l'absence d'effet suspensif de l'appel dans ce domaine ne concernait pas la force formelle de chose jugée, qui ne pouvait s'acquérir qu'au terme de la procédure d'appel¹⁰⁶. Si la décision de mesures provisionnelles indique que le délai commencera à courir dès son entrée en force, l'absence d'effet suspensif légal de l'appel n'aura aucune conséquence et le délai ne courra que dès la communication de l'arrêt d'appel. A notre avis, si le *dies a quo* retenu dans la décision

¹⁰² Cf. TF 5A_666/2023 du 25 janvier 2024, consid. 6.1.

¹⁰³ Art. 309 let. b ch. 6 CPC.

¹⁰⁴ Art. 278 al. 4 LP.

¹⁰⁵ ATF 129 III 599, consid. 2.2.

¹⁰⁶ ATF 139 III 486, consid. 3.

est sa communication, seule une décision d'effet suspensif, dûment validée par un appel ou un recours limité au droit, est susceptible d'en suspendre le cours. On peut toutefois discuter de la pertinence de cette solution, étant donné que le délai pour agir au fond n'est pas directement une question en lien avec la force exécutoire de la décision. Il nous paraît toutefois opportun de prévoir la possibilité de suspendre le cours du délai pour agir au fond suite à une contestation portant sur la décision de mesures provisionnelles.

41. Finalement, le Code de procédure civile se borne à prévoir que des mesures provisoires et le dépôt de sûretés peuvent compléter la décision d'exécution anticipée. Il s'agit de mesures destinées à protéger le débiteur contre un risque de préjudice difficilement réparable si la décision venait à être réformée. Avec un auteur¹⁰⁷, on peut se demander s'il n'aurait pas été plus judicieux de prévoir que seule la voie de la poursuite en fourniture de sûretés¹⁰⁸ est ouverte au créancier, de manière à ce que le montant litigieux ne lui soit pas remis avant l'entrée en force de l'arrêt d'appel. Il est douteux qu'un changement de mode de poursuite puisse être imposé à titre de mesures provisoires. En revanche, à notre avis, qui est partagé¹⁰⁹, rien n'interdit au tribunal supérieur de déclarer que l'exécution anticipée ne pourra pas aller jusqu'à la réquisition de vente ou de faillite, mais qu'elle sera limitée à l'exécution de la saisie. Toujours avec le même souci d'éviter que l'exécution anticipée ne se fasse au préjudice d'une des parties, lorsque le jugement de première instance déclaré exécutoire par anticipation n'est pas confirmé par la juridiction cantonale supérieure, l'obligation de restituer les prestations déjà effectuées devrait être ordonnée par la juridiction cantonale supérieure¹¹⁰. Il aurait naturellement été préférable que

¹⁰⁷ JENT-SØRENSEN, 62.

¹⁰⁸ Art. 38 al. 1 LP.

¹⁰⁹ JENT-SØRENSEN, 62.

¹¹⁰ JENT-SØRENSEN, 63-64. Cet auteur envisage aussi, sur le modèle de ce qui a cours pour les jugements rejetant une action en libération de dette, de conférer une force exécutoire étendue à l'arrêt d'appel modifiant le jugement de première instance déclaré exécutoire par anticipation et d'autoriser l'exécution forcée contre le créancier sur la seule base de l'arrêt d'appel, le juge de la mainlevée étant chargé de vérifier si le débiteur s'est acquitté de la somme à laquelle il a été condamné en première instance. La jurisprudence des tribunaux français va dans la même

ces deux questions soient réglées à l'occasion de la révision du Code de procédure civile.

42. Au vu de ce qui vient d'être exposé, on aura compris que la question de la force exécutoire des décisions ne manquera pas de donner lieu à de nombreuses discussions et que le risque d'erreur procédurale nous paraît particulièrement élevé. Tout autre est naturellement la question de savoir si de tels débats et de pareilles chausse-trappes contribueront réellement à améliorer l'efficacité du droit judiciaire privé...

III. Les nouvelles règles relatives aux feries en matière d'exécution forcée

43. Le régime des délais dans les procédures d'exécution forcée régies par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite est actuellement marqué par un système incohérent de double renvoi entre cette loi et le Code fédéral de procédure civile (A). Le nouveau régime applicable au 1^{er} janvier 2024 apporte une simplification en matière de feries, sans toutefois résoudre tous les problèmes¹¹¹ (B).

A. Le régime actuel : un double renvoi source d'incohérences

44. Le régime actuel des délais en matière d'exécution forcée est pour le moins délicat à appréhender¹¹². Il a d'ailleurs fait l'objet de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral illustrant toutes les subtilités en jeu. Si l'on veut tenter de l'expliquer simplement, il faut partir des deux dispositions opérant chacune un renvoi vers l'autre législation. Il s'agit de la source de toutes les difficultés¹¹³.
45. A l'art. 31 LP, le législateur a déclaré applicables¹¹⁴ les règles du Code de procédure civile en matière de computation et

direction : Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2016, pourvoi n° 14-20.193, Bull. des arrêts des chambres civiles, n° 3 – mars 2016, 81.

¹¹¹ Opinion partagée, par ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 322.

¹¹² ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 321.

¹¹³ ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 322.

¹¹⁴ Selon WUFFLI, N 10, il s'agit d'une application par analogie.

d'observation des délais, sauf exceptions figurant dans la présente loi. Cela signifie que le renvoi vers le Code de procédure civile n'a vocation à s'appliquer que dans la mesure où la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ne contient aucune disposition. Le renvoi est donc subsidiaire¹¹⁵. Ainsi les art. 32 et 33 LP empêchent-ils d'appliquer aux procédures d'exécution forcée, les art. 144, 147 et 148 CPC¹¹⁶. De la même manière, l'existence de fériés, bien que notoirement plus courtes, en matière d'exécution forcée¹¹⁷ a pour conséquence d'exclure l'application des fériés judiciaires plus longues de l'art. 145 al. 1 CPC. En revanche, les art. 142 al. 1 et 143 al. 1 CPC sont applicables en matière d'exécution forcée¹¹⁸ et donc au délai de plainte de l'art. 17 LP¹¹⁹. Il ne faut toutefois pas conférer à l'art. 31 LP une portée exagérément large. Ainsi, le renvoi au droit de la procédure civile ne permet de rendre applicable l'art. 145 al. 3 CPC à la procédure de plainte¹²⁰, laquelle, mis à part la computation du délai, demeure hors de portée du Code de procédure civile¹²¹.

46. A ce premier renvoi vient s'en ajouter un second à l'art. 145 al. 4 CPC qui réserve expressément les fériés en matière d'exécution forcée. Il s'agit donc d'une disposition miroir de l'art. 31 LP entraînant un retour vers le droit de l'exécution forcée lorsque le

¹¹⁵ TAPPY, 23.

¹¹⁶ Cf. en matière de restitution de délai : TAPPY, 25 ; ABBET, Délais, fériés et suspensions, 89. Pour les actes introduits auprès d'une autorité incompétente : ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 339. Dans les deux cas, le droit de l'exécution forcée présente de petites différences par rapport à la procédure civile.

¹¹⁷ Cf. art. 56 ch. 2 LP, prévoyant des fériés plus courtes d'un jour pour celles de fin d'année, à moins que le 2 janvier ne soit un jour férié de droit cantonal, et de deux semaines uniquement pour celles d'été. Quant à l'effet des fériés sur le cours des délais, il ne s'agit pas d'une suspension du cours de ceux-ci, comme prévu à l'art. 145 al. 1 CPC, mais uniquement un report de l'échéance au troisième jour après les fériés si l'échéance tombe durant celles-ci (art. 63 LP). Cette différence d'approche entre le droit de l'exécution forcée et la procédure civile n'a pas été remise en cause par le législateur.

¹¹⁸ TAPPY, 22 ; ABBET, Délais, fériés et suspensions, 79 et 86 ; ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 329 à 334.

¹¹⁹ TF 5A_633/2014 du 6 janvier 2015, consid. 2.5.3.

¹²⁰ ATF 141 II 170, consid. 6.

¹²¹ ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 326 ; WUFFLI, N 11 et 12.

Code de procédure civile ne prévoit pas de fériés¹²². Cette disposition a donc essentiellement vocation à s'appliquer chaque fois que l'art. 145 al. 2 let. b CPC entre en jeu et permet ainsi de prolonger certains délais en dépit de l'application de la procédure sommaire¹²³.

47. Mais elle va aussi plus loin. Elle permet d'écarter les fériés judiciaires chaque fois que les fériés de l'exécution forcée sont applicables¹²⁴. Si dans une procédure sommaire de droit des poursuites les art. 56 ch. 2 et 63 LP sont applicables, alors les délais seront suspendus selon les fériés du droit de l'exécution forcée. Tel est le cas de la procédure de mainlevée provisoire, y compris en ce qui concerne le délai pour agir en libération de dettes¹²⁵ et pour interjeter le recours limité au droit contre la décision de mainlevée provisoire¹²⁶, auxquels les fériés du droit de l'exécution forcée s'appliquent. Il en va de même du délai pour interjeter le recours limité au droit contre le jugement déclarant la faillite du débiteur¹²⁷. Les fériés en matière d'exécution forcée sont également applicables¹²⁸ aux délais pour agir en revendication¹²⁹, en participation à la saisie¹³⁰, en opposition au séquestre ou en validation de celui-ci¹³¹. En revanche, selon une jurisprudence bien établie, les art. 56 ch. 2 et 63 LP ne sont pas applicables aux actes de l'administration de la faillite¹³². Cela exclut

¹²² Cf. ABBET, Délais, fériés et suspensions, 82 s.

¹²³ WUFFLI, N 35.

¹²⁴ WUFFLI, N 15 et 16.

¹²⁵ ATF 143 III 38, consid. 3.2. ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 327.

¹²⁶ TF 4A_635/2023 du 3 juillet 2024, consid. 5.

¹²⁷ TF 5A_520/2022 du 6 décembre 2022, consid. 2.2

¹²⁸ ATF 143 III 149, consid. 2.4.1.1. Voir aussi WUFFLI, N 15.

¹²⁹ Art. 107 al. 5, 108 al. 2 LP. Le délai pour agir en revendication dans la faillite, prévu à l'art. 242 al. 2 LP, n'est pas susceptible d'être suspendu sur le fondement des art. 56 ch. 2 et 63 LP étant donné que ces dispositions ne sont pas applicables aux actes de l'administration de la faillite. Cela devrait permettre l'application des fériés judiciaires (cf. infra).

¹³⁰ Art. 111 al. 5 LP.

¹³¹ Art. 278 et 279 LP. ABBET, Délais, fériés et suspensions, 72 (note de bas de page n° 81).

¹³² ATF 114 III 60, consid. 2b ; ATF 96 III 74, consid. 1 ; ATF 88 III 28, consid. 1. ABBET, Délais, fériés et suspensions, 78 ; ABBET, Etat des lieux et perspectives

l'application des feries du droit de l'exécution forcée à l'action en contestation de l'état de collocation... à laquelle toutefois les feries judiciaires deviennent alors applicables¹³³.

48. La jurisprudence estime également que la portée de l'art. 145 al. 4 CPC doit être limitée aux procédures sommaires et que dans les procédures ordinaires et simplifiées, les feries judiciaires s'appliquent sitôt que le tribunal est saisi. C'est ainsi que les feries judiciaires s'appliquent exclusivement au délai pour interjeter appel d'un jugement rendu sur une action en contestation du non-retour à meilleure fortune¹³⁴.
49. Le lecteur qui aura pu suivre notre exposé, que nous espérons avoir structuré d'une manière aussi claire que la matière le permet, aura compris que le double renvoi entre les dispositions du Code fédéral de procédure civile et celles de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite présente toutes les caractéristiques d'un ping-pong conceptuel aux résultats surprenants. C'est ainsi que des feries font leur apparition dans des procédures sommaires et que tous les délais pour agir en justice ne sont pas soumis au même régime : le délai pour agir en libération de dette se voit appliquer les feries du droit de l'exécution forcée et celui pour agir en contestation de l'état de collocation les feries judiciaires. On comprend sans difficulté qu'une réforme s'imposait.

B. Le nouveau régime

50. Le nouveau régime des délais repose sur deux modifications destinées à éviter le ping-pong créé par le jeu des art. 31 LP et 145 al. 4 CPC. La première consiste à soumettre aux feries judiciaires tous les délais institués par le droit de l'exécution forcée pour agir

d'amélioration, 329. Pour une présentation détaillée des actes auxquels la suspension s'applique : ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 323 à 325.

¹³³ ATF 149 III 179, consid. 4.2 ; ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 328. Pour une approche critique : BÄTTIG/SPRECHER, §§ 22 ss.

¹³⁴ ATF 143 III 149, consid. 2.4.1.2. ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 328 ; WUFFLI, N 36.

en justice¹³⁵. Désormais, il n'existera plus de différence entre les feries applicables en matière d'action en libération de dette et d'action en contestation de l'état de collocation. Les feries judiciaires s'appliquent ainsi aux actions en constat lors d'une opposition tardive¹³⁶, en revendication¹³⁷, en participation à la saisie¹³⁸, en contestation de l'état de collocation d'une série¹³⁹, en mainlevée de l'opposition, en constatation de la créance ou du gage dans la poursuite en réalisation du gage¹⁴⁰, en paiement du montant consigné dans la poursuite pour effets de change¹⁴¹, à l'action en constat ou contestation du non-retour à meilleure fortune¹⁴², à l'opposition au séquestre¹⁴³ ou à la validation par une action en justice d'un séquestre¹⁴⁴.

51. Dans le souci de ne pas voir réapparaître par la petite porte les incohérences qui existaient jusqu'alors, il nous paraît important d'interpréter largement la nouvelle disposition et de l'appliquer aux délais découlant d'une des ordonnances d'application de ladite loi¹⁴⁵. Le fait que des motifs de suspension des délais propres à la procédure de séquestre aient été institués à l'art. 279 al. 5 LP ne constitue pas non plus un motif suffisant pour restreindre le champ d'application des feries judiciaires. En revanche, le délai pour requérir la faillite, institué à l'art. 166 al. 2 LP, ne nous paraît pas devoir être considéré comme un délai pour agir en justice, mais plutôt comme le prolongement de la péremption du commandement de payer instituée à l'art. 88 al. 2 LP, si bien que les

¹³⁵ Art. 56 al. 2 nLP.

¹³⁶ Art. 77 al. 4 LP.

¹³⁷ Art. 107 al. 5, 108 al. 2, 242 al. 2, 242a al. 2 et 242b al. 2 LP.

¹³⁸ Art. 111 al. 5 LP.

¹³⁹ Art. 148 al. 1 LP.

¹⁴⁰ Art. 153a al. 1 et 2 LP.

¹⁴¹ Art. 184 al. 2 LP.

¹⁴² Art. 265a al. 4 LP.

¹⁴³ Art. 278 al. 1 LP.

¹⁴⁴ Art. 279 al. 1 et 2 LP.

¹⁴⁵ Tels que le délai pour agir en revendication suite à une opposition à l'état des charges (art. 39 ORFI) ou le délai fixé au créancier pour agir en revendication d'une part de copropriété au lieu de la quote-part en main commune inscrite au registre foncier (art. 4 OPC).

féries judiciaires ne devraient pas lui être applicables. Il en va de même des délais pour réclamer la réparation d'un dommage¹⁴⁶, intenter les actions révocatoires¹⁴⁷ ou pour agir en répétition de l'indu¹⁴⁸, ceux-ci étant des délais de prescription pour lesquels existent leurs propres motifs de suspension et auxquels les fêtes judiciaires ne sont jamais applicables¹⁴⁹.

52. Cela étant, toutes les incohérences ne sont pas supprimées. En effet, l'application des fêtes judiciaires ne vaut que pour les actions en justice et non pour les autres délais. Ainsi, le délai de dix jours prévu à l'art. 279 al. 1 LP pour valider un séquestre se verra appliquer les fêtes du droit de l'exécution forcée si la validation a lieu sous la forme d'une réquisition de poursuite et les fêtes judiciaires si la validation prend la forme d'une action en justice. Ce n'est donc qu'après avoir pris connaissance du choix opéré par le créancier que l'office des poursuites sera en mesure de décider de lever ou non le séquestre en application de l'art. 280 ch. 1 LP.
53. A cette première modification, vient s'en ajouter une autre découlant de la réécriture de l'art. 145 al. 4 nCPC. La nouvelle disposition confirme tout d'abord ce qui vient d'être exposé à propos de l'art. 56 al. 2 nLP dont elle n'est que la reprise. Elle codifie également la jurisprudence selon laquelle les fêtes judiciaires ne sont jamais applicables à la procédure de plainte. Il ne s'agit cependant que de dispositions secondaires par rapport à ce que la nouvelle disposition ne contient plus : la réserve des fêtes du droit de l'exécution forcée. Cela signifie qu'il n'est plus possible d'appliquer les fêtes du droit de l'exécution forcée aux procédures sommaires de droit des poursuites, que ce soient les mainlevées d'opposition ou les faillites. Désormais, dans ces procédures, aucune suspension des délais n'aura cours, à l'instar de ce qui vaut pour toutes les procédures sommaires¹⁵⁰. Se pose alors la question de la suspension des délais au terme desquels une action en justice

¹⁴⁶ Art. 6 LP.

¹⁴⁷ Art. 292 LP.

¹⁴⁸ Art. 86 al. 1 LP.

¹⁴⁹ ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 336.

¹⁵⁰ ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 335.

doit être introduite en procédure sommaire. Tel est le cas de l'opposition tardive au commandement de payer qui doit être portée devant le tribunal dans les dix jours dès la connaissance du changement de créancier¹⁵¹. A notre avis, aucune procédure sommaire n'étant pendante devant le tribunal avant l'échéance du délai, il nous paraît que l'art. 145 al. 2 CPC n'est pas applicable et que les feries de l'art. 145 al. 1 CPC entrent en ligne de compte¹⁵². Il doit en aller de même pour la procédure d'opposition au séquestre¹⁵³.

54. Finalement, l'art. 31 LP n'ayant pas été modifié, l'application subsidiaire des règles du Code de procédure civile en matière de computation des délais est maintenue. Les art. 142 al. 1 et 143 al. 1 CPC demeurent applicables aux procédures d'exécution forcée. En revanche, en raison de l'existence de l'art. 32 al. 2 LP, l'art. 143 al. 1^{bis} nCPC n'entrera pas en ligne de compte dans les procédures d'exécution forcée¹⁵⁴.

IV. Conclusion

55. Comme nous l'avions annoncé dans l'introduction, les nouveautés entrant en vigueur au 1^{er} janvier 2025 en matière d'exécution forcée ne contiennent aucun élément révolutionnaire. Le processus législatif a été marqué par la volonté de procéder par petites touches successives. On en veut pour preuve le fait que le Parlement se soit écarté du projet initial du Conseil fédéral selon lequel certaines décisions en matière d'exécution anticipée pouvaient être prises par la juridiction de première instance. Dans certains cas, cette précaution peut être regrettée, comme en matière de feries. Une plus grande harmonisation des régimes applicables en matière

¹⁵¹ Art. 77 al. 3 LP.

¹⁵² Cf. l'interrogation de ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 335.

¹⁵³ Art. 278 al. 1 LP. Avis contraire : ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 336.

¹⁵⁴ ABBET, Etat des lieux et perspectives d'amélioration, 339 s.

d'exécution forcée, de procédure civile et de recours au Tribunal fédéral, est à l'évidence souhaitable¹⁵⁵.

56. Certaines petites modifications sont pourtant destinées à avoir des conséquences importantes. C'est le cas de la communication systématique des jugements sous forme de dispositif, notamment lorsqu'une demande d'exécution anticipée, ou d'effet suspensif, doit être tranchée par la juridiction cantonale supérieure avant que les motifs n'aient été communiqués.
57. Finalement, on rencontre aussi des imperfections, voire des incohérences. C'est le cas de l'art. 112 al. 2 LTF dont le nouveau libellé exclut l'acquisition de la force exécutoire avant l'expiration du délai pour demander les motifs de l'arrêt de la juridiction cantonale supérieure. A notre avis, la création d'une possibilité d'octroyer l'effet suspensif à un appel en matière de droit de réponse peut certes constituer une bonne nouvelle en matière de liberté de la presse, mais le contexte dans lequel il a été introduit fait plutôt penser à un regrettable concours de circonstances découlant d'un manque de réflexion.

¹⁵⁵ Cf. les propositions faites par ABBET, Etat des lieux et perspectives d'harmonisation, 340 à 343.

Bibliographie

ABBET STÉPHANE, Délais, fériés et suspensions en droit des poursuites et en procédure civile, JdT 2016 II 72 ss (cité : ABBET, Délais, fériés et suspensions)

ABBET STÉPHANE, Délais, fériés et suspensions selon la LP, le CPC et la LTF, Etat des lieux et perspectives d'harmonisation, RDS 2023 II 319 ss (cité : ABBET, Etat des lieux et perspectives d'harmonisation)

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Aperçus du CPC révisé, Le caractère exécutoire des décisions cantonales susceptibles d'appel ou de recours, <https://www.zpo-cpc.ch/aperçu-du-cpc-revise-02-2024/> (lien consulté le 20 août 2024)

BÄTTIG MARIUS/SPRECHER THOMAS, Gerichtsferien im SchKG am Beispiel des Kollokationsprozesses, Jusletter du 14 décembre 2020

B EGLINGER MICHAËL, Rechtskraft und Rechtskraftdurchbrechung im Zivilprozess, RJB 1997, 589 ss

BERGAMIN CHRISTOF, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit : Wann ist der Rechtsvorschlag definitiv beseitigt ?, BLSchK 2020, 149 ss

BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/JEANDIN NICOLAS/SCHWEIZER PHILIPPE/TAPPY DENIS, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR)

CHENAUX PATRICK, Le recours et la LP, JdT 2022 II 39 ss

DROESE LORENZ, Res iudicata ius facit – Untersuchung über die objektiven und zeitlichen Grenzen von Rechtskraft im schweizerischen Zivilprozessrecht, habil. Lucerne, Berne 2015

HONEGGER-MÜNTENER PATRICK/RUFIBACH MATTHIAS/SCHUMANN JULIUS, Die Revision der ZPO, PJA 2023, 1157 ss

HUBER-LEHMANN MELANIE, Erteilung und Entzug der Vollstreckbarkeit zwischen Entscheideröffnung und Ergreifung eines Rechtsmittels, *in* : Eichel/Hurni/Markus (édit.), Zehn Jahre ZPO – Zwischenstand und Perspektive – Tagung zu Ehren von Jürgen Brönniman, Berne 2022, 55 ss

JENT-SØRENSEN INGRID, Resolutiv bedingte Vollstreckbarkeit und vorläufige Vollstreckung – Abwehr und Rückforderungsmöglichkeiten, RSJ 2014, 57 ss

MARKUS ALEXANDER R., Revision der ZPO – Ende der Übung, wie weiter ?, PCEF 2022, 219 ss

MARKUS ALEXANDER R./HUBER-LEHMANN MELANIE, Erteilung und Entzug der Vollstreckbarkeit, PJA 2020, 1555 ss

MARKUS ALEXANDER R./WUFFLI DANIEL, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit : zwei Begriffe, ein Konzept ?, RJB 151/2015, 75 ss

MORDASINI CLAUDIA M./BOOG SEVERIN, Ausgewählte Fragen zu den familienrechtlichen Verfahren und zum Rechtsmittelverfahren nach revidierter ZPO, BJM 2024, 1 ss

MÜLLER NICOLA, Bestand und Wirkungen von Entscheiden im Zivilprozess – Eine Rechtsdogmatische und Rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der aufschiebenden Wirkung, thèse, Zurich 2024

PAOLUCCI CINZIA/CATELLI CINZIA, Die Vollstreckbarkeit und deren Aufschub – geltendes Recht und Zukunftsaussichten, *in* : Catelli/Sunaric (édit.), Rechtsmittelverfahren – Tücken und Stolpersteine in der Praxis Tagungsband zum Bär & Karrer ZPO-Forum vom 7. September 2022, Zurich/St-Gall 2022, 19 ss

PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Commentaire romand, Code civil I, 4^e éd., Bâle 2024 (cité : CR CC I-AUTEUR)

RUFIBACH MATTHIAS, Dispositiveröffnung von kantonalen Rechtsmittelentscheiden, PCEF 2023, 228 ss

STAEHELIN DANIEL/BACHOFNER EVA, Vollstreckung im Niemandsländ – Beschwerdefähige Entscheide zwischen Entscheideröffnung und Zustellung der schriftlichen Begründung, Jusletter du 16 avril 2012

STEINER JAKOB, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Bâle, Zurich/St-Gall 2019

TAPPY DENIS, D'une loi à l'autre : renvois et réserves entre le CPC et la LP, JdT 2022 III 4 ss

WUFFLI DANIEL, Vorsicht, Feiertage ! Gerichts- und Betreibungsferien bei SchKG-Klagen, Jusletter du 24 avril 2017

ZOLLER ANNE SABINE, Vorläufige Vollstreckbarkeit im Schweizer Zivilprozessrecht – Unter Berücksichtigung des Deutschen, Englischen und Französischen Rechts, thèse, Zurich 2008

WEBER PHILIPP, Die ZPO-Revisionsvorlage 2023, RJB 7-8/2023, 377 ss

Parus dans la même collection

Les faits en procédures civile, pénale et administrative (2023)

ISBN 978-3-7190-4774-0

Production et consommation durables dans une économie circulaire –
Défis et solutions juridiques – 4^e Journée des droits de la consommation
et de la distribution (2023)

ISBN 978-3-7190-4804-4

L'expertise en procédure (2022)

ISBN 978-3-7190-4632-3

Les conclusions en procédures civile et pénale (2021)

ISBN 978-3-7190-4505-0

Dix ans de Code de procédure civile (2020)

ISBN 978-3-7190-4383-4

Dix ans de Code de procédure pénale (2020)

ISBN 978-3-7190-4384-1

Le nouveau droit de la prescription (2019)

ISBN 978-3-7190-4248-6

Le procès civil social (2018)

ISBN 978-3-7190-4136-6

3^e Journée des droits de la consommation et de la distribution
Blockchain et Smart Contracts – Défis juridiques (2018)

ISBN 978-3-7190-4136-6

Droit pénal – Evolutions en 2018 (2017)

ISBN 978-3-7190-3993-6

Dix ans de Loi sur le Tribunal fédéral (2017)

ISBN 978-3-7190-3953-0

Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage
de la prévoyance (2016)

ISBN 978-3-7190-3873-1

2^e Journée des droits de la consommation et de la distribution
Assurance de protection juridique – Clauses contractuelles abusives –
Nouveautés législatives et jurisprudentielles (2016)

ISBN 978-3-7190-3801-4

Les mesures provisionnelles en procédures civile,
pénale et administrative (2015)
ISBN 957-3-7190-3731-4

La personne morale et l'entreprise en procédure (2014)
ISBN 978-3-7190-3562-4

Le droit de réplique (2013)
ISBN 978-3-7190-3482-5

Droits de la consommation et de la distribution :
les nouveaux défis (2013)
ISBN 978-3-7190-3404-7

Le nouveau droit de la protection de l'adulte (2012)
ISBN 978-3-7190-3289-0

Le nouveau droit des conditions générales
et pratiques commerciales déloyales (2012)
ISBN 978-3-7190-3292-0

Quelques actions en exécution (2011)
ISBN 978-3-7190-3184-8

Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans
et entrepreneurs (2011)
ISBN 978-3-7190-3185-5

La procédure pénale applicable aux mineurs (2010)
ISBN 978-3-7255-6231-2

Procédure pénale suisse (2010)
ISBN 978-3-7255-6188-9

Procédure civile suisse (2010)
ISBN 978-3-7255-6187-2

Quelques actions en paiement (2009)
ISBN 978-3-7255-5946-6

Quelques actions en responsabilité (2008)
ISBN 978-3-7255-5748-6

Quelques actions en annulation (2007)
ISBN 978-2-940400-01-0

Le nouveau droit pénal des mineurs (2007)
ISBN 978-2-940400-00-3