

DIX ANS DE CODE DE PROCÉDURE CIVILE

DIX ANS DE CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Edité par
François Bohnet et Anne-Sylvie Dupont

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



FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

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

ISBN 978-3-7190-4383-4

© 2020 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Avant-propos

Il y a dix ans, la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel et le CEMAJ organisaient un colloque pour l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse et publiait à cette occasion un ouvrage consacré aux grands thèmes pour les praticiens. Des milliers de causes ont été traitées depuis lors. Celles-ci ont généré une imposante jurisprudence, avec de nombreux arrêts publiés chaque année par le Tribunal fédéral. La doctrine a aussi été très active : on recense une dizaine de commentaires – la plupart en allemand – dont certains en sont déjà à la troisième édition, beaucoup de thèses, de manuels et de contributions diverses et variées.

Certains thèmes demeurent sujets à controverse. Nous avons choisi de leur consacrer la journée de formation continue 2020. Il sera ainsi question dans cet ouvrage de fardeau de l'allégation et de la contestation (François Bohnet), de cumul d'actions, d'action partielle et de demande reconventionnelle (Patricia Dietschy-Martenet), de participation de tiers au procès (Michel Heinzmann), de substitution de partie (Nicolas Jeandin), du défaut et de la restitution (Denis Tappy), et de faits nouveaux dans les voies de droit (Jacques Haldy).

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier ici les auteur·e·s et les participant·e·s 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

L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile :
principes et modalités 1

PATRICIA DIETSCHY-MARTENET

Le cumul d'actions, l'action partielle et la demande reconventionnelle . 41

MICHEL HEINZMANN

L'intervention, la dénonciation d'instance et l'appel en cause 77

NICOLAS JEANDIN

La substitution de partie 111

DENIS TAPPY

Le défaut et la restitution 137

JACQUES HALDY

La maxime éventuelle, les novas et les voies de droit 203

Abréviations

| | |
|--------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| a[sigle de la loi] | Version abrogée d'une loi |
| ad | au sujet de |
| al. | alinéa(s) |
| AP | Avant-Projet |
| AP-CPC 2003 | Procédure civile suisse (PCS), avant-projet de la commission d'experts, de juin 2003 |
| AP-CPC 2018 | Avant-projet du Code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) du 2 mars 2018 |
| art. | article(s) |
| ATF | Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral |
| BK | <i>Berner Kommentar</i> |
| BSK | <i>Basler Kommentar</i> |
| c. | contre |
| CC | Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) |
| cf. | confer |
| ch. | chiffre(s) |
| CHF | franc(s) suisse(s) |
| CJ | Cour de justice |
| CJ-GE | Cour de Justice du canton de Genève |
| CN | Conseil national |
| CO | Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livres cinquième : Droit des obligations) (RS 220) |

Abréviations

| | |
|--------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| comp. | comparer |
| consid. | considérant(s) |
| CPC | Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272) |
| CPra | Commentaire pratique |
| CR | Commentaire romand |
| Cst. | Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101) |
| éd. | édition |
| édit. | éditeur(s) |
| ég. | également |
| etc. | et cetera |
| ex. | exemple |
| FF | Feuille fédérale |
| FSA | Fédération suisse des avocats |
| GOG/BS | Gesetz betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft vom 3. Juni 2015 (RS BS 154.100) |
| i.f. | <i>in fine</i> |
| i.i. | <i>in initio</i> |
| ibid. | au même endroit |
| in | dans |
| <i>infra</i> | ci-dessous |
| JdT | Journal des Tribunaux |

Abréviations

| | |
|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| LJT/VD | Loi sur la juridiction du travail du 12 janvier 2010 (RS VD 173.61) |
| 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. | <i>littera</i> (lettre) |
| LPC/GE | Loi de procédure civile genevoise du 10 avril 1987 |
| LTF | Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110) |
| Message CPC 2006 | Message du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse (CPC) (FF 2006 6841) |
| Message CPC 2020 | Message 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 ss) |
| N | numéro(s) de paragraphe |
| n. | note(s) |
| n° | numéro(s) |
| OGer | <i>Obergericht</i> |
| P-CPC 2020 | Projet de modification du Code de procédure civile suisse du 26 février 2020 (FF 2020 2693) |
| p. ex. | par exemple |
| p./pp. | page(s) |
| PCEF | Revue suisse de droit de procédure civile et d'exécution forcée |
| P-CPC | Projet de Code de procédure civile suisse du 28 juin 2006 |

Abréviations

| | |
|-------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Rapport explicatif 2018 | Rapport explicatif du 2 mars 2018 relatif à la modification du code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité) |
| RDS | Revue de droit suisse |
| REAS | Responsabilité et assurance |
| réf. | référence(s) |
| RO | Recueil officiel du droit fédéral |
| RS | Recueil systématique du droit fédéral |
| RS [canton] | Recueil systématique du canton indiqué |
| RSJ | Revue Suisse de Jurisprudence |
| RSPC | Revue suisse de procédure civile |
| s./ss | et suivant(e)/et suivant(e)s |
| SJ | Semaine judiciaire |
| <i>supra</i> | ci-dessus |
| TC VD | Tribunal cantonal vaudois |
| TF | Tribunal fédéral |
| vol. | volume |
| ZPO | = CPC |

L'allégation des faits et leur contestation en procédure civile : principes et modalités

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel et avocat

| | |
|----------------------------------------------|----|
| I. Introduction..... | 3 |
| II. Maxime des débats..... | 5 |
| A. Origine..... | 5 |
| B. Eléments essentiels..... | 6 |
| C. Champ d'application..... | 9 |
| D. Devoir d'interpellation du juge..... | 10 |
| III. Maxime éventuelle..... | 12 |
| A. Origine..... | 12 |
| B. Eléments essentiels..... | 13 |
| C. Champ d'application..... | 14 |
| IV. Allégation des faits..... | 15 |
| A. Allégation des éléments constitutifs..... | 15 |
| B. Faits implicites..... | 16 |
| C. Allégation par renvoi à une pièce..... | 17 |
| D. Précision des allégués..... | 17 |
| E. Présentation formelle des allégués..... | 19 |
| F. Casuistique..... | 22 |
| 1. Eléments constitutifs..... | 22 |
| 2. Motivation en cas de contestation..... | 23 |

| | |
|--------------------------------------------------------|----|
| V. Contestation des faits..... | 23 |
| A. Principe..... | 23 |
| B. Présentation formelle des contestations | 26 |
| C. Casuistique | 28 |
| VI. Moment de l'allégation et de la contestation | 30 |
| A. Cumul de l'ensemble des moyens..... | 30 |
| B. Deux possibilités d'alléguer | 31 |
| 1. Principe | 31 |
| 2. Procédure ordinaire..... | 31 |
| 3. Procédure simplifiée..... | 32 |
| 4. Procédure sommaire | 33 |
| 5. En cas de renonciation à la réplique | 33 |
| C. Novas et pseudo-novas | 33 |
| VII. Conclusion | 34 |
| Bibliographie | 36 |

I. Introduction

1. Le régime de l'allégation des faits et de leur contestation fait l'objet de nombreuses discussions¹. Bien que le Code de procédure civile suisse adopté le 19 décembre 2008 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 ne semblait, en retenant la maxime des débats comme règle générale, que confirmer un principe cardinal de procédure connu de tous les cantons suisses², les exigences posées par la jurisprudence ont surpris bon nombre de praticiennes et praticiens.
2. La portée effective de la maxime des débats dépend en effet beaucoup de la rigueur avec laquelle on l'applique. Et à cet égard, ce sont les approches les plus strictes connues outre-Sarine qui se sont imposées. En Suisse romande, les avocates et avocats étaient habitués à des régimes plus souples. La question de la précision des allégués ne faisait pas débat, pas plus que celle de leur contestation³. Elles n'ont surgi qu'avec la nouvelle procédure. On ne s'étonnera donc pas que le premier arrêt d'importance sur ce thème et rédigé en français date seulement du 8 octobre 2018⁴. Désormais, la

¹ Voir déjà il y a dix ans la contribution de CHAIX, 116 ss N 1 ss, à l'occasion de la journée de formation continue 2010. Pour des controverses récentes, voir HIRSCH CELIAN/GEISSBÜHLER GREGOIRE, La charge de la contestation en procédure civile – Précise ou motivée ?, *Revue de l'avocat* 2020 268 ss ; BOHNET, Dialectique procédurale, 346 ss ; HÜRLIMANN ROLAND, Substanzierungslast – Fluch oder Segen ?, *Revue de l'avocat* 2019 209 ss ; SCHNEUWLY ANDREAS, Lange rechtsschriften – wieso ? und was tun ?, *Revue de l'avocat* 2019 443 ss ; BRUGGER DANIEL, Der Tatsachenvortrag « zu Beginn » der Hauptverhandlung, *ZZZ* 2019 22 ss ; MARKUS ALEXANDER/HUBER-LEHMANN MELANIE, Zivilprozessuale Grundsätze der Sachverhaltsermittlung – Substantiierung und richterliche Fragepflicht, *RSJB* 2018 284 ss ; BRUGGER DANIEL, Der Verweis auf Beilagen in Rechtsschriften, *RSJ* 2018 533 ss.

² Pour une énumération des dispositions cantonales consacrant ce principe à la fin des années 1970, voir GULDENER, 159 n. 1.

³ C'est avant tout la question de la présentation formelle des allégués qui suscitait des controverses, compte tenu en particulier des exigences vaudoises et valaisannes en la matière ; voir les réminiscences de cette problématique en procédure civile suisse, ATF 144 III 53, consid. 4.

⁴ ATF 144 III 519. L'ATF 144 III 53, consacré à la forme des allégués, annonçait la problématique, consid. 4.1.1.

« *Substantiierungspflicht* » ou « *Substantiierungslast* » et la « *Bestreitungs-last* » doivent être maîtrisées par les plaideurs.

3. Ce n'est pourtant pas une mince affaire. Si les exigences théoriques sont bien résumées par la jurisprudence, les difficultés pratiques sont en revanche réelles. Le réexamen a posteriori par chaque instance de ce que chaque partie a dit et contesté – ou n'a pas dit et n'a pas contesté –, laisse parfois dubitatif. Du reste, il n'est pas rare que les tribunaux saisis successivement divergent d'opinion sur ces questions, comme l'illustre un arrêt récent du Tribunal fédéral⁵. Le premier juge avait considéré les faits suffisamment allégués et la contestation insuffisante, la cour cantonale avait retenu le défaut d'allégués suffisants ou subsidiairement une contestation suffisante et l'absence de motivation détaillée ultérieure, alors que le Tribunal fédéral a considéré que les allégués étaient suffisants, mais que malgré une contestation suffisante, il n'y avait pas eu de motivation détaillée ultérieure !
4. Mais non seulement faut-il maîtriser les règles concernant les fardeaux de l'allégation et de la contestation, avec en toile de fond le fardeau de la preuve, mais en plus convient-il d'être attentif à la forme que doivent prendre les allégués et leur contestation et aux exigences résultant de la maxime éventuelle, appliquée avec sévérité par le Tribunal fédéral. Les parties n'ont en effet que deux occasions d'alléguer et de proposer des preuves. Les exceptions sont limitées aux novas et pseudo-novas en procédure ordinaire.
5. En d'autres termes, les exigences portent tant la *substance* que le *moment* de l'allégation et de la contestation.
6. Après avoir rappelé les grands principes découlant de la maxime des débats (II) et de la maxime éventuelle (III), nous examinerons les exigences de substance et de forme en matière d'allégation (IV) et de contestation (V), pour nous pencher ensuite sur le moment de l'allégation et de la contestation (VI), et enfin conclure (VII).

⁵ TF 4A_443/2017 du 30 avril 2018, RSPC 2018 380.

II. Maxime des débats

A. Origine

7. Selon la formule consacrée en droit commun⁶, et encore utilisée couramment⁷, « *nemo iudex sine actor* », « *wo kein Kläger ist, ist kein Richter* ». De la disposition des parties sur le procès civil, la doctrine a longtemps tiré l'interdiction du juge d'intervenir sur quelque point que ce soit sans l'intervention des parties : « *nichts von amts wegen* »⁸. La règle valait tant en matière d'objet du litige, d'apport des faits et des preuves que d'avancement du procès. Au tout début du XIX^e siècle, le juriste allemand VON GÖNNER distinguera le principe de la saisine volontaire du tribunal par le demandeur⁹ – élément selon lui immuable du procès civil¹⁰ – de l'apport des faits et des preuves et de la conduite du procès. Selon l'approche classique¹¹, ces éléments du procès dépendent également entièrement des parties, d'où la notion de maxime des débats (*Verhandlungsmaxime*), « *weil alles von den Vorbringen der Partheyen, oder von ihren Verhandlungen abhängt* »¹²). VON GÖNNER oppose à cette maxime la maxime inquisitoire (*Untersuchungsmaxime*) retenue à l'époque (et bientôt abandonnée¹³) par l'*Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten* du 6 juillet 1793. Peu à peu, ces deux maximes n'ont plus visé que l'apport des faits et des preuves¹⁴.

⁶ MINGARDO/REGGIO, 169. En procédure de droit commun allemande : VON GÖNNER, 257.

⁷ Par exemple : HABSCHIED, 13 N 30 ; BK ZPO-HURNI, art. 58 N 11.

⁸ VON GÖNNER, 259 ss, 261 ; MATILE, 76 N 69 s., 90 N 100 ; JACOTTET, 187 ss N 343 ss : « *Le juge ne peut rien faire d'office* ».

⁹ Principe que l'on rattachera plus tard à la maxime de disposition. Voir SCHMIDT, 381 s. et ROSENBERG, 172 : *Dispositionsmaxime*, opposée à la maxime d'office (*Offizialprinzip*). Pour les bases de la réflexion : BÜLLOW, *Dispositives Zivilprozessrecht*, 5 ss, 39 ss.

¹⁰ VON GÖNNER, 257.

¹¹ Déjà en droit romain (KASER/HACKL, 9 s.) et en procédure romano-canonique (NÖRR, 221).

¹² VON GÖNNER, 261.

¹³ Pour quelques développements, voir SCHURTER, 7 s. ; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, 27 N 26.

¹⁴ Voir ROSENBERG, 172.

8. Les concepts opposés de *Verhandlungsmaxime* et *Untersuchungsmaxime* se sont imposés en Allemagne¹⁵ et ont été peu à peu repris en Suisse¹⁶, où l'apport des faits et des preuves suit les règles traditionnelles depuis des siècles selon la célèbre formule « *iudex iudicare debet secundum allegata et approbata (partium)¹⁷ non secundum conscientiam suam* ». En langue française, les expressions « maxime des débats » et « maxime inquisitoire » sont donc propres à la Suisse romande¹⁸. En France, le « principe dispositif » couvre tant l'objet du procès que l'apport des faits et des preuves (voir en particulier art. 1-2 et 4-9 CPC fr)¹⁹.

B. Eléments essentiels

9. La maxime des débats décrit le processus commun d'apport des faits et des preuves (*Sammlung des Prozessstoffs*²⁰), tel que le consacre le CPC aux art. 55 al. 1 et 150 al. 1 CPC²¹. Elle s'applique, à moins que la maxime inquisitoire ne soit de rigueur (art. 55 al. 2 CPC)²².

¹⁵ Pour une bonne synthèse historique, voir KAUFMANN, 20-61. Voir aussi DAMRAU, 19 ss.

¹⁶ En doctrine tout d'abord : SCHURTER, 21, qui reprend également les réflexions de BÜLOW sur le *Dispositives Zivilprozessrecht*.

¹⁷ Pour des débats sur l'ajout « *partium* » qui remonterait à WACH, et remettrait ainsi en cause l'apport des parties en matière de preuve, voir PANZAROLA ANDREA, *Iudex secundum allegata et probata (partium) iudicare debet : a proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, *Historia et ius – rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 2019 2 ss ; PICO JUAN, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam : storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca ed italiana*, *Rivista di diritto processuale* 2007, 1497 ss.

¹⁸ Voir ex. art. 63 al. 1 du Code de procédure civile valaisan du 24 mars 1998.

¹⁹ AMRANI MEKKI/STRICKLER, 368 N 191.

²⁰ ATF 137 III 617, consid. 5.2, RSPC 2012 221 ; TF 5A_3/2019 du 18 février 2019, consid. 3, RSPC 2019 310 ; TF 4A_229/2019 du 7 décembre 2017, consid. 3.1. L'expression remonte à notre connaissance à ROSENBERG, 171 ss : « *Stoffsammlung* », 354 : « *Sammlung des Streit- und des Beweisstoffes* ». En Suisse, voir tout d'abord : MATTI, 1080 ss ; GULDENER, 160 ; VOGEL, 113 s. En langue française : ATF 144 III 519, consid. 5.1 ; ATF 143 III 1, consid. 4.1, qui reprend la traduction de HOHL, 201 (*rassemblement des faits*).

²¹ Message CPC, 6863 et 6889 (pour la procédure ordinaire).

²² ATF 137 III 617, consid. 5.2.

10. Le fardeau subjectif de l'allégation et le fardeau de la contestation sont, avec le fardeau subjectif de la preuve²³, les composantes essentielles de la maxime des débats²⁴, conçue comme une ligne directrice du procès²⁵.
11. Ces fardeaux n'existent pas comme tels lorsque le procès est régi par la *maxime inquisitoire* (art. 55 al. 2 CPC), puisque dans ce cas le juge doit réunir de son propre chef les faits et les preuves²⁶. Ce sont les parties qui lui soumettent en premier lieu les faits de la cause et qui offrent de les prouver conformément aux dispositions légales applicables, mais le juge doit prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme aux intérêts protégés et instruire toute preuve utile selon son appréciation²⁷. Le juge n'est donc lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis, ni par les moyens de preuve invoqués par les parties²⁸. Il n'empêche que les parties doivent collaborer à la procédure et étayer leurs propres thèses²⁹.
12. L'art. 55 al. 1 CPC déclare qu'il revient aux parties d'alléguer les faits et de proposer des preuves à leur appui. Les preuves portent sur les faits pertinents³⁰ (et non notoires, art. 152 CPC³¹) qui ont été *contestés* (art. 150 al. 1 CPC)³². Les art. 55 al. 1 et 150 al. 1 CPC sont l'expression de trois fardeaux subjectifs, à savoir des incombances

²³ L'ATF 144 III 54, consid. 4.1.1, parle de « *charge de la preuve (Beweisführungslast ; onere di deduzione delle prove)* ».

²⁴ Voir HOHL, 201 N 1222.

²⁵ BOHNET, Procédure civile, 210 N 791. Il s'agit d'un principe et non d'une garantie de procédure, voir TF 5A_609/2011 du 14 mai 2012, consid. 3.2.2.

²⁶ GULDENER, 168 ss ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 12 ss ; BRÖNNIMANN, 96 ss ; voir déjà ROSENBERG, 354 s.

²⁷ BOHNET/JEANNIN, 244.

²⁸ ATF 128 III 411, consid. 3.2.1 ; ATF 122 I 53, consid. 4a, JdT 1997 I 304 ; ATF 122 III 404, consid. 3d, JdT 1998 I 46 ; ATF 111 II 225, consid. 4, JdT 1988 I 231.

²⁹ ATF 128 III 411, consid. 3.2.1.

³⁰ Est pertinent un fait de nature à influencer la solution juridique du litige : TF 4A_229/2012 du 19 juillet 2012, consid. 4 ; TF 5A_892/2014 du 18 mai 2015, consid. 2.2, RSPC 2015 411.

³¹ Pour des réflexions sur la nécessité d'alléguer de tels faits, MEIER, 23 ss.

³² Pour les sources historiques en Suisse : SCHURTER, 82 ss.

(*Obliegenheiten*) procédurales³³ des parties, elles-mêmes intimement dépendantes du fardeau objectif de la preuve (art. 8 CC) :

- Le *fardeau subjectif de l'allégation (subjective Behauptungslast)*³⁴ qui désigne à quelle partie il incombe d'alléguer les faits pertinents.
 - Le *fardeau subjectif de la preuve (subjective Beweislast ; Beweisführungslast)*³⁵, qui désigne à quelle partie il incombe de prouver les faits pertinents allégués.
 - Le *fardeau de la contestation (Bestreitungslast)*³⁶, qui désigne la partie à laquelle il incombe de contester les faits pertinents allégués.
13. La consécration de la prétention affirmée par le demandeur suppose la preuve (ou la non-contestation) des faits générateurs (*Tatbestand*) des normes juridiques fondant ladite prétention³⁷. Dès lors, si les faits générateurs ne sont pas prouvés, la prétention doit être rejetée en vertu du fardeau objectif de la preuve (art. 8 CC)³⁸. Il en va de même si ces faits générateurs ne sont pas allégués (fardeau objectif de l'allégation)³⁹. Le fardeau objectif de l'allégation suit donc en

³³ TF 4A_437/2017 du 14 juin 2018, consid. 4.6. Pour des réflexions historiques : BÜLOW, *Fiktionen*, 30 ss ; SCHURTER, 82 ss.

³⁴ BRÖNNIMANN, 29 ; HOHL, 207 N 1257 (« fardeau de l'allégation subjectif ») ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 183.

³⁵ BRÖNNIMANN, 29, et les réf. à la doctrine allemande ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 176 ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 176.

³⁶ BRÖNNIMANN, 173 ss ; HOHL, 210 N 1273 (fardeau de la contestation des faits allégués) ; BK ZGB-WALTER, art. 8 N 193.

³⁷ ATF 109 II 231, consid 3c/bb ; TF 4A_243/2018 du 17 décembre 2018, consid. 4.2, RSPC 2019 329 ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020, consid. 6.1.2, RSPC 2020 302 ; HOHL, 201 s. N 1219 et 1229. Voir déjà SCHURTER, 15 s. ; MATTI, 1081.

³⁸ Sur ces notions, l'œuvre de LEO ROSENBERG est fondamentale (pour une synthèse : son *Lehrbuch*, 352 ss). Il est le père de la *Normentheorie* (résumée en 353 du *Lehrbuch*) appliquée en Allemagne comme en Suisse en matière de fardeau objectif de la preuve. Voir BK ZGB-WALTHER, art. 8 N 169 ; TF 5A_323/2019 du 24 avril 2020, consid. 3.3 et les réf.

³⁹ ROSENBERG, 354 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 39 ; BK ZGB-WALTHER, art. 8 N 183.

principe⁴⁰ celui de la preuve⁴¹, étant précisé que si les faits n'ont pas été correctement allégués, la demande doit être rejetée, alors même que le défendeur ne contesterait pas les faits⁴². Peu importe en revanche que les faits pertinents aient été allégués par la partie supportant les fardeaux subjectifs de l'allégation et de la preuve ou par son adversaire : les fardeaux objectifs ne font que désigner la partie qui supporte l'absence d'allégation et de preuve⁴³. Notons enfin que si la partie qui supporte le fardeau subjectif de la preuve conteste un fait générateur dont elle supporte le fardeau objectif mais qui a été avancé par l'adversaire, sa prétention doit nécessairement être rejetée⁴⁴.

C. Champ d'application

14. La maxime des débats s'applique en *procédure ordinaire*, modèle du procès classique, dont la substance et l'avancement sont de la responsabilité des parties⁴⁵. La procédure de *divorce* connaît un régime particulier, puisque l'art. 277 al. 3 CPC prévoit que le tribunal établit les faits d'office⁴⁶, hormis les problèmes de régime matrimonial et de contributions d'entretien après divorce, régis par la maxime des débats (art. 277 al. 1 CPC).
15. La *procédure simplifiée* est également régie par la maxime des débats, à moins que ne s'applique la maxime inquisitoire sociale⁴⁷ (art. 247

⁴⁰ Il existe des exceptions, résultant du droit matériel : BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 43 ; BK ZGB-WALTHER, art. 8 N 188 ss ; HOHL, 2117 ss, N 1235 ss.

⁴¹ ATF 97 II 339, JdT 1972 I 636 : le droit cantonal ne peut pas mettre à la charge du demandeur l'allégation des faits dont résulterait la prescription invoquée par le défendeur ; voir déjà ROSENBERG, 354.

⁴² TF 5A_892/2014 du 18 mai 2015, consid. 2.2, RSPC 2015 41 ; TF 5A_420/2011 du 23 mars 2012, consid. 3.5.2 ; voir déjà ROSENBERG, 354.

⁴³ ROSENBERG, 353 ; GULDENER, 166 s. ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 39 ; BK ZGB-WALTHER, art. 8 N 183 ; HOHL, 213 s. N 1291 et 1292 ; ATF 143 III 1, consid. 4.1 ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020, consid. 6.1.1, RSPC 2020 302, et les réf.

⁴⁴ ROSENBERG, 354.

⁴⁵ BOHNET/JEANNIN, 240 ; BK ZPO I-KILLIAS, art. 219 N 5 ; KommZPO-LEUENBERGER, art. 219 N 1.

⁴⁶ Pour des précisions, voir BOHNET/JEANNIN, 240.

⁴⁷ ATF 141 III 569, consid. 2.3.1, RSPC 2016 96. Pour des développements, voir

al. 2 CPC : bail, travail, etc.) ou la maxime inquisitoire (art. 296 al. 1 CPC). Elle connaît cependant un devoir d'interpellation renforcé (art. 247 al. 1 CPC), qui exerce une certaine influence sur l'apport des faits au procès⁴⁸.

16. En *procédure sommaire*, la maxime des débats est de rigueur⁴⁹, sauf en mesures protectrices (art. 272 CPC) et provisionnelles de divorce (art. 276 al. 1 CPC), procédures soumises à la maxime inquisitoire sociale⁵⁰, tout comme les procédures de faillite et de concordat (art. 251 let. a CPC).

D. Devoir d'interpellation du juge

17. Le devoir d'interpellation du juge tempère quelque peu la rigueur de la maxime des débats. Il vise à empêcher qu'une partie perde son droit suite à une inadvertance⁵¹ et facilite l'accès à la justice aux parties non représentées par un avocat et sans connaissances juridiques (« *Laientauglichkeit des Verfahrens* »)⁵². Selon l'art. 56 CPC, le juge doit interpellé les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donner l'occasion de les clarifier et de les compléter. Expression de cette disposition⁵³, l'art. 132 CPC prévoit que le juge fixe aux parties un délai pour la rectification des vices de forme, telle l'absence de signature ou de procuration. L'art. 56 CPC pourrait ainsi trouver à s'appliquer lorsqu'une partie a manifestement oublié une page à son acte, qu'un allégué ou une suite d'allégués ne seraient pas compréhensibles⁵⁴ ou lorsqu'une

BOHNET/JEANNIN, 231 ss (portée), 235 ss (champ d'application).

⁴⁸ *Infra*, N 18.

⁴⁹ Voir par exemple TF 5A_740/2018 du 1^{er} avril 2019, consid. 6.1.3, non publié in ATF 145 III 160.

⁵⁰ BOHNET, Procédure matrimoniale, 6 N 16.

⁵¹ TF 4A_444/2013 du 5 février 2014, consid. 6.3.3, RSPC 2014 314.

⁵² BOHNET/JEANNIN, 247 ; BSK ZPO-GEHRI, art. 56 N 3, art. 247 N 9 ; TF 4A_375/2015 du 26 janvier 2016, consid. 7.1, RSPC 2016 230 ; TF 5A_3/2019 du 18 février 2019, consid. 4.1, RSPC 2019 310.

⁵³ Voir ATF 145 III 428, consid. 3.5.2.

⁵⁴ BOHNET, Procédure civile, 215 N 822 s. Apparemment plus large : CHAIX, 120 ss N 15 ss.

preuve est indiquée de manière incomplète, par exemple l'adresse d'un témoin⁵⁵.

18. Ces deux articles ne permettent pas à une partie de remédier à l'insuffisance des moyens au fond⁵⁶. Le juge ne peut pas compléter de manière spontanée les allégués des parties ou rendre ces dernières attentives à des manques de preuve. Le principe est ferme : « *le juge ne (peut) pas suppléer ni suggérer des faits qu'une partie n'aurait pas allégués spontanément* »⁵⁷. Le devoir d'interpellation ne doit pas servir à réparer des négligences procédurales⁵⁸ – en particulier à rendre les parties attentives au caractère incomplet de leurs allégués⁵⁹ –, ni favoriser un plaideur et rompre le principe d'égalité des parties⁶⁰. Le devoir d'interpeller de l'art. 56 CPC étant interprété de manière restrictive, il ne semble pas que le Tribunal fédéral soit prêt à admettre qu'il puisse s'appliquer (même pour un läic) lorsqu'un fait a été allégué, mais de manière insuffisamment motivée⁶¹. Dans tous les cas, il s'applique de manière restrictive lorsqu'une partie est représentée par un mandataire professionnel⁶².

⁵⁵ TF 4A_444/2013 du 5 février 2014, consid. 6.3.3, RSPC 2014 314.

⁵⁶ TF 4A_463/2014 du 23 janvier 2015, consid. 1, et les réf.

⁵⁷ Sur cette formule, par exemple : TF 4A_312/2019 du 12 mai 2020, consid. 3.3 ; TF 4A_437/2017 du 14 juin 2018, consid. 4.6, et les réf. L'art. 57 al. 1 CPC NE 1991 et 69 al. 1 CPC NE 1925 comprenait d'ailleurs la même formule « *Le juge ne peut ni suppléer ni suggérer des faits qu'une partie n'alléguerait pas spontanément* » (voir TF 4A_514/2016 du 6 avril 2017, consid. 3.4.2).

⁵⁸ TF 4A_375/2015 du 26 janvier 2016, consid. 7.1, RSPC 2016 230 ; TF 4A_444/2013 du 5 février 2014, consid. 6.3.3, RSPC 2014 314 ; TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, RSPC 2014 144 ; TF 5A_115/2012 du 20 avril 2012, consid. 4.5.2.

⁵⁹ ATF 142 III 462, consid. 4.3 et les réf.

⁶⁰ TF 4A_375/2015 du 26 janvier 2016, consid. 7.1, RSPC 2016 230 ; TF 4A_78, 80/2014 du 23 septembre 2014, consid. 3.3, RSPC 2015 7.

⁶¹ L'approche pouvait être plus ouverte en matière de motivation des allégués sous l'empire des droits cantonaux, voir BRÖNNIMANN, 66 ss ; SACHBACH, 187 ss, qui reproduit l'ensemble des anciennes dispositions cantonales, 244 ss. Pour des réflexions détaillées sous l'empire du CPC, MEIER, 86 ss.

⁶² TF 5A_3/2019 du 18 février 2019, consid. 4.1, RSPC 2019 310 ; TF 4A_375/2015 du 26 janvier 2016, consid. 7.1, RSPC 2016 230 ; TF 4A_336/2014 du 18 décembre 2014, consid. 7.6 ; TF 4A_57/2014 du 8 mai 2014, consid. 1.3.2 ; TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.2, RSPC 2014 144.

19. En procédure simplifiée, quand s'applique la maxime des débats⁶³, le juge se voit imposer un *devoir d'interpellation renforcé*, qui l'oblige à intervenir pour rendre attentives les parties à leurs allégués et preuves insuffisantes (art. 247 al. 1 CPC). La portée de ce devoir dépend des circonstances concrètes, en particulier de la représentation par un mandataire professionnel. Lorsqu'un avocat intervient, le Tribunal fédéral considère qu'il n'est pas arbitraire que le juge parte de l'idée que les allégués et les offres de preuve sont complets⁶⁴.

III. Maxime éventuelle

A. Origine

20. Dans la tradition romano-canonique, les moyens des parties sont invoqués selon un ordre préétabli et relativement complexe (*Reihenfolgeprinzip*). Les exceptions déclinatoires et dilatoires⁶⁵ interviennent avant l'entrée en matière sur le fond (*litiscontestatio*), point de départ du procès au sens étroit, qui voit le défendeur contester les droits du demandeur et y opposer ses propres exceptions péremptoires⁶⁶. Chaque moyen faisant l'objet d'un débat séparé, le rythme de la procédure s'en ressent. D'où l'idée d'une concentration des moyens, ceux-ci devant être cumulés à titre éventuel. Il est ainsi question en Allemagne, en particulier selon le *Reichskammergerichtordnung* en 1654, de *litiscontestatio* à titre éventuel (*eventuelle Einlassung*), puisque le défendeur est contraint de répondre sur le fond en même temps qu'il invoque ses moyens de procédure (sous réserve de la compétence, contestée de manière séparée)⁶⁷.

⁶³ *Supra*, N 11.

⁶⁴ TF 4D_57/2013 du 2 décembre 2013, consid. 3.4, RSPC 2014 144.

⁶⁵ Voir BOHNET, Exceptions, 141 ss, 142 s.

⁶⁶ Voir par exemple MATILE, 112 N 136 ss.

⁶⁷ BÜLLOW, *Gemeines Zivilprozessrecht*, 78 s. ; MATILE, 83 s. N 87 ; KLINGLER, 4 n. 17 et SCHULTE, 7, qui reproduisent le § 37 du *jüngster Reichsabschied* (dernier Recès impérial).

21. Si la maxime éventuelle dans son sens historique n'est plus en Allemagne qu'un souvenir de la procédure de droit commun⁶⁸, elle avait été adoptée plus tard et à différents degrés dans bien des cantons, et elle est demeurée une caractéristique de nombreux codes suisses⁶⁹. Le Code de procédure civile suisse est très influencé par cette maxime, puisque non seulement il ne connaît pas le mécanisme du refus de l'entrée en matière (*Einlassungsverweigerung*), qui était resté la règle en Suisse romande⁷⁰, mais également parce qu'il limite de manière particulièrement stricte la phase d'allégation⁷¹.

B. Eléments essentiels

22. La maxime des débats dit qu'il revient aux parties d'alléguer et de prouver⁷² ; la maxime éventuelle leur impose 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 du procès et assurer ainsi une marche rapide de l'instance⁷³.

⁶⁸ Pour un aperçu de l'évolution en Allemagne, voir KLINGLER, 4 ss, et SCHULTE, 3 ss.

⁶⁹ HEUSLER, 71 s. relevait même qu'il s'agissait peut-être de la clé de voûte de la procédure civile suisse.

⁷⁰ Ces codes prévoyaient l'invocation *in limine litis* des exceptions de procédure. Les moyens de fond ne devaient être invoqués qu'une fois les exceptions vidées. Pour des développements, voir BOHNET, Exceptions, 151 ss, n. 45, 153 N 37.

⁷¹ Voir la critique de REIMANN sur la solution du Conseil fédéral, qui était du reste plus souple que celle du CPC, car les faits et moyens de preuves nouveaux étaient admis en toute hypothèse (comme à Berne, où MATTI, 1081, parlait de « *abgeschwächte Eventualmaxime* ») jusqu'à la fin des premières plaidoiries (art. 225 al. 1 P-CPC), BO CN 2018, 965 : « *Die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung ist Ausdruck einer überaus strengen Eventualmaxime. Diese Regelungen werden in der Wissenschaft als 'Erbstück des gemeinrechtlichen Zivilprozesses' bezeichnet, welches vor allem 'ältere Zivilprozessordnungen' prägte. Es handelt sich also um eine antiquierte Form des Zivilprozesses, die nun für die ganze Schweiz übernommen werden soll. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung ist ein Schritt zurück* ».

⁷² *Supra*, N 7.

⁷³ Voir TF 4A_583/2019 du 19 août 2020, consid. 5.3, destiné à la publication. Voir

23. Tout comme la maxime des débats, la maxime éventuelle consiste en une ligne directrice du procès. Elle s'exprime par les dispositions légales qui, suivant la procédure applicable, organisent la phase d'allégation, de contestation et de proposition des preuves, mais aussi d'invocation des moyens de procédure. Dans une approche que l'on peut qualifier de *centripète*, le Tribunal fédéral interprète les dispositions légales qui portent la marque de la maxime éventuelle dans le sens d'un respect strict de ladite maxime et qui renforce donc celle-ci, qu'il considère s'imposer aux parties et au juge⁷⁴.
24. La sévérité pour les parties de cette maxime, 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*, mais aussi des pseudo-*novas*, 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 CPC)⁷⁵.
25. Nous détaillerons les règles applicables lorsqu'il sera question du moment de l'allégation et de la contestation⁷⁶.

C. Champ d'application

26. Concernant les faits et les preuves, la maxime éventuelle s'applique en procédure civile suisse à moins que le tribunal n'établisse les faits d'office (art. 229 al. 3 CPC). Le législateur vise par là les hypothèses dans lesquelles s'applique la maxime inquisitoire (art. 55 al. 2 CPC), qu'elle soit pure (art. 296 al. 1 CPC) ou sociale (art. 247 al. 2, 251

aussi KLINGLER, 107 ss, très favorable à cette maxime.

⁷⁴ ATF 140 III 312, consid. 6.3.2.3 ; TF 4A_494/2017 du 31 janvier 2018, consid. 2.4.1, RSPC 2018 193 ; TF 4A_583/2019 du 19 août 2020, consid. 5.3, destiné à la publication.

⁷⁵ TF 4A_583/2019 du 19 août 2020, consid. 5.3, destiné à la publication. *Infra*, N 79 ss.

⁷⁶ *Infra*, N 69.

let. a, 272, 276 CPC)⁷⁷. Ce n'est pas le cas en revanche lorsqu'intervient un devoir d'interpellation renforcé⁷⁸.

IV. Allégation des faits

A. Allégation des éléments constitutifs

27. Lorsque la maxime des débats s'applique⁷⁹, il incombe au *demandeur* d'alléguer les faits et de proposer les preuves à l'appui de ses prétentions (art. 55 al. 1 CPC ; fardeau subjectif de l'allégation et de la preuve⁸⁰), selon les modalités prévues par le code⁸¹. Si le tribunal constate à la lecture des allégués (*Sachverhalt*)⁸² des parties⁸³, que ceux-ci ne comprennent pas les éléments constitutifs (*Tatbestand*) des normes qui permettraient le cas échéant de fonder la prétention, toute preuve devient inutile et la prétention ne peut qu'être rejetée en vertu des règles sur le fardeau objectif de l'allégation et de la preuve⁸⁴. Il en va de même en cas de défaut du défendeur au vu du caractère non concluant de l'état de fait⁸⁵.
28. Le demandeur n'est pas le seul à devoir alléguer. S'il ne se limite pas à contester les faits allégués par le demandeur⁸⁶, le *défendeur* soulève

⁷⁷ BOHNET, Procédure civile, 284 N 1137 ; HALDY JACQUES, La maxime éventuelle, les novas et les voies de droit, N 1 ; CR CPC-TAPPY, art. 296 N 26.

⁷⁸ TF 4A_73/2014 du 19 juin 2014, consid. 6.3.1.1, non publié in ATF 140 III 312.

⁷⁹ *Supra*, N 9 ss.

⁸⁰ *Supra*, N 12 ss.

⁸¹ *Infra*, N 58 ss.

⁸² Et non pas à la lecture des conclusions, qui sont soutenues par les faits allégués (pour déterminer l'objet du litige, ATF 139 III 126, consid. 3.2), et non l'inverse (TF 4A_312/2019 du 12 mai 2020, consid. 3.5-3.6).

⁸³ *Supra*, N 7.

⁸⁴ ATF 97 II 339, consid. 1b, JdT 1972 I 636 ; ATF 98 II 113, consid. 4a ; ATF 105 II 143, consid. 6a/aa ; ATF 108 II 337, consid. 3, JdT 1983 I 538 ; ATF 123 III 183, consid. 3d, JdT 1998 I 600 ; ATF 127 III 365, consid., JdT 2001 I 390. Sous le nouveau droit : TF 4A_281/2017 du 22 janvier 2018, consid. 4.1, RSPC 2018 173 ; ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.1 ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020, consid. 6.1.1, RSPC 2020 302.

⁸⁵ TF 5A_892/2014 du 18 mai 2015, consid. 2.2, RSPC 2015 41 ; TF 5A_420/2011 du 23 mars 2012, consid. 3.5.2.

⁸⁶ *Infra*, N 53.

des objections (erreur, compensation, paiement, etc.) ou invoque des exceptions (en particulier la prescription)⁸⁷. Les objections et les exceptions consistent en des *faits distincts* de ceux allégués par le demandeur (dirimants ou extinctifs), dont ils résultent que le droit invoqué par celui-ci n'existe pas ou plus (objection) ou que ce droit se voit opposer un droit du défendeur (exception)⁸⁸. Il revient au défendeur d'alléguer ces faits⁸⁹, dont il supporte l'absence de preuve⁹⁰. Le demandeur a la charge de contester les faits objectés ou qui soutiennent une exception, faute de quoi ils sont réputés admis.

B. Faits implicites

29. Les faits sont parfois nécessairement compris dans un autre fait. On parle de *fait implicite* : le fardeau objectif de l'allégation et le fardeau objectif de la preuve n'incombent dans ce cas à la partie demanderesse que lorsque sa partie adverse l'a contesté⁹¹.
30. Parmi les faits implicites, la jurisprudence cite la qualité pour agir, l'exercice des droits civils, l'exactitude d'une date, la non-préemption du droit, l'envoi et la réception d'une facture⁹². Le Tribunal fédéral retient ainsi qu'en alléguant que la marchandise

⁸⁷ Pour des développements, voir BOHNET, Défenses, 309 ss.

⁸⁸ BOHNET, Défenses, 310 s. Voir ATF 124 III 207, consid. 3b/bb, JdT 1999 II 55 « les exceptions [recte : les objections] ne servent en effet pas à saisir le juge d'une prétention indépendante, mais constituent seulement des moyens de défense invoqués par le défendeur pour contester la demande » ; ATF 63 II 133, consid. 3c, JdT 1937 I 566. Voir également ATF 72 III 52, consid. 2 ; ATF 68 III 85, JdT 1942 II 144.

⁸⁹ BOHNET, Défenses, 313.

⁹⁰ ATF 142 III 462, RSPC 2017 1.

⁹¹ Sur les allégués implicites, voir TF 4A_243/2018 du 17 décembre 2018, consid. 4.2.1, RSPC 2019 239 ; ATF 144 III 519, consid. 5.3.2 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 45 ; HOHL, 205 N 1238 ss ; BOHNET, Défenses, 310.

⁹² TF 4A_243/2018 du 17 décembre 2018, consid. 4.2.1, RSPC 2019 239, et les réf ; ATF 144 III 519, consid. 5.3.2 ; BK ZGB-KUMMER, art. 8 N 45 ; HOHL, 205 N 1238 ss ; BOHNET, Défenses, 310.

était prête à être livrée, la demanderesse a implicitement allégué, selon l'expérience de la vie, la fabrication de celle-ci⁹³.

C. Allégation par renvoi à une pièce

31. L'allégation peut dans certains cas particuliers se faire *par renvoi à une annexe* clairement désignée, dont la compréhension est aisée et ne laisse aucune marge d'interprétation⁹⁴. Il en va ainsi d'une facture clairement présentée et qui se comprend donc d'elle-même (*selbsterklärend*). Dans ce cas, exiger que les éléments la composant soient reproduits textuellement dans l'acte serait une exigence vide de sens, constitutive de formalisme excessif⁹⁵.
32. Une telle allégation peut correspondre à une allégation détaillée, susceptible de satisfaire les exigences en matière de motivation lorsque les faits présentés tout d'abord dans leurs contours généraux ont été contestés⁹⁶.

D. Précision des allégués

33. En matière de précision dans l'allégation des faits, alors que dans les cantons romands, les exigences étaient appliquées avec souplesse, le Tribunal fédéral a repris sa jurisprudence admettant la rigueur de certains cantons alémaniques, certes en se fondant sur les éléments factuels exigés par le droit matériel : la mesure dans laquelle il faut alléguer les faits sur lesquels repose la prétention invoquée résulte de l'état de fait constitutif de la norme invoquée, comme mentionné ci-dessus⁹⁷. Mais pas uniquement : selon une approche que l'on peut qualifier de *dialectique procédurale*, le degré de précision (*Substantiierung*)

⁹³ TF 4A_243/2018 du 17 décembre 2018, consid. 4.3.1, RSPC 2019 239.

⁹⁴ ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.2, qui renvoie aux arrêts TF 4A_281/2017 du 22 janvier 2018, consid. 5.3, RSPC 2018 173 et TF 4A_155/2014 du 5 août 2014, consid. 7.4 ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020, consid. 6.1.4, RSPC 2020 302.

⁹⁵ ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.2. Voir en revanche TF 4A_535/2018 du 3 juin 2019, consid. 4.4.2, RSPC 2019 387.

⁹⁶ Voir ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.2 et 5.3.2.

⁹⁷ *Supra*, N 26.

des allégués⁹⁸ va aussi dépendre du comportement de l'autre partie en procédure. Développé à l'époque des droits cantonaux dans des affaires alémaniques⁹⁹ ce mécanisme a été confirmé sous le nouveau droit¹⁰⁰, depuis peu dans des arrêts rédigés en français, dont un arrêt de principe¹⁰¹.

34. La jurisprudence retient ainsi que *dans un premier temps*, les faits à la base de la norme juridique invoquée doivent être allégués dans leurs contours essentiels ; les allégations sont suffisantes s'il en résulte un état de fait que le tribunal peut attribuer aux normes pertinentes et qu'il peut admettre la prétention sur cette base¹⁰².
35. Lorsque les faits pertinents ont été présentés dans leurs contours généraux, mais sans plus de détails, et que l'adversaire les *conteste*¹⁰³, il revient alors, *dans un second temps*, à la partie qui s'en prévaut de les motiver (*substantiieren*) plus en détail, afin que son adversaire puisse indiquer quels faits précis il conteste et ainsi permettre au tribunal d'administrer les preuves nécessaires pour élucider ces faits¹⁰⁴. Faute de précisions malgré une contestation, le juge refuse

⁹⁸ HOHL, 208 s., N 1261 ss, parle de « charge de la motivation des allégués », terminologie reprise dans l'ATF 144 III 519, consid. 5.2.2.3.

⁹⁹ Arrêt de principe : ATF 127 III 365, consid. 2b, JdT 2001 I 390, qui n'indique plus, comme le faisait l'ATF 108 II 337, consid. 3, JdT 1983 I 538, que l'exigence d'un degré accru de précision relève du droit de procédure cantonal. Voir à cet égard, BOHNET, *Dialectique procédurale*, 349.

¹⁰⁰ De nombreux arrêts rédigés en allemand citent l'arrêt ATF 127 III 365 sous le nouveau droit, par exemple : TF 4A_281/2017 du 22 janvier 2018, consid. 4.1, RSPC 2018 173.

¹⁰¹ ATF 144 III 519, consid. 5.2.2.1. Voir aussi TF 4A_535/2018 du 3 juin 2019, consid. 4.2.1, RSPC 2019 387 ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020, consid. 6.1.3, RSPC 2020 302.

¹⁰² ATF 144 III 519, consid. 5.2.2.1 ; TF 4A_535/2018 du 3 juin 2019, consid. 4.2.1 ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020, consid. 6.1.3, RSPC 2020 302 ; ATF 127 III 365, consid. 2b, JdT 2001 I 390. Voir aussi MEIER, 92, et les réf.

¹⁰³ *Infra*, N 54.

¹⁰⁴ ATF 144 III 519, consid. 5.2.2.1 ; TF 4A_535/2018 du 3 juin 2019, consid. 4.2.1, RSPC 2019 387 ; TF 4A_126/2019 du 17 février 2020, consid. 6.1.3, RSPC 2020 302 ; ATF 127 III 365, consid. 2b.

l'administration de preuve¹⁰⁵ et la demande est rejetée¹⁰⁶. On parle parfois de *Substantiierungslast* ou fardeau de la motivation, expression qui peut cependant prêter à confusion, car elle est parfois prise comme synonyme du *Behauptungslast* ou fardeau de l'allégation¹⁰⁷.

E. Présentation formelle des allégués

36. En procédure ordinaire, la demande comprend les allégations de fait (*Tatsachenbehauptungen* ; art. 221 al. 1 let. d CPC) et l'indication, pour chaque allégation, des moyens de preuve (*Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen* ; art. 221 al. 1 let. e CPC).
37. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser¹⁰⁸ que le CPC exige que la demande soit rédigée de telle manière que le juge soit en mesure de comprendre :
 - quel est l'objet du procès (1)
 - sur quels faits le demandeur fonde ses prétentions (2)
 - et de déterminer quels moyens de preuve sont proposés pour quels faits (3).
38. En outre, elle doit permettre au *défendeur* :
 - de se déterminer aisément sur les faits avancés par le demandeur
 - et de proposer des contre-preuves.
39. En aucun cas le CPC ne reprend l'approche vaudoise (aussi connue en Valais), selon laquelle chaque allégation ne comprend qu'un fait (« *un fait, un allégué* »), comme le Tribunal fédéral l'a expressément confirmé¹⁰⁹.

¹⁰⁵ ATF 144 III 67, consid. 2.1 ; TF 4A_477/2018 et 4A_481/2018 du 16 juillet 2019, consid. 3.7.4.

¹⁰⁶ TF 4A_437/2017 et 4A_439/2017 du 14 juin 2018, consid. 4.6, avec renvoi à l'arrêt TF 5A_213/2017 du 11 décembre 2017, consid. 5 non publié in ATF 144 III 54, RSPC 2018 123.

¹⁰⁷ Pour des développements, MEIER, 142 ss.

¹⁰⁸ ATF 144 III 54, consid. 4.1.3.5.

¹⁰⁹ ATF 144 III 54, consid. 4.1.3.5.

40. Cette pratique est un souvenir de la procédure romano-canonique des *positiones* et des *articuli* (*Positionalverfahren*) dont on trouve des traces écrites dès le début du XIII^e siècle¹¹⁰. Chaque position comprenait une affirmation de fait du demandeur (*pono et probare intendo*¹¹¹) sur laquelle le défendeur devait se prononcer en admettant ou en niant le fait. Dans cette logique binaire¹¹², la rédaction des positions était soumise à des règles strictes afin de permettre au défendeur de répondre par oui ou par non¹¹³. Une réponse ambiguë à un fait propre était prohibée¹¹⁴. Si le fait n'était pas admis, la position se transformait en article¹¹⁵, afin qu'il soit soumis au témoin pour qu'il réponde de manière franche¹¹⁶. Peu à peu, la demande va être construite de telle manière à intégrer d'emblée les *articuli* (*libellus articulatus*)¹¹⁷.
41. Cette approche a été abandonnée en Europe¹¹⁸ ou à tout le moins relativisée au profit d'une présentation suffisamment intelligible pour le juge et la partie adverse, sans qu'il ne soit exigé du demandeur qu'il présente ses faits de telle manière à ce que l'on puisse répondre par « admis », « contesté » ou « ignoré » à chaque fait¹¹⁹.

¹¹⁰ NÖRR, 116 ss ; SALVIOLI, 309 ss.

¹¹¹ NÖRR, 95.

¹¹² WIJFFELS, 447.

¹¹³ NÖRR, 119 : « Andere Rügen einer positio lauteten: sie sei generalis, incerta, obscura, dubia, multiplex, superflua, contraria, impossibile, impertinens, de facto alieno, captiosa ». Voir aussi ENDEMANN, 242 ss : « multiples s. implicitae, die aber nach neuerer Uebung nicht nothwendig verworfen, sondern vom Richter, wenn sie mehrere articulos umfassen, membratim zertheilt werden ». Voir aussi WIJFFELS, 447.

¹¹⁴ SALVIOLI, 316.

¹¹⁵ A ne pas confondre avec les *Klageartikel* dans le sens actuel, voir ENDEMANN, 229 ; NÖRR, 95 n. 261.

¹¹⁶ NÖRR, 95.

¹¹⁷ NÖRR, 95 ; SALVIOLI, 318 s.

¹¹⁸ Déjà en Allemagne lors de la dernière révision du *Reichskammergericht* en 1654 (voir BÜLOW, *Gemeines Zivilprozessrecht*, 78 s. et SCHULTE, 7, qui reproduit le § 34 du *jüngster Reichsabschied* (dernier Recès impérial) : depuis lors la demande n'est plus présentée par strictes *articuli*, mais sous forme de résumé des faits). Pour l'évolution en Italie, voir SALVIOLI, 317 ss.

¹¹⁹ Au début du XX^e siècle, SCHURTER, 86, recense des procédures encore

42. Selon le Tribunal fédéral, « *le degré de concision des allégations de fait dépend des circonstances et de la complexité du cas d'espèce* »¹²⁰. L'acte peut être présenté *par paragraphes* en suivant une certaine logique structurelle¹²¹. Les postes du dommage devraient être mentionnés dans un allégué distinct composé d'un ou plusieurs paragraphes, afin que le défendeur puisse prendre position de manière intelligible¹²². Lorsque le mémoire est plutôt long, et même si le code ne le précise pas, le juge pourrait exiger que les allégués soient *numérotés* afin de permettre à la partie adverse de se prononcer clairement¹²³.
43. Si c'est la *présentation formelle* de l'acte qui est en cause, le juge doit donner l'occasion au demandeur d'y remédier en vertu des art. 56, respectivement 132 al. 2 CPC¹²⁴. En revanche, on le rappelle, en vertu de la maxime des débats (art. 55 al. CPC) « *le juge ne (peut) pas suppléer ni suggérer des faits qu'une partie n'aurait pas allégués spontanément* »¹²⁵.

« articulées » (*articuliertes Verfahren*) par exemple aux Grisons, à Neuchâtel, à Genève et dans le canton de Vaud. Les procédures resteront « articulées » dans ces cantons jusqu'à l'entrée en vigueur du CPC, le canton de Vaud demeurant très attaché à son approche qui allait parfois jusqu'à lire les allégués au témoin en lui demandant de répondre par oui ou non.

¹²⁰ ATF 144 III 54, consid. 4.1.3.5.

¹²¹ Voir déjà à Berne, MATTI, 1081 : « Die Begründung soll mit einer zusammenhängenden, logisch aufgebauten Geschichtserzählung bestehen, die zweckmässigerweise zur Erleichterung der Beweismittelsangabe und Beweisführung in Abschnitte (Artikel) eingeteilt wird ».

¹²² ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.2 ; TF 4A_535/2018 du 3 juin 2019, consid. 4.2.1, RSPC 2019 387.

¹²³ ATF 144 III 54, consid. 4.1.3.5.

¹²⁴ TF 4A_87/2012 du 10 avril 2012, RSPC 2012 306 ; TF 4A_659/2011 du 7 décembre 2011, consid. 5, RSPC 2012 128 ; ATF 144 III 54, consid. 4.1.3.5. C'est en ce sens qu'il faut l'hypothèse dans laquelle le demandeur n'a pas allégué « de manière concrète et suffisamment précise les faits ». En effet, l'absence matérielle d'allégués n'a pas à être guérie par le juge, comme l'indique la suite de l'arrêt, consid. 4.2.2 : « *au stade de l'examen de la recevabilité d'une demande de divorce, il n'appartient pas au juge de vérifier si le demandeur a allégué l'ensemble des faits justifiant ses prétentions, ni s'il a indiqué tous les moyens propres à les établir* ».

¹²⁵ Sur cette formule, voir n. 57.

F. Casuistique

1. Eléments constitutifs

44. La cour cantonale qui constate que le paiement a été effectué sans réserve ni condition ne peut rien se voir reprocher si le *caractère conditionnel* du paiement n'a pas été allégué¹²⁶.
45. Le Tribunal fédéral retient que l'absence d'allégation selon laquelle le demandeur voulait poursuivre un but commun avec une société, ses allégués portant uniquement sur ses relations avec une personne physique, a pour effet qu'une *société simple* avec la société doit être exclue faute d'allégués¹²⁷.
46. Les faits qui sous-tendent le contrat doivent être allégués par le demandeur qui s'en prévaut, de même que les *faits extinctifs* doivent l'être par le défendeur qui s'oppose à la prétention invoquée sur la base du contrat. Dès lors, le fait qu'il existerait un *double courtage prohibé* au sens de l'art. 415 CO doit être allégué par le défendeur¹²⁸.
47. En matière de *frais d'avocat avant procès* comme élément du dommage en matière de contrat d'entreprise, l'indication dans les écritures des activités avec l'indication de leur nature, de la date, de la personne en charge et du temps passé est suffisante – faute de contestation spécifique de l'adversaire concernant ces activités¹²⁹.
48. Si l'épouse n'a pas évoqué « la question des *primes d'assurance-maladie de base* qu'elle aurait à payer dans le futur, ne les a pas chiffrées ni mentionnées dans son décompte de charges et n'a pas non plus allégué le montant de revenu à compter duquel elle ne pouvait plus bénéficier de subsides », elle ne peut pas reprocher au juge de ne les avoir pas pris en compte¹³⁰.

¹²⁶ TF 4A_555/2015 du 18 mars 2016, consid. 2.3.

¹²⁷ TF 4A_312/2019 du 12 mai 2020, consid. 3.5 s.

¹²⁸ ATF 142 III 462, RSPC 2017 1.

¹²⁹ TF 4A_692/2015 du 1^{er} mars 2017, consid. 6.1, RSPC 2017 210.

¹³⁰ TF 5A_465/2016 du 19 janvier 2017, consid. 6.3.

49. L'épouse qui demande une *contribution après divorce* doit alléguer les faits dont il résulte son incapacité à assurer son propre entretien¹³¹.
50. La partie adverse doit dans certaines hypothèses collaborer, par exemple en matière de *revenu hypothétique* : il revient à l'époux débiteur de détailler, preuves à l'appui (*Behauptungs- und Substanzierungsobliegenheit*), les raisons pour lesquelles il ne peut pas obtenir un revenu supérieur à un certain montant en tant qu'administrateur délégué de la société qu'il a reprise¹³².

2. Motivation en cas de contestation

51. En cas de contestation par le défendeur, en tant qu'ignoré, du *dommage total allégué de manière forfaitaire* par le demandeur, celui-ci doit expliquer et détailler pour quelles raisons la marchandise partiellement endommagée entraîne un dommage total¹³³.
52. En matière de *dommage positif lié à des call-options*, il revient au demandeur d'alléguer et de prouver quel aurait été l'état hypothétique de son patrimoine si la banque n'avait pas effectué les opérations litigieuses. En cas de contestation du défendeur quant au calcul du dommage, il ne peut pas se contenter de faire valoir que sa fortune serait plus importante sans les investissements en option critiqués, mais doit alléguer et prouver les pertes (nettes) résultant de chaque opération illégale individuelle¹³⁴.

V. Contestation des faits

A. Principe

53. Aux termes de l'art. 150 al. 1 CPC, « [l]a preuve a pour objet les faits pertinents et contestés ». Dès lors, faute de contestation, un fait n'a pas à être prouvé lorsque s'applique la maxime des débats¹³⁵.

¹³¹ TF 5A_749/2016 du 11 mai 2016, consid. 5.

¹³² TF 5A_35/2018 du 31 mai 2018, consid. 3.3 ; TF 5A_808/2018 du 15 juillet 2019, consid. 4.3, RSPC 2019 523, et les réf.

¹³³ TF 4A_261/2017 du 30 octobre 2017, RSPC 2018 10.

¹³⁴ TF 4A_374/2018 du 12 septembre 2018, RSPC 2019 6.

¹³⁵ *Supra*, N 15.

54. La contestation des faits de l'adversaire (du défendeur, ou du demandeur sur les objections et les exceptions du défendeur) répond à certaines exigences, car elle doit mettre la partie qui a allégué les faits en mesure d'administrer la preuve dont le fardeau lui incombe. Si chaque partie peut se borner à contester les faits allégués par l'autre partie, elle doit le faire *de manière assez précise* pour que celle-ci sache quels allégués sont contestés en particulier et qu'elle puisse en administrer la preuve¹³⁶.
55. Dans ce domaine aussi, la jurisprudence reprend l'approche stricte de certains cantons alémaniques, dans les limites posées à l'époque par le Tribunal fédéral¹³⁷. Ainsi qu'il résulte d'un arrêt rendu sous l'ancien droit, le détail à fournir dans la contestation dépend « *de l'objet et de l'état de la procédure* »¹³⁸.
56. De l'état de la procédure, car la contestation devra être d'autant plus détaillée que le sont les allégués. Une prise de position claire sur la justesse d'une affirmation particulière et concrète de la partie adverse est exigée. Dès lors, dès l'instant où un fait détaillé n'est pas contesté de manière explicite, ce fait est considéré comme admis. Le Tribunal fédéral retient que « *plus les allégués d'une partie sont détaillés, plus la contestation de l'adversaire doit être motivée. Certes, les exigences de la contestation sont moins grandes que celles posées en matière d'allégation. Il n'empêche que des contestations en bloc ne suffisent pas* »¹³⁹.

¹³⁶ TF 5A_710/2009 du 22 février 2009, consid. 2.3.1, et les réf; MEIER, 122 ss, 126 ss.

¹³⁷ Voir les limites posées par l'ATF 105 II 143, JdT 1979 I 265. Quant à l'ATF 117 II 113, il retient qu'« *une disposition de droit cantonal exigeant que l'objet de la contestation soit précisé n'est pas contraire au droit fédéral* ». Or les exigences posées par le droit cantonal dans cet arrêt sont reprises sans discussion dans la jurisprudence récente, voir en particulier ATF 141 III 433, consid. 2.6 et TF 4A_443/2017 du 30 avril 2018, consid. 4.1, RSPC 2018 380.

¹³⁸ Formule de l'ATF 105 II 143, consid. 6a/bb, précisée par l'ATF 115 II 1, JdT 1989 I 547, et reprise par l'arrêt TF 5A_710/2009 du 22 février 2009, consid. 2.3.1; BOHNET, Défenses, 313; Dialectique procédurale, 348.

¹³⁹ ATF 141 III 433, consid. 2.6, repris par ATF 144 III 519, consid. 5.2.2.1; TF 4A_535/2018 du 3 juin 2019, consid. 4.2.2, RSPC 2019 387; TF 4A_692/2015 du 1^{er} mars 2017, consid. 6.1.1, RSPC 2017 210: « *Der Grad der Substanzierung einer Behauptung beeinflusst den erforderlichen Grad an Substanzierung einer Bestreitung* »; TF 4A_299/2015 du 2 février 2015, consid. 2.3. Les contestations en

57. Ainsi, lorsque les faits ont été présentés de manière particulièrement détaillée, comme c'est par exemple le cas lorsque le dommage a été précisé grâce à une expertise privée¹⁴⁰, la contestation doit être détaillée. Le Tribunal fédéral parle depuis peu dans ce cas de « circonstances exceptionnelles »¹⁴¹, tout en se référant aux hypothèses évoquées sous l'ancien droit et illustrées par l'ATF 141 III 433. Cette expression a été reprise dans des arrêts ultérieurs, dans un sens identique¹⁴². Plutôt que de « *circumstances exceptionnelles* », la jurisprudence fait en réalité état de « *circumstances particulières* », à savoir l'allégation détaillée qui appelle une prise de position de l'autre partie sur les différents points avancés¹⁴³.
58. De l'*objet de la procédure*, car la manière de contester dépend des éléments en jeu et des connaissances des faits de celui qui les conteste¹⁴⁴. Ainsi, rien ne peut être reproché au défendeur qui conteste comme ignorée la marge bénéficiaire brute et nette alléguée par le demandeur, la preuve du dommage revenant à celui qui le fait valoir¹⁴⁵. Une « *Bestreiten mit Nichtwissen* » est admise lorsque les faits en cause ne concernent pas ses propres actes ou ses propres perceptions¹⁴⁶. Il en va de même lorsqu'une partie fait valoir un dommage suite à un acte de concurrence déloyale décomposé en postes généraux (modification de la désignation du produit ;

bloc étaient déjà critiquées par SCHURTER, 85.

¹⁴⁰ ATF 141 III 433, consid. 2.6.

¹⁴¹ ATF 144 III 519, consid. 5.2.2.1.

¹⁴² TF 4A_535/2018 du 3 juin 2019, consid. 4.2.2, RSPC 2019 387 ; TF 5A_740/2018 du 1^{er} avril 2018, consid. 6.1.3 ; TF 4A_487/2018 du 30 janvier 2019, consid. 4.2.1, qui cite encore l'arrêt TF 4A_9/2015 du 29 juillet 2015, consid. 5.4, SJ 2015 I 473.

¹⁴³ BOHNET, *Dialectique procédurale*, 350.

¹⁴⁴ Voir BRÖNNIMANN, 180 ss, 200 s. Pour les exemples qui suivent : BOHNET, *Dialectique procédurale*, 348.

¹⁴⁵ ATF 115 II 1, JdT 1989 I 547.

¹⁴⁶ TF 4A_443/2017 du 30 avril 2018, consid. 4.3, RSPC 2018 380. Savoir si un fait peut être contesté en tant qu'ignoré a fait l'objet de débats sans fin en droit romano-canonique, voir ENDEMANN, 245 : « *Ob auch geantwortet werden darf: dubito, nescio oder ignoro, sowie ob, wenn man Dubitation zulässt, solche nur de facto non suo zulässig erscheint, bedarf noch sebr der Erörterung* » ; SALVIOLI, 316. Pour des réflexions sur les codes suisses au début du XX^e siècle : SCHURTER, 85 ss. Sous l'empire du CPC : MEIER, 127 ss.

rapports avec la clientèle, etc.) et que la partie adverse le conteste entièrement¹⁴⁷. Dans ces cas, les éléments composant le dommage et sa démonstration sont entièrement en main de celui qui l'allègue. En revanche, dans certaines situations, la partie adverse doit donner sa propre version des faits, faute de quoi le demandeur ne peut pas déterminer ce qu'il doit prouver, en particulier lorsqu'il présente les circonstances ayant entouré un événement ou décrit un processus ou des faits dans la sphère de connaissance du défendeur¹⁴⁸.

B. Présentation formelle des contestations

59. En procédure ordinaire, l'art. 222 al. 2, 2^e phr. CPC indique que le défendeur doit exposer dans sa réponse « *quels faits allégués dans la demande sont reconnus ou contestés* »¹⁴⁹. Il faut lire la version en allemand et en italien pour bien comprendre que les faits ne peuvent pas être contestés en bloc, mais doivent l'être en détail (« *im Einzelnen* » ; « *specificare quali fatti* »)¹⁵⁰. Selon la doctrine majoritaire et les documents préparatoires du CPC¹⁵¹, il faut considérer que si une partie ne se manifeste pas, les faits allégués par l'autre sont à considérer comme non contestés et lient le tribunal¹⁵².
60. Une contestation en détail ne veut pas dire une simple contestation expresse. Les codes vaudois, neuchâtelois et valaisan exigeaient qu'une partie de la réponse contienne les *explications ou déterminations du défendeur*, dépouillée de tout fait nouveau, sur les faits exposés par le demandeur. On l'a vu, cette approche est un héritage de la

¹⁴⁷ ATF 105 II 143, consid. 6.

¹⁴⁸ ATF 105 II 143, consid. 6a/bb. Pour des développements, MEIER, 131 ss.

¹⁴⁹ Et non dans la duplique, à moins qu'ils ne figurent dans la réplique. L'arrêt TF 4A_498/2019 du 3 février 2020, consid. 1.4 et 1.5, l'admet pourtant, et ce alors que le fait allégué en demande n'avait pas été contesté dans la réponse. Cette question devra être réexaminée.

¹⁵⁰ De manière surprenante, les ATF 141 III 433, consid. 2.6 et 144 III 519, consid. 5.2.2.1 ne mentionnent pas cet élément. Voir en revanche TF 4A_284/2017 du 22 janvier 2018, consid. 3.3.

¹⁵¹ Pour une analyse détaillée, voir BOHNET, *Dialectique procédurale*, 348 s.

¹⁵² BK ZPO-BRÖNNIMANN, art. 150 N 13 ; BSK ZPO-GUYAN, art. 150 N 4 ; JEANNIN/BOHNET, 5.

procédure des positions du droit romano-canonique¹⁵³. Elle vise avant tout à vérifier quel fait est formellement admis, pour écarter toute preuve à son égard. Elle ne peut subsister dès l'instant où les allégués ne sont pas réduits à une seule unité factuelle, si tant est que cela soit possible. L'approche du code n'est pas binaire, elle est dialectique¹⁵⁴ : il ne s'agit pas « simplement » de dire « admis » ou « contesté » à chaque fait, pris comme une unité irréductible ; il s'agit de dire concrètement ce qui est contesté, ce qui peut impliquer dans certaines hypothèses d'entrer dans le détail des contestations (en particulier lorsque les circonstances de faits relèvent de la sphère de connaissance de celui qui conteste), comme le retenait déjà l'ATF 105 II 143, consid. 6a/bb. En d'autres termes, ce n'est pas une *contestation expresse* qui est demandée, mais une *contestation motivée ou étayée (substantiiert)*, qui permet à l'autre partie de savoir quels éléments elle doit prouver. Le Tribunal fédéral l'a bien exprimé dans un arrêt du 22 janvier 2018, dans lequel certains allégués numérotés avaient chacun fait l'objet de l'indication « contesté » par le défendeur¹⁵⁵.

61. En d'autres termes, non seulement le tribunal ne peut pas exiger que la réponse, la réplique ou la duplique¹⁵⁶ comprenne une partie intitulée « explications ou déterminations sur les faits » avec un mot indiquant la position de l'adversaire, mais surtout le fait de dire « contesté » à un allégué ou une série d'allégués ne remplit pas nécessairement les exigences en matière de contestation, telles qu'elles résultent de la jurisprudence. Les contestations résultent naturellement de la prise de position de l'adversaire. Si les allégués de la demande sont numérotés, le défendeur pourra mentionner dans ses propres allégués à quel allégué du demandeur il fait référence.

¹⁵³ *Supra*, N 41.

¹⁵⁴ Sur le passage qui suit : BOHNET, *Dialectique procédurale*, 350.

¹⁵⁵ TF 4A_284/2017 du 22 janvier 2018, consid. 3.3.

¹⁵⁶ Et encore moins d'explications sur les faits de la duplique. Si le demandeur considère que la duplique comprend des faits nouveaux, il lui revient de se prévaloir des *novas* ou *pseudo novas* pour contester et alléguer à son tour : ATF 146 III 55, consid. 2.5.3 ; *infra* N 75.

C. Casuistique

62. Lorsqu'un entrepreneur réclame sa rémunération en produisant un *décompte de construction* à l'appui de ses allégués, le maître face à des postes clairs d'activité, doit indiquer quels postes il conteste (travaux inexécutés ou comptés à double) afin que le demandeur puisse faire la preuve sur ces éléments précis¹⁵⁷.
63. Le défendeur qui se limite à contester l'existence du droit à une contreprestation qui serait fondée sur un *contrat d'architecte*, sans critiquer la rémunération prétendue par le demandeur qui soutenait qu'en l'absence d'accord sur sa rémunération, celle-ci devrait être calculée en fonction du travail accompli (décrit en neuf points et renvoyant à un document à teneur duquel chaque prestation est précisée par sa date, la personne qui l'a effectuée assortie d'un tarif horaire différencié, le temps consacré et le montant des honoraires correspondant à cette prestation) et des dépenses exposées, au sens de l'art. 374 CO, doit se voir opposer l'absence de contestation motivée de ladite rémunération si l'existence d'un contrat est établie. Le défendeur était tenu le cas échéant de préciser si sa contestation portait sur l'exécution des prestations facturées, sur le temps consacré ou sur le tarif appliqué¹⁵⁸.
64. Lorsque les *factures d'un architecte* ont été honorées pour une période, mais plus ensuite, le demandeur peut se limiter à indiquer les montants résultant de ses activités mensuelles non payées et son taux horaire et n'a pas à fournir dans sa demande tous les détails des rapports d'activités avant de connaître les points de contestation du défendeur (par exemple : prestations pas exécutées, inutiles, injustifiées pour une autre raison, paiement bloqué pour un motif sans relation directe avec la prestation). La contestation du défendeur doit permettre au demandeur de connaître les faits qu'il doit motiver plus avant et quels allégués doivent finalement être

¹⁵⁷ ATF 117 II 113, consid. 2, JdT 1992 I 307. Le Tribunal fédéral indiquait que la règle découlait tant du principe de la bonne foi que du droit cantonal pertinent. Notre Cour suprême a repris récemment cet exemple : TF 4A_126/2019 du 17 février 2020, consid. 6.1.4, RSPC 2020 302.

¹⁵⁸ TF 4A_9/2015 du 29 juillet 2015, consid 5, SJ 2015 I 473.

prouvés. En revanche, le défendeur n'est pas tenu d'indiquer la raison pour laquelle il considère que le fait contesté n'est pas vrai. Il peut contester les faits en indiquant les ignorer (*Bestreiten mit Nichtwissen*) lorsque ceux-ci ne concernent pas ses propres actes ou ses propres perceptions. Une contestation selon laquelle les prestations n'ont pas été entièrement exécutées et n'étaient pas entièrement justifiées est suffisante¹⁵⁹.

65. Une *banque* conteste être responsable du dommage allégué par le demandeur en soutenant n'avoir en aucun cas incité celui-ci à investir dans l'achat des parts de fonds de placement objet du litige, mais sans remettre en cause la méthode choisie par le demandeur pour le *calcul du dommage* (différence entre les deux états de ses avoirs), ni les deux dates alléguées. Faute de contestation sur ces points, le dommage, suffisamment allégué, n'avait ainsi pas à être prouvé (art. 150 al. 1 CPC)¹⁶⁰.
66. La fixation de la *contribution d'entretien* due à un époux est soumise à la maxime des débats, y compris la détermination du disponible de l'époux débiteur. En l'espèce, l'époux débiteur avait fait valoir en appel la baisse de ses revenus lorsqu'il arrivera à la retraite. Pour calculer la contribution due par le recourant, le tribunal cantonal a non seulement intégré la baisse future de ses revenus, mais aussi supprimé les charges afférentes aux frais de déplacement et repas professionnels. La déduction d'office de ces charges futures prévisibles viole la maxime des débats, car l'intimée n'a pas contesté les charges initialement retenues¹⁶¹.
67. Lorsque le défendeur conteste qu'un bien doive être *qualifié d'acquêt*, mais sans autre discussion sur la valeur indiquée par l'adversaire, celle-ci est réputée admise. En revanche, dès l'instant où un conjoint conteste l'existence de biens propres, il revient à l'autre de détailler ceux-ci¹⁶². Autre exemple : si un conjoint allègue une perte de

¹⁵⁹ TF 4A_443/2017 du 30 avril 2018, consid. 3, 4.1-4.2, RSPC 2018 380.

¹⁶⁰ TF 4A_126/2019 du 17 février 2020, consid 6.1.3, RSPC 2020 302.

¹⁶¹ TF 5A_269/2017 du 6 décembre 2017, consid. 6.2.

¹⁶² TF 5A_892/2014 du 18 mai 2018, consid. 2.2, RSPC 2015 41.

revenu à sa retraite, il revient à l'autre de contester le montant des charges et de remettre celles-ci en cause¹⁶³.

68. En cas d'*actio duplex* (en particulier pour la liquidation du régime matrimonial), la contestation peut résulter des propres prétentions du conjoint et on peut demander une allégation détaillée à chacun des époux¹⁶⁴.

VI. Moment de l'allégation et de la contestation

A. *Cumul de l'ensemble des moyens*

69. Le Code de procédure civile suisse prévoit que les parties présentent d'emblée tous leurs moyens, qu'il s'agisse des faits, des moyens de preuve, des contestations, des exceptions et même des moyens de procédure. C'est une maxime éventuelle stricte qui s'applique¹⁶⁵.
70. Le défendeur doit ainsi cumuler dans sa réponse l'ensemble de ses défenses (*Verteidigungsmitteln* : contestations, objections, exceptions et moyens de procédure¹⁶⁶). Il ne peut 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 particulière¹⁶⁷.
71. 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 terme¹⁶⁸, comme l'expriment les art. 18 et 61 let. a CPC (acceptation tacite ; *Einlassung*¹⁶⁹).

¹⁶³ TF 5A_269/2017 du 6 décembre 2017, consid. 6.2. En matière de retraite, voir aussi TF 5A_95/2018 du 29 août 2018, consid. 2.2.3.

¹⁶⁴ TF 5C.3/2006 du 18 mai 2006, consid. 2.2, RSPC 2006 357.

¹⁶⁵ *Supra*, N 22.

¹⁶⁶ Pour des réflexions générales, voir KLINGLER, 62 ss.

¹⁶⁷ BOHNET, Exceptions, N 38 s.

¹⁶⁸ Le CPC renonce aussi à la notion de *Prozesshindernisse*, voir BOHNET, Défenses, 212.

¹⁶⁹ Lorsque le moyen est soulevé, on est très exactement dans l'éventuelle *Einlassung* (*litiscontestatio éventuelle*) de la procédure de droit commun allemande puisque le

B. Deux possibilités d'alléguer

1. Principe

72. Alors que le projet du Conseil fédéral autorisait les parties à alléguer et proposer des preuves jusqu'à la fin des premières plaidoiries, le texte adopté, fruit d'un compromis aux Chambres fédérales – le Conseil des Etats voulant interdire toute allégation et nouveau moyen de preuve aux débats principaux, sauf cas de novas et pseudo-novas – donne aux parties deux chances d'alléguer¹⁷⁰.

2. Procédure ordinaire

73. En procédure ordinaire (art. 219 ss CPC), le demandeur doit 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 ses moyens de preuve (art. 222 CPC). Si le défendeur ne *conteste pas certains faits* de la demande dans sa réponse, il ne peut plus à notre sens le faire dans sa duplique, car le demandeur doit pouvoir détailler l'alléguer contesté dans sa réplique¹⁷¹.
74. Il n'existe qu'une *seconde possibilité d'alléguer*, soit dans une réplique et une duplique écrites, ou à défaut lors de débats d'instruction cités à cette fin ou à l'ouverture des débats principaux¹⁷².
75. Par *ouverture des débats principaux*, on entend selon le Tribunal fédéral « avant les premières plaidoiries »¹⁷³. Encore faut-il parvenir à

fond est abordé avec l'exception d'incompétence (voir *supra*, N 20).

¹⁷⁰ LUSCHER, BO CN 2008 1630 : « Ce compromis de la majorité de la commission permet donc, par le biais de trois exceptions que j'ai présentées, de faire en sorte que la partie ou l'avocat ayant oublié des faits – quelle qu'en soit la raison – peut les présenter avant le début des débats principaux. Il existe donc toujours au moins une deuxième chance et cela permet de satisfaire le droit de la procédure civile ».

¹⁷¹ MEIER, 111 ss. Le Tribunal fédéral en a jugé autrement dans un arrêt récent peu motivé : TF 4A_498/2019 du 3 février 2020, consid. 1.4 et 1.5.

¹⁷² ATF 140 III 312, consid. 6.3.2.3, JdT 2016 II 257, RSPC 2014 538.

¹⁷³ TF 4A_338/2017 du 24 novembre 2017, consid. 2.1, RSPC 2018 111 ;

délimiter ce qui est à proprement parler nouveau de ce qui n'est qu'une présentation et motivation des conclusions, objet des premières plaidoiries. La règle est difficilement applicable¹⁷⁴. Qu'en est-il par exemple lorsque le défendeur a contesté certains faits présentés de manière suffisante mais non détaillés par le demandeur¹⁷⁵ ? Les détails à fournir sont-ils des faits nouveaux ou une motivation des conclusions ? Si la prise 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 draconiennes¹⁷⁶ des pseudo-novas ? La règle est d'autant plus compliquée à mettre en œuvre pour le défendeur qui devrait le cas échéant obtenir du juge qu'il lui donne la parole avant les premières plaidoiries du demandeur.

3. Procédure simplifiée

76. La procédure simplifiée (art. 243 ss CPC) connaît aussi une double possibilité d'alléguer¹⁷⁷, la seconde en principe à l'audience de débats principaux¹⁷⁸.
77. 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).

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

¹⁷⁴ 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. 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* », désormais cité 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.

¹⁷⁵ *Supra*, N 35.

¹⁷⁶ ATF 146 III 55, consid. 2.5.3 et les réf. doctrinales, pour les pseudo-novas faisant suite aux allégués dans la duplique (*Dupliknoten*).

¹⁷⁷ Pour des développements, voir BOHNET, Procès civil social, 35 ss N 7 ss.

¹⁷⁸ ATF 144 III 117, consid. 2.2 ; ATF 140 III 450, consid. 3.2.

4. Procédure sommaire

78. En procédure sommaire (art. 248 ss CPC), 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, avec la retenue qui s'impose, lorsque les circonstances le justifient¹⁷⁹.

5. En cas de renonciation à la réplique

79. Si le demandeur renonce à répliquer alors que le tribunal lui en a offert l'occasion en ordonnant un second échange (art. 225 CPC), il ne peut plus le faire ultérieurement. Le Tribunal fédéral relève qu'en renonçant à répliquer, le demandeur provoque la clôture de la phase d'allégation¹⁸⁰ (*Aktenschluss*¹⁸¹). Il est exact qu'une duplique écrite du défendeur suppose un deuxième échange d'écritures et donc une réplique. En revanche, la possibilité demeure à notre sens pour le défendeur (et pour lui seul, vu la renonciation du demandeur¹⁸²) de compléter les faits et preuves en début des débats principaux, comme l'indique l'art. 229 al. 2 CPC.

C. *Novas et pseudo-novas*

80. L'art. 229 CPC prévoit un régime spécifique pour l'invocation des *novas* (intervenues après la dernière audience d'instruction) et *pseudo-novas* (survenues avant mais qui ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de

¹⁷⁹ ATF 145 III 213, consid. 6.1.3 ; confirmé récemment in TF 5A_366/2019 du 19 juin 2020, consid. 3.1, destiné à la publication. Pour des développements, voir BOHNET/MELCARNE, 34 ss N 69 ss.

¹⁸⁰ TF 4A_494/2017 du 31 janvier 2018, consid. 2.4.1, RSPC 2018 193.

¹⁸¹ S'il l'on consulte les sources, on constate que l'*Aktenschluss* correspond historiquement à la *conclusio in causa* issue de la procédure roman-canonique (voir par exemple REINHARDT, 194 ss), et non à la fin de la phase d'allégation.

¹⁸² TF 4A_494/2017 du 31 janvier 2018, consid. 2.4.2, RSPC 2018 193.

la diligence requise). Ces faits et moyens de preuve nouveaux peuvent encore être invoqués s'ils le sont sans retard¹⁸³.

81. Le demandeur peut-il invoquer des nouveaux faits ou proposer de nouvelles preuves ensuite de la duplique (*Duplikennoven*) ? Le Tribunal fédéral l'admet à de strictes conditions : s'il s'agit de pseudo-novas, 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 stade¹⁸⁴.
82. Il en va de même des 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 requise¹⁸⁵.

VII. Conclusion

83. Dans un arrêt de principe du 30 mai 2001¹⁸⁶, le Tribunal a fixé des règles en matière d'allégations dans une procédure soumise à la maxime des débats, dont il ne s'est pas écarté depuis l'entrée en vigueur du CPC¹⁸⁷ : les faits qui ont été présentés dans leurs contours essentiels en conformité avec le fardeau de l'allégation, puis contestés par la partie adverse, doivent alors être détaillés (*substantiiert*).
84. Il en va de même en matière de contestations, le code prévoyant expressément à l'art. 221 al. 2 CPC pour la procédure ordinaire qu'elles doivent être détaillées (*im Einzelnen*), les exigences étant renforcées selon la jurisprudence en cas d'allégations elles-mêmes détaillées¹⁸⁸, comme sous l'ancien droit.

¹⁸³ Le Tribunal fédéral mentionne un délai allant de dix jours à 30 jours, TF 5A_141/2019 du 7 juin 2019, consid. 6.3.

¹⁸⁴ ATF 146 III 55, consid. 2.5.3.

¹⁸⁵ TF 4A_583/2019 du 19 août 2020, consid. 5.3 et 6, destiné à la publication.

¹⁸⁶ ATF 127 III 365, consid. 2c, JdT 2001 I 390.

¹⁸⁷ ATF 144 III 519, consid. 5.2.1.1.

¹⁸⁸ ATF 141 III 433, consid. 2.6.

85. L'approche n'est donc pas binaire, elle est dialectique¹⁸⁹. Il ne s'agit pas « simplement » de dire « admis » ou « contesté » à chaque fait, pris comme une unité irréductible ; il s'agit de dire concrètement ce qui est contesté, ce qui peut impliquer dans certaines hypothèses d'entrer dans le détail des contestations, en particulier lorsque les circonstances de faits relèvent de la sphère de connaissance de celui qui conteste¹⁹⁰.
86. Les parties sont par ailleurs soumises à une maxime éventuelle sévère lorsque s'applique la maxime des débats. Elle les oblige à faire valoir l'ensemble de leurs moyens dans la demande et la réponse, sous réserve d'une seconde chance, soit dans un second échange d'écritures, soit au début des débats principaux. La possibilité d'invoquer des faits et des preuves au-delà (novas et pseudo-novas) est très encadrée et ne peut en aucun cas réparer une erreur d'allégation. Autant dire que la phase d'allégation du procès ne doit pas être prise à la légère.

¹⁸⁹ BOHNET FRANÇOIS, La dialectique procédurale, note in RSPC 2018 272 ; La contestation des faits implicites, note in RSPC 2019 242 ; L'allégation du dommage en matière bancaire, note in RSPC 2020 307.

¹⁹⁰ BOHNET, Dialectique procédurale, 350.

Bibliographie

- AMRANI MEKKI SORAYA/STRICKLER YVES, Procédure civile, Paris 2014
- BOHNET FRANÇOIS, Procédure civile, 2^e éd., Neuchâtel/Bâle 2014 (cité : Procédure civile)
- BOHNET FRANÇOIS, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II 185 ss (cité : Défenses)
- 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, Ecritures, maximes de procédure et débats dans le procès civil social, in : Bohnet François/Anne Sylvie Dupont (édit.), Le procès civil social, Neuchâtel/Bâle 2018, 31 ss (cité : Procès civil social)
- BOHNET FRANÇOIS, Alléguer et conclure en procédure matrimoniale, in : Fountoulakis Christiana/Jungo Alexandra (édit.), La procédure en droit de la famille, Genève 2020, 1 ss (cité : Procédure matrimoniale)
- BOHNET FRANÇOIS, Allégation et contestation : la dialectique procédurale, Revue de l'avocat 2020, 346 ss (cité : Dialectique procédurale)
- BOHNET FRANÇOIS/HALDY JACQUES/TAPPY DENIS/SCHWEIZER PHILIPPE, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPC-AUTEUR)
- BOHNET FRANÇOIS/JEANNIN PASCAL, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, RDS 2015 I 223
- BOHNET FRANÇOIS/MELCARNE LUCA, Dix ans de cas clairs en droit du bail, in : Bohnet/Carron (édit.), 21^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel/Bâle 2020, 1 ss
- BÜLOW OSKAR, Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, Archiv für die civilistische Praxis 6 (1879) 1 ss (cité : Fiktionen)
- BÜLOW OSKAR, Dispositives Zivilprozessrecht und die Verbindliche Kraft der Rechtsordnung, Archiv für die civilistische Praxis 64 (1881) 1 ss, (cité : Dispositives Zivilprozessrecht)

BÜLOW OSKAR, *Gemeines deutsches Zivilprozessrecht*, Vorlesungsnachschrift von L. Fehler aus der Wintersemester 1868/69, Tubingue 2003 (cité : *Gemeines Zivilprozessrecht*)

BRÖNNIMANN JÜRGEN, *Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht*, thèse, Berne 1989

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

CHAIX FRANÇOIS, *L'apport des faits au procès*, in : Bohnet François (édit.), *Procédure civile suisse – Les grands thèmes pour le praticien*, Neuchâtel 2010, 115 ss.

DAMRAU JÜRGEN *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877*, Paderborn 1975

ENDEMANN WILHELM, *Civilprozessverfahren nach der kanonistischen Lehre*, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess vol. 15, 1891

GÜNGERICH ANDREAS (coord.), ALVAREZ CIPRIANO ET AL., *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO*, vol. I : Art. 1–149 ZPO, vol. II : Art. 150–352 ZPO, Berne 2013 (cité : BK ZPO-AUTEUR)

HEUSLER ANDREAS, *Der Zivilprozess der Schweiz*, Mannheim/Berlin/Leipzig 1923

HOHL FABIENNE, *Procédure civile*, vol. I : *Introduction et théorie générale*, 2^e éd., Berne 2016

JEANNIN PASCAL/BOHNET FRANÇOIS, *Les pièges du fardeau de l'allégation en procédure civile suisse*, Jusletter 16 novembre 2015

KASER MAX/HACKL KARL, *Das römische Zivilprozessrechts*, Munich 1996

KAUFMANN MARCEL, *Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtbarkeit*, Tubingue 2002

KLINGLER RAFAEL, *Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, thèse, Bâle 2010

KUMMER MAX, in : Meier-Hayoz Arthur (édit.), *Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Einleitung*, Art. 1-10, Berne 1962

MATTI HANS, *Zivilprozessrecht, Sonderband aus der « Handelshochschule »*, Zurich 1939, 1080 ss

NÖRR KNUT WOLFGANG, *Romanisch-Kanonisches Prozessrecht*, Berlin/Heidelberg 2012

GULDENER MAX, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3^e éd., Zurich 1979

HABSCHEID WALTER J., *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2^e éd., Bâle 1990

JACOTTET HENRI-PIERRE, *Cours de procédure civile (1867/68)*, in : Bohnet François (édit.), *Procédure civile coutumière neuchâteloise*, Neuchâtel/Bâle 2020

MATILE GEORGES-AUGUSTE, *Cours de procédure civile (1847/48)*, in : Bohnet François (édit.), *Procédure civile coutumière neuchâteloise*, Neuchâtel/Bâle 2020

MINGARDO LETIZIA/REGGIO FEDERICO, *Principi, regole e brocardi nel processo*, in : Moro Paolo (édit.), *Il Diritto come Processo*, Milan 2012

MEIER RAOUL A. *Die Behauptungs-, Bestreitungs- und Substantiierungslast im ordentlichen und vereinfachten Verfahren nach dem Verhandlungsgrundsatz der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, thèse, Bâle 2015

ROSENBERG LEO, *Lehrbuch des Zivilprozesses*, 1^{re} éd., Berlin 1927

ROSENBERG LEO/SCHWAB KARL HEINZ/GOTTWALD PETER, *Zivilprozessrecht*, 18^e éd., Munich 2018

SALVIOLI GIUSEPPE, *Storia della procedura civile e criminale*, vol. 2, Milan 1927

SCHMIDT RICHARD, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2^e éd., Leipzig 1906

SCHULTE JOSEF, *Die Entwicklung der Eventualmaxime*, Cologne 1980

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

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

VOGEL OSKAR, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 1^{re} éd., Berne 1984

REINHARDT CARL FRIEDRICH, *Handbuch des gemeinen teutschen
ordentlichen Processes*, vol. 2, Stuttgart 1825

SARBACH MARTIN, *Die richterliche Aufklärungs- und Fragepflicht im
Schweizerischen Zivilprozessrecht*, thèse, Berne 2003

SCHURTER EMIL, *Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der
schweizerischen Civilprozessgesetzgebung*, Zurich 1890

VON GÖNNER NIKOLAUS THADDÄUS, *Handbuch des deutschen
gemeinen Prozesses : in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten
Gegenstände*, vol. 1, Erlangen 1801

WALTER HANS PETER, in : *Hausheer Hans/Walter Hans Peter (édit.),
Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-9*, Berne 2012

WIJFFELS ALAIN, *La procédure romano-canonique : un algorithme
médiéval ?*, in *Precipio erat Verbum : Mélanges offerts en hommage à Paul
Tombeur par des anciens étudiants à l'occasion de son éméritat*,
Turnhout 2005, 431 ss

Le cumul d'actions, l'action partielle et la demande reconventionnelle

par

Patricia Dietschy-Martenet

Docteure en droit, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel, chargée de cours aux Universités de Fribourg et de Lausanne, avocate-conseil à Lausanne, juge suppléante au Tribunal cantonal vaudois

| | |
|----------------------------------------------------------------|----|
| I. Introduction..... | 43 |
| II. Le cumul objectif d'actions..... | 43 |
| A. Notion | 43 |
| B. Conditions..... | 44 |
| 1. Compétence..... | 44 |
| a) Compétence locale..... | 44 |
| b) Compétence matérielle..... | 45 |
| 2. Type de procédure applicable..... | 48 |
| 3. Lien de connexité..... | 50 |
| 4. Conséquences en cas de non-réalisation d'une condition..... | 50 |
| III. L'action partielle..... | 51 |
| A. Notion | 51 |
| B. Conclusions..... | 52 |
| C. Action reconventionnelle négatoire..... | 53 |
| 1. Principe | 53 |
| 2. Valeur litigieuse..... | 54 |
| 3. Compétence matérielle..... | 55 |
| 4. Type de procédure..... | 55 |
| 5. Frais | 57 |

| | |
|--------------------------------------------|----|
| D. Abus de droit..... | 57 |
| 1. Principes..... | 57 |
| 2. Conséquences..... | 60 |
| E. Autorité de chose jugée..... | 60 |
| 1. Action partielle proprement dite | 60 |
| 2. Action partielle improprement dite..... | 61 |
| IV. La demande reconventionnelle..... | 62 |
| A. Notion | 62 |
| B. Conditions..... | 63 |
| 1. Compétence..... | 63 |
| a) Compétence locale..... | 63 |
| b) Compétence matérielle..... | 64 |
| 2. Type de procédure..... | 65 |
| a) En procédure de conciliation | 65 |
| b) Dans la procédure au fond..... | 68 |
| 3. Lien de connexité..... | 69 |
| C. Conséquence sur les frais..... | 70 |
| V. Conclusion..... | 71 |
| Bibliographie | 73 |

I. Introduction

1. Le Code de procédure civile suisse est entré en vigueur il y a bientôt dix ans. S'il a globalement fait ses preuves, certaines améliorations s'avèrent nécessaires, notamment en matière de cumul d'actions, d'action partielle ou de demande reconventionnelle. Dans le cadre de la révision du CPC actuellement en cours, des modifications de ces actions ont été envisagées tant dans l'Avant-projet que dans le Projet¹. Celles-ci ont une importance pratique considérable et peuvent soulever des problèmes complexes, qui ne trouvent pas toujours une interprétation uniforme dans la doctrine ou la jurisprudence.
2. La présente contribution vise à présenter et à analyser les conditions applicables au cumul objectif d'actions, à l'action partielle et à la demande reconventionnelle, en tenant compte des propositions de réforme formulées à l'occasion de la révision du Code, ainsi qu'à formuler des solutions concrètes aux problèmes soulevés.

II. Le cumul objectif d'actions

A. *Notion*

3. Il y a cumul objectif d'actions au sens de l'art. 90 CPC lorsque divers objets sont simultanément réclamés dans le même procès, que ce soit en vertu d'une cause juridique identique ou de fondements distincts².
4. Le Tribunal fédéral a adopté la théorie binôme de l'objet du litige³, selon laquelle celui-ci se détermine d'une part par les conclusions et, d'autre part, par le complexe de faits sur lequel les conclusions reposent⁴. Par conséquent, lorsque plusieurs prétentions découlent de complexes de faits distincts, il y a plusieurs objets litigieux, donc

¹ Message CPC 2020, 2624 et 2666 ss.

² ATF 137 III 311, consid. 5.1.1.

³ ATF 144 III 452, consid. 2.3.2, JdT 2019 II 161 ; 139 III 126, consid. 3.2.3.

⁴ GROBÉTY, N 25 et les réf. citées.

cumul objectif d'actions⁵. Par exemple, notre haute cour considère que lorsque l'employé réclame le paiement d'un bonus pour trois années successives, sa prétention pécuniaire porte sur trois périodes différentes, donc sur trois complexes de faits distincts, chaque gratification pouvant le cas échéant être réclamée séparément⁶. En revanche, les différents postes d'un dommage relèvent d'un événement unique, partant d'un complexe de faits identique, et ne fondent pas un cumul d'actions⁷.

B. Conditions

1. Compétence

a) Compétence locale

5. Le cumul d'actions suppose l'existence d'un for commun applicable aux différentes prétentions⁸. Si le for, légal ou élu, de chacune des prétentions ne concorde pas, l'art. 15 al. 2 CPC admet une attraction de compétence en faveur du tribunal compétent pour l'une des prétentions. L'application de cette disposition est toutefois conditionnée à l'existence d'un lien de connexité, à savoir que les prétentions cumulées reposent sur des faits ou des fondements juridiques semblables⁹. Le fondement juridique ne se rapporte pas à la norme invoquée, mais à la cause sur laquelle la prétention se fonde (« *Entstehungsgrund* »)¹⁰.
6. L'application de l'art. 15 al. 2 CPC ne peut toutefois pas éluder le caractère impératif ou partiellement impératif d'un for¹¹. En outre, si une éléction de for a été conclue pour l'une des prétentions

⁵ ATF 142 III 683, consid. 5.3.1.

⁶ ATF 142 III 683.

⁷ ATF 143 III 254, consid. 3 ; TF 4A_396/2018 du 29 août 2019, consid. 4.1.1 (non publié à l'ATF 145 III 409) ; TF 4A_15/2017 du 8 juin 2017, consid. 3.3.

⁸ GROBÉTY, N 271 ; TAPPY, 194.

⁹ ATF 145 III 460, consid. 4.1 ; ATF 142 III 581, consid. 2.1.

¹⁰ ATF 139 III 126, consid. 3.2.3.

¹¹ BSK ZPO-KAISER JOB, art. 35 N 12 ; DIETSCHY, Conflits, N 117 ; GROBÉTY, N 293 ; TAPPY, 196.

cumulées, seule une attraction au for prorogé entre en considération¹².

b) Compétence matérielle

7. L'art. 90 lit. a CPC impose que la même autorité soit matériellement compétente pour chacune des prétentions cumulées. Lorsque la compétence se détermine en fonction de la valeur litigieuse, il convient d'additionner la valeur de chacune des prétentions pour déterminer le tribunal compétent, en application des art. 4 al. 2 et 93 al. 1 CPC¹³.
8. Lorsque le cumul réunit des prétentions patrimoniales et non patrimoniales, le litige peut selon les cas être qualifié de non pécuniaire dans son ensemble, lorsque les prétentions patrimoniales n'apparaissent que comme accessoires, notamment dans les actions portant sur une atteinte à la personnalité¹⁴.

Confronté à une action en constat d'une atteinte à la personnalité et en publication du jugement, ainsi qu'en paiement de CHF 30'000.-, le tribunal supérieur du canton de Zurich a relevé que les prétentions cumulées, prises individuellement, ne relevaient pas du même tribunal matériellement compétent, ni du même type de procédure. En effet, l'action en constat d'une atteinte à la personnalité est soumise à la procédure ordinaire et, dans le canton de Zurich, à la compétence du tribunal collégial, alors que la conclusion en paiement de CHF 30'000.- est soumise à la procédure simplifiée et, à Zurich, à un juge unique. La cour cantonale a cependant considéré que le droit matériel – dont le droit de procédure doit servir la réalisation – exige que plusieurs conclusions fondées sur l'art. 28a CC soient traitées dans une seule procédure, de même que par exemple les actions en paternité et en entretien (art. 261 et 279 CC) ou le divorce et ses conséquences financières (art. 283 CPC). Il a ainsi retenu que, lorsque sont réunis des éléments pécuniaires et non pécuniaires, ces derniers sont décisifs

¹² CR CPC-HALDY, art. 15 N 10 ; GROBÉTY, N 307 s.

¹³ ATF 142 III 788, consid. 4.2.

¹⁴ ATF 132 III 641, consid. 1.1 non publié ; ATF 102 II 161, consid. 1 ; ATF 95 II 481, consid. 1 ; GROBÉTY, N 383 ; HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 231.

pour déterminer la compétence et la procédure et qu'il en allait ainsi dans le cas d'espèce, où la violation de la personnalité comme telle occupait la première place, la cause devant donc être considérée comme non pécuniaire¹⁵.

9. Lorsque la compétence se détermine d'après la nature du litige et entraîne la compétence d'un tribunal spécialisé, comme les tribunaux des baux, des prud'hommes ou de commerce, la question se pose de savoir si des prétentions qui ne relèvent pas de la compétence de cette autorité peuvent être portées devant elle dans le cadre d'un cumul d'actions. D'après le Tribunal fédéral, la compétence matérielle n'est pas à la libre disposition des parties, lesquelles ne peuvent pas convenir, expressément ou par acceptation tacite, de soumettre leur litige à un tribunal matériellement incompétent, à moins que la loi ne prévoie une telle possibilité¹⁶. Il en va par exemple ainsi à l'art. 6 al. 3 CPC, qui laisse le choix au demandeur, lorsque les conditions définies par cette disposition sont réunies, de saisir le tribunal de commerce ou la juridiction ordinaire¹⁷. Dans son domaine de compétence, le droit cantonal peut admettre une prorogation de compétence matérielle ou une acceptation tacite de celle-ci. Il peut encore autoriser les parties à convenir de la compétence fonctionnelle de l'autorité¹⁸, par exemple en s'accordant sur une composition à un juge au lieu de trois, ou inversement.

Dans le canton de Bâle-Ville par exemple, la compétence du tribunal de prud'hommes est limitée à CHF 30'000.-. La loi d'organisation judiciaire permet cependant aux parties de convenir de la compétence de ce tribunal lorsque la valeur litigieuse est supérieure à ce montant (§ 73 al. 2 GOG/BS : « *Es steht den Parteien frei, das Arbeitsgericht auch bei einem höheren Streitwert als zuständig zu vereinbaren* »).

¹⁵ OGer ZH du 23 juillet 2018, RB180014, consid. 2.4, avec note MICHEL HEINZMANN in : CPC Online, Newsletter du 4 octobre 2018.

¹⁶ ATF 142 III 515, consid. 2.2.1 ; ATF 140 III 355, consid. 2.4 ; ATF 138 III 471, consid. 3.1. Voir également, pour des détails : PC CPC-PIOTET, art. 4 N 5 ss.

¹⁷ Le Tribunal fédéral a cependant précisé que les parties ne pouvaient pas convenir par avance de la compétence du tribunal de commerce, ATF 142 III 623, consid. 2.

¹⁸ GRIEDER, N 497.

10. Il appartient donc au droit cantonal de déterminer si un cumul de prétentions est admissible devant une autorité spécialisée en prévoyant le cas échéant une attraction de compétence ou la possibilité pour les parties de convenir de la compétence matérielle de cette autorité pour l'ensemble des prétentions cumulées.

Dans le canton de Fribourg par exemple, le législateur cantonal a récemment accepté le principe d'une modification de sa loi sur la justice pour permettre à l'autorité de conciliation paritaire compétente en matière de litiges relevant de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes de traiter également de prétentions relevant de la compétence du tribunal de prud'hommes¹⁹.

11. A défaut de réglementation expresse, il convient d'interpréter la loi cantonale pour déterminer si la compétence est impérative ou non, selon les méthodes usuelles d'interprétation²⁰. Par souci de sécurité juridique, le législateur devrait indiquer clairement si la juridiction dispose d'une compétence impérative ou dispositive.

Par exemple, le canton de Vaud prévoit qu'il ne peut pas être dérogé à la compétence du tribunal de prud'hommes, sauf par clause compromissoire contenue dans une convention collective de travail liant les parties (art. 3 al. 1 LJT/VD). Hormis cette exception, la compétence de ce tribunal est donc impérative.

12. Lorsque la loi institue un tribunal spécialisé, la compétence de celui-ci est en principe impérative, ce qui découle d'une interprétation aussi bien historique que téléologique. Par conséquent, sauf disposition cantonale contraire, les parties ne devraient pas pouvoir soumettre un litige relevant de la compétence d'une telle juridiction à un tribunal ordinaire. En revanche, l'inverse devrait être possible, dans un souci d'efficacité et d'économie de procédure. Comme le

¹⁹ Cf. Motion 2019-GC-123, acceptée par le Grand Conseil fribourgeois dans sa séance du 20 décembre 2019.

²⁰ PC CPC-PIOTET, art. 4 N 10, estime que les règles de compétence matérielle fondées sur la valeur litigieuse sont en principe dispositives, alors que celles relevant de la nature du litige sont impératives. Sur les différentes méthodes d'interprétation et leur application, voir ATF 141 III 53, consid. 5.4.1 ; ATF 140 III 315, consid. 5.2.1 ; ATF 137 IV 180, consid. 3.4 ; ATF 136 III 283, consid. 2.3.1.

rappelle le Conseil fédéral, le cumul d'actions permet de « mettre en œuvre le droit de manière efficace dans l'intérêt de toutes les parties »²¹.

2. Type de procédure applicable

13. D'après l'art. 90 lit. b CPC, le même type de procédure doit être applicable aux prétentions cumulées. Lorsque le type de procédure dépend de la valeur litigieuse, il faut additionner les valeurs de chaque prétention avant de déterminer la procédure applicable (art. 93 al. 1 CPC)²².

Ainsi, lorsque le demandeur réclame le paiement d'heures supplémentaires à hauteur de CHF 10'000.- ainsi qu'une indemnité pour licenciement abusif d'un montant de CHF 40'000.-, la procédure ordinaire s'applique en raison de la valeur litigieuse totale de CHF 50'000.-.

14. En revanche, si la procédure simplifiée s'applique en raison de la nature de la prétention, à savoir les hypothèses visées par l'art. 243 al. 2 CPC, la valeur litigieuse de cette prétention ne doit pas être additionnée avec les autres prétentions cumulées, puisqu'elle n'a pas d'influence sur le type de procédure applicable²³.

Par exemple, si l'employée réclame une indemnité pour harcèlement sexuel de CHF 40'000.- ainsi que le paiement de ses vacances non prises par CHF 5'000.-, seule cette dernière valeur doit être prise en compte pour déterminer le type de procédure applicable au regard de l'art. 243 al. 1 CPC, la première conclusion relevant de par sa nature à la procédure simplifiée.

15. L'exigence relative au type de procédure peut empêcher un cumul d'actions, lorsque certaines prétentions sont de par leur nature soumises à la procédure simplifiée et d'autres de par leur valeur litigieuse à la procédure ordinaire ou, à l'inverse, lorsque la procédure ordinaire s'applique en raison de la nature non

²¹ Message CPC 2020, 2645.

²² ATF 142 III 788, consid. 4.2.

²³ BRIDEL, N 498 ; DIETSCHY, Conflits, N 448 ; HOFMANN, 124 ; TAPPY, 193.

patrimoniale d'une prétention²⁴ et la procédure simplifiée en raison de la valeur litigieuse des autres prétentions. Dans cette seconde hypothèse toutefois, le litige peut selon les cas devoir être qualifié de non patrimonial dans son ensemble²⁵.

16. Le fait que le cumul soit empêché dans certains cas en raison du type de procédure applicable défini par la nature de certaines prétentions a été critiqué par une partie de la doctrine, qui a formulé diverses propositions pour permettre le cumul dans ces hypothèses également, soit en soumettant l'entier du procès à la procédure ordinaire²⁶, soit en soumettant celui-ci au type de procédure déterminé en fonction de l'aspect prépondérant du litige²⁷. La commission d'experts chargée d'élaborer l'avant-projet de modification du Code de procédure civile avait tenu compte de ces critiques²⁸ en proposant, *de lege ferenda*, de n'interdire le cumul que si l'une des prétentions était soumise à la procédure sommaire ou relevait d'une procédure spéciale de droit de la famille. Dans les autres cas, la procédure ordinaire aurait dû s'appliquer, tout en maintenant la maxime inquisitoire sociale pour les prétentions concernées par celle-ci²⁹. Dans le Projet soumis aux Chambres, le Conseil fédéral a renoncé à cette modification, suivant l'avis majoritaire exprimé lors de la procédure de consultation, qui a mis en avant les difficultés pratiques rencontrées en cas de mélange des types de procédures, en particulier par le maintien de la maxime inquisitoire³⁰. Il s'est donc contenté de codifier la jurisprudence sur le calcul de la valeur litigieuse en matière de cumul³¹. Cette solution est regrettable, dans la mesure où elle est contraire au principe

²⁴ Les prétentions de nature non patrimoniale sont soumises à la procédure ordinaire, voir ATF 142 III 145, consid. 4.

²⁵ Cf. *supra* N 8.

²⁶ DIETSCHY-MARTENET, Loi sur l'égalité, 441 ; WYLER/HEINZER, 965.

²⁷ AUBRY GIRARDIN, 113 ; GROBÉTY, N 479 ss ; HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 44 s.

²⁸ Rapport explicatif 2018, 46 s.

²⁹ Rapport explicatif 2018, 47 s.

³⁰ Révision du Code de procédure civile (Amélioration de la praticabilité et de l'applicabilité), Synthèse des résultats de la procédure de consultation du 29 janvier 2020, 26 s.

³¹ Message CPC 2020, 2646.

d'économie de procédure. En outre, admettre que le demandeur puisse cumuler l'ensemble de ses prétentions en procédure ordinaire n'entraînerait pas de difficulté particulière, le cumul de différentes maximales étant déjà envisagé par le Code dans les procédures en droit de la famille (voir art. 277 et 296 CPC)³².

3. Lien de connexité

17. L'art. 90 CPC n'impose pas que les prétentions cumulées soient connexes³³. L'AP-CPC 2018 proposait d'introduire cette condition, pour garantir qu'il « existe suffisamment de points communs entre les prétentions (...) pour que leur traitement dans une procédure soit sensé et judicieux du point de vue de l'économie de procédure »³⁴. Le Conseil fédéral y a cependant renoncé dans le projet soumis au Parlement³⁵, avec raison selon nous, car le seul fait que des prétentions opposent des mêmes parties doit suffire pour fonder un cumul, dans un souci d'économie procédurale.

4. Conséquences en cas de non-réalisation d'une condition

18. Lorsque l'une des conditions posées à l'art. 90 CPC n'est pas remplie, la demande doit être déclarée irrecevable, ou à tout le moins partiellement irrecevable au regard de la ou des prétentions qui ne satisfont pas la condition en question³⁶. Ainsi, une irrecevabilité partielle de la demande, par exemple limitée aux conclusions qui ne ressortissent pas de la compétence du tribunal saisi, peut être prononcée³⁷. En outre, le tribunal peut ordonner la division de cause (art. 125 lit. b CPC), lorsque la condition du type de procédure imposée à l'art. 90 lit. b CPC n'est pas respectée, mais que le tribunal est compétent à l'égard de chacune des prétentions³⁸. Dans cette

³² TAPPY, 199 s.

³³ ATF 142 III 581, consid. 2.3.

³⁴ Rapport explicatif 2018, 47.

³⁵ Message CPC 2020, 2646.

³⁶ TF 4A_522/2019 du 7 avril 2020, consid. 4.

³⁷ TF 4A_522/2019 du 7 avril 2020, consid. 4 ; CR CPC-BOHNET, art. 90 N 11 ; GROBÉTY, N 495 s.

³⁸ TF 4A_522/2019 du 7 avril 2020, consid. 4.

seconde hypothèse, le Tribunal fédéral va même jusqu'à considérer « qu'un jugement d'irrecevabilité totale consacrerait de toute évidence un formalisme excessif »³⁹.

En l'occurrence, la demande, déposée à Genève, portait sur deux prétentions, l'une relevant du droit du travail pour passé CHF 500'000.-, l'autre de la loi sur l'égalité pour un peu plus de CHF 20'000.- ; si le même tribunal est à Genève matériellement compétent pour ces deux prétentions, le type de procédure diffère, puisque la prétention relevant de la LEg est soumise de par sa nature à la procédure simplifiée. Le Tribunal des prud'hommes a admis le cumul par jugement incident, confirmé par la Cour de justice. Saisi par la partie défenderesse, le Tribunal fédéral a considéré que, « à supposer que ce cumul doive être jugé contraire à l'art. 90 let. b CPC, une disjonction de ces actions serait à première vue une solution adéquate, propre à remédier à l'irrégularité, et exempte de formalisme excessif », et a dès lors retenu que le recours en matière civile était inapte à provoquer une décision finale au regard de l'art. 93 al. 1 lit. b LTF, partant était irrecevable. Ce raisonnement est selon nous erroné⁴⁰, dans la mesure où la division de cause n'a pas été prononcée par les instances cantonales et l'action conjointe a été admise ; or on voit mal notre haute cour, dans le cadre d'un recours contre la décision finale se prononçant sur les deux prétentions cumulées, admettre que les conditions du cumul n'étaient pas remplies, avec pour conséquence que la demande était, au moins partiellement, irrecevable.

III. L'action partielle

A. *Notion*

19. L'action partielle suppose que le demandeur ne fasse valoir en justice qu'une partie de sa prétention. La doctrine et la jurisprudence distinguent généralement entre action partielle proprement et improprement dite⁴¹. La première consiste à ne faire valoir qu'une partie d'une prétention unique, comme le fait pour le bailleur de ne

³⁹ TF 4A_522/2019 du 7 avril 2020, consid. 4.

⁴⁰ Voir également la critique de HEINZMANN, Cumul, N 4.

⁴¹ ATF 143 III 254, consid. 3 ; CR CPC-BOHNET, art. 86 N 9.

prétendre au paiement que de la moitié du loyer mensuel dû. En cas d'action partielle improprement dite, le demandeur dispose de plusieurs prétentions, mais n'en réclame qu'une partie. Deux situations peuvent se présenter : soit ces prétentions découlent d'un rapport juridique identique, mais sont nées ou devenues exigibles à des moments différents, comme le fait pour un employé de ne réclamer qu'une partie de ses salaires portant sur plusieurs mois ; soit elles reposent sur des causes juridiques distinctes, comme le paiement d'heures supplémentaires et de vacances non prises.

20. Peu utilisée en Suisse romande⁴², l'action partielle présente l'avantage de pouvoir servir de procès pilote⁴³, lorsque les questions litigieuses sont délicates et l'issue du procès particulièrement incertaine.

B. Conclusions

21. Selon la jurisprudence⁴⁴, en cas d'action partielle improprement dite, le demandeur peut se contenter de conclure au paiement d'un montant global sans préciser dans quel ordre ou dans quelle mesure il réclame chaque prétention, pour autant qu'il allègue et motive de manière suffisante qu'une ou plusieurs de ses prétentions excèdent la somme totale réclamée. Il appartient au juge de choisir dans quel ordre il examine les conclusions. Si cette jurisprudence a le mérite de la simplicité, elle nous paraît critiquable en ce sens que, si le juge rejette la demande, il aura examiné l'ensemble des prétentions du demandeur, dont le montant dépassait pourtant celui des conclusions prises.

Par exemple, un travailleur allègue avoir droit au paiement d'une indemnité pour licenciement abusif à hauteur de CHF 30'000.- et d'un solde de vacances non prises de CHF 10'000.-, soit CHF 40'000.- au total. Il ne conclut au versement que de CHF 30'000.-. Le juge peut commencer par examiner la question du licenciement, et, s'il estime que la prétention fondée sur celui-ci

⁴² Curchod/Gonczy, 803.

⁴³ TF 4A_396/2018 du 29 août 2019, consid. 4.2.3 (non publié à l'ATF 145 III 409).

⁴⁴ ATF 144 III 452, qui consacre un revirement de la jurisprudence rendue à l'ATF 142 III 683.

est mal fondée, il doit ensuite se pencher sur la question des vacances. Si cette prétention est elle aussi rejetée, l'action, pourtant partielle, aura abouti à un examen complet des prétentions.

22. Bien que la jurisprudence ne l'exige plus, le demandeur qui veut s'assurer que le juge examinera chacune de ses prétentions doit préciser l'ordre et la mesure de celles-ci⁴⁵. A défaut, le juge choisit l'ordre d'examen⁴⁶. Or, dès l'instant où l'une des prétentions est admise à concurrence du montant global réclamé, les autres conclusions ne sont pas examinées, si bien que le demandeur n'est pas renseigné sur leurs chances de succès.
23. La partie demanderesse n'est pas contrainte d'indiquer qu'elle se réserve de droit de faire valoir le solde de sa créance dans une procédure ultérieure⁴⁷. Toutefois, l'autorité de chose jugée sera examinée sur la base des conclusions prises et de l'état de fait présenté à leur appui, de sorte que le demandeur peut le cas échéant avoir un intérêt à annoncer qu'il ne réclame qu'une partie de sa prétention⁴⁸. A l'inverse, il peut expressément indiquer qu'il renonce au solde de sa créance⁴⁹.

C. Action reconventionnelle négative

1. Principe

24. Lorsque le demandeur introduit une action partielle, le Tribunal fédéral admet que le défendeur puisse opposer une prétention reconventionnelle en constatation de l'inexistence de la créance totale⁵⁰. Il peut s'agir d'une action partielle proprement ou improprement dite, à tout le moins, dans cette seconde hypothèse, lorsque l'action partielle génère une incertitude qui justifie que

⁴⁵ BASTONS BULLETTI, N 8.

⁴⁶ ATF 144 III 452.

⁴⁷ CR CPC-BOHNET, art. 86 N 14 ; GROBÉTY, N 114 ; CURCHOD/GONCZY, 806.

⁴⁸ CR CPC-BOHNET, art. 86 N 14.

⁴⁹ CR CPC-BOHNET, art. 86 N 14 ; DIETSCHY, Conflits, N 152.

⁵⁰ ATF 145 III 299, consid. 2 ; ATF 143 III 506, consid. 4.

l'ensemble des prétentions alléguées soit examiné dans le cadre d'une action en constat négative⁵¹.

Tel est par exemple le cas lorsque le travailleur conclut au versement de quelques CHF 14'000.- alors qu'il allègue avoir droit au paiement d'un peu plus de CHF 50'000.- à titre d'heures supplémentaires accomplies sur trois années successives : l'employeur peut lui opposer une action reconventionnelle en constat de l'inexistence de la créance totale⁵².

2. Valeur litigieuse

25. En cas de demande reconventionnelle, la valeur litigieuse se détermine d'après la prétention principale ou reconventionnelle la plus élevée (art. 94 al. 1 CPC). Par conséquent, la valeur de l'action reconventionnelle en négation de droit est déterminante⁵³, puisqu'elle est plus élevée que celle de la prétention partielle réclamée au principal. Cette nouvelle valeur litigieuse du procès n'est pas sans conséquence, en particulier sur la compétence matérielle (N 27), le type de procédure (N 28 s.) ou le montant des frais (N 30).
26. Selon la doctrine, la valeur litigieuse de la demande en constat négative correspond au solde de la créance qui n'a pas été réclamé dans la demande et non à la totalité du montant litigieux, en raison de la litispendance préexistante sur la part réclamée par le demandeur⁵⁴.

Par exemple, le demandeur réclame CHF 20'000.- sur une créance totale de CHF 50'000.- ; le défendeur agit reconventionnellement en constat qu'il ne doit rien ; la valeur litigieuse de la prétention reconventionnelle s'élève à CHF 30'000.-.

⁵¹ ATF 145 III 299, consid. 2.

⁵² ATF 145 III 299.

⁵³ BRIDEL, N 300.

⁵⁴ BRIDEL, N 300 ; GREMPER/MARTIN, 94 ss.

3. Compétence matérielle

27. L'action reconventionnelle en constat négatoire peut avoir une incidence sur la compétence matérielle du tribunal saisi au principal, compte tenu de la valeur litigieuse plus élevée qu'elle entraîne (art. 94 al. 1 CPC). Dans les cantons qui définissent la compétence matérielle selon la valeur litigieuse des prétentions, la cause doit le cas échéant être transmise au tribunal nouvellement compétent à raison de la valeur litigieuse de la demande reconventionnelle en constat négatif (art. 224 al. 2 CPC). La situation n'est pas différente lorsque la compétence matérielle se détermine aussi bien par la valeur litigieuse que par la nature du litige.

Il en va par exemple ainsi dans les cantons de Vaud et du Valais, où la juridiction spéciale du travail n'est compétente que jusqu'à CHF 30'000.-⁵⁵. En pareil cas, si l'action partielle portant sur un montant ne dépassant pas cette somme (p. ex. CHF 15'000.-) a été introduite devant le tribunal de prud'hommes et si le défendeur oppose une action reconventionnelle en constat de l'inexistence de la créance totale (p. ex. de CHF 50'000.-) dont la valeur litigieuse correspond à un montant supérieur à ladite limite (p. ex. de CHF 35'000.-), la cause devrait en principe être transmise au tribunal ordinaire, compétent à raison de la valeur litigieuse la plus élevée (art. 94 al. 1 et 224 al. 2 CPC).

4. Type de procédure

28. La prise en compte de la valeur litigieuse plus élevée de la demande reconventionnelle (art. 94 al. 1 CPC) peut avoir une incidence sur le type de procédure applicable. Certes, en principe, la demande reconventionnelle doit être soumise au même type de procédure que le procès principal (art. 224 al. 1 CPC). Le Tribunal fédéral a admis une exception lorsque, dans une action partielle soumise à la procédure simplifiée, le défendeur oppose une demande reconventionnelle en négation de droit dont la valeur litigieuse est supérieure à CHF 30'000.-, la procédure ordinaire s'appliquant alors

⁵⁵ Art. 2 al. 1 lit. a LJTr/VD et art. 40 LcTr/VS.

à l'ensemble du litige⁵⁶. Notre haute cour n'a pas précisé la manière dont le basculement de la procédure simplifiée à la procédure ordinaire devait s'effectuer. Le tribunal devrait selon nous impartir un délai au demandeur pour compléter sa demande ou en déposer une nouvelle⁵⁷, respectant les exigences de l'art. 221 CPC. Le dépôt de cette nouvelle écriture ne doit pas compter comme second tour de parole.

29. De l'avis de certains auteurs, le défendeur à une action partielle proprement dite devrait conclure à titre principal au rejet de la demande et à titre subsidiaire seulement au constat de l'inexistence de la créance totale, parce que l'autorité de chose jugée de la décision rejetant une telle action s'étend à l'ensemble de la prétention⁵⁸. Ainsi, le tribunal devrait dans un premier temps examiner la demande partielle selon la procédure simplifiée lorsque celle-ci lui est applicable ; si la demande est rejetée, le défendeur perd tout intérêt à son action reconventionnelle, qui devrait être déclarée irrecevable ; si la demande est admise, la procédure doit suivre son cours et la demande reconventionnelle en négation de droit être examinée selon le type de procédure qui lui est applicable, le cas échéant en procédure ordinaire⁵⁹. A notre avis, la valeur litigieuse de la conclusion subsidiaire⁶⁰ doit être prise en compte dès le début de la procédure et entraîne le cas échéant le basculement de la procédure simplifiée vers la procédure ordinaire⁶¹. Pratiquement, la scission du procès en deux phases soumises à des types de procédures distincts nous semble compliquée à opérer. Qu'en

⁵⁶ ATF 145 III 299, consid. 2 (action partielle improprement dite) ; ATF 143 III 506, consid. 4 (action partielle proprement dite). Critique vis-à-vis de l'application de la procédure ordinaire dans un tel cas : CR CPC-TAPPY, art. 224 N 14b.

⁵⁷ CR CPC-TAPPY, art. 224 N 14b ; NOVIER, 67 ; RHINER/WOHLGEMUTH, p. 115.

⁵⁸ GREMPER/MARTIN, 96 s. ; HEINZMANN, note in : CPC Online, Newsletter du 5 octobre 2017.

⁵⁹ HEINZMANN, note in : CPC Online, Newsletter du 5 octobre 2017.

⁶⁰ Sur la controverse de doctrine s'agissant de la prise en compte des conclusions subsidiaires pour le calcul de la valeur litigieuse, voir CR CPC-TAPPY, art. 91 N 38a.

⁶¹ Cpr ATF 142 III 278, consid. 4, et ATF 139 III 457, consid. 5, dans lesquels le Tribunal fédéral tient compte de la conclusion subsidiaire pour qualifier un litige comme relevant de la protection contre les congés et soumettre celui-ci à la procédure simplifiée au sens de l'art. 243 al. 2 lit. c CPC.

serait-il par ailleurs de la compétence matérielle du tribunal, l'éventuelle transmission de la cause au sens de l'art. 224 al. 2 CPC devrait-elle intervenir dès la première ou lors de la seconde phase du procès ? En outre, l'examen préalable de la prétention principale devrait-il aboutir à une première décision (art. 237 CPC), sujette à recours ?

5. Frais

30. Les valeurs litigieuses des demandes principale et reconventionnelle s'additionnent pour fixer les frais de la procédure (art. 94 al. 2 CPC). Il faut cependant réserver les cas où la procédure principale n'est pas soumise à des frais en raison d'une exemption des art. 113 ou 114 CPC ou d'une disposition de droit cantonal⁶².

D. Abus de droit

1. Principes

31. L'action partielle est fondée sur le principe de disposition découlant de l'art. 58 al. 1 CPC, qui prend lui-même sa source dans le principe de l'autonomie privée du droit civil⁶³. D'après la jurisprudence, la possibilité d'introduire une action partielle n'est limitée que par l'abus de droit (art. 52 CPC), notamment lorsque le demandeur cumule de manière chicanière plusieurs prétentions sans lien de connexité dans une action partielle⁶⁴ ou réclame un montant dérisoire⁶⁵. Il en va en principe de même lorsque le demandeur dépose simultanément plusieurs demandes dans le seul but de bénéficier des avantages procéduraux liés à une valeur litigieuse réduite⁶⁶. Les circonstances d'espèce sont cependant déterminantes

⁶² Voir *infra* N 54.

⁶³ TF 4A_428/2018 du 29 août 2019, consid. 4.2.1.

⁶⁴ ATF 144 III 452, consid. 2.4, JdT 2019 II 161.

⁶⁵ TF 4A_76/2014 du 19 juin 2014, consid. 4.3.

⁶⁶ CR CPC-BOHNET, art. 86 N 11.

pour établir s'il y a abus de droit à passer par la voie de l'action partielle.

32. Selon le Tribunal fédéral, il n'y a en principe pas d'abus de droit à user de l'action partielle dans le but de bénéficier des avantages de la procédure simplifiée ou pour réduire les frais du procès, puisque le défendeur peut opposer une action négatoire de droit⁶⁷. A notre avis, il convient de toujours tenir compte des circonstances du cas d'espèce pour apprécier si celles-ci sont constitutives d'un abus de droit du demandeur⁶⁸. En effet, même s'il a la possibilité d'opposer une demande reconventionnelle en constat négatif, le défendeur peut y renoncer, notamment au motif qu'il devrait payer une avance de frais – qui aurait été payée par le demandeur si celui-ci avait réclamé la créance totale. Le défendeur peut d'ailleurs avoir un intérêt à ce que la procédure, en raison de sa valeur litigieuse réduite, bénéficie de certains avantages procéduraux et renoncer ainsi à opposer une action reconventionnelle, ce d'autant plus que, selon les cas, le rejet de l'action partielle entraînera autorité de chose jugée sur l'entier de la créance⁶⁹.
33. En matière de frais, l'introduction d'une action partielle peut avoir des conséquences importantes dans les litiges de droit du travail, pour lesquels la procédure est gratuite jusqu'à CHF 30'000.- (art. 114 lit. c CPC). L'idée d'une gratuité généralisée de cette catégorie de litiges a été clairement écartée par le législateur, qui a préféré la limiter à des contestations de faible valeur litigieuse⁷⁰. Cette situation devait permettre à un travailleur disposant d'un salaire mensuel moyen de CHF 5'000.- de réclamer en justice une

⁶⁷ TF 4A_396/2018 du 29 août 2019, consid. 4.2.3 (non publié à l'ATF 145 III 409) ; TF 4A_111/2016 du 24 juin 2016, consid. 4.6.

⁶⁸ TSCHUDI, 1209, admet de manière systématique l'abus de droit lorsque le demandeur n'introduit une action partielle que pour bénéficier des avantages procéduraux liés à une valeur litigieuse réduite.

⁶⁹ CR CPC-BOHNET, art. 86 N 16. Sur la question d'autorité de chose jugée, voir *infra* N 37.

⁷⁰ Message concernant la révision des titres dixième et dixième bis du code des obligations (Du contrat de travail) du 25 août 1967, FF 1967 II 249 ss, 415 ; Rapport du 8 mai 2000 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, FF 2000 3261 ss, 3265.

indemnité pour licenciement abusif correspondant au maximum légal de six mois de salaire⁷¹. La dispense de frais a donc été imaginée comme un outil de mise en œuvre effective des règles de droit matériel du travail, pour permettre aux parties de saisir le juge indépendamment de leurs ressources financières et visant à écarter tout risque de « justice de classe »⁷². Or, un des cas typiques d'abus de droit est l'utilisation d'une institution de façon contraire à son but⁷³. Il en découle selon nous que, si l'action partielle est introduite sans raisons objectives, comme celle de servir de procès pilote dans des situations factuelles ou juridiques complexes ou incertaines⁷⁴, mais seulement pour bénéficier d'un procès gratuit, l'abus de droit peut selon les circonstances être retenu⁷⁵. Ces problématiques liées à l'abus de droit et à la gratuité de la procédure en cas d'action partielle avaient d'ailleurs expressément été relevées lors de la procédure de consultation de l'AP-CPC 2003⁷⁶.

34. Outre la question des frais, l'existence d'un abus de droit doit également tenir compte des voies de recours disponibles. L'introduction d'une action partielle a une incidence sur la voie de droit, cantonale et fédérale, ouverte contre la décision finale. Au stade cantonal, l'appel n'est ouvert que si la valeur litigieuse atteint au moins CHF 10'000.- (art. 308 al. 2 CPC). Au niveau fédéral, le recours en matière civile nécessite une valeur litigieuse d'au moins CHF 30'000.- ou CHF 15'000.- en matière de droit du bail et du travail (art. 74 al. 1 LTF). La question de l'incidence de l'action

⁷¹ Rapport du 8 mai 2000 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national concernant l'augmentation de la valeur litigieuse pour les procédures gratuites relevant du contrat de travail, FF 2000 3261 ss, 3263 s. ; Avis du Conseil fédéral du 30 août 2000 sur ledit rapport, FF 2000 4497 ss, 4498.

⁷² Rapport du 8 mai 2000 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national concernant l'augmentation de la valeur litigieuse pour les procédures gratuites relevant du contrat de travail, FF 2000 3261 ss, 3263.

⁷³ TF 4A_396/2018 du 29 août 2019, consid. 4.2.2 (non publié à l'ATF 145 III 409).

⁷⁴ DIETSCHY, *Conflits*, N 408 ; FRÖHLICH, N 269.

⁷⁵ TSCHUDI, 1209, admet systématiquement l'abus de droit lorsque l'action partielle n'est introduite que pour bénéficier de la gratuité du litige.

⁷⁶ Voir les avis de BE, FR, OW et TI, in : Classement des réponses, 227 ss ad art. 76 A-P CPC 2003.

partielle sur les voies de recours devrait aussi être prise en compte lorsque le juge examine l'existence d'un abus de droit⁷⁷.

2. Conséquences

35. Si un abus de droit est retenu par le juge, se pose la question de ses conséquences. Il faut à notre avis distinguer selon que les actions partielles sont introduites simultanément ou successivement.
36. Lorsque plusieurs procédures ont été introduites parallèlement, les causes devraient être jointes (art. 125 lit. c CPC) et les valeurs litigieuses additionnées (art. 93 al. 1 CPC) pour fixer les règles de procédures applicables. Si les demandes ont été déposées devant des juridictions différentes, un transfert pour cause de connexité au sens de l'art. 127 CPC peut être ordonné si le tribunal saisi en premier lieu y consent.
37. Lorsque les demandes partielles sont introduites successivement, le tribunal ne peut pas contraindre le demandeur à réclamer l'entier de sa créance (art. 58 al. 1 CPC) et doit appliquer les règles de procédure correspondant à la valeur litigieuse de la conclusion partielle, notamment en ce qui concerne la compétence matérielle, le type de procédure applicable, la détermination des frais et les voies de droit. En cas de procédure gratuite, le juge devrait cependant appliquer l'art. 115 CPC, qui sanctionne les comportements téméraires, et soumettre le litige à des frais judiciaires calculés en fonction de la valeur litigieuse de la prétention partielle.

E. Autorité de chose jugée

1. Action partielle proprement dite

38. En cas d'action partielle proprement dite, l'admission de la demande ne vaut que pour la part réclamée en justice et une action ultérieure pour le solde peut être introduite. En revanche, si la prétention est

⁷⁷ TSCHUDI, 1209. D'un avis différent : CURCHOD/GONCZY, 810.

rejetée, l'autorité de chose jugée vaut à l'égard de l'entier de la créance, le solde ne pouvant plus être réclamé par la suite⁷⁸. Cette solution ne s'applique cependant pas lorsque le demandeur a précisé la partie de la créance qu'il soumettait au juge. Ainsi, lorsque la prétention porte sur la réparation d'un dommage qui couvre plusieurs postes et si le demandeur a précisé le poste du dommage qu'il réclamait, tel que la réparation de son tort moral, le rejet de ce poste n'entraîne pas celui des autres, lesquels n'ont pas encore été soumis à l'examen du juge⁷⁹.

2. Action partielle improprement dite

39. En matière d'action partielle improprement dite, il n'y a autorité de chose jugée que sur la part des prétentions portée en justice⁸⁰. Cela vaut en tout cas lorsque le demandeur a précisé dans ses conclusions l'ordre et/ou la mesure de chaque prétention invoquée. En revanche, lorsque la conclusion globale n'a pas été précisée et lorsque le juge a rejeté l'action après avoir examiné l'ensemble des prétentions alléguées dans la demande, une action ultérieure devrait être exclue⁸¹. Il faut réserver le cas où le rejet de la prétention découle de la compensation de celle-ci avec une créance du défendeur, un procès sur le solde n'étant pas d'emblée mal fondé⁸².
40. Lorsque le demandeur ne précise pas dans ses conclusions l'ordre ou la mesure de chaque prétention réclamée, le juge devrait toujours rendre une décision directement motivée⁸³. Il faut éviter que les parties ne requièrent pas la motivation et que, dans le cadre d'un procès ultérieur, le tribunal ne sache pas sur quoi a porté la première

⁷⁸ CR CPC-BOHNET, art. 86 N 15 ; PC CPC-HEINZMANN, art. 86 N 6 ; comp. TF 4A_194/2012 du 20 juillet 2012, consid. 1.5. D'un avis différent : BK ZPO-MARKUS, art. 86 N 10 ; BSK ZPO-DORSCHNER, art. 86 N 14.

⁷⁹ TF 4A_13/2017 du 26 janvier 2017, consid. 2.3.

⁸⁰ ATF 125 III 8, consid. 3b, SJ 1999 I 273 ; TF 4A_209/2007 du 5 septembre 2007, consid. 2.2.2.

⁸¹ BASTONS BULLETTI, note in : CPC Online du 4 octobre 2018, ch. 4 lit. f.

⁸² BASTONS BULLETTI, note in : CPC Online du 4 octobre 2018, ch. 4 lit. f ; PC CPC-HEINZMANN, art. 86 N 6.

⁸³ Sur la possibilité offerte par le Code de rendre une décision d'emblée motivée, voir CR CPC-TAPPY, art. 239 N 3.

décision. Si tel devait malgré tout être le cas, le second juge devrait appliquer le régime légal d'imputation découlant de l'art. 87 CO, à savoir que la condamnation au paiement d'une somme d'argent porte sur la dette échue en premier, ou, si les dettes ont été échues en même temps, sur chacune d'elles de manière proportionnelle.

41. Le tribunal saisi en second lieu n'est pas lié par la première décision rendue, peu importe que l'ensemble de la prétention ait été examiné pour statuer⁸⁴. Par conséquent, les appréciations de preuve ou l'établissement des faits que contient le premier jugement n'ont aucune portée dans le procès ultérieur⁸⁵. Le Tribunal fédéral a néanmoins laissé la question ouverte de savoir si des constatations de fait contenues dans la première décision pouvaient entraîner un certain effet préjudiciel vis-à-vis des jugements partiels ultérieurs⁸⁶. A notre avis, tel ne doit pas être le cas, même si, quoi qu'on en dise, le second juge sera souvent influencé par les motifs et le résultat du premier procès, ne serait-ce qu'inconsciemment⁸⁷.

IV. La demande reconventionnelle

A. *Notion*

42. La demande reconventionnelle est une action introduite par le défendeur contre le demandeur dans le procès pendant⁸⁸. Il s'agit d'une véritable action qui poursuit un but propre ; de simples conclusions visant la libération des prétentions du demandeur ne sont ainsi pas reconventionnelles⁸⁹.

⁸⁴ ATF 125 III 8, consid. 3b, SJ 1999 I 273.

⁸⁵ TF 4A_571/2016 du 23 mars 2017, consid. 3.1.

⁸⁶ TF 4A_571/2016 du 23 mars 2017, consid. 3.1.

⁸⁷ Comp. TF 4A_270/2018 du 2 novembre 2018, consid. 1.2, qui mentionne la « *faktische Bindungswirkung* ».

⁸⁸ TF 4A_317/2019 du 30.06.2020, consid. 1.3.1.

⁸⁹ *Ibid.*

B. Conditions

1. Compétence

a) Compétence locale

43. Le for de l'action principale doit être ouvert pour la demande reconventionnelle. Soit le for de la reconvention, légal ou élu, correspond à celui de la demande principale. Soit le défendeur reconventionnel accepte tacitement le for. Soit encore l'attraction de compétence de l'art. 14 CPC peut s'appliquer. Cette disposition exige cependant qu'un lien de connexité existe entre les prétentions principale et reconventionnelle, à savoir que celles-ci reposent sur des faits ou des fondements juridiques semblables⁹⁰.
44. L'art. 14 CPC ne peut pas déroger à un for impératif⁹¹. Par conséquent, si la demande reconventionnelle est soumise à un tel for et si celui-ci ne correspond pas au lieu de l'action principale, elle n'est pas recevable (art. 59 al. 2 lit. b CPC). La question de savoir s'il en va de même pour les fors partiellement impératifs des art. 32 à 34 CPC est controversée en doctrine. Avec certains auteurs, il faut y répondre par la négative et considérer que l'art. 14 CPC peut s'appliquer lorsque la reconvention est soumise à un for semi-impératif⁹². En effet, le caractère partiellement impératif d'un for ne vise pas à protéger la partie faible contre une demande en justice, mais uniquement à la protéger contre une action qui se déroulerait en un lieu qui n'a aucun rapport avec la relation juridique nouée ni avec le domicile ou le siège des parties. Or, dès le moment où la partie faible a choisi d'agir, au principal, à un certain for, elle ne doit pas être protégée contre une action reconventionnelle de la partie adverse. Cette situation serait au demeurant contraire au principe d'économie de procédure, puisqu'elle mènerait à l'ouverture d'un

⁹⁰ ATF 145 III 460, consid. 4.1 ; ATF 142 III 581, consid. 2.1 ; ATF 137 III 311, consid. 5.1.1. Cf. *supra* N 5.

⁹¹ BSK ZPO-RUGGLE, art. 14 N 12 ; GRIEDER, N 474 ; KommZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, art. 14 N 6.

⁹² BSK ZPO-KAISERJOB, art. 35 N 10 ; BSK ZPO-RUGGLE, art. 14 N 12 ; CR CPC-HALDY, art. 14 N 4 ; DIETSCHY, Conflits, N 109.

procès parallèle. Une autre partie de la doctrine soutient cependant que l'attraction de compétence prévue par l'art. 14 CPC ne peut pas s'appliquer lorsque la reconvention relève d'un for partiellement impératif⁹³.

Par exemple, le travailleur qui a agi au principal au siège de l'employeur peut à notre sens se voir opposé reconventionnellement une prétention par l'employeur en application de l'art. 14 CPC, c'est-à-dire même si le for de l'action principal ne correspond pas à son domicile ni au lieu où il exerce habituellement son activité professionnelle.

45. Lorsque la prétention reconventionnelle fait l'objet d'une élection de for, celle-ci doit être respectée et l'art. 14 CPC n'est pas applicable⁹⁴. En revanche, si le for de l'action principale découle d'une prorogation de for, rien n'empêche d'appliquer cette disposition⁹⁵.

b) Compétence matérielle

46. Le Code n'impose pas que le tribunal soit matériellement compétent pour la prétention reconventionnelle⁹⁶. Selon l'art. 224 al. 2 CPC, la cause doit le cas échéant être transmise au tribunal compétent à raison de la valeur litigieuse plus élevée de la demande reconventionnelle (art. 94 al. 1 CPC).
47. L'art. 224 CPC ne précise en revanche pas la manière de procéder lorsque la compétence matérielle est déterminée par la nature des prétentions, comme celle de l'instance cantonale unique, du tribunal de commerce ou des tribunaux des baux ou des prud'hommes. Certains auteurs considèrent que la demande reconventionnelle doit ressortir de la compétence matérielle du tribunal saisi au principal⁹⁷,

⁹³ DIKE ZPO-FÜLLEMANN, art. 14 N 26 ; GRIEDER, N 478 ss ; KommZPO-SUTTER-SOMM/GRIEDER, art. 14 N 7 ; PC CPC-GROBÉTY, art. 14 N 13.

⁹⁴ BSK ZPO-RUGGLE, art. 14 N 13 ; CR CPC-HALDY, art. 14 N 5.

⁹⁵ BSK ZPO-RUGGLE, art. 14 N 13 ; PC CPC-GROBÉTY, art. 14 N 14.

⁹⁶ ATF 143 III 495, consid. 2.2.1 ; Message CPC 2006, 6947.

⁹⁷ BSK ZPO-WILLISEGGER, art. 224 N 46 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 224 N 43.

alors que d'autres retiennent que tel n'est pas nécessaire⁹⁸. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte⁹⁹. Cette problématique dépend selon nous du caractère impératif ou dispositif de la règle de compétence. Lorsque celle-ci relève du droit fédéral, elle est impérative et la reconvention n'est pas admissible si elle n'entre pas dans le champ de compétence de l'instance concernée¹⁰⁰. Le Tribunal fédéral a admis une exception, s'agissant du tribunal de commerce, lorsque celui-ci est saisi par un demandeur non inscrit au registre du commerce en vertu de l'art. 6 al. 3 CPC, le défendeur pouvant lui opposer une demande reconventionnelle pour autant qu'il y ait un lien de connexité entre les prétentions¹⁰¹. Lorsque la question relève du droit cantonal d'organisation judiciaire, celui-ci peut expressément admettre ou exclure la compétence d'une juridiction spéciale pour les prétentions reconventionnelles relevant d'un autre domaine du droit ou, à l'inverse, admettre que soient portées devant une juridiction ordinaire des prétentions reconventionnelles relevant de la compétence d'un tribunal spécialisé. A défaut de réglementation expresse, il convient de déduire de l'instauration de tribunaux spécialisés que leur compétence est impérative et qu'une prétention relevant de leur compétence ne peut pas être opposée reconventionnellement devant une autorité ordinaire. En revanche, l'inverse devrait être admissible, à savoir qu'une prétention reconventionnelle soumise à la compétence d'une juridiction ordinaire soit opposable devant une autorité spécialisée.

2. Type de procédure

a) En procédure de conciliation

48. La demande reconventionnelle ne doit pas faire l'objet d'une procédure de conciliation préalable (art. 198 lit. g CPC). Le

⁹⁸ CR CPC-TAPPY art. 224 N 22 s. ; GROLIMUND, in: Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 14 N 33.

⁹⁹ ATF 143 III 495, consid. 2.2.

¹⁰⁰ PC CPC-HEINZMANN/HERRMANN, art. 224 N 32.

¹⁰¹ ATF 143 III 495, consid. 2.2.

défendeur peut cependant déjà la faire valoir durant cette procédure¹⁰². Il peut le faire dans une réponse orale ou écrite déposée avant l'audience de conciliation ou directement lors de celle-ci¹⁰³.

49. La question se pose de savoir si l'art. 224 CPC, qui traite de la demande reconventionnelle en procédure ordinaire, s'applique par analogie en procédure de conciliation¹⁰⁴. A notre avis, tel n'est pas le cas, non seulement parce que les principes posés par cette disposition sont peu compatibles avec l'esprit du préalable de conciliation, mais aussi parce que, d'un point de vue systématique, les dispositions sur la conciliation précèdent l'art. 219 CPC, lequel ne devrait donc viser que les procédures traitées à sa suite. Certains auteurs considèrent cependant que l'art. 224 CPC est applicable lorsque l'autorité de conciliation entend rendre une décision au sens de l'art. 212 CPC¹⁰⁵.
50. Dans tous les cas, la condition du type de procédure applicable imposée par l'art. 224 al. 1 CPC ne pose pas de difficulté particulière en procédure de conciliation, puisque celle-ci se déroule selon les mêmes règles des art. 197 ss CPC, peu importe la nature ou la valeur litigieuse des prétentions réclamées¹⁰⁶. La possibilité pour le bailleur, l'employeur ou l'assureur de se faire représenter à l'audience par un gérant ou un employé lorsque la prétention est soumise au fond à la procédure simplifiée (art. 204 al. 3 lit. c CPC) ne pourrait simplement pas s'appliquer si l'une des prétentions, principale ou reconventionnelle, ne relevait pas de ce type de procédure.

Par exemple, lorsque la requête porte sur la contestation du loyer initial, le bailleur qui oppose reconventionnellement le paiement de loyers pour plus de CHF 30'000.- doit comparaître en personne à l'audience, sauf à remplir l'une des autres conditions de dispense

¹⁰² SCHRANK, N 392.

¹⁰³ PC CPC-HEINZMANN/HERRMANN, art. 224 N 51 ; SCHRANK, N 392.

¹⁰⁴ En faveur d'une application subsidiaire des art. 221 ss CPC à la procédure de conciliation : LEUENBERGER, 382. D'un avis différent : BSK ZPO-WILLISEGGER, art. 219 N 6 s. ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 219 N 5.

¹⁰⁵ La procédure simplifiée serait selon eux applicable vu la valeur litigieuse et l'art. 224 CPC s'appliquerait à titre supplétif, voir LEUENBERGER, 384 et BSK ZPO-WILLISEGGER, art. 219 N 6.

¹⁰⁶ GRIEDER, N 804.

prévues à l'art. 204 al. 3 lit. a ou b CPC. A défaut, il doit être considéré comme défaillant pour ce qui concerne sa propre prétention ou, si le représentant la fait valoir directement à l'audience, la reconvention est irrecevable.

51. Le dépôt d'une prétention reconventionnelle durant la conciliation crée la litispendance pour cette prétention (art. 62 al. 1 CPC). La question de savoir si le défendeur et demandeur reconventionnel peut saisir le tribunal au fond indépendamment de l'action du demandeur principal est controversée et n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral¹⁰⁷. Certains auteurs, de même que l'Obergericht du canton de Zurich, y répondent par la négative¹⁰⁸, alors qu'une autre partie de la doctrine et le Tribunal cantonal vaudois l'admettent¹⁰⁹. Cette seconde opinion devrait être suivie, pour des raisons d'économie de procédure. Dans le doute, le défendeur devrait renoncer à agir par la voie reconventionnelle et déposer parallèlement une requête de conciliation séparée en sollicitant la jonction des causes¹¹⁰.
52. Lorsque seule l'une des deux prétentions, principale ou reconventionnelle, ne dépasse pas le seuil fixé pour rendre une proposition de jugement ou une décision (respectivement de CHF 5'000.- [art. 210 al. 1 lit. c CPC] et de CHF 2'000.- [art. 212 CPC]), l'autorité doit en principe délivrer une autorisation de procéder aux deux parties, compte tenu de l'art. 94 al. 1 CPC¹¹¹. Elle peut cependant prononcer la division des causes à l'issue de l'audience (art. 125 lit. b CPC) et respectivement délivrer une autorisation de procéder et rendre une proposition de jugement ou une décision¹¹².

¹⁰⁷ La question a été évoquée sans être tranchée dans l'arrêt TF 4A_499/2013 du 4 février 2014, consid. 2.3.

¹⁰⁸ OGer ZH du 7 juillet 2017, PD170005-O/U, consid. 3, RSJ 2017 560 ; BSK ZPO-WILLISEGGER, art. 224 N 39 ; DIKE ZPO-PAHUD, art. 224 N 12.

¹⁰⁹ TC VD du 17 octobre 2018, HC/2018/931 n° 587, consid. 3.2 ; BASTONS BULLETTI, in : CPC Online du 14 septembre 2017 ; CR CPC-BOHNET, art. 202 N 10a ; PC CPC-HEINZMANN/HERRMANN, art. 224 N 53 ; SOGO, 25 ss.

¹¹⁰ PC CPC-HEINZMANN/HERRMANN, art. 224 N 54.

¹¹¹ CR CPC-TAPPY, art. 94 N 5.

¹¹² SCHRANK, N 237, 544 et 647.

b) Dans la procédure au fond

53. La demande reconventionnelle doit être introduite au plus tard dans la réponse (art. 224 al. 1 CPC). Si, après le dépôt de la réponse, le tribunal fixe un délai au défendeur pour compléter ou clarifier son acte sur la base de l'art. 56 CPC, une demande reconventionnelle introduite à cette occasion est considérée comme tardive¹¹³.
54. L'art. 224 al. 1 CPC exige que la prétention reconventionnelle soit soumise au même type de procédure que la prétention principale. En principe, la valeur litigieuse se calcule d'après la valeur des prétentions principale et reconventionnelle la plus élevée (art. 94 al. 1 CPC)¹¹⁴. Selon le Tribunal fédéral toutefois, cette disposition ne s'applique pas pour déterminer le type de procédure applicable, chaque prétention devant être examinée pour elle-même¹¹⁵.
- Ainsi, lorsque la demande principale porte sur une somme d'argent ne dépassant pas CHF 30'000.-, elle est soumise à la procédure simplifiée ; une prétention reconventionnelle d'un montant supérieur, relevant de la procédure ordinaire, ne peut pas lui être opposée.
55. Notre haute cour a laissé ouverte la question de savoir si, comme le propose une grande partie de la doctrine, une demande reconventionnelle soumise à la procédure simplifiée pouvait être opposée dans un procès principal relevant de la forme ordinaire¹¹⁶. Elle a au demeurant considéré qu'il ne s'agissait pas d'une question juridique de principe (art. 74 al. 1 lit. LTF), puisque le Parlement devrait prochainement clarifier la problématique dans le cadre de la révision du CPC en cours¹¹⁷. Le P-CPC 2020 admet que dans un procès principal conduit en la forme ordinaire, une prétention reconventionnelle soumise à la procédure simplifiée en raison de sa

¹¹³ TF 4A_207/2019 du 17.08.2020 (destiné à la publication), consid. 4.

¹¹⁴ Cf. *supra* N 24.

¹¹⁵ ATF 143 III 506, consid. 3.2.

¹¹⁶ ATF 143 III 506, consid. 3.2.4 et les nombreuses références doctrinales citées.

¹¹⁷ TF 4A_32/2018 du 2 avril 2019, consid. 1.3.

valeur litigieuse soit opposée¹¹⁸. D'après le Message¹¹⁹, « cette solution est justifiée étant donné que le défendeur a le choix entre introduire une action séparée relevant de la procédure simplifiée et déposer une demande reconventionnelle soumise à la procédure ordinaire ; il ne doit de ce fait pas non plus faire l'objet d'une protection spécifique. Le plus souvent, le défendeur aura intérêt, ne serait-ce que pour des raisons de rapidité et d'efficacité, à faire une demande reconventionnelle. ». Si cette modification est souhaitable, il faut regretter qu'elle ne soit pas étendue aux cas où la prétention reconventionnelle est soumise à la procédure simplifiée en raison de sa nature, comme l'envisageait l'AP-CPC 2018, tout en maintenant l'application de la maxime inquisitoire sociale pour ne pas pénaliser les parties¹²⁰. Bien que le « mélange » de maximes applicables ait été critiqué durant la procédure de consultation¹²¹, il n'est selon nous pas insurmontable et existe d'ailleurs déjà dans les procédures relevant du droit de la famille. De plus, lorsque les parties sont représentées par des avocats, le juge doit faire preuve de retenue dans l'application de la maxime inquisitoire sociale, « comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire »¹²². Or, en principe, les parties ne procèdent pas seules en procédure ordinaire. Les incidences de l'application de la maxime inquisitoire sociale dans la procédure ordinaire seraient ainsi fortement réduites.

3. Lien de connexité

56. L'art. 224 CPC n'impose pas que les prétentions principale et reconventionnelle se trouvent dans un rapport de connexité, seul l'art. 14 CPC l'exigeant au regard de l'attraction de compétence locale. L'AP-CPC 2018 prévoyait d'introduire cette condition. Cette

¹¹⁸ Adjonction d'un al. 1^{bis} à l'art. 224, selon lequel : « La demande reconventionnelle est également admise et jugée avec la demande principale dans la procédure ordinaire » lorsque « la prétention invoquée reconventionnellement relève de la procédure simplifiée du seul fait de la valeur litigieuse alors que la demande principale est jugée dans la procédure ordinaire ».

¹¹⁹ Message CPC 2020, 2667.

¹²⁰ Voir Rapport explicatif 2018, 68 s.

¹²¹ Cf. *supra* n. 30.

¹²² ATF 141 III 569, consid. 2.3.1.

proposition a fait l'objet de critiques durant la procédure de consultation et le Conseil fédéral y a renoncé dans son projet¹²³, à raison d'après nous, dans un souci d'économie de procédure.

C. Conséquence sur les frais

57. Selon l'art. 94 al. 2 CPC, les valeurs litigieuses des prétentions principale et reconventionnelle s'additionnent pour déterminer les frais, à moins qu'elles ne s'excluent, la prétention la plus élevée étant alors déterminante selon l'al. 1.
58. Lorsque la demande principale est exemptée de la perception de frais sur la base des art. 113 al. 2 ou 114 CPC ou d'une disposition de droit cantonal, l'introduction d'une demande reconventionnelle ne devrait pas avoir d'incidence sur la gratuité du procès au principal. Cela va de soi lorsque la dispense découle exclusivement de la nature de la prétention, la valeur litigieuse de la demande principale n'étant pas déterminante et ne devant donc pas être additionnée. La question est plus délicate lorsque la gratuité se détermine en fonction de la valeur litigieuse, comme pour les litiges de droit du travail jusqu'à CHF 30'000.- au sens des art. 113 al. 2 lit. d et 114 lit. c CPC. Ainsi, l'addition des valeurs litigieuses, si elle dépasse ce montant, mènerait à ce que la procédure ne soit plus gratuite, alors que, si les demandes étaient traitées dans des procès distincts, elles seraient dispensées de frais. Cette solution n'est pas satisfaisante et a été critiquée par une partie de la doctrine¹²⁴. Pour déterminer si la prétention est soumise à des frais, il conviendrait de s'en tenir à la règle de l'art. 94 al. 1 CPC, à savoir prendre en compte la valeur la plus élevée des prétentions principale et reconventionnelle, la règle de l'art. 94 al. 2 CPC ne devant s'appliquer que si la procédure n'est pas gratuite. En effet, cette disposition ne traite que de la manière de calculer les frais dans les procédures qui y sont soumises¹²⁵. L'art. 343 al. 2, seconde phrase, aCO prévoyait d'ailleurs expressément que dans les conflits de

¹²³ Message CPC 2020, 2667.

¹²⁴ SCHRANK, N 262 ; DIKE ZPO-DIGGELMANN, art. 94 N 3 et n. 11. D'un avis différent : BK ZPO-STERCHI, art. 94 N 7 ; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, art. 94 N 3.

¹²⁵ DIETSCHY, Conflits, N 487 ; DIKE ZPO-DIGGELMANN, art. 94 N 3 et n. 11.

travail, la valeur litigieuse des conclusions reconventionnelles n'avait aucune incidence sur la gratuité du procès.

Par exemple, le travailleur réclame CHF 25'000.- et l'employeur lui oppose reconventionnellement une créance de CHF 15'000.-. Prises séparément, ces deux prétentions sont dispensées de frais judiciaires. En appliquant l'addition prévue par l'art. 94 al. 2 CPC, le seuil de CHF 30'000.- serait dépassé et le procès devrait être soumis à des frais. Il faut donc s'en tenir à la règle de l'art. 94 al. 1 CPC et considérer que la valeur la plus élevée, de CHF 25'000.-, fixe le principe de gratuité du procès.

Si l'employé introduit une action partielle en paiement de CHF 10'000.- et l'employeur lui oppose une action en constatation de droit négative portant sur CHF 50'000.-, les frais judiciaires ne devraient être calculés que sur la base du montant de la demande reconventionnelle, en application de l'art. 94 al. 1 CPC.

V. Conclusion

59. Le cumul objectif d'actions, l'action partielle et la demande reconventionnelle sont des sujets d'actualité, puisque certaines modifications des dispositions qui les concernent sont proposées dans le cadre de la révision du CPC actuellement en cours. Bien qu'il apporte certaines améliorations, le Projet reste modeste sur ces questions. Les propositions formulées dans l'AP-CPC 2018 étaient plus audacieuses. Elles avaient l'avantage d'ouvrir plus largement les possibilités de cumuler des prétentions ou d'opposer une demande reconventionnelle, dans le respect du principe d'économie de procédure et sans pour autant supprimer les avantages procéduraux des parties, qui demeurent libres d'introduire des procès distincts. Au moment où ces lignes sont écrites, l'on peut encore espérer que les parlementaires seront sensibles à ces préoccupations et adopteront un texte au plus proche des besoins et des intérêts des justiciables.
60. Dans tous les cas, il est nécessaire de retenir des solutions pragmatiques aux problèmes que peuvent soulever ces différentes actions, dans le respect du principe d'économie de procédure. Une attention particulière doit par ailleurs être accordée aux règles spéciales introduites pour protéger la partie considérée comme

faible, en particulier celles régissant les frais. L'introduction d'un cumul d'actions, d'une action partielle ou d'une demande reconventionnelle ne doit pas mettre à mal la volonté du législateur de garantir un accès facilité à la justice dans certaines catégories de litige ni, à l'inverse, permettre à des prétentions qui ne sont pas concernées par ces règles spéciales d'en bénéficier.

Bibliographie

AUBRY GIRARDIN FLORENCE, Les problèmes qui se posent aux juges lors de l'application de la LEg, in : Dunand/Lempen/Mahon (édit.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail : 1996-2016 : 20 ans d'application de la LEg, Genève 2016, 95-117

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Cumul d'actions partielles et conclusions non spécifiées : les vases communiquent, Newsletter CPC Online du 14 novembre 2019

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

BRIDEL BASTIEN, Les effets et la détermination de la valeur litigieuse en procédure civile suisse, Exemples choisis en droit du bail à loyer, thèse Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2019

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

CURCHOD NICOLAS/GONCZY GUILLAUME, L'action partielle, PJA 2019, 803-818

DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, thèse Neuchâtel, Neuchâtel/Bâle 2011 (cité : Conflits)

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, Loi sur l'égalité et procédure civile : un accès facilité ou complexifié à la justice ?, RDS 5/2017, 423-448 (cité : Loi sur l'égalité)

FRÖHLICH STEPHAN, Individuelle Arbeitsstreitigkeiten in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse, Berne 2014

GREMPER PHILIPP/MARTIN JAKOB, Zulässigkeit und Schranken der negativen Feststellungswiderklage im vereinfachten Verfahren nach der Schweizerischen ZPO, PJA 2011, 90-99

GRIEDER ALAIN, Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), thèse, Bâle 2016

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

GÜNGERICH ANDREAS (coord.), ALVAREZ CIPRIANO ET AL., Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, vol. I : Art. 1-149 ZPO, vol. II : Art. 150-352 ZPO, Berne 2013 (cité : BK ZPO-AUTEUR)

HEINZMANN MICHEL, Le cumul objectif d'actions : la jurisprudence progresse, le législateur régresse, Newsletter CPC Online du 12 mai 2020 (cité : Cumul)

HEINZMANN MICHEL, La procédure simplifiée : une émanation du procès civil social, thèse d'habilitation, Fribourg 2018 (cité : Procédure simplifiée)

HOFMANN DAVID, Droit du bail et Code de procédure civile, CdB 4/2010, 113-127

LEUENBERGER CHRISTOPH, Die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren gelten sinngemäss für sämtliche andere Verfahren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO), in : Fankhauser et al. (édit.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, 379-391

NOVIER MERCEDES, Les conclusions dans les procès de droit du travail : questions choisies, in : Bohnet/Dunand/Mahon (édit.), Les procédures en droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2020, 31-83

RHINER FRANZISKA/WOHLGEMUTH MARC, BGer 4A_576/2016 : Relevanz der gleichen Verfahrensart bei negativer Feststellungswiderklage auf eine echte Teilklage, PJA 2018, 111-117

SCHRANK CLAUDE, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), thèse Bâle, 2015

SOGO MIGUEL, Rechtshängigkeit, national – besondere Fragen, in : Markus/Rodriguez (édit.), Rechtshängigkeit, national und international, Berne 2019, 15-38

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

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL, Zivilprozessrecht : nach dem Entwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung und weiteren Erlassen – unter Einbezug des internationalen Rechts, 3^e éd.

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL,
Zivilprozessrecht, Unter Einbezug des Anwaltsrecht und des
internationalen Zivilprozessrechts, 3^e éd., Zurich 2019

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

TAPPY DENIS, Cumul objectif et concours d'actions selon le nouveau
CPC, in : Bonomi/Tappy/Gaulis/Kohler (édit.), Nouvelle procédure
civile et espace judiciaire européen, Actes du colloque de Lausanne du
27 janvier 2012, Genève 2012, 169-225

TSCHUDI PATRICIA, Teilklagen in arbeitsrechtlichen Verfahren,
PJA 10/2018, 1206-1211

WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 4^e éd., Berne 2019

L'intervention, la dénonciation d'instance et l'appel en cause

par

Michel Heinzmann*

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg

| | |
|------------------------------------------------|----|
| I. Introduction..... | 79 |
| II. Le tiers s'invite..... | 79 |
| A. L'intervention principale..... | 79 |
| 1. Généralités..... | 79 |
| 2. L'absence d'une procédure d'admission | 80 |
| 3. Les effets..... | 82 |
| B. L'intervention accessoire..... | 83 |
| 1. Généralités..... | 83 |
| 2. Les conditions..... | 84 |
| 3. La procédure d'admission | 85 |
| a) La requête..... | 85 |
| b) La suite de la procédure..... | 87 |
| 4. Les effets..... | 89 |
| III. Le tiers est invité..... | 92 |
| A. La dénonciation d'instance..... | 92 |
| 1. Généralités..... | 92 |
| 2. L'absence d'une procédure d'admission | 95 |

* L'auteur remercie chaleureusement Mme Sara Grunho Pereira, MLaw, pour l'aide qu'elle lui a apportée dans la préparation de cette contribution.

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 3. La participation du dénoncé | 96 |
| 4. Les effets | 99 |
| B. L'appel en cause | 101 |
| 1. Généralités | 101 |
| 2. La procédure d'admission | 102 |
| 3. Les effets | 104 |
| IV. Conclusion | 105 |
| Bibliographie | 106 |

I. Introduction

1. La conception classique du procès civil contradictoire oppose deux parties, le demandeur au défendeur. Il y a parfois plusieurs demandeurs et/ou plusieurs défendeurs qui forment une consorité (art. 70 ss CPC), mais il est également possible qu'un tiers soit concerné ou se sente concerné par un litige. Le Code connaît plusieurs instruments qui permettent au tiers de s'impliquer de manière plus ou moins active : l'intervention principale (art. 73 CPC), l'intervention accessoire (art. 74 à 77 CPC), la dénonciation d'instance (art. 78 à 80 CPC) et l'appel en cause (art. 81 à 82 CPC). La substitution de partie, qui est quant à elle réglée à l'art. 83 CPC et qui permet à un tiers de prendre la place d'une des parties principales au procès, n'est pas traitée dans la présente contribution¹.
2. Le Code distingue deux situations : l'intervention (principale ou accessoire) permet au tiers d'imposer sa présence (I) et en cas de dénonciation d'instance et d'appel en cause ce sont les parties qui invitent le tiers à participer au procès (II).

II. Le tiers s'invite

A. L'intervention principale

1. Généralités

3. Conformément à l'art. 73 al. 1 CPC, celui qui prétend avoir un droit préférable qui exclut partiellement ou entièrement celui des parties peut agir directement contre elles devant le tribunal de première instance qui a été saisi du litige. En d'autres termes, l'intervention principale (*Hauptintervention ; interventio principale*) permet à un tiers de s'immiscer dans un procès pendant dans lequel s'opposent d'autres personnes. Contrairement à l'intervention accessoire (*infra* N 14 ss),

¹ Cf. cependant le cas particulier du dénoncé d'instance qui reprend le procès conformément à l'art. 79 al. 1 lit. b CPC (*infra* N 49).

l'intervenant n'assiste pas l'une des parties dans le procès principal, mais il formule une demande indépendante².

4. L'AP-CPC (2003) ne prévoyait pas encore l'intervention principale. Celle-ci a été introduite dans le projet « pour donner suite à une demande formulée en procédure de consultation »³. La formule utilisée par le Conseil fédéral ne déborde pas d'enthousiasme et signale au lecteur que cet instrument présente un intérêt pratique limité⁴. Le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs pas eu souvent l'occasion de se prononcer sur l'art. 73 CPC⁵.

2. L'absence d'une procédure d'admission

5. Comme pour la dénonciation d'instance (*infra* N 42 ss), mais à la différence de l'intervention accessoire (*infra* N 20 ss) et de l'appel en cause (*infra* N 63 ss), la loi ne prévoit pas de procédure d'admission pour l'intervention principale. L'intervenant introduit une seconde procédure et son action doit répondre aux conditions de recevabilité ordinaires de l'art. 59 CPC que le tribunal vérifie d'office (art. 60 CPC)⁶.
6. La recevabilité de l'intervention principale présente un certain nombre de particularités :
7. Premièrement, il n'y a pas de procédure de conciliation (art. 198 lit. g CPC). L'art. 73 al. 1 CPC précise d'ailleurs que l'intervention principale doit avoir lieu par-devant le tribunal de première instance, le tiers devant faire valoir sa prétention avant les délibérations⁷. L'intervention ne peut pas (encore) avoir lieu en procédure de conciliation, à moins que l'autorité de conciliation prévoie de rendre

² ATF 81 II 304, consid. 1 ; TF 5A_603/2013 du 25 octobre 2013, consid. 4.2.

³ Message CPC (2006), 6805.

⁴ Cf. ég. DIKE ZPO-GÖKSU, art. 73 N 2.

⁵ Cf. tout de même TF 5A_494/2015 du 18 janvier 2016 ainsi que TF 5A_603/2013 du 25 octobre 2013.

⁶ TF 5A_494/2015 du 18 janvier 2016, consid. 4.2.4.

⁷ DIKE ZPO-GÖKSU, art. 73 N 15 ; *contra* : BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 73 N 5 ; KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 73 N 17, 36 et 40, qui estiment qu'il est possible d'intervenir jusqu'à la notification du jugement.

une décision au sens de l'art. 212 CPC⁸. Elle est en outre exclue en deuxième instance cantonale et devant le Tribunal fédéral⁹. En revanche, une intervention principale est à nouveau envisageable suite à un renvoi de la cause au tribunal de première instance¹⁰ ou lors d'une procédure de révision intentée auprès de celui-ci à partir du moment où la demande de révision au sens de l'art. 332 CPC a été admise.

8. Deuxièmement, l'art. 73 al. 1 CPC prévoit implicitement une attraction de compétence auprès du tribunal déjà saisi de la première procédure entre les parties principales. Cette attraction doit cependant céder le pas aux compétences (semi-)impératives et une élection de for qui lie le tiers à l'une des parties principales doit également être respectée¹¹. Il en va de même pour la compétence matérielle qui est en général de nature impérative. En pratique, l'exigence de l'identité de la compétence matérielle ne devrait toutefois pas poser de problèmes, étant donné que la prétention de la procédure principale et celle invoquée par l'intervenant présentent nécessairement un lien de connexité étroit et relèvent dès lors du même domaine de droit. A noter qu'une addition des valeurs litigieuses, qui pourrait impacter la compétence matérielle, n'a pas lieu d'être, car les prétentions s'excluent (art. 93 al. 1 CPC par analogie)¹².
9. Troisièmement, selon le Tribunal fédéral, l'intervention par laquelle le tiers vise exclusivement à soutenir une des parties au procès est irrecevable¹³. C'est juste, car le demandeur n'a dans ce cas pas d'intérêt digne de protection (art. 59 lit. a CPC). Il suffit toutefois qu'une analyse sommaire de la demande d'intervention permette de conclure à l'incompatibilité de la prétention formulée par l'intervenant avec l'objet du litige principal¹⁴. A notre avis, il convient d'appliquer par analogie la théorie des faits doublement

⁸ PC CPC-HEINZMANN/DEMIERRE, art. 73 N 6 avec réf.

⁹ Parmi d'autres : GROLIMUND in : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 N 63.

¹⁰ DIKE ZPO-GÖKSU, art. 73 N 14.

¹¹ CR CPC-HALDY, art. 73 N 2 ; BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 73 N 10.

¹² HEINZMANN, Procédure simplifiée, N 251.

¹³ TF 5A_603/2013 du 25 octobre 2013, consid. 4.2.

¹⁴ SCHWANDER, 362 ; BSK ZPO-GRABER, art. 73 N 11.

pertinents selon laquelle il suffit que les allégués du demandeur soient concluants pour que le tribunal entre en matière¹⁵. La question de savoir si le tiers intervenant dispose bel et bien d'un droit préférable sera tranchée lors du procès au fond.

10. La décision de refus de l'intervention principale peut faire l'objet d'un appel ou d'un recours au sens strict¹⁶. En outre, elle constitue une décision finale au sens de l'art. 90 LTF, susceptible d'un recours en matière civile¹⁷. Si le tribunal rend une décision par laquelle il constate la recevabilité de l'intervention principale, on a à notre avis affaire à une décision incidente au sens de l'art. 237, car l'instance de recours pourrait prendre une décision contraire qui mettrait un terme au procès (al. 1). Il s'ensuit notamment que les parties principales, qui forment une consorité nécessaire (*infra* N 12), doivent immédiatement recourir contre cette décision si elles souhaitent s'opposer à l'intervention du tiers (al. 2). Cela ne signifie toutefois pas que l'intervention principale ne puisse par la suite pas être déclarée irrecevable pour d'autres raisons (cpr *infra* N 67 [appel en cause]).

3. Les effets

11. L'intervenant ne devient pas partie au premier procès, car l'indépendance matérielle des actions demeure préservée¹⁸. Il peut cependant prendre part au procès principal en tant que partie accessoire ou comme dénoncé¹⁹. Le tiers intervenant peut également être entendu en qualité de témoin, à condition de ne pas être partie accessoire.
12. En revanche, l'intervenant est partie principale à la seconde procédure. Il a la position de demandeur. Les parties au procès

¹⁵ Cf. ATF 141 III 294, consid. 5, SJ 2016 I 29 ; PC CPC-COPT/CHABLOZ, art. 60 N 9.

¹⁶ TF 5A_494/2015 du 18 janvier 2016, consid. 4.2.4.

¹⁷ TF 5A_291/2011 du 7 octobre 2011, consid. 1.1.

¹⁸ TF 4A_235/2018 du 24 septembre 2018, consid. 4.3.3 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 73 N 8 ; SHK ZPO-HAHN, art. 73 N 6 ; *contra* : KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 73 N 57 ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 73 N 8.

¹⁹ KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 73 N 58.

principal forment quant à elles une consorité passive nécessaire au sens de l'art. 70 CPC, car il ne peut être statué à leur égard que de manière uniforme²⁰. En théorie, rien ne s'oppose à ce que les consorts déposent une demande reconventionnelle contre l'intervenant (art. 224 CPC).

13. Conformément à l'art. 73 al. 2 CPC, le tribunal peut suspendre le procès principal jusqu'à ce que l'intervention fasse l'objet d'un jugement ou joindre les deux procédures. Cette disposition ne fait en réalité que rappeler ce qui découle déjà des art. 126 et 125 lit. c CPC²¹. Dès lors et contrairement à ce que prévoit le texte de la loi, le juge peut également suspendre le second procès²² ou mener parallèlement les deux procédures séparément²³, un tel choix n'étant toutefois guère judiciaire.

B. L'intervention accessoire

1. Généralités

14. L'intervention accessoire (*Nebenintervention* ; *intervento adesivo*), dont la portée pratique est bien plus importante que celle de l'intervention principale, permet à un tiers de soutenir l'une des parties principales afin de l'aider à obtenir gain de cause²⁴. Le tiers souhaite ainsi anticiper et éviter une issue défavorable pour la partie qu'il soutient et qui pourrait se retourner contre lui dans une procédure subséquente. Contrairement à l'intervenant principal, l'intervenant accessoire ne prend pas de conclusions propres²⁵. Partant, il

²⁰ Parmi d'autres : DIKE ZPO-GÖKSU, art. 73 N 9 ; *contra* : KUKO ZPO-DOMEJ, art. 73 N 9.

²¹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 73 N 10.

²² CR CPC-HALDY, art. 73 N 5.

²³ DIKE ZPO-GÖKSU, art. 73 N 18 ; BSK ZPO-GRABER, art. 73 N 19 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 73 N 10 ; *contra* : KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 73 N 55.

²⁴ ATF 143 III 140, consid. 5.2.

²⁵ ATF 142 III 629, consid. 2.1, JdT 2020 II 116 ; ATF 142 III 40, consid. 3.2.1, SJ 2016 I 232.

n'acquiert pas la qualité de partie principale, mais il devient partie accessoire (*Nebenpartei* ; *parte accessoria*).

15. Le jugement rendu entre les parties principales ne produit pas d'effets à son encontre (sauf s'agissant des frais [art. 106 al. 3 CPC]), mais il lui sera à certaines conditions opposable dans un procès ultérieur (art. 77 CPC). L'intervention accessoire des art. 74 ss CPC est dès lors « dépendante »²⁶. Cela étant, le Tribunal fédéral admet l'intervention accessoire indépendante (*streitgenössische Nebenintervention* ; *intervento adesivo indipendente*) lorsque le jugement a un effet direct sur l'intervenant en vertu du droit matériel²⁷. Il en va ainsi lorsque le juge annule une décision de l'assemblée générale d'une SA, car son jugement lie également les actionnaires qui n'ont pas participé à la procédure (art. 706 al. 5 CO).

2. Les conditions

16. Selon l'art. 74 CPC, le tiers intervenant doit rendre vraisemblable un intérêt juridique à ce que le litige soit tranché en faveur de l'une des parties. Il en va ainsi lorsque ses propres droits sont susceptibles d'être lésés en cas de perte du procès de la partie qu'il soutient²⁸. L'intérêt consiste en général à éviter les risques d'une action récursoire postérieure contre l'intervenant, mais il n'est pas nécessaire qu'il y ait une relation juridique entre l'intervenant et la partie à soutenir ou la partie adverse²⁹. L'intérêt juridique n'a pas à être rendu vraisemblable en cas de dénonciation d'instance (*infra* N 43 et 45).
17. Il ressort du texte de la loi que l'intervention peut avoir lieu en tout temps. Quand bien même cette disposition semble se référer à la litispendance, une intervention n'est à notre avis pas admissible en procédure de conciliation³⁰. L'intervention accessoire est en effet en

²⁶ Cf. ATF 142 III 629, consid. 2.3.4, JdT 2020 II 116.

²⁷ ATF 142 III 629, consid. 2.3, JdT 2020 II 116 ; pour plus de détails, cf. PC CPC-HEINZMANN/DEMIERRE, art. 76 N 16 ss.

²⁸ ATF 143 III 140, consid. 4.1.3.

²⁹ *Idem*, consid. 4.1.2.

³⁰ BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 74 N 13 ; Commentario pratico-TREZZINI, art. 74 N 5 ; *contra* : CR CPC-HALDY, art. 74 N 7 ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 74 N 19 ;

porte-à-faux avec la nature informelle de la procédure de conciliation dont le but principal est de trouver une solution amiable entre les parties (art. 201 al. 1 CPC). Les issues possibles de la procédure de conciliation (art. 208 ss CPC) ainsi que le principe de la confidentialité (art. 205 CPC) semblent également être incompatibles avec les effets qu'une intervention est censée déployer en vertu de l'art. 77 CPC. Demeure réservé le cas où l'autorité de conciliation rend une décision en application de l'art. 212 CPC³¹. Relevons encore que l'art. 75 al. 2 CPC est plus précis, puisqu'il prévoit que le « tribunal » statue sur la requête d'intervention.

18. L'intervention accessoire, dont la réglementation se trouve dans la partie générale du Code, est en revanche possible dans les procédures ordinaire, simplifiée ou sommaire³². Elle peut également avoir lieu en procédure d'appel ou de recours limité au droit³³ ainsi que dans le cadre d'une révision au sens des art. 328 ss CPC³⁴.
19. Une intervention accessoire n'est pas admise devant le Tribunal fédéral, puisque seuls ceux qui ont participé à la procédure devant la juridiction inférieure ont le droit de participer à la procédure³⁵. Demeure réservé le cas où le tiers a été privé de le faire (art. 76 al. 1 lit. a LTF).

3. La procédure d'admission

a) La requête

20. L'intervention accessoire est soumise à une procédure d'admission, contrairement à l'intervention principale (*supra* N 5 ss). La requête

BSK ZPO-GRABER, art. 74 N 14 ; KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 74 N 15.

³¹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 74 N 3.

³² ATF 143 III 140, consid. 4.1.1 (mesures provisionnelles) ; ATF 142 III 40, consid. 3.2.2 (procédure de preuve à futur « hors procès »).

³³ ATF 143 III 140, consid. 4.1.1 ; ATF 142 III 40, consid. 3.3.1.

³⁴ BSK ZPO-GRABER, art. 74 N 16 ; KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 74 N 20a.

³⁵ ATF 142 III 40, consid. 3.3.1, SJ 2016 I 232.

doit indiquer le motif de l'intervention (art. 75 al. 1 CPC), soit l'intérêt juridique dont se prévaut le tiers (*supra* N 16). Les faits fondant cet intérêt doivent être allégués, preuves à l'appui³⁶. Ainsi, à moins que le litige ait préalablement été dénoncé à l'intervenant (art. 79 al. 1 lit. a CPC ; *infra* N 48), la requête doit être motivée de manière concluante. En vertu du principe *iura novit curia* (art. 57 CPC), il n'est pas nécessaire que le tiers indique la base juridique sur laquelle il fonde son intérêt juridique (art. 221 al. 3 CPC par analogie).

21. La requête doit également indiquer la partie en faveur de laquelle elle est déposée (art. 75 al. 1 CPC). Cela présuppose qu'elle permette d'identifier la procédure à laquelle l'intervenant souhaite prendre part. Si la requête n'est pas claire, p. ex. parce que les parties principales s'opposent dans plusieurs procédures, le tribunal interpelle le tiers en application de l'art. 56 CPC³⁷.
22. En outre, la requête peut être combinée avec un autre acte de procédure, tel qu'un recours ou la présentation de moyens d'attaque ou de défense, ces actes de procédure ne devenant effectifs qu'une fois la requête en intervention admise³⁸.
23. A notre avis, la procédure d'admission relève de la procédure sommaire³⁹. Partant, les art. 130 ss CPC s'appliquent à la forme de la requête et, en cas d'urgence, celle-ci peut être dictée au procès-verbal (art. 252 al. 2 CPC)⁴⁰. L'approche selon laquelle la forme dépend de la procédure applicable au procès principal⁴¹ doit dès lors être rejetée.

³⁶ ATF 143 III 140, consid. 4.1.2.

³⁷ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 75 N 1.

³⁸ *Idem*, art. 75 N 3 et 12.

³⁹ PC CPC-HEINZMANN/DEMIERRE, art. 75 N 2.

⁴⁰ *Contra* : DIKE ZPO-GÖKSU, art. 75 N 4.

⁴¹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 75 N 1 ; BSK ZPO-GRABER, art. 75 N 3 ; CR CPC-HALDY, art. 75 N 3.

b) La suite de la procédure

24. Après avoir entendu les parties principales, en principe par écrit, le tribunal saisi de la demande principale statue sur la requête en intervention (art. 75 al. 2, 1^{re} phr. CPC). Cela implique que les parties aient pris connaissance du motif de l'intervention mentionné dans la requête. Le consentement des parties n'est pas requis pour que l'intervention puisse être admise.
25. Le tribunal examine d'office si les conditions relatives à l'intervention accessoire sont remplies (art. 60 CPC)⁴², même lorsqu'aucune des parties principales ne s'y oppose⁴³. Le juge se borne à vérifier que l'intervenant a rendu vraisemblable son intérêt juridique à intervenir ; il suffit qu'il existe une certaine probabilité, fondée sur des indices objectifs, que ses droits soient susceptibles d'être lésés en cas de perte du procès, sans que la possibilité que tel ne puisse pas être le cas soit pour autant exclue⁴⁴. Dans une procédure sommaire, un tel intérêt devrait en principe être admis lorsque le sort d'une prétention matérielle sera définitivement tranché ou que les mesures provisionnelles risquent de péjorer ou de compromettre la situation de l'intervenant dans la procédure au fond⁴⁵.
26. Si les conditions sont remplies, l'intervention accessoire doit être admise⁴⁶ et ne peut en particulier pas être refusée sur la base de l'art. 125 CPC comme le préconise un auteur⁴⁷. Par ailleurs, le procès peut être suspendu jusqu'à droit connu sur la requête en intervention (art. 126 CPC). A partir du moment où la requête est admise, le tiers a accès au dossier de la procédure principale⁴⁸. Dès

⁴² ATF 143 III 140, consid. 4.1.3.

⁴³ BSK ZPO-GRABER, art. 75 N 8 ; *contra* : KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 75 N 23.

⁴⁴ ATF 143 III 140, consid. 4.1.3.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 75 N 7.

⁴⁷ BSK ZPO-GRABER, art. 75 N 8.

⁴⁸ TF 4A_212/2015 du 4 novembre 2015, consid. 4.2.

ce moment, il ne peut plus être entendu comme témoin (art. 169 CPC).

27. Il sied également de noter que la requête en intervention peut être retirée par le tiers en tout temps, les effets de l'intervention prévus par l'art. 77 CPC s'appliquant dans ce cas uniquement pour la phase d'intervention⁴⁹. Si la partie principale souhaite faire perdurer ces effets, elle doit dénoncer l'instance au tiers (art. 78 ss CPC). L'intervenant qui s'est retiré peut réintroduire une requête en intervention, car il n'y a pas autorité de la chose jugée⁵⁰. Il risque toutefois de devoir supporter les frais engendrés par son comportement (art. 108 CPC).
28. En première instance, la décision sur la requête en intervention accessoire – qu'elle admette ou refuse l'intervention – est une ordonnance d'instruction au sens de l'art. 124 CPC⁵¹. Elle peut donc faire l'objet d'un recours en vertu de l'art. 319 lit. b ch. 1 CPC (art. 75 al. 2, 2^e phr. CPC). Le délai de recours est de 10 jours (art. 321 al. 2 CPC)⁵².
29. Tant les parties principales que le tiers peuvent déposer un recours contre la décision sur la requête en intervention, à condition qu'ils aient un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 lit. a CPC). C'est pourquoi, lorsque l'intervention est refusée, le recours est uniquement ouvert pour le tiers⁵³. La partie que le tiers souhaitait soutenir a la possibilité de dénoncer l'instance conformément à l'art. 78 CPC, si bien qu'elle n'a pas d'intérêt à recourir⁵⁴. Les parties principales peuvent quant à elles recourir contre la décision d'admission de la requête en intervention⁵⁵.

⁴⁹ DIKE ZPO-GÖKSU, art. 75 N 7 ; BSK ZPO-GRABER, art. 75 N 4 ; *contra* : KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 75 N 9a.

⁵⁰ KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 75 N 9c.

⁵¹ Parmi d'autres : Commentario pratico-TREZZINI, art. 75 N 5.

⁵² Parmi d'autres : BSK ZPO-GRABER, art. 75 N 10a ; *contra* : CR CPC-HALDY, art. 75 N 5.

⁵³ SHK ZPO-HAHN, art. 75 N 4 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 75 N 9.

⁵⁴ DIKE ZPO-GÖKSU, art. 75 N 15.

⁵⁵ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 75 N 9 ; BSK ZPO-GRABER, art. 75 N 9 ; *contra* : DIKE ZPO-GÖKSU, art. 75 N 15.

30. Si l'intervention a lieu en seconde instance ou en instance cantonale unique, elle est uniquement susceptible d'un recours selon les dispositions de la LTF. Le recours en matière civile ou le recours constitutionnel subsidiaire est ainsi ouvert si la décision d'admission de l'intervention cause un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 lit. a LTF)⁵⁶. Quant au refus de l'intervention, il s'agit d'une décision partielle au sens de l'art. 91 lit. b LTF, susceptible de recours même si elle ne cause pas de préjudice irréparable⁵⁷.

4. Les effets

31. Conformément à l'art. 77 CPC, le résultat défavorable à la partie principale est en principe opposable à l'intervenant. Cette opposabilité, que nous qualifierons d'effet contraignant du jugement, ne doit pas être confondue avec l'autorité de la chose jugée qui lie les parties principales et l'intervenant accessoire indépendant (*supra* N 15). L'effet contraignant du jugement est moins incisif dans la mesure où l'opposabilité du jugement est soumise à certaines conditions (*infra* N 34), alors que l'autorité de la chose jugée est inconditionnelle, puisqu'une nouvelle action concernant le même objet du litige est irrecevable (art. 59 lit. d CPC). En revanche, les effets de l'art. 77 CPC ont une portée plus large en ce sens que non seulement le dispositif du jugement, mais aussi (et surtout) les faits et les qualifications juridiques retenus dans la motivation sont contraignants pour l'intervenant⁵⁸, alors que l'autorité de la chose jugée porte, en principe, uniquement sur le dispositif du jugement⁵⁹.
32. L'art. 77 CPC vise la situation dans laquelle le résultat du procès initial s'est révélé défavorable, ne serait-ce que partiellement, pour la partie principale soutenue par l'intervenant. Si la partie soutenue a obtenu gain de cause, il n'y a plus lieu d'appliquer l'art. 77 CPC. Il en va de même si elle perd (partiellement) le procès parce que la

⁵⁶ KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 75 N 27.

⁵⁷ ATF 134 III 379, consid. 1.1, SJ 2009 I 85 ; TF 5A_725/2016 du 6 mars 2017, consid. 1.1. avec réf.

⁵⁸ Commentario pratico-TREZZINI, art. 77 N 3 ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 77 N 7.

⁵⁹ ATF 121 III 474, consid. 4a, JdT 1996 I 230.

partie adverse a soulevé avec succès l'objection de compensation, car cela présuppose que le tribunal admette l'existence de la prétention compensée⁶⁰. Relevons encore que l'art. 77 CPC ne s'applique pas entre l'intervenant et la partie adverse à celle qu'il a soutenue dans le procès initial⁶¹.

33. L'existence d'un « résultat défavorable » signifie qu'un jugement sur le fond a été rendu. Une décision d'irrecevabilité ne suffit pas⁶² et l'art. 77 CPC ne s'applique pas non plus lorsque le premier procès s'est soldé par une transaction, un retrait ou un désistement⁶³. En effet, dans un tel cas, le tribunal n'a ni établi les faits ni appliqué le droit (matériel), si bien qu'il ne nous semble pas possible de déterminer les éléments du premier procès qui pourraient être contraignants dans un procès subséquent opposant l'intervenant et la partie que ce dernier a soutenue.
34. En outre, le procès peut avoir des effets sur une procédure subséquente uniquement si l'intervenant a eu l'occasion de faire valoir ses moyens d'agir et de défendre. L'art. 77 CPC mentionne deux exceptions :
- D'un point de vue temporel, le premier procès n'est pas opposable à l'intervenant qui n'a pas pu faire valoir ses moyens d'agir et de défendre en raison du stade dans lequel se trouvait le procès au moment de son intervention (art. 77 lit. a CPC). Cette disposition est la suite logique de l'art. 76 al. 1 CPC selon lequel le tiers peut entreprendre tous les actes de procédure compatibles avec l'état du procès, étant précisé qu'une intervention tardive ne nuit pas au tiers⁶⁴. En effet, le tiers n'a aucune obligation d'intervenir, ce qui ressort d'ailleurs du libellé de l'art. 74 CPC (« peut en tout temps intervenir »), et la partie

⁶⁰ KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 77 N 23.

⁶¹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 77 N 9 ; Commentario pratico-TREZZINI, art. 77 N 6.

⁶² BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 77 N 8.

⁶³ KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 77 N 24 ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 77 N 10 ; *contra* : BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 77 N 8 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 77 N 4 ; SHK ZPO-HAHN, art. 77 N 8.

⁶⁴ Du même avis : KUKO-DOMEJ, art. 77 N 6 ; *contra* : CR CPC-HALDY, art. 77 N 5 ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 77 N 15 ; SHK ZPO-HAHN, art. 77 N 9.

principale a la possibilité de dénoncer l'instance à ce dernier conformément aux art. 78 ss CPC (*infra* N 37 ss). Demeure réservé l'art. 193 al. 2 CO selon lequel le premier procès est, à certaines conditions, opposable au vendeur en dépit du fait que l'acheteur ne lui a pas dénoncé l'instance⁶⁵.

- D'un point de vue matériel, le premier procès n'est pas opposable à l'intervenant lorsque la partie soutenue l'a mal conduit (*exceptio male gesti processus*). La loi évoque deux hypothèses :
 - Premièrement, l'intervenant a été empêché – par des actes ou omissions de la partie principale – de faire valoir ses moyens (art. 77 lit. a CPC). Il en va ainsi lorsque la partie soutenue contredit les actes de l'intervenant, si bien que le tribunal n'en tient pas compte (art. 76 al. 2 CPC)⁶⁶. Ex. : la partie principale retire l'appel déposé par l'intervenant.
 - Deuxièmement, la partie principale a omis, intentionnellement ou par grave négligence, d'invoquer des moyens d'attaque et de défense que l'intervenant ne connaissait pas (art. 77 lit. b CPC). Ex. : la partie principale ne produit pas un document central pour l'issue du procès, document qu'elle possède et dont elle était la seule à connaître l'existence.

35. Le jugement rendu entre les parties principales a valeur de moyen de preuve dans le procès ultérieur entre l'intervenant et la partie qu'il a assistée⁶⁷. Dès lors, conformément à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), l'existence et le contenu du premier jugement doivent en principe être allégués et produits comme moyen de preuve conformément aux règles générales (cf. en particulier art. 221 al. 1 lit. d et e CPC). Autrement dit, les effets du premier procès ne sont pas retenus d'office dans la deuxième procédure⁶⁸, à moins que le

⁶⁵ BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 77 N 17 avec réf.

⁶⁶ *Idem*, art. 77 N 19.

⁶⁷ ATF 142 III 40, consid. 3.2.1, SJ 2016 I 232 ; Commentario pratico-TREZZINI, art. 77 N 6.

⁶⁸ DIKE ZPO-GÖKSU, art. 77 N 4 ; *contra* : KUKO ZPO-DOMEJ, art. 77 N 2 ; KommZPO-STAEHELIN/SCHWEIZER, art. 77 N 7.

premier jugement constitue un fait notoirement connu par le tribunal (art. 151 CPC). Il convient de souligner que l'opposabilité du premier jugement n'est pas une condition de recevabilité, contrairement à l'autorité de la chose jugée (cf. art. 59 lit. e CPC).

36. En revanche, en vertu du principe *iura novit curia* (art. 57 CPC), le juge tient compte d'office des effets prévus par l'art. 77 CPC. Les parties ne peuvent pas convenir de l'inapplicabilité de cette disposition⁶⁹. Ce résultat peut toutefois se produire si aucune des parties n'introduit valablement le premier jugement et que le tribunal saisi dans le procès subséquent n'est pas le même, si bien que ledit jugement ne constitue pas un fait notoire.

III. Le tiers est invité

A. La dénonciation d'instance

1. Généralités

37. La dénonciation d'instance (*einfache Streitverkündung* ; *semplice denuncia della lite*) existait déjà au niveau fédéral avant l'entrée en vigueur du CPC. En effet, en vertu de l'art. 193 aCO, l'acheteur menacé d'éviction pouvait dénoncer l'instance au vendeur. Ce dernier était tenu de soutenir l'acheteur dans le procès dont l'issue défavorable pouvait lui être opposée dans une procédure ultérieure. La portée de cette règle dépassait toutefois le contrat de vente⁷⁰. Afin de mettre en œuvre le droit matériel, la plupart des lois procédurales cantonales prévoyaient une réglementation sur la dénonciation d'instance avant l'entrée en vigueur du CPC⁷¹.

⁶⁹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 77 N 2 ; *contra* : KommZPO-STAEHELIN/ SCHWEIZER, art. 77 N 10 s.

⁷⁰ Cf. p. ex. le renvoi de l'art. 365 al. 1 CO (contrat d'entreprise) et l'ATF 120 III 143, consid. 3b, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé que la dénonciation d'instance avait non seulement des effets dans les cas prévus par la loi, mais dans tous les cas d'action en garantie ou en dommages-intérêts.

⁷¹ Cf. TAKEI, 6 avec réf. Genève, Vaud et Valais faisaient exception puisque ces cantons avaient opté pour l'appel en cause (CORBOZ, 53).

38. Lors de l'adoption du CPC, le législateur s'est inspiré de l'art. 193 aCO⁷². Désormais, les art. 78 à 80 CPC règlent la dénonciation d'instance. Il faut y ajouter l'art. 77 CPC concernant les effets de l'intervention accessoire (art. 74 ss CPC), qui est applicable par analogie en vertu du renvoi prévu à l'art. 80 CPC. Les anciens al. 1 et 2 de l'art. 193 aCO ont été abrogés et remplacés par un simple renvoi au CPC (art. 193 al. 1 CO). L'al. 3 de l'art. 193 aCO, qui libère le vendeur de son obligation de garantie à certaines conditions en cas de défaut de dénonciation, a été transféré à l'al. 2. Désormais, la dénonciation d'instance, y compris ses effets, relève du droit procédural⁷³. Partant, la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du CPC, selon laquelle les effets de la dénonciation d'instance étaient réglés par le droit matériel⁷⁴, n'est à notre avis plus valable⁷⁵.
39. En dénonçant le litige à un tiers, la partie poursuit un but double⁷⁶. D'une part, elle souhaite améliorer ses chances de succès dans le premier procès grâce au soutien du dénoncé ; il n'est toutefois pas certain que ce dernier offre le soutien escompté, car le dénoncé pourrait également s'engager en faveur de la partie adverse⁷⁷. D'autre part, la dénonciation d'instance permet au dénonçant de préparer le terrain pour un éventuel procès ultérieur contre le dénoncé auquel le résultat (défavorable) du premier procès pourra être opposé (art. 77 CPC, applicable par analogie en vertu de l'art. 80 CPC). Pour atteindre ce but, il est important que la dénonciation d'instance ait lieu le plus rapidement possible⁷⁸. Relevons encore

⁷² Message CPC (2006), 6896.

⁷³ BSK ZPO-FREI, art. 80 CPC N 1 ; KommZPO-TAKEI, art. 80 N 1 ; *contra* : Commentario pratico-TREZZINI, art. 80 N 3 ; BAUMGARTNER/DOLGE/ MARKUS/SPÜHLER, § 22 N 92.

⁷⁴ ATF 120 III 143, consid. 3b avec réf. ; GULDENER, Streitverkündung, 235.

⁷⁵ Du même avis : DIKE ZPO-GÖKSU, art. 80 N 2 nbp 3 ; *contra* : HOHL, vol. 1, N 1059 ss.

⁷⁶ KommZPO-TAKEI, art. 78 N 5.

⁷⁷ *Idem*, art. 79 N 12.

⁷⁸ Message CPC (2006), 6897 ; parmi d'autres : PC CPC-DEMIERRE, art. 78 N 12.

que la dénonciation d'instance sert l'économie de procédure et permet d'éviter des décisions contradictoires⁷⁹.

40. La dénonciation d'instance n'est pas uniquement utile à la partie qui veut faire valoir une prétention contre le dénoncé si elle perd le premier procès, à l'instar du vendeur qui a succombé dans la procédure l'opposant à l'acheteur et qui souhaite se retourner contre le fournisseur du produit qui a été jugé défectueux⁸⁰. La partie qui craint qu'elle « pourrait [...] être l'objet de prétentions de [la] part [d'un tiers] » si elle succombe peut également dénoncer l'instance (art. 78 al. 1 *i.f.* CPC)⁸¹. Si p. ex. la légitimation active du demandeur est douteuse, le défendeur peut dénoncer l'instance au tiers qui pourrait lui aussi affirmer être le titulaire de la prétention litigieuse. Si le tribunal admet la légitimation active du demandeur, le dénoncé ne pourra plus remettre celle-ci en question dans un procès subséquent⁸². Rappelons encore que la dénonciation d'instance n'est pas seulement à disposition des parties principales : le tiers dénoncé peut à son tour dénoncer l'instance (art. 78 al. 2 CPC), contrairement à l'appelé en cause qui ne peut pas appeler un tiers en cause (art. 81 al. 1 CPC).
41. L'énoncé de l'art. 78 al. 1 CPC n'est pas sans rappeler celui de l'art. 81 al. 1 CPC qui prévoit qu'une partie « peut appeler en cause le dénoncé devant le tribunal saisi de la demande principale en faisant valoir les prétentions qu'il estime avoir contre lui pour le cas où il succomberait ». La ressemblance de ces deux formules est quelque peu trompeuse, car elle ne reflète pas les différences importantes qui existent entre ces deux institutions et qui sont surtout dues au fait que l'appel en cause crée un lien d'instance supplémentaire (*infra* N 61) alors que tel n'est pas le cas pour la dénonciation d'instance⁸³.

⁷⁹ KommZPO-TAKEI, art. 78 N 6 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 78 N 1 ; PC CPC-DEMIERRE, art. 78 N 6.

⁸⁰ Pour d'autres exemples, cf. KommZPO-TAKEI, art. 78 N 17 ss.

⁸¹ Message CPC (2006), 6897 ; KommZPO-TAKEI, art. 78 N 3 ; HOHL, vol. 1, N 1037.

⁸² KUKO ZPO-DOMEJ, 78 N 3 ; KommZPO-TAKEI, 78 N 34.

⁸³ HEINZMANN, La dénonciation, 321 s.

2. L'absence d'une procédure d'admission

42. Contrairement à l'appel en cause (art. 82 CPC ; *infra* N 63 ss), la dénonciation d'instance n'est pas soumise à une procédure d'admission. Il s'agit d'un instrument très souple qui peut intervenir à n'importe quel stade de la procédure cantonale⁸⁴ et dans tous les types de procédure⁸⁵.
43. L'intérêt d'une partie à dénoncer l'instance relève du droit matériel, ce qui ne remet pas en cause la nature procédurale de l'instrument (*supra* N 38). Outre un éventuel droit de recours que le dénonçant estime pouvoir faire valoir en cas de perte du premier procès, on peut évoquer, à titre d'exemple, le cas dans lequel la légitimation passive du prétendu débiteur est incertaine, le demandeur pouvant alors dénoncer l'instance au tiers qu'il estime être son débiteur si la légitimation passive du défendeur est niée par le premier juge⁸⁶. Le motif de dénonciation (*Streitverkündungsgrund*) ne constitue pas une sorte de « condition de recevabilité » de la dénonciation d'instance et n'est, par conséquent, pas examiné par le premier juge⁸⁷. L'existence du motif sera analysée lors d'un éventuel deuxième procès opposant le dénonçant au dénoncé. En ce sens, la dénonciation d'instance est inconditionnelle ; il suffit qu'elle soit déclarée de manière suffisamment précise (*infra* N 45).
44. La question de savoir si la déclaration de la dénonciation d'instance est adressée au tribunal ou à la partie dénoncée est très contestée en doctrine⁸⁸. Cela s'explique sans doute par le fait que le Code ne répond pas explicitement à cette question et que les lois cantonales proposaient des solutions différentes⁸⁹. Notre Haute Cour n'a, semble-t-il, pas encore eu l'occasion de se prononcer. A notre avis,

⁸⁴ Une dénonciation d'instance n'est pas possible dans une procédure de recours devant le Tribunal fédéral (TF 4A_327/2016 du 27 septembre 2016, consid. 1 [n.p. in ATF 142 III 767, JdT 2018 II 146] ; *contra* : KommZPO-TAKEI, art. 78 N 10 avec réf.

⁸⁵ PC CPC-DEMIERRE, art. 78 N 11 ss.

⁸⁶ KommZPO-TAKEI, art. 78 N 27 ss. DIKE ZPO-GÖKSU, art. 78 N 8.

⁸⁷ DIKE ZPO-GÖKSU, art. 78 N 9 ; SHK ZPO-HAHN, art. 78 N 6.

⁸⁸ Cf. BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 78 N 16 avec de nombreuses réf.

⁸⁹ KommZPO-TAKEI, art. 78 N 38.

les deux procédés sont admissibles. En optant pour la dénonciation auprès du tribunal (par écrit selon les formes prévues à l'art. 130 CPC ou par dictée au procès-verbal en audience)⁹⁰, le dénonçant officialise en quelque sorte sa démarche puisque toutes les parties à la procédure seront informées (art. 53 CPC). S'il dénonce le litige uniquement au tiers (de préférence par lettre recommandée), la dénonciation demeure confidentielle (pour autant que le tiers n'intervienne pas)⁹¹.

45. Quand bien même le dénonçant ne doit même pas rendre vraisemblable un intérêt à la dénonciation d'instance (*supra* N 43), il doit indiquer le motif de dénonciation et le procès auquel elle se rapporte pour que le dénoncé puisse décider si et, le cas échéant, de quelle manière il souhaite participer à la procédure (art. 79 CPC ; *supra* N 43)⁹².
46. Relevons encore que si le dénoncé décide d'intervenir selon l'art. 79 al. 1 lit. a CPC (*infra* N 48), la procédure d'admission pour l'intervention accessoire s'applique (*supra* N 20 ss)⁹³.

3. La participation du dénoncé

47. L'art. 79 CPC règle la position du dénoncé. Ce dernier peut se comporter de manière plus ou moins active.
48. Premièrement, le dénoncé a la possibilité d'intervenir en faveur du dénonçant, étant précisé que ni le dénonçant ni la partie adverse de ce dernier ne peut s'y opposer. Il s'agit d'une intervention accessoire au sens des art. 74 ss CPC qui présente cependant une particularité. Conformément à l'art. 79 al. 1 lit. a CPC le tiers peut intervenir « sans autre condition » (« *ohne weiteres* » ; « *sensz'altro* »), c'est-à-dire sans qu'il doive rendre vraisemblable un intérêt juridique comme l'exige l'art. 74 CPC⁹⁴. La dénonciation en tant que telle suffit.

⁹⁰ DIKE ZPO-GÖKSU, art. 78 N 12.

⁹¹ *Idem*, art. 78 N 11.

⁹² Parmi d'autres : PC CPC-DEMIERRE, art. 79 N 20.

⁹³ DIKE ZPO-GÖKSU, art. 79 N 6 ; PC CPC-DEMIERRE, art. 79 N 8.

⁹⁴ Message CPC (2006), 6897 ; Commentario pratico-TREZZINI, art. 79 N 3 ; *contra* : BERGER/GÜNGERICH, 151.

Demeure réservé le cas où le tiers souhaite intervenir en faveur de la partie adverse, le tiers devant alors remplir les conditions posées par l'art. 74 CPC. Si le demandeur et le défendeur lui ont dénoncé l'instance, le dénoncé doit indiquer en faveur de quelle partie il souhaite intervenir⁹⁵. Relevons encore que le fait d'intervenir ne signifie pas que le dénoncé reconnaît la prétention que le dénonçant pourrait faire valoir à son encontre⁹⁶. Cette question fera l'objet d'un éventuel procès subséquent (*infra* N 54 ss).

49. Deuxièmement, le dénoncé peut procéder à la place du dénonçant si celui-ci y consent (art. 79 al. 1 lit. b CPC). Le dénoncé fait alors valoir en son propre nom une prétention dont le dénonçant, qui n'est plus partie au procès, reste titulaire. Il s'agit d'un cas de *Prozessstandschaft*⁹⁷. Le procédé conduit à une substitution de partie, qui ne tombe pas sous le coup de l'art. 83 CPC, car l'objet du litige n'est pas aliéné (cf. al. 1), le consentement de la partie adverse n'est pas requis (cf. al. 3 *i.z.*) et il n'y a pas de succession du tiers aux droits du dénonçant (cf. al. 3 *i.f.*). Afin de protéger la partie adverse, il se justifie toutefois d'appliquer par analogie les art. 83 al. 2 et 3 CPC concernant la responsabilité (solidaire) des frais et la possibilité de requérir des sûretés⁹⁸. Précisons encore que notre Haute Cour a jugé, à juste titre, que l'art. 79 al. 1 lit. b CPC ne permettait pas de remédier au défaut de légitimation passive⁹⁹.
50. Troisièmement, quand bien même l'art. 79 al. 1 CPC n'évoque pas cette hypothèse, la doctrine rappelle que le dénoncé peut représenter le dénonçant (art. 68 al. 1 CPC)¹⁰⁰. Dans le passé, cette possibilité était d'ailleurs prévue dans différentes législations

⁹⁵ PC CPC-DEMIERRE, art. 78 N 3 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 78 N 4.

⁹⁶ Parmi d'autres : Commentario pratico-TREZZINI, art. 79 N 5 ; cf. ég. ATF 120 III 143, consid. 4b.

⁹⁷ TF 4A_398/2008 du 18 décembre 2008, consid. 1.1.2 (n.p. in ATF 135 II 185) ; Message CPC (2006), 6897 ; parmi d'autres : HOHL, vol. 1, N 1066.

⁹⁸ En ce sens : KUKO ZPO-DOMEJ, art. 79 N 7 ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 79 N 11 ; SHK ZPO-HAHN, art. 79 N 13 (concernant l'art. 81 al. 2 CPC) ; HOHL, vol. 1, N 1053 (concernant l'art. 81 al. 3 CPC).

⁹⁹ TF 4A_398/2008 du 18 décembre 2008, consid. 1.1.2 (n.p. in ATF 135 II 185).

¹⁰⁰ Parmi d'autres : BSK ZPO-FREI, art. 79 N 11.

cantonaux¹⁰¹. Contrairement à ce qui prévaut pour l'intervention (*supra* N 24), le dénonçant doit bien entendu donner son accord.

51. Quatrièmement, le dénoncé peut se contenter de soutenir de manière informelle le dénonçant, en dehors de la procédure, p. ex. en lui mettant à disposition des documents ou en lui fournissant des informations. Une activité dans les coulisses n'empêche pas l'application des art. 78 ss CPC¹⁰². N'étant pas partie (accessoire) à la procédure¹⁰³, le dénoncé n'a pas accès au dossier et le tribunal ne lui communiquera aucun acte de procédure¹⁰⁴. Il appartient au dénonçant d'informer le dénoncé sur l'évolution du procès¹⁰⁵, ce qui peut avoir un impact sur les effets de la dénonciation (*infra* N 58). En outre, le dénoncé peut être entendu comme témoin puisqu'il n'a pas qualité de partie au sens de l'art. 169 CPC¹⁰⁶. Cet aspect ne doit pas être surestimé dans la mesure où le dénoncé qui intervient selon l'art. 79 al. 1 lit. a CPC ou se substitue au dénonçant conformément à l'art. 79 al. 1 lit. b CPC peut être auditionné en tant que partie (art. 191 CPC) ou contraint à faire une déposition (art. 192 CPC) et que les moyens de preuves sont librement appréciés par le tribunal (art. 157 CPC).
52. Conformément à l'al. 2 de l'art. 79 CPC, le procès suit son cours si le dénoncé refuse d'intervenir ou qu'il ne donne pas suite à la dénonciation. Cette règle met en exergue le fait que la dénonciation d'instance n'engendre aucune obligation procédurale pour le dénoncé. Sa passivité risque toutefois de lui coûter cher dans un procès ultérieur que le dénonçant intenterait contre lui, puisque le premier procès lui sera en principe opposable (*infra* N 57 s.). C'est

¹⁰¹ TAKEI, 19.

¹⁰² *Contra* : HOHL, vol. 1, N 1053.

¹⁰³ Cf. SCHWANDER, 369, qui écrit à juste titre que le dénoncé devient partie accessoire à partir du moment où il intervient.

¹⁰⁴ BSK ZPO-Frei, art. 79 N 3 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 78 N 33 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 79 N 8.

¹⁰⁵ Parmi d'autres : PC CPC-DEMIERRE, art. 79 N 4.

¹⁰⁶ PC CPC-VOUILLOZ, art. 169 N 2 ; SHK ZPO-HAHN, art. 79 N 11 ; Commentario pratico-TREZZINI, art. 79 N 12.

la raison pour laquelle on peut parler d'une incombance procédurale de participer au premier procès¹⁰⁷.

53. La doctrine majoritaire considère qu'une obligation de soutenir le dénonçant peut découler du droit matériel¹⁰⁸. Une telle obligation n'a à notre avis pas d'influence directe sur l'effet contraignant du premier jugement. Celui-ci découle de l'art. 77 CPC, applicable par analogie en vertu de l'art. 80 CPC¹⁰⁹.

4. Les effets

54. L'art. 80 CPC renvoie à l'art. 77 CPC qui règle les effets de l'intervention accessoire (*supra* N 31 ss). Cette disposition est cependant applicable « par analogie » ; il y a dès lors lieu de l'interpréter en tenant compte des spécificités de la dénonciation d'instance¹¹⁰. Ainsi, le moment déterminant qui fait débiter l'effet contraignant n'est pas celui de l'(éventuelle) intervention, mais celui auquel le dénoncé aurait pu intervenir au plus tôt ou le moment à partir duquel il aurait pu fournir les informations et les documents nécessaires pour que le dénonçant puisse les faire valoir en procédure.
55. Conformément à l'art. 77 CPC, une première décision défavorable au dénonçant est en principe opposable au dénoncé si ce dernier n'a plus pu faire valoir des moyens d'agir et de défendre et que l'on ne saurait reprocher au dénonçant d'avoir mal mené le procès (*supra* N 34). L'application de cette disposition n'est pas contestable lorsque le dénoncé intervient selon l'art. 79 al. 1 lit. a CPC.

¹⁰⁷ GROLIMUND in : Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 13 N 65.

¹⁰⁸ GULDENER, Streitverkündung, 238 ; SCHWANDER, 369 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 18 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 79 N 9 ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 79 N 15 ; *contra* : BK ZPO-FREI, art. 79 N 19 ; KommZPO-TAKEI, art. 80 N 1, qui estime toutefois que les parties peuvent le prévoir contractuellement.

¹⁰⁹ BSK ZPO-FREI, art. 80 N 2 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 80 N 9. *Contra* : HOHL, vol. 1, 1058 ss.

¹¹⁰ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 80 N 1 ; Commentario pratico-TREZZINI, art. 80 N 1 ; *contra* : DIKE ZPO-GÖKSU, art. 80 N 1.

56. Si le dénoncé procède à la place du dénonçant (art. 79 al. 1 lit. b CPC ; *supra* N 49), la décision aura autorité de la chose jugée pour le dénoncé (tout comme pour le dénonçant)¹¹¹, puisqu'il est devenu partie principale dans le premier procès. Il n'en demeure pas moins que la décision lui sera opposable dans un éventuel procès ultérieur¹¹².
57. La question de savoir quelle est la portée de l'art. 77 CPC lorsque le dénoncé ne fait pas usage des possibilités offertes par l'art. 79 al. 1 CPC est plus délicate. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer et la doctrine est divisée. On peut distinguer les approches suivantes :
- l'art. 77 CPC ne s'applique que si la dénonciation d'instance a été formulée auprès du tribunal (*supra* N 44), une dénonciation « privée » adressée au dénoncé ne suffisant pas¹¹³ ;
 - l'art. 77 CPC ne s'applique que si le dénoncé était obligé de soutenir le dénonçant en vertu du droit matériel¹¹⁴ ;
 - l'art. 77 CPC s'applique toujours¹¹⁵.
58. A notre avis, la dernière solution s'impose. Le fait de limiter les effets prévus par l'art. 77 CPC aux cas dans lesquels la dénonciation est adressée au tribunal ne trouve aucune assise dans la loi et nous ne voyons pas pour quelle raison une telle distinction s'imposerait. En outre, le renvoi de l'art. 80 CPC serait dépourvu de sens si une application de l'art. 77 présupposait (au moins) une intervention accessoire au sens des art. 74 ss CPC. Cela étant, pour que le premier jugement soit opposable au dénoncé, le dénonçant doit informer ce dernier de manière détaillée et continue sur l'avancement du

¹¹¹ Parmi d'autres : KommZPO-TAKEI, art. 79 N 7.

¹¹² BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 80 N 4 ; BSK ZPO-FREI, art. 80 N 3a.

¹¹³ KommZPO-TAKEI, art. 78 N 38 ; GROLIMUND in : Staehelin/Staehelin/Grolimund, §13 N 68a ; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, N 3.60.

¹¹⁴ Commentario pratico-TREZZINI, art. 80 N 3 ; BK ZPO-ZUBER/GROSS, art. 79 N 2 ; GASSER/RICKLI, art. 80 N 2.

¹¹⁵ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 79 N 9 et art. 80 N 5 ; PC CPC-DEMIERRE, art. 80 N 3 ; CR CPC-HALDY, art. 80 N 4 ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 80 N 1 ; BSK ZPO-FREI, art. 80 N 2 et 3c.

procès (*supra* N 51). S'il ne le fait pas ou de manière insuffisante, le dénoncé pourra plus facilement invoquer l'*exceptio male gesti processus* (*supra* N 34).

59. Relevons encore que le dénoncé qui n'intervient pas et qui ne reprend pas la conduite de la procédure (art. 79 al. 1 lit. a et b CPC) n'est pas partie à la procédure (*supra* N 51). Partant, aucun frais ne peut être mis à sa charge¹¹⁶. La dénonciation d'instance ne constitue pas non plus un acte interruptif de la prescription, mais des exceptions existent (cf. art. 1070 CO)¹¹⁷.

B. L'appel en cause

1. Généralités

60. L'appel en cause (*Streitverkündungsklage* ; *azione di chiamata in causa*), qui est parfois décrit comme une forme de dénonciation qualifiée¹¹⁸, est réglé aux art. 81 s. CPC. Il s'agit d'un instrument moins souple et en principe plus incisif que la dénonciation d'instance¹¹⁹, car il permet à une partie (« l'appelant ») d'attirer un tiers (« l'appelé ») dans une procédure pendante en faisant valoir les prétentions qu'elle estime avoir contre lui pour le cas où elle succomberait (art. 81 al. 1 CPC). C'est typiquement le cas de l'entrepreneur général qui a été actionné par le maître d'ouvrage et qui appelle en cause un sous-traitant qu'il estime responsable des défauts de construction qu'on lui reproche¹²⁰.
61. L'appel en cause crée un lien d'instance entre l'appelant et l'appelé en cause¹²¹. Il s'ensuit notamment que ce dernier doit participer à la procédure pour éviter d'être défaillant, contrairement au dénoncé

¹¹⁶ SHK ZPO-HAHN, art. 79 N 13 ; PC CPC-DEMIERRE, art. 80 N 12.

¹¹⁷ Parmi d'autres : BSK ZPO-FREI, art. 80 N 12.

¹¹⁸ ATF 139 III 67, consid. 2.1, SJ 2013 I 533 ; BSK ZPO-FREI, art. 81 N 10.

¹¹⁹ A noter que la dénonciation d'instance a une portée plus large que l'appel en cause dans la mesure où l'effet contraignant du premier jugement ne se limite pas au dispositif de la première décision mais vise également les faits et les qualifications juridiques (cf. PC CPC-HEINZMANN/DEMIERRE, art. 77 N 3 ss).
GÜNGERICH, 117.

¹²¹ ATF 143 III 106, consid. 5.2 avec réf., SJ 2018 I 52.

d'instance dont la passivité ne porte à conséquence que dans un éventuel procès subséquent (*supra* N 52).

62. L'appel en cause a suscité plus d'intérêt que la dénonciation d'instance. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rendre plusieurs arrêts de principe sur lesquels nous allons revenir et la doctrine s'y est beaucoup intéressée¹²². L'appel en cause pourrait toutefois perdre de l'importance au détriment de la dénonciation d'instance, notamment en raison des risques liés à la répartition des frais sur lesquels nous allons revenir (*infra* N 69).

2. La procédure d'admission

63. Contrairement à la dénonciation d'instance (*supra* N 42 ss) mais à l'instar de l'intervention accessoire (*supra* N 20 ss), le Code prévoit une procédure d'admission pour l'appel en cause (art. 82 CPC). Son déroulement peut être résumé comme suit¹²³ :
64. La procédure débute par une demande d'admission que l'appelant dépose avec sa réponse (si c'est le défendeur principal) ou avec la réplique (si c'est le demandeur principal) dans la procédure principale (art. 81 al. 1, 1^{re} phr. CPC), étant précisé qu'un appel en cause n'est pas possible au stade de la procédure de conciliation¹²⁴. La requête doit contenir les conclusions (chiffrées)¹²⁵ et être motivée succinctement (art. 81 al. 1 2^e phr. CPC). Bien qu'il suffise en principe que la partie appelante affirme avoir une prétention contre le tiers si elle succombe dans la procédure principale¹²⁶, le degré de motivation ne doit pas être sous-estimé¹²⁷.

¹²² Cf. notamment les travaux de ALFANO, HUBER-LEHMANN, HALDY, DROESE, GÜNGERICH, WEY et KLETT/BIELMANN.

¹²³ Pour une présentation détaillée, cf. HUBER-LEHMANN, N 305 ss.

¹²⁴ ATF 144 III 526, consid. 3.3.

¹²⁵ ATF 142 III 102, consid. 5 ; TF 5A_1018/2019 du 16 juin 2020, consid. 4.3.1 (destiné à publication).

¹²⁶ ATF 139 III 67, consid. 2.4.3, SJ 2013 I 533 ; TF 5A_1018/2019 du 16 juin 2020, consid. 4.3.1 (destiné à publication).

¹²⁷ Cf. TF 4A_51/2013 du 8 janvier 2014 et le commentaire de HEINZMANN/GROBETY, 297 s.

65. Après avoir accordé le droit d'être entendu à la partie adverse et à l'appelé en cause (art. 82 al. 2 CPC), le tribunal rend une décision. Si les exigences légales sont remplies, l'appel en cause doit être admis ; des motifs d'économie de procédure ne permettent pas un rejet de la requête¹²⁸. Selon le Tribunal fédéral, aussi bien la décision admettant que celle refusant l'appel en cause peut faire l'objet d'un recours au sens strict (art. 82 al. 4 CPC en relation avec art. 309 lit. b ch. 1 CPC)¹²⁹. Récemment notre Haute Cour a par ailleurs jugé que l'admission de l'appel en cause n'était pas une décision incidente au sens de l'art. 237 CPC¹³⁰. On peut se demander si cette approche est compatible avec sa jurisprudence qualifiant la décision refusant un appel en cause de décision partielle et donc de décision finale¹³¹.
66. Ce n'est qu'en cas d'admission de la demande au sens de l'art. 82 al. 1 CPC que l'appel en cause à proprement parler a lieu. Il s'agit de la deuxième étape de la procédure¹³² lors de laquelle le tribunal fixe le moment et l'étendue de l'échange d'écritures qui s'y rapporte, les possibilités offertes par l'art. 125 CPC demeurant réservées (art. 82 al. 3 CPC). Le procès s'étend à une procédure globale ou multipartite (« *Gesamt- bzw. Mehrparteienverfahren* »), sans que cela n'affecte toutefois l'existence de plusieurs liens d'instance¹³³.
67. L'appel en cause est en soi une demande ordinaire et doit par conséquent respecter les conditions de recevabilité de l'art. 59 CPC¹³⁴. Cette exigence ressort d'ailleurs indirectement de l'art. 16 CPC qui prévoit une attraction de for ainsi que de l'art. 198 lit. g CPC qui exclut la procédure de conciliation préalable en cas d'appel en cause. Il s'ensuit que l'appel en cause peut être déclaré irrecevable en dépit du fait que le tribunal avait donné suite à la demande d'admission au sens de l'art. 82 al. 1 CPC¹³⁵.

¹²⁸ ATF 139 III 67, consid. 2.3, SJ 2013 I 533.

¹²⁹ TF 5A_191/2013 du 1^{er} novembre 2013, consid. 3.1.

¹³⁰ TF 5A_1018/2019 du 16 juin 2020, consid. 4.3.2 (destiné à publication).

¹³¹ ATF 134 III 379, consid. 1.1, SJ 2009 I 85 ; TF 4A_435/2012 du 4 février 2013, consid. 1.1 (n.p. in ATF 139 III 67, SJ 2013 I 533).

¹³² TF 5A_1018/2019 du 16 juin 2020, consid. 4.3.1 (destiné à publication) ; TF 4A_341/2014 du 5 novembre 2014, consid. 2.1.

¹³³ ATF 145 III 506, consid. 2.3 ; ATF 139 III 67, consid. 2.1, JdT 2014 II 321.

¹³⁴ ATF 142 III 102, consid. 3 ; ATF 139 III 67, consid. 2.4, JdT 2014 II 321.

¹³⁵ TF 5A_1018/2019 du 16 juin 2020, consid. 4.3 (destiné à publication).

3. Les effets

68. Nous avons déjà souligné que l'appel en cause crée un nouveau lien d'instance (*supra* N 61). Cela a pour conséquence que le tribunal rend deux décisions qui ne devraient pas être en porte-à-faux entre elles, puisque le fait de les réunir dans une procédure globale a (aussi) pour but d'éviter des jugements contradictoires. Ainsi, si la demande principale est rejetée, l'appel en cause formulé par le défendeur ne saurait être admis.
69. Précisons encore que l'appel en cause n'est pas une action conditionnelle¹³⁶. C'est la prétention invoquée dans l'appel en cause qui est soumise à condition. Dès lors, en cas de rejet de l'action principale, l'appel en cause de la partie défenderesse ne devient pas sans objet, mais s'avère infondé et doit, par conséquent, être rejeté¹³⁷. La partie défenderesse, qui a pourtant obtenu gain de cause dans la procédure principale, doit en principe supporter les frais de l'appel en cause conformément à l'art. 106 al. 1 CPC. Il s'agit là d'un inconvénient non négligeable qui pourrait inciter la partie à se contenter d'une dénonciation d'instance quand bien même les conditions des art. 81 s. CPC seraient remplies. En définitive, l'appel en cause est avant tout intéressant lorsque le plaideur considère qu'il va probablement succomber dans la procédure principale.
70. Enfin, relevons encore que le Tribunal fédéral a récemment jugé qu'une addition des valeurs litigieuses n'entraîne pas en ligne de compte au motif que la procédure principale et l'appel en cause forment des liens d'instance spécifiques¹³⁸. Cette approche est critiquable, car elle est en porte-à-faux avec le principe selon lequel la valeur litigieuse reflète la valeur économique de l'objet du procès dans son ensemble. Dans la mesure où l'appel en cause présente un certain lien de parenté avec la consorité simple¹³⁹, une application par analogie de l'art. 93 CPC (et de l'art. 52 LTF) serait plus adéquate¹⁴⁰.

¹³⁶ ATF 143 III 102, consid. 5.3.2, JdT 2017 II 321.

¹³⁷ ATF 143 III 106, consid. 5.3, SJ 2018 I 52.

¹³⁸ ATF 145 III 506, consid. 2.3.

¹³⁹ HUBER-LEHMANN, N 34 ss.

¹⁴⁰ PC CPC-HEINZMANN/GROBÉTY, art. 94 N 5 avec réf.

IV. Conclusion

71. L'intervention principale, l'intervention accessoire, la dénonciation d'instance et l'appel en cause permettent d'impliquer un tiers dans une procédure qui le concerne plus ou moins directement. Quand bien même il s'agit d'instruments qui poursuivent les mêmes buts (économie de procédure, mise en œuvre uniforme et cohérente du droit), leurs réglementations présentent des différences assez considérables.
72. La révision du CPC qui est en cours ne modifiera pas fondamentalement le droit en vigueur. Le P-CPC (2020) ne prévoit aucun changement pour l'intervention (principale et accessoire) et la dénonciation d'instance. Concernant l'appel en cause, le Conseil fédéral propose certes des adaptations afin de rendre cet instrument plus efficace¹⁴¹. A y regarder de plus près, ses propositions se limitent cependant principalement à une formulation plus claire et plus structurée de l'art. 81 CPC. La seule véritable modification est prévue à l'art. 82 al. 1 CPC, qui est complétée par une troisième phrase selon laquelle « les conclusions ne doivent pas être chiffrées si elles portent sur la prestation que le dénonçant serait condamné à fournir dans la procédure principale » (art. 82 al. 1, 3^e phr. P-CPC [2020]). Cette nouveauté corrige la jurisprudence du Tribunal fédéral (*supra* N 64) et complète l'art. 85 CPC qui règle l'action non chiffrée.

¹⁴¹ Message CPC (2020), 2644.

Bibliographie

ALFANO ALESSANDRO, Streitverkündungsklage : Bedingte Klage oder bedingter Anspruch ? (unter Berücksichtigung von BGE 142 III 102), Zurich 2019

BAKER & MCKENZIE (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Stämpflis Handkommentar, Berne 2010 (cité : SHK ZPO-AUTEUR)

BAUMGARTER SAMUEL/DOLGE ANNETTE/MARKUS ALEXANDER R./SPÜHLER KARL, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10^e éd., Zurich 2018

BERGER BERNHARD/GÜNGERICH ANDREAS, Zivilprozessrecht – Unter Berücksichtigung des Entwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, der bernischen Zivilprozessordnung und des Bundesgerichtsgesetzes, Berne 2008

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

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

COCCHI BRUNO/TREZZINI FRANCESCO/BERNASCONI GIORGIO A./VERDA CHIOCCHETTI FRANCESCA, Commentario pratico al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC) del 19 dicembre 2008, Lugano 2017 (cité : Commentario pratico-AUTEUR)

CORBOZ BERNARD, Les dispositions générales du CPC, in : Foëx Bénédicte/Jeandin Nicolas (édit.), Le Code de procédure civile : Aspects choisis, Genève 2011, 31

DROESE LORENZ, Die Streitverkündungsklage nach Art. 81 f. ZPO, RSPC 2010, 305

GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung – Kurzkomentar, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2014

GÜNGERICH ANDREAS (coord.), ALVAREZ CIPRIANO ET AL., Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, vol. I : Art. 1–149 ZPO, vol. II : Art. 150–352 ZPO, Berne 2013 (cité : BK ZPO-Auteur)

GÜNGERICH ANDREAS, Die Streitverkündungsklage in Bausachen, DC/BR 2014, 117

GULDENER MAX, Über die materiellen Wirkungen der Streitverkündung, RDS 1949 235 (cité : Streitverkündung)

HALDY JACQUES, L'appel en cause, in : Bohnet François (édit.), Procédure civile suisse, Les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, 159 (cité : L'appel en cause)

HEINZMANN MICHEL, La dénonciation d'instance en matière de construction, DC/BR 2019, 320 (cité : La dénonciation)

HEINZMANN MICHEL/GROBÉTY LAURENT, Motivation succincte de la requête d'appel en cause, DC/BR 2014, 297 s.

HOHL FABIENNE, Procédure civile, vol. I : Introduction et théorie générale, 2^e éd., Berne 2016, et vol. II : Compétence, délais, procédures et voies de recours, 2^e éd., Berne 2010 (cité : vol. I ; vol. II)

KLETT Barbara/BIELMANN Yves, Die Streitverkündungsklage – Segen oder Fluch ?, REAS 2013, 310

LEHMANN MELANIE, Streitverkündungsklage und Prozessökonomie, RSPC 2016, 549

LEUENBERGER CHRISTOPH/UFFER-TOBLER BEATRICE, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2^e éd., Berne 2016

OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (édit.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : KUKO ZPO-AUTEUR)

SCHWANDER IVO, Die Beteiligung Dritter am Prozess : Hauptintervention, Nebenintervention und Streitverkündung, PCEF 2007, 353

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

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

STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL (édit.), *Zivilprozessrecht – Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 3^e éd., Zurich 2019 (cité : AUTEUR in : Staehlin/Staehelin/Grolimund)

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

TAKEI NAOKI D., *Die Streitverkündung und ihre materiellen Wirkungen*, thèse, Bâle 2005

WEY RAINER, *Die Streitverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in : REAS, *Haftpflichtprozess*, Zurich 2010, 71

La substitution de partie

par

Nicolas Jeandin*

Professeur à l'Université de Genève, Avocat

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Introduction..... | 111 |
| II. Enjeux et solutions..... | 112 |
| A. Les enjeux procéduraux | 112 |
| B. Les solutions envisageables | 114 |
| III. Champ d'application de l'art. 83 CPC | 116 |
| A. Aliénation de l'objet litigieux (alinéa 1)..... | 116 |
| 1. Généralités | 116 |
| 2. L'objet litigieux..... | 117 |
| 3. Moment de l'aliénation | 118 |
| 4. Requête de substitution | 120 |
| B. Substitution <i>ex lege</i> (alinéa 4, 2 ^e partie) | 121 |
| C. Substitution d'entente entre les parties (alinéa 4, 1 ^{re} partie) | 123 |
| IV. Situation après substitution | 125 |
| A. Reprise du procès en l'état..... | 126 |
| B. Exceptions à disposition de la partie adverse | 126 |

* L'auteur remercie Me Zarmine Hussain, avocate-stagiaire en l'Etude Fontanet & Associés, pour sa contribution à cette publication.

| | |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| C. Responsabilité à raison des frais | 127 |
| 1. Champ d'application des alinéas 2 et 3..... | 127 |
| 2. Répartition de la responsabilité (art. 83 al. 2 CPC)..... | 128 |
| 3. Fourniture de sûretés (art. 83 al. 3 CPC)..... | 130 |
| V. Conclusion..... | 131 |
| Bibliographie | 133 |

I. Introduction

1. Le Titre V du Code de procédure civile (art. 66 à 83 CPC) est consacré à la thématique des parties à la procédure et de la participation de tiers au procès. On le sait, l'objet du litige se circonscrit à la fois par les conclusions que prennent les plaideurs et par les parties à la procédure ; ceci a pour corollaire que l'autorité de la chose jugée se caractérise notamment par le principe de la relativité en vertu duquel un jugement ne déploie ses effets qu'à l'égard des parties à la procédure, pas à l'égard des tiers.
2. Le législateur en charge du Titre V a voulu à la fois assurer la cohérence nécessaire à la mise en œuvre du principe sus-évoqué et prendre en compte les contingences issues de « la vraie vie ». Ainsi, il peut arriver qu'un litige opposant deux personnes fasse intervenir des intérêts susceptibles d'avoir une incidence sur la situation juridique de tiers non-parties à la procédure¹. Dans certaines limites le CPC a logiquement prévu divers cas de figure permettant de mettre en œuvre une intervention (volontaire [art. 73 à 77 CPC] ou provoquée [art. 78 à 82 CPC]) de ce tiers dans la procédure pendant de sorte que le jugement à rendre assure une certaine cohérence dans la résolution de l'ensemble des aspects touchant au litige faisant l'objet de la demande principale².
3. Dans ces divers cas de figure, les parties à la procédure initiale demeurent touchées dans leurs droits avant comme après l'intervention, celle-ci ne déployant aucune incidence sur leur légitimation, c'est-à-dire sur leur titularité des droits, respectivement des obligations, litigieux. La substitution de partie vise, quant à elle,

¹ Ainsi lorsque l'acheteur se retrouve pris comme défendeur à l'action en revendication introduite contre lui par un tiers qui se prétend propriétaire de l'objet acheté, ce qui pourrait mener cet acheteur à faire valoir ses droits à l'encontre du vendeur découlant de la garantie à l'éviction (art. 192 à 194 CO). Le vendeur n'est certes pas partie à la procédure, mais ses intérêts juridiques sont susceptibles d'être touchés au gré de l'issue du procès auquel il n'est pas partie.

² Soit le tiers devient partie au litige principal (art. 73 et 81 s. CPC) et le jugement déploiera autorité de chose jugée à son encontre également, soit le tiers ne devient pas partie (art. 74 ss et 78 ss CPC) et seuls les considérants du jugement lui seront opposables (art. 77 et 80 CPC).

un cas de figure différent en ce sens que l'une des parties à la procédure – *nolens volens* – perd sa légitimation (active s'agissant de la titularité du droit, passive s'agissant de sa qualité d'obligée) au profit d'un tiers³ : or, la légitimation étant une question de fond, ce type de situation devrait en principe inéluctablement conduire à un déboutement (*infra*, N 7 s.).

4. C'est précisément la vocation de l'art. 83 CPC consacré à la substitution de partie que d'apporter réponse à la problématique du changement de légitimation survenant en cours de procédure : il s'agit d'éviter que – dans une vision figée de la procédure selon laquelle la litispendance initialement créée ne pourrait s'accommoder d'un changement de partie « en cours de route » – ce type d'aléas ne mène obligatoirement à un déboutement.
5. Nous analyserons successivement les enjeux procéduraux liés à un changement de légitimation survenant en cours de litispendance et les solutions envisageables (*infra*, N 6 ss), le champ d'application de l'art. 83 CPC (*infra*, N 15 ss), et la situation procédurale qui prévaut après la substitution (N 42 ss).

II. Enjeux et solutions

A. Les enjeux procéduraux

6. La litispendance est créée au moment du dépôt de la requête de conciliation⁴ ou, à défaut de procédure de conciliation préalable, par le dépôt de la demande en justice (art. 62 al. 1 CPC). Cela présuppose que la demande soit recevable (art. 59 et 60 CPC). Comme évoqué précédemment (*supra*, N 4), un changement de titularité des droits et/ou obligations qui constituent l'objet du

³ A titre d'exemples : le demandeur cède ses droits litigieux à un tiers (ce cessionnaire acquiert la légitimation active), ou le défendeur décède (les héritiers succèdent à la légitimation passive du *de cuius*).

⁴ A supposer que la procédure de conciliation n'aboutisse pas, le maintien de la litispendance présuppose que l'autorisation de procéder alors délivrée par l'autorité de conciliation soit utilisée dans les délais (art. 209 al. 3 et 4 CPC), à défaut de quoi la litispendance n'aura pas été valablement créée.

litige⁵ mène à des situations insatisfaisantes si l'on s'en tient à une application rigide du principe de l'immutabilité du litige en vertu duquel les composantes de l'objet du litige sont déterminées une fois pour toutes au moment de la création de la litispendance⁶. On notera que le CPC pose certains tempéraments s'agissant des faits allégués et des conclusions, en vertu desquels les parties peuvent les compléter et les modifier, à certaines conditions, avant et même après l'ouverture des débats principaux ainsi que le décrivent les dispositions applicables à la procédure ordinaire (art. 227, 229 et 230 CPC).

7. Pour en revenir à l'hypothèse d'un changement de légitimation survenant postérieurement à la création de la litispendance, l'impossibilité de toute concrétisation d'un tel changement sur le plan procédural pourrait mener à des incongruités. A vouloir considérer l'hypothèse d'une cession de la créance litigieuse par le demandeur en cours d'instance, on aboutirait à l'alternative d'impasses suivante, étant rappelé que la légitimation est une question de droit que le juge examine d'office (art. 57 CPC)⁷.
8. Dans une première hypothèse, le tribunal pourrait prendre en compte la situation qui prévaut au moment de la création de la litispendance et – pour autant que la prétention soit jugée fondée – il octroiera ses conclusions au demandeur. Or, un tel jugement serait intrinsèquement « faux » et ne saurait être utilisé à des fins d'exécution puisque la partie triomphante n'est pas habilitée à se prévaloir d'un droit qu'elle n'a pas (ou plus) ; la partie triomphante ne pourrait par ailleurs guère songer à guérir cette situation incongrue en cédant après coup au cessionnaire les droits conférés au demandeur par un tel jugement puisqu'en réalité la prétention a déjà été cédée... Dans une seconde hypothèse, sans doute la moins absurde il est vrai, le juge tiendra compte de la situation qui prévaut

⁵ L'objet du litige se détermine (i) eu égard aux parties et (ii) en référence avec les conclusions dont la portée s'apprécie en application de la théorie de l'état de fait global (*Lebensvorgang*) : voir notamment CR CPC-BOHNET, art. 59 N 47 ss.

⁶ TFB O2016_016 du 16 mai 2017, sic! 2017 753, consid. 4.

⁷ Voir JEANDIN, 261.

au moment où il rend son jugement et déboutera le demandeur faute de légitimation active⁸.

9. On le voit bien, la problématique réside dans la mesure dans laquelle le juge est habilité à prendre en considération un changement de légitimation active survenu postérieurement à la création de la litispendance, ce qui ne va pas sans soulever toute une série de questions en cascade tenant notamment à la situation de la partie adverse confrontée à un changement de configuration procédurale pouvant avoir une incidence sur ses droits.

B. Les solutions envisageables

10. Il vaut la peine d'évoquer brièvement les deux approches mises en avant par les juridictions cantonales et la doctrine avant l'unification de la procédure sur le pan fédéral entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 et marquée sur ce point par l'art. 83 CPC.
11. Fondamentalement, ce sont deux solutions qui émergent, l'idée étant en fin de compte de faire en sorte que la procédure au cours de laquelle survient un changement de légitimation aboutisse à un jugement qui déploiera autorité de chose jugée « *entre les parties que l'objet du litige concerne au moment où le juge tranche* »⁹.
12. La première solution consiste à faire en sorte que les plaideurs initiaux restent les mêmes indépendamment d'un changement de légitimation survenant en cours de procédure. L'aliénateur perd la légitimation mais demeure partie à la procédure : il conserve en effet la qualité de partie tout en agissant désormais pour le compte du cessionnaire lequel a acquis la légitimation¹⁰. En d'autres termes, il

⁸ On pourrait certes avoir à l'esprit que, dans ce type de configuration, le demandeur serait bien inspiré de poursuivre le procès initié jusqu'à son terme avant de céder sa créance à un tiers : c'est toutefois faire fi de ce que la procédure est au service du droit matériel (et non l'inverse), qu'un litige pendant n'a aucune incidence sur le pouvoir de l'une des parties de disposer de ses actifs (sauf mesures provisionnelles spécifiques) et qu'au surplus des changements de légitimation interviennent bien souvent indépendamment de la volonté des parties (*infra*, N 29 ss).

⁹ JEANDIN, 261.

¹⁰ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 2.

y a dissociation entre la qualité pour mener le procès (*Prozessführungsbefugnis*) et la titularité du droit faisant l'objet du litige, laquelle intervient en vertu de la fameuse figure procédurale de la *Prozessstandschaft*¹¹. En d'autres termes, le procès se continue par l'aliénateur « *qui conserve la qualité pour agir (ou pour défendre) en dépit de la perte de légitimation active (ou passive)* »¹².

13. La seconde solution consiste à prévoir une substitution de partie en vertu de laquelle l'aliénateur se voit remplacer par le cessionnaire qui continue de la sorte le procès en lieu et place de son prédécesseur : cette solution a l'avantage de faire en sorte que les plaideurs demeurent les personnes dont les droits sont directement touchés par l'issue du litige¹³. Cette solution avait été préconisée par le *Kantonsgericht Basel-Landschaft* dans un arrêt du 11 novembre 2008 : en cours de la procédure d'appel en relation avec une action confessoire (art. 737 CC), le fonds dominant avait été aliéné et les juges avaient alors décidé de débouter les demandeurs-vendeurs puisque ceux-ci avaient perdu leur légitimation active, tout en leur reprochant de ne pas avoir sollicité la mise en œuvre de la figure procédurale de la substitution de partie¹⁴. Certains cantons prévoyaient une troisième solution octroyant la possibilité pour l'acquéreur de prendre la place de l'aliénateur mais pour autant que la partie adverse y consente¹⁵.
14. C'est vers la seconde solution que s'est tourné le législateur en charge du CPC ainsi qu'en atteste l'art. 83 CPC, étant précisé que le

¹¹ La qualité pour agir (ou pour défendre) se réfère au droit de mener le procès et se distingue de la légitimation (question de fond). La première suit en principe la seconde, avec toutefois des exceptions en vertu desquelles le droit de conduire le procès est détaché de la légitimation (à l'instar de l'art. 260 LP qui prévoit la cession du droit d'agir pour faire valoir un droit appartenant à la masse en faillite) : CR CPC-BOHNET, art. 59 N 95 ss.

¹² JEANDIN, 261.

¹³ JEANDIN, 261.

¹⁴ Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral (sous l'angle de l'arbitraire [art. 9 Cst.] et de l'interdiction du formalisme excessif [art. 29 al. 1 Cst.] puisque la procédure civile ne constituait alors pas du droit fédéral) : TF 5A_91/2009 du 5 mai 2009, consid. 3.2 ; JEANDIN, 261.

¹⁵ Voir pour une brève description de ces enjeux TF 4A_635/2017 et 637/2017 du 8 août 2018, consid. 4.1.1.

CPC exclut le cas de figure en vertu duquel l'aliénateur et l'acquéreur continueraient le procès « côte à côte »¹⁶.

III. Champ d'application de l'art. 83 CPC

15. A titre liminaire il convient de souligner que la mise en œuvre de l'art. 83 CPC se rapporte par définition à des situations faisant intervenir un problème de légitimation eu égard à l'une ou l'autre des parties. C'est la raison pour laquelle la substitution de partie doit être soigneusement distinguée de la rectification de la qualité des parties : ce dernier cas de figure ne touche nullement à la légitimation d'un plaideur et n'emporte aucun changement de partie ; il s'agit en réalité pour le tribunal de prendre acte d'une modification touchant à la désignation ou aux qualités de l'une ou l'autre des parties, à l'instar d'un changement de nom ou de raison sociale, d'un changement d'adresse ou de siège¹⁷.
16. A teneur du texte légal, la substitution de partie entre en considération (A) lorsque l'objet litigieux est aliéné en cours d'instance (*infra*, N 17 ss), (B) en vertu de dispositions spéciales prévoyant la succession d'un tiers aux droits et obligations des parties (*infra*, N 29 ss), ou encore (C) au gré du consentement des autres parties à la procédure (*infra*, N 36 ss).

A. Aliénation de l'objet litigieux (al. 1)

1. Généralités

17. A teneur de l'art. 83 al. 1 CPC, l'acquéreur peut reprendre le procès en lieu et place de la partie qui se retire « *lorsque l'objet litigieux est aliéné en cours d'instance* ».

¹⁶ TF 4A_282/2012 du 7 juin 2012, consid. 3.2.2 ; CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 2.

¹⁷ ATF 131 I 57, consid. 2.2 (rendu eu égard à l'art. 7 al. 1 lit b LPC/GE applicable à l'époque) ; TF 4A_116/2015 et 4A_118/2015 du 9 novembre 2015, consid. 3.5.1 ; HG ZH HG150075 du 7 novembre 2017, consid. 1.4.4.2 ; TC FR 102 2017 262 du 5 décembre 2017, consid. 5.3.1 ; OG ZH RU180009-O/U du 5 juin 2018, mp 2019 183, consid. 3.3 ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 83 N 2.

18. Cette disposition vise ici le cas de figure d'une aliénation volontaire de l'objet du litige, à savoir celui d'une succession à titre particulier (*Einzelrechtsnachfolge*) qui découle de la volonté des parties émanant d'une convention entre aliénateur et acquéreur, ceci par opposition à une succession à titre universel (*infra*, N 29)¹⁸.
19. L'aliénateur peut être la partie demanderesse (par ex. le créancier de la prétention litigieuse) tout comme la partie défenderesse (par ex. le propriétaire du fonds servant). Le critère déterminant pour que l'art. 83 al. 1 CPC s'applique est que cette aliénation provoque un changement de légitimation au sein du rapport de droit litigieux¹⁹.

2. L'objet litigieux

20. L'objet litigieux aliéné tel que visé par cette disposition – qui ne doit pas être confondu avec l'objet du litige envisagé à l'art. 59 al. 2 lit. d CPC en rapport avec l'exception de litispendance – peut consister en une créance (action en paiement), une chose (fonds dominant ou fonds servant dans le cadre d'une action confessoire [art. 737 CC]²⁰, fonds dont le propriétaire est visé par une action tendant à mettre fin à des immiscions excessives [art. 684 CC] ou à faire constater l'existence d'un passage nécessaire [art. 694 CC]²¹), un titre (l'actionnaire agissant en annulation d'une assemblée générale [art. 706 CO]), une part dans une société simple (les associés agissant en paiement d'une prétention), une dette reprise (art. 175 et 176 CO) ou encore des droits de propriété intellectuelle. L'aliénation doit s'entendre au sens large et englobe tout acte juridique déployant une incidence sur la légitimation au rapport de droit litigieux²².
21. On peut aussi imaginer une aliénation partielle (par ex. la moitié de la créance litigieuse), cas dans lequel l'arrivée à la procédure du

¹⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 3.

¹⁹ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 8.

²⁰ TF 5A_91/2009 du 5 mai 2009, consid. 2. On peut également citer le cas du propriétaire du fonds dominant agissant en constatation de l'existence d'un passage nécessaire (art. 694 CC).

²¹ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 10.

²² KUKO ZPO-DOMEJ, art. 83 N 3.

cessionnaire partiel par substitution (partielle) de partie provoquera l'avènement d'une consorité simple (art. 71 CPC)²³.

22. Cela dit, toute aliénation de l'objet litigieux n'emporte pas nécessairement une substitution de partie. Il en va notamment ainsi lorsqu'une action en revendication (art. 641 CC) est pendante et que la partie défenderesse aliène l'objet revendiqué²⁴. On admet certes qu'un tel cas provoque une transformation de l'objet du litige : toutefois le défendeur ne change pas, à l'inverse de l'action elle-même qui se mue en une demande en paiement²⁵.

3. Moment de l'aliénation

23. Pour provoquer une substitution de partie, l'aliénation de l'objet litigieux doit intervenir « *en cours d'instance* » (art. 83 al. 1 CPC), c'est-à-dire après la création de la litispendance (*supra*, N 6 s.) et avant que ne soit rendu un jugement entré en force (*infra*, N 24). De fait, si l'aliénateur fait valoir après coup le droit qui était le sien avant l'aliénation, le défaut de légitimation prévaut d'entrée de cause (c'est-à-dire au moment de la création de la litispendance déjà) si bien qu'on se trouve en réalité face à une action d'emblée mal introduite qui sort du champ d'application de l'art. 83 al. 1 CPC et aboutira à un déboutement²⁶.
24. Une fois l'instance pendante (création de litispendance), la substitution de partie peut avoir lieu en tout temps, à savoir tant et

²³ BSK ZPO-GRABER, art. 83 N 32.

²⁴ Etant relevé que le demandeur peut tenter de se prémunir contre un tel scénario en obtenant des mesures provisionnelles valant saisie conservatoire (art. 261 ss CPC) : BSK ZPO-GRABER, art. 83 N 18.

²⁵ BSK ZPO-GRABER, art. 83 N 15 ; CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 4. Ceci dit, une substitution de partie n'est pas exclue dans un tel cas de figure mais elle demeure plutôt théorique, étant rappelé que la substitution de partie intervient sur une base volontaire (*infra*, N 26) et qu'on voit mal l'intérêt du nouvel acquéreur à venir se substituer comme défendeur à une action en revendication portant sur l'objet acquis.

²⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 5. On peut donner comme exemple celui du titulaire d'une créance qui la cède avant d'agir lui-même en paiement à l'encontre du débiteur. Une substitution de partie demeure toutefois possible dans un tel cas, mais pour autant que la partie adverse y consente (*infra*, N 36 ss).

aussi longtemps que la procédure permet de faire valoir des faits et moyens de preuve nouveaux. En première instance la barrière temporelle survient pendant les débats principaux en fonction des critères développés par les art. 229 et 230 CPC auxquels il convient de se référer : le fait nouveau (*novum*) est constitué de l'aliénation provoquant le changement de légitimation, la conclusion nouvelle se matérialisant par la requête en substitution de partie²⁷. En seconde instance aussi la substitution de partie est possible, mais pour autant qu'on se trouve dans le cadre d'un appel et que les conditions prévues à l'art. 317 CPC soient réalisées²⁸. Tel n'est pas le cas si la voie de remise en cause du jugement de première instance est celle du recours, cadre dans lequel les faits nouveaux et les conclusions nouvelles ne sont pas recevables (art. 326 al. 1 CPC)²⁹ : le jugement de première instance entre alors en force aussitôt prononcé et la substitution de partie n'est plus possible³⁰. Il en va de même devant le Tribunal fédéral, qu'on soit dans le cadre d'un recours en matière civile ou d'un recours constitutionnel subsidiaire (art. 99 et 117 LTF).

25. On précisera qu'une aliénation de l'objet litigieux est toujours possible après qu'un jugement entré en force a été rendu ou après que la litispendance a pris fin. Dans un tel cas le changement de légitimation au rapport de droit ayant fait l'objet d'un jugement au fond n'a plus aucune portée procédurale, et les effets déployés par ledit jugement (devenu pour ainsi dire l'accessoire du droit cédé ou repris) en faveur du cédant se déploient désormais en faveur du cessionnaire³¹. La partie ayant succombé pourra toutefois faire valoir, dans une procédure d'exécution ultérieurement dirigée contre elle par le nouveau titulaire de la prétention, non seulement les exceptions qu'elle aurait pu diriger contre le cédant partie au

²⁷ On précisera que la conclusion visant à la substitution de partie – pour autant qu'elle repose sur un fait nouveau recevable (art. 230 al. 1 lit. b CPC) – sera toujours recevable dans la mesure où elle présente un lien de connexité évident avec les conclusions initiales (art. 227 al. 1 lit. a et 230 al. 1 lit. a CPC).

²⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 317 N 6 ss.

²⁹ CR CPC-JEANDIN, art. 326 N 2.

³⁰ Sur l'entrée en force du jugement : CR CPC-JEANDIN, art. 336 N 2.

³¹ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 12.

jugement en application des art. 81 al. 1 LP (prétentions en argent) ou 341 al. 3 CPC (prétentions *in forma specifica*) à l'instar de la prescription³², mais encore toute autre exception dont elle dispose à l'égard du cessionnaire partie à la procédure d'exécution (à l'instar de la compensation, peu importe dans ce cas qu'elle se base sur des faits postérieurs ou non au jugement faisant l'objet de la procédure d'exécution).

4. Requête de substitution

26. Lorsqu'elle se fonde sur le cas de figure prévu à l'art. 83 al. 1 CPC, la substitution de partie ne s'opère pas *ex lege* (c'est-à-dire automatiquement, aussitôt accompli l'acte d'aliénation emportant un changement de légitimation) mais nécessite au contraire (i) un accord sur ce point entre la partie substituée et la partie substituante et (ii) une manifestation de volonté opérée conjointement dans ce sens auprès du tribunal par ces deux parties³³.
27. Dès lors que les conditions propres à la substitution de parties sont réalisées, le juge n'a pas de pouvoir d'appréciation et prendra acte de la substitution. La décision ainsi rendue est une « *autre décision* » au sens de l'art. 319 lit. b ch. 2 CPC, susceptible de recours dans la mesure où elle est peut causer un préjudice difficilement réparable au sens de cette disposition³⁴. La partie adverse devra quant à elle être consultée avant que le juge ne rende sa décision (droit d'être entendu), sans toutefois que son accord ne soit érigé en condition à

³² Au stade de l'exécution, la partie succombante ne peut faire valoir que des exceptions tirées de faits survenus postérieurement au jour où le jugement a été rendu (vrais *nova*) et qui font obstacle à son exécution à l'instar de la prescription ou de la compensation : CR CPC-JEANDIN, art. 341 N 16.

³³ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 83 N 7 (précisant par ailleurs que la partie adverse ne peut pas exiger une substitution) ; BSZ ZPO-FREI, art. 83 N 19 (peu importe la forme de cette manifestation de volonté conjointe qui s'opérera dans la majorité des cas par écrit) ; CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 13.

³⁴ Sur la notion de préjudice difficilement réparable : voir CR CPC-JEANDIN, art. 319 N 21 ss.

la substitution dès lors que les exigences posées par l'art. 83 al. 1 CPC seraient remplies³⁵.

28. Il convient de souligner que la substitution envisagée par l'art. 83 al. 1 CPC est une faculté laissée à la libre appréciation des parties concernées, à savoir l'aliénateur et l'acquéreur de l'objet litigieux. Cependant l'absence de substitution peut se retourner contre le plaideur qui adopte cette posture en demeurant partie au litige dans ces circonstances : ainsi, à défaut d'une mise en œuvre de la substitution de partie à la suite de la cession de sa créance par le demandeur, la procédure aboutira à son déboutement puisque celui-ci ne dispose plus de la légitimation active³⁶.

B. Substitution ex lege (al. 4, 2^e partie)

29. La substitution de partie *ex lege* intervient la plupart du temps lorsque le changement de légitimation est lié à une succession opérée à titre universel (*Gesamtrechtsnachfolge*), laquelle survient par le seul effet de la loi et de façon originaire, c'est-à-dire indépendamment de la volonté de l'ayant-droit ou de l'obligé³⁷, ceci par opposition à la succession à titre particulier (*supra*, N 18). S'agissant d'une question relevant de l'application du droit (art. 57 CPC), le juge doit constater d'office une telle substitution³⁸.
30. Ce cas de figure est réglé à l'art. 83 al. 4 CPC 2^e phrase qui réserve « les dispositions spéciales prévoyant la succession d'un tiers aux droits ou obligations des parties ».
31. Ce type de scénario entre généralement en ligne de compte lorsque la loi prévoit le transfert de l'ensemble des droits et obligations

³⁵ En d'autres termes, dès lors que les conditions prévues à l'art. 83 al. 1 CPC sont remplies, la substitution peut avoir lieu indépendamment du consentement de l'autre partie.

³⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 13.

³⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 3 et 29 : le changement de légitimation intervient indépendamment de la volonté de la partie qui perd sa légitimation, soit qu'aucune volonté ne soit exprimée par la partie en cause (décès, faillite), soit que la volonté porte sur un acte ne visant pas le transfert en lui-même mais ayant pour conséquence ledit transfert (par ex. une fusion).

³⁸ TC FR 102 2017 17 du 8 mai 2017, RF 2017 247, consid. 2b.

d'une personne, à l'instar des art. 560 et 603 al. 1 CC mettant en œuvre, en matière successorale, le principe en vertu duquel « *le mort saisit le vif* »³⁹. Outre le décès sus-évoqué et l'ouverture de la faillite (art. 175 et 197 ss LP), on mentionnera la fusion (art. 22 LFus), la scission (art. 52 LFus), ou encore la cession d'un patrimoine avec actif et passif (art. 181 CO)⁴⁰. Doivent aussi être mentionnés les changements de titularité qui font suite à une subrogation légale (c'est-à-dire sans le consentement du titulaire du droit), ce qui renvoie aux art. 110, 149 al. 1 et 507 CO tout comme à l'art. 72 al. 1 LCA⁴¹.

32. A ces situations faisant intervenir un changement de légitimation viennent s'ajouter quelques cas de figure en relation avec la LP et dans lesquels intervient une substitution de partie entrant dans le cadre de l'art. 83 al. 4 CPC 2^e phrase. La procédure de faillite prévoit en effet le devoir pour l'administration de la faillite, dès lors que les créanciers décident de renoncer à faire valoir telle ou telle prétention figurant à l'inventaire des actifs, d'offrir la possibilité à tout créancier qui le souhaite de faire valoir lui-même ladite prétention (art. 260 al. 1 LP), que ce soit en négociant avec le tiers débiteur ou en agissant en justice. Dans cette dernière hypothèse, le créancier « cessionnaire » agit certes en son nom mais pour le compte de la masse en faillite qui demeure titulaire du droit. Il n'y a dès lors pas de changement dans la titularité du droit (et par conséquent pas de changement de légitimation) mais une dissociation entre celle-ci et la qualité pour agir qu'aucune expression autre que la *Prozessstandschaft* ne décrit⁴².
33. Or, il se peut que le procès soit déjà pendant lors du prononcé de la faillite ayant pour conséquence une substitution de partie *ex lege* dans la mesure où la masse en faillite acquiert la légitimation du seul fait du prononcé de la faillite (art. 175 LP), lequel par ailleurs provoque généralement la suspension de la procédure en application de

³⁹ BSK ZPO-GRABER, art. 83 N 37s ; CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 3.

⁴⁰ Voir à ce propos TC FR 102 2017 17 du 8 mai 2017, RF 2017 247, consid. 2b ; KUKO ZPO-DOMEJ, art. 83 N 15 ss ; DIKE ZPO-GÖKSU, art. 83 N 21 ss ; BSK ZPO-GRABER, art. 83 N 39 ss ; KommZPO-SCHWANDER, art. 83 N 38 ss.

⁴¹ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 30.

⁴² Voir *supra*, note 10 et la référence.

l'art. 207 al. 1 LP. C'est au moment de la reprise de la procédure que le juge devra prendre en compte, le cas échéant, une éventuelle cession du droit d'agir ou de défendre octroyée dans l'intervalle en application de l'art. 260 LP, prenant acte de ce que le « cessionnaire » se substitue désormais à la masse en faillite alors même que cette dernière conserve la légitimation active ou passive (le failli pouvant être demandeur ou défendeur). Cette mise en œuvre de l'art. 83 al. 4 CPC 2^e phrase permet de concrétiser cette dissociation qui survient *ex lege* entre la légitimation et la qualité pour agir ou défendre, indépendamment du fait qu'à ce stade la légitimation demeure inchangée⁴³.

34. La saisie peut mener *mutatis mutandis* à un scénario similaire lorsque l'office fait application de l'art. 131 al. 2 LP en ce sens que le créancier se voit octroyer le droit d'agir en son nom mais pour le compte du débiteur saisi dont on réalise ainsi l'actif litigieux⁴⁴.
35. Contrairement à ce qui prévaut lorsque l'art. 83 al. 1 CPC s'applique (*supra*, N 26 ss), le substitué et le substituant n'ont aucune déclaration de volonté conjointe à faire auprès du juge pour que se concrétise la substitution, seule une information étant nécessaire pour que le tribunal prenne acte de la nouvelle situation induite par le seul effet de la loi. En revanche – en cela la situation est identique à ce qui prévaut dans le cadre de l'art. 83 al. 1 CPC (*supra*, N 27) – le consentement de la partie adverse ne joue toujours aucun rôle.

C. Substitution d'entente entre les parties (al. 4, 1^{re} partie)

36. Arrivé à ce stade, on constate que l'art. 83 CPC a pour vocation d'adapter la situation procédurale induite par un changement de légitimation, voire par la survenance d'une dissociation entre légitimation et qualité de partie, en permettant une substitution de plaideur destinée à faire en sorte que la procédure se continue et se ponctue entre les parties concrètement intéressées par l'issue du litige.

⁴³ Voir à ce sujet CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 31.

⁴⁴ TF 5A_799/2012 du 20 février 2013, consid. 2.2.

37. En dehors de ces situations – à savoir en dépit de l’absence cumulée d’aliénation de l’objet litigieux et de dispositions spéciales – le législateur a considéré à juste titre qu’une substitution de partie ne pouvait être imposée à la partie adverse dont l’accord devient alors nécessaire. Ce sont ces situations que vise l’art. 83 al. 4 CPC 1^{re} phrase à teneur duquel « *en l’absence d’aliénation de l’objet du litige, la substitution de partie est subordonnée au consentement de la partie adverse* ». Il n’empêche que cet élargissement de l’institution à des situations exorbitantes à toute modification justifiée de l’objet du litige montre un élargissement certain de la vision du législateur eu égard au principe de l’immutabilité du litige (*supra*, N 6)⁴⁵.
38. En définitive la substitution de partie permise par l’art. 83 al. 4 CPC 1^{re} phrase a essentiellement une valeur corrective destinée à permettre la modification d’une action mal introduite, ce qui explique que celle-ci soit subordonnée au consentement de la partie adverse : à défaut d’obtenir un tel consentement, la partie qui souhaitait la substitution demeurera partie à la procédure, ce qui pourrait alors aboutir finalement à un déboulement dès lors que le tribunal – qui applique le droit d’office (art. 57 CPC) – constaterait un défaut de légitimation⁴⁶.
39. A supposer qu’il y ait plusieurs parties adverses (par ex. une consorité passive), la substitution de partie du côté demandeur au sens de l’art. 83 al. 4 CPC 1^{re} phrase nécessitera le consentement de tous les consorts, peu importe qu’il s’agisse d’une consorité nécessaire (art. 70 CPC) ou simple (art. 71 CPC).
40. On peut aussi imaginer qu’une telle substitution soit sollicitée au sein d’un groupe de consorts, cas dans lequel il faudra obtenir non seulement le consentement de la partie adverse mais aussi celui des autres consorts même si ces derniers ne sont pas assimilables à une « *partie adverse* » au sens de l’art. 83 al. 4 CPC 1^{re} phrase dont la rédaction eût été assurément plus heureuse si le législateur avait mentionné « *les autres parties* »⁴⁷. Plus précisément un tel

⁴⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 32 s.

⁴⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 33.

⁴⁷ Une maladresse rédactionnelle qu’on retrouve également dans les versions allemande (*Zustimmung der Gegenpartei*) et italienne (*consenso della controparte*).

consentement sera toujours exigé de consorts nécessaires (art. 70 CPC), tout comme de consorts simples (art. 71 CPC) à tout le moins lorsqu'il s'agit d'une consorité passive⁴⁸.

41. Ceci étant dit, de telles corrections se concrétisent très rarement en pratique au point qu'on peut se demander si l'élargissement de la substitution de partie proposé par l'art. 83 al. 4 CPC 1^{re} phrase se justifie. Dans la plupart des cas la partie adverse, à tout le moins lorsqu'elle est défenderesse, n'a pas intérêt à consentir à une telle substitution et préférera laisser le demandeur subir les conséquences de son action mal introduite, qu'il s'agisse de la désignation du demandeur ou celle du défendeur. De même, un tiers non attrait à la procédure en qualité de défendeur alors qu'il aurait dû l'être (en sa qualité de détenteur de la légitimation passive) n'aura pas nécessairement intérêt à faciliter la vie de son adversaire en venant spontanément se substituer au tiers erronément assigné à sa place.

IV. Situation après substitution

42. Il convient désormais d'analyser la situation procédurale issue d'une substitution aboutie, c'est-à-dire une fois que la partie substituante a été formellement admise à la procédure en lieu et place de la partie substituée, un changement de partie dont les conditions ont été analysées au chapitre précédent (*supra*, N 15 ss).
43. A ce titre seront examinés les aspects relatifs (A) à la reprise du procès par la partie substituante (*infra*, N 44 ss), (B) aux exceptions à disposition de la partie adverse (*infra*, N 47 ss) et (C) à la responsabilité à raison des frais (*infra*, N 49 ss).

⁴⁸ BSK ZPO-GRABER, art. 83 N 33 s. ; CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 34. La substitution opérée au sein d'une consorité simple active n'a pas d'incidence sur le sort d'un autre consort, au contraire de ce qui prévaudrait au sein d'une consorité passive dans la mesure où l'un des consorts recherchés pourrait avoir intérêt à exercer un recours interne qu'il estime légitime de diriger contre celui qui chercherait à se faire substituer par un tiers. A relever qu'un consort nécessaire a un intérêt légitime à s'opposer à la substitution d'un autre consort par un tiers en vue d'éviter une situation qui, selon sa propre appréciation juridique de la situation, pourrait conduire à un défaut de légitimation active ou pourrait corriger une absence de légitimation passive.

A. Reprise du procès en l'état

44. La substitution de partie consacre un allègement des contraintes liées au principe de l'immutabilité du litige (*supra*, N 6) ; il s'agit toutefois de tenir compte de l'impératif d'économie de procédure consacré à l'art. 124 al. 1 CPC. A ce titre il ne saurait être question que le nouvel arrivant retarde le déroulement de la procédure par la remise en cause du cours du procès et des postures procédurales dans une mesure allant au-delà de ce qui était possible avant la substitution.
45. C'est ce qu'exprime l'art. 83 al. 1 CPC *in fine* – applicable à tous les cas de substitution et pas seulement aux cas de figure découlant de l'aliénation de l'objet litigieux – à teneur duquel la partie substituante reprend le procès à la suite de la partie qui se retire⁴⁹. En d'autres termes, le nouvel arrivant continue le procès en lieu et place de son prédécesseur en reprenant la procédure dans l'état dans lequel elle se trouve au moment où intervient la substitution. Il est en fin de compte placé dans la situation qui était celle de la partie substituée avant la substitution, ni plus ni moins.
46. A ce titre la partie substituante ne dispose d'aucun privilège et demeure notamment soumise aux limites temporelles prévalant en matière d'allégués, de moyens de preuve ou de conclusions nouvelles, que ce soit en première instance (art. 227, 229 et 230 CPC) ou en appel (art. 317 CPC). De même, le nouvel arrivé est lié par les postures procédurales prises par son prédécesseur antérieurement à la substitution à l'instar de l'admission d'un allégué, de l'absence de contestation d'une ordonnance d'instruction ou d'une autre décision⁵⁰. En dehors de ces contraintes, le substituant est libre d'assumer la conduite de la suite du procès comme il l'entend.

B. Exceptions à disposition de la partie adverse

47. La situation procédurale de la partie adverse n'est pas modifiée par la mise en œuvre de la substitution. A son égard aussi la procédure

⁴⁹ KUKO ZPO-DOMEJ, art. 83 N 8.

⁵⁰ Voir à ce propos CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 14.

se continue sans que l'arrivée d'une nouvelle partie ne joue de rôle particulier quant à la conduite du procès.

48. Toutefois, la substitution constitue en soi un fait nouveau propre à modifier la situation de droit matériel, sur la base duquel la partie adverse doit être en mesure de se prévaloir d'objections nouvelles tenant à la personne de la partie substituante et qui pourraient mettre en échec l'exercice de sa prétention par cette dernière : il en va par exemple ainsi de l'exception de compensation (art. 120 ss CO) qui, compte tenu de l'exigence de réciprocité (art. 120 al. 1 CO) propre à cette institution, pouvait ne pas être disponible à l'égard de la partie substituée mais le devenir à l'égard du nouvel arrivé⁵¹.

C. Responsabilité à raison des frais

1. Champ d'application des alinéas 2 et 3

49. La substitution de partie peut péjorer la situation de la partie adverse sur le plan de la gestion des risques financiers liés à la conduite du procès, lorsque la solvabilité de la partie substituante est moins bonne que celle de la partie originelle. Or, la décision d'assumer un procès, de le continuer ou de le clore par une transaction dépend principalement de l'appréciation du risque financier à laquelle procède chacun des plaideurs tout en évaluant les chances de succès liées à sa posture procédurale.
50. Dès lors que la substitution intervient de par le seul choix de l'une des parties à la procédure qui décide (i) d'aliéner l'objet litigieux en cours d'instance puis (ii) de requérir la substitution en accord avec le cessionnaire ou l'acquéreur, la partie adverse est en quelque sorte laissée à la merci d'événements sur lesquels elle n'a aucune prise et qui – comme relevé précédemment (*supra*, N 49) – peuvent avoir une incidence négative sur les perspectives financières de la procédure en cours.
51. Le constat d'une telle péjoration s'avère d'autant plus injuste pour la partie adverse qu'elle n'a d'autre choix que de se soumettre au bon vouloir du substitué et du substituant dans la mesure où elle ne

⁵¹ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 14.

peut s'opposer à une substitution qui survient dans les circonstances prévues à l'art. 83 al. 1 CPC. C'est la raison pour laquelle le législateur a prévu des tempéraments aux incidences financières négatives imposées à la partie adverse par l'arrivée impromptue à la procédure d'un nouveau plaideur jusqu'ici étranger au litige, au travers des mécanismes mis en œuvre par les alinéas 2 et 3 de l'art. 83 CPC.

52. Ce juste rééquilibrage des risques financiers liés à la conduite d'un procès face à une partie nouvellement arrivée se justifie – on l'a vu – dans le cas de figure d'une substitution volontaire au sens de l'art. 83 al. 1 CPC (*supra*, N 17 ss).
53. Tel n'est en revanche pas le cas dans les deux hypothèses envisagées à l'art. 83 al. 4 CPC : la première survient avec l'accord de la partie adverse (*supra*, N 36 ss), que celle-ci est libre de donner ou non au gré de son appréciation des perspectives financières induites par une telle substitution, tandis que la seconde survient *ex lege* sans qu'aucune des parties concernées n'ait son mot à dire (*supra*, N 29 ss), ceci à l'issue d'un processus devant lequel chacun doit s'incliner sans pouvoir le remettre en cause au travers d'exigences tendant à modifier les perspectives financières induites par cette nouvelle situation⁵².

2. Répartition de la responsabilité (art. 83 al. 2 CPC)

54. L'art. 83 al. 2 CPC tend à préserver les perspectives de recouvrement de la partie adverse dans l'hypothèse où celle-ci se verrait octroyer des frais (art. 95 al. 1 CPC), ceci à double titre.
55. En premier lieu, la partie qui se substitue répond de l'ensemble des frais (art. 83 al. 2 CPC 1^{re} phrase), à savoir non seulement les frais survenus postérieurement à son arrivée dans la procédure mais aussi ceux qui avaient été générés antérieurement, à savoir lorsque son prédécesseur était aux affaires. En d'autres termes, la loi étend la responsabilité du substituant aux frais déjà encourus au moment de

⁵² Voir à ce sujet CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 20 & 25 ; OFK ZPO-MOHS, art. 83 N 10a.

- la substitution si bien que celui-ci répond de l'ensemble des frais auxquels tant lui-même que son prédécesseur auront été condamnés au gré des diverses décisions rendues tout au long de la procédure⁵³.
56. La concrétisation de ce principe veut que la décision finale précise explicitement que le substituant assume une responsabilité solidaire (art. 143 al. 2 CO) eu égard aux frais auxquels son prédécesseur aurait été condamné antérieurement tout en mentionnant dans son dispositif les décisions concernées dans la perspective d'une éventuelle procédure d'exécution forcée (art. 80 LP).
57. En second lieu, alors même qu'il n'est plus partie à la procédure, le substitué demeurera non seulement tenu à raison des frais auxquels il aura été condamné au gré de décisions rendues alors qu'il était partie à la procédure mais encore – s'agissant de condamnations ultérieures à raison de frais portant sur l'ensemble de la procédure (par ex. dans la décision finale) – de la part de frais à déterminer par le juge afférente à la durée de sa participation à la procédure. Cela signifie que le juge devra répartir ces frais dans le temps de façon à en déterminer la part dont le substitué répondra solidairement aux côtés du substituant.
58. On rappellera que les frais (art. 95 al. 1 CPC) comprennent les frais judiciaires (art. 95 al. 2 CPC) et les dépens (art. 95 al. 3 CPC). S'agissant plus précisément du défraiement d'un représentant professionnel au sens de l'art. 95 al. 3 lit. b CPC, le dispositif du jugement devra déterminer la part de l'activité de l'avocat de la partie adverse afférente à la période au cours de laquelle le substitué était partie à la procédure de façon à indiquer la part des dépens à hauteur de laquelle le substitué répondra solidairement aux côtés du substituant, ici aussi dans la perspective de l'art. 80 LP⁵⁴.
59. Tout jugement rendu postérieurement à la substitution et mettant des frais solidairement à la charge du substitué (*supra*, N 56 et 58) doit être communiqué à ce dernier alors même qu'il n'est formellement plus partie à la procédure, de façon à le mettre en situation de recourir contre la partie du dispositif afférente auxdits frais (à l'exclusion de tout autre point) en application des art. 110 et

⁵³ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 17.

⁵⁴ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 18.

319 lit. b ch. 1 CPC (ou alors par la voie du recours en matière civile voire du recours constitutionnel subsidiaire auprès du Tribunal fédéral dès lors que la décision sur les frais serait rendue en seconde instance)⁵⁵. De même, le substitué se verra octroyer la possibilité de faire valoir son point de vue dès lors que la partie du dispositif relative aux frais le concernant serait remise en cause par l'une ou l'autre des parties à la procédure, de façon à respecter son droit d'être entendu.

60. Il va de soi que le double mécanisme mis en œuvre à l'art. 83 al. 2 CPC n'entre en considération que dans le cas d'une condamnation aux frais en faveur de la partie adverse. L'hypothèse inverse, à savoir une condamnation de la partie adverse aux frais, ne suscite aucune réglementation particulière, peu importe que cette condamnation soit survenue en faveur du substitué (avant la substitution) ou du substituant (après la substitution).

3. Fourniture de sûretés (art. 83 al. 3 CPC)

61. Le législateur a en outre souhaité conforter la position de la partie adverse eu égard au risque financier supplémentaire que lui causerait la substitution au vu de la solvabilité amoindrie du substituant. Cela ressort des mots « *si nécessaire* » employés à l'art. 83 al. 3 CPC.
62. Le juge n'ordonnera pas d'office la fourniture de sûretés, mais seulement sur requête de la partie adverse ainsi que le prévoit l'art. 83 al. 3 CPC.
63. Ces sûretés ont pour finalité de garantir « *l'exécution de la décision* » (art. 83 al. 3 CPC), ce par quoi il faut entendre – en premier lieu – toute éventuelle condamnation aux frais en faveur de la partie adverse portant sur la période postérieure à la substitution. En revanche, la constitution de sûretés pour les frais touchant à la période antérieure ne se justifie nullement compte tenu du fait que la partie substituée en demeure responsable (*supra*, N 55 et 57)⁵⁶ : la substitution de partie ne péjore dès lors nullement la situation de la partie adverse par rapport à ces frais.

⁵⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 19.

⁵⁶ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 22.

64. En second lieu, ces sûretés peuvent aussi servir à garantir l'exécution du jugement au fond dès lors qu'une action condamnatoire est pendante et que la substitution concerne la partie défenderesse (par ex. le fonds servant est vendu tandis que le litige vise pour le demandeur à obtenir l'accomplissement de travaux en vue de rendre l'assiette de la servitude conforme aux exigences de l'art. 737 al. 1 CC). Or, l'appréciation des perspectives de son action par le demandeur peut se modifier si la partie substituante présente une solvabilité amoindrie par comparaison avec celle de la partie substituée⁵⁷...
65. La requête exigée à l'art. 83 al. 3 CPC doit être présentée d'entrée de cause sous peine de forclusion, c'est-à-dire au moment où la partie adverse est appelée à se déterminer sur la substitution (*supra*, N 27)⁵⁸.
66. La fourniture de sûretés est ordonnée avec un délai pour les fournir. A défaut de s'exécuter dans les délais, la partie qui se substitue se verra octroyer un délai supplémentaire en application de l'art. 101 al. 3 CPC. A défaut pour le substituant de se conformer à cet ultime délai, la substitution n'aura pas lieu et le procès se continuera comme il avait commencé, c'est-à-dire entre les parties originelles⁵⁹.

V. Conclusion

67. Cette contribution semble avoir démontré que l'institution de la substitution de partie est une nécessité dans l'optique de faire correspondre au mieux les contraintes de procédure liées à l'immutabilité du litige avec la nécessité d'assurer l'effectivité du jugement rendu à la suite d'un changement de légitimation survenu alors que le litige était pendant.
68. La solution mise en œuvre par l'art. 83 CPC, parmi celles qui prévalaient au sein des législations cantonales avant l'entrée en vigueur du CPC au 1^{er} janvier 2011, est sans doute la plus appropriée dans la mesure où elle consacre le principe de la prédominance du

⁵⁷ BSK ZPO-GRABER, art. 83 N 31.

⁵⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 24.

⁵⁹ CR CPC-JEANDIN, art. 83 N 24.

droit matériel sur les règles de procédure tout en sauvegardant les droits des autres parties à la procédure.

69. Personne, pas même le tribunal, n'a son mot à dire lorsque la substitution intervient *ex lege* (le rôle du juge se limitant à un simple constat du changement de légitimation [ou de qualité de partie]). Dans les autres cas de changement de légitimation, il suffira d'une requête dans ce sens, formée conjointement par le substituant et le substitué, charge au juge de vérifier que les conditions prévues par la loi sont remplies pour donner acte d'une telle substitution, sans que la partie adverse (ou d'autres parties à l'instar de consorts) ne puisse s'y opposer. A la réflexion on ne voit pas pourquoi il en irait autrement dans un tel cas, sous réserve de la préservation des expectatives financières des autres plaideurs dans l'hypothèse où ils se verraient au final octroyer des frais, ce dont tiennent compte les alinéas 2 et 3 de l'art. 83 CPC.
70. Il est par ailleurs évident qu'on ne saurait imposer à la partie adverse (ou à d'autres plaideurs) un changement de partie qui ne serait pas justifié par un changement de légitimation (ou de qualité de partie), raison pour laquelle l'art. 83 al. 4 CPC, 1^{re} partie, soumet un tel changement (qui, à vrai dire, ne constitue pas une substitution de partie au sens de l'art. 83 CPC) au consentement des autres parties, lesquelles, dans un tel cas de figure, conservent la maîtrise de la procédure sur ce point.
71. La réglementation adoptée par l'art. 83 CPC a certes sans doute encore de beaux jours devant elle même si elle ne résout pas nécessairement tous les aspects liés à un changement de légitimation survenu pendant une litispendance. A ce titre on peut regretter en particulier que le législateur n'ait pas pris la peine de régler les questions délicates qui surviennent en cas d'absence de reprise du procès par l'acquéreur de l'objet litigieux⁶⁰...

⁶⁰ Voir à ce sujet LÖTSCHER, 95 ss.

Bibliographie

AELLEN NICOLE, Die Übertragung der Miete auf einen Dritten, in : MRA 2/15, 63 ss

BACHOFNER EVA, Rechtsschutz in klaren und in weniger klaren Fällen, 2019

HOHL FABIENNE, La subrogation de la caisse de chômage et ses effets sur le procès civil, in : Jacques Haldy et al. (édit.), Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret, Lausanne 1999, 79 ss

HOTTELLIER MICHEL, La substitution de parties en procédure civile genevoise, in : Pierre-Henri Bolle (édit.), Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach, Bâle/Genève/Munich, 2000, 199 ss

JACQUEMOUD-ROSSARI LAURA, Les parties et les actes des parties ; le défaut ; la notification et les délais, in : Suzana Lukic, Jacques Haldy, Le projet de code de procédure civile fédéral : travaux de la journée d'étude organisée à l'Université de Lausanne le 8 mars 2007, CEDIDAC n° 74, 75 ss

JEANDIN NICOLAS, Le changement de légitimation en cours d'instance de lege lata et de lege futura, note in : RSPC 2009, 260 ss

JÉQUIER GUILLAUME, Tiers et procédure civile suisse, in : Alain Thévenaz (édit.), Les tiers, Travaux du groupe suisse de l'Association Henri Capitant vol. V, Berne 2018, 27 ss

LÖTSCHER CORDULA, Die Veraässerung des Streitobjekts während der Rechtshängigkeit, in : RSPC 2019, 89 ss

SCYBOZ PIERRE, Les parties et leurs représentants dans le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 – Bref aperçu, Revue de l'Avocat 2009, 13 ss

TAPPY DENIS, Subrogation en cours de procès, substitution de parties ou intervention du subrogé et position de l'intervenant en cas de recours principal du créancier initial, JdT 2006 III, 73 ss

Le défaut et la restitution

par

Denis Tappy

Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Introduction..... | 137 |
| II. Le défaut dans le système du Code de 2008 | 139 |
| A. Généralités et distinctions | 141 |
| 1. Définition et terminologie..... | 141 |
| 2. Distinctions en fonction de l'acte omis..... | 144 |
| a) Omission d'accomplir un acte de procédure dans le délai prescrit..... | 144 |
| b) Absence de comparution à une audience | 145 |
| 3. Distinctions en fonction des conséquences du défaut..... | 145 |
| a) Défaut débouchant sur la fin du procès sans décision sur le fond..... | 146 |
| b) Défaut conduisant à une décision sur le fond sans débats ou à l'issue de débats abrégés..... | 147 |
| c) Défaut n'empêchant pas la poursuite normale du procès | 147 |
| d) Autres sanctions du défaut ? | 149 |
| 4. Impossibilité d'un défaut partiel ? | 152 |
| B. Hypothèses de défaut les plus importantes..... | 155 |
| 1. Défaut persistant de paiement des avances de frais ou sûretés requises (art. 101 al. 3 CPC)..... | 155 |
| 2. Défaut de comparution en procédure de conciliation (art. 206 CPC)..... | 158 |

| | |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. Défaut persistant de dépôt de la réponse..... | 163 |
| a) Jugement par défaut immédiat | 164 |
| b) Fixation des débats principaux | 169 |
| c) Application en dehors de la procédure ordinaire ? | 172 |
| 4. Défaut de comparution d'une partie aux débats principaux..... | 174 |
| III. Les remèdes au défaut, spécialement la restitution..... | 178 |
| A. Généralités | 178 |
| B. Appel ou recours sur la question du défaut | 179 |
| C. Restitution selon les art. 148 s. CPC | 181 |
| 1. Champ d'application | 181 |
| 2. Conditions | 182 |
| a) Absence de faute ou faute seulement légère | 183 |
| b) Délais | 186 |
| 3. Forme et compétence | 188 |
| 4. Instruction et décision | 189 |
| 5. Effets d'une éventuelle restitution | 190 |
| a) Nouvelle audience ou nouveau délai..... | 190 |
| b) Caducité de la décision..... | 191 |
| 6. Frais judiciaires et dépens liés à la restitution..... | 192 |
| 7. Caractère définitif de la décision ?..... | 192 |
| D. Coordination entre appel ou recours et restitution..... | 196 |
| IV. Conclusion | 198 |
| Bibliographie | 200 |

I. Introduction

1. Dans des actes publiés en vue d'une journée du CEMAJ sur l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée du 5 novembre 2010, soit il y a presque dix ans jour pour jour, nous avons notamment consacré des réflexions aux décisions par défaut ainsi qu'aux voies de droit et remèdes contre elles¹. Nous y évoquions en particulier les possibilités de jugements par contumace réservées par les art. 223 al. 2 et 234 al. 1^{er} CPC, de même que les voies permettant de contester ou de faire mettre à néant par une restitution de tels jugements. L'occasion était belle de faire le point sur ces questions au regard de la doctrine et de la jurisprudence parues depuis lors.
2. Les tribunaux ont en particulier eu à s'occuper souvent des conséquences d'un défaut du demandeur dans la procédure de conciliation (art. 206 al. 1^{er} CPC). En 2010, nous n'avions pas examiné cette question, une présentation particulière étant alors réservée à la procédure de conciliation². Au vu des développements jurisprudentiels précités et dès lors que cette procédure n'est pas spécialement traitée en 2020, nous y consacrerons cette fois certains développements. Nous évoquerons aussi plus brièvement les conséquences du défaut de paiement d'une avance de frais ou de sûretés selon l'art. 101 al. 3 CPC.
3. Notre idée était initialement de traiter aussi de la délicate question des voies de droit (appel ou recours *stricto sensu* selon le Code de 2008 et recours au Tribunal fédéral) contre les décisions en matière de défaut. Cela aurait cependant fait sensiblement dépasser au présent texte les limites admissibles pour l'éditeur. Sous réserve de quelques remarques ponctuelles, et de réflexions sur le sens à donner à la fin de l'art. 149 CPC précisant que « le tribunal [saisi d'une requête de restitution] statue définitivement sur la restitution (N 134 ss ci-après), le présent travail est donc focalisé sur la première instance. Cela n'ôte évidemment rien à l'intérêt que

¹ Cf. TAPPY DENIS, Les décisions par défaut. Les voies de droit et les remèdes aux décisions par défaut, in : Bohnet, Procédure civile suisse, 409 ss.

² Cf. SANDOZ BASTIEN, La conciliation, *ibidem*, 57 ss.

présenterait une synthèse sur ces questions de voies de droit, que nous espérons pouvoir proposer dans un autre contexte.

4. Nous avons aussi limité nos propos ci-après, comme le fait le Code de 2008 lui-même, aux différents cas, évidemment les plus fréquents, de défaut dans des procès opposant un demandeur à un défendeur. L'étude des solutions à retenir dans ces hypothèses s'agissant de procès mettant aux prises trois parties ou davantage mériterait-elle aussi des développements à part.
5. Relevons encore dans cette introduction l'importance que peuvent revêtir de telles questions, sous divers aspects : outre des cas « accidentels », où le non-respect d'un délai ou l'absence de comparution à une audience résultent d'une simple erreur ou inadvertance d'une des parties, il arrive en effet que celles-ci choisissent délibérément de provoquer un jugement par défaut, notamment lorsqu'elles désirent obtenir rapidement une décision au fond sur laquelle elles sont en réalité d'accord, mais qui ne peut faire l'objet d'une transaction³. Par ailleurs, en droit international privé notamment, savoir s'il faut se défendre devant la juridiction saisie par la partie adverse, au risque de se priver de moyens de contestation possibles au stade d'une future exécution forcée, peut s'avérer délicat. Chacun connaît des questions de ce genre en cas d'action contre une entreprise suisse par exemple aux Etats-Unis, mais le problème inverse peut naturellement aussi se poser.

³ Les juristes ayant connu l'époque antérieure à la réforme du droit du mariage du 26 juin 1998 se souviennent d'une époque où chaque année étaient tranchés par défaut des milliers de procès en divorce, dans lesquels les parties s'étaient en réalité mises d'accord sur les effets accessoires de la dissolution de leur union. Aujourd'hui encore des situations de ce genre se rencontrent, par exemple dans des procès matrimoniaux où en pratique l'un des conjoints ne peut ou ne veut pas se présenter devant le juge pour qu'il puisse être procédé selon les art. 111 CC et 287 CPC (sur la possibilité de passer dans ce cas par une procédure de divorce sur demande unilatérale dans laquelle les parties se seraient mise d'accord pour que l'une d'elles fasse défaut, cf. notamment CR CPC–TAPPY, art. 288 N 27 et art. 291 N 19), ou par exemple dans des affaires de désaveu.

II. Le défaut dans le système du Code de 2008

6. La procédure civile unifiée, au moins lorsqu'elle est soumise à la maxime des débats⁴ ce qui est la règle générale (art. 55 CPC), suppose des parties qui s'efforcent également d'invoquer et faire prouver les éléments en leur faveur, participent activement à la constitution du dossier ainsi qu'à l'instruction et coopèrent de manière générale au procès. Si aucune ne le fait, c'est souvent parce que le procès a perdu tout intérêt, d'où la solution conduisant parfois dans un tel cas à considérer que la cause est devenue sans objet et doit être simplement rayée du rôle sans jugement (art. 206 al. 3 et 234 al. 2 CPC). Que faire cependant si c'est l'une seulement des parties qui ne donne pas de suite aux invitations à agir ou aux convocations du juge ? En tout cas s'il s'agit du défendeur, le droit que son adversaire a d'obtenir un jugement sur ses prétentions exclut une telle solution⁵. Il faut donc que la procédure puisse néanmoins aboutir à une décision finale. C'est l'une des raisons d'être de certaines des conséquences du défaut (*Säumnisfolgen*) prévues par le législateur.
7. Mais faut-il néanmoins prévoir dans ce cas une procédure aussi complète qu'en présence de deux parties réellement opposées et actives ? Si l'une d'elles renonce à procéder, c'est souvent soit qu'elle est en réalité d'accord avec les conclusions de son prétendu adversaire, soit qu'elle n'a rien de sérieux à lui opposer. Aussi dans l'histoire rencontre-t-on des solutions pouvant aller jusqu'à donner alors quasi automatiquement gain de cause à l'autre partie⁶. Sans aller jusque-là, le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 organise dans deux cas (art. 223 al. 2 et 234 al. 1^{er} CPC) des sortes

⁴ En réalité cependant des pouvoirs accrus du juge d'agir d'office, comme il en a la faculté lorsque s'applique la maxime inquisitoire, ne suffisent souvent pas à compenser une défaillance d'une des parties, d'autant que la jurisprudence a beaucoup tempéré la portée pratique de cette dernière maxime lorsqu'elle n'est pas prévue au profit d'enfants mineurs et que les parties bénéficient de l'assistance d'un avocat, cf. CR CPC-HALDY, art. 55 N 9.

⁵ La chose est moins évidente si c'est le demandeur qui est défaillant, d'où les solutions notamment des art. 101 al. 3 et 206 al. 1^{er} ou 3 CPC sur lesquelles nous reviendrons.

⁶ A la veille de l'unification de la procédure civile en Suisse, c'était en principe encore la solution consacrée par l'art. 79 de la loi de procédure civile genevoise.

de raccourcis procéduraux permettant d'aboutir à une décision sur le fond plus rapidement qu'en contradictoire. Avouons que, dans le cas de l'art. 223 al. 2 CPC en particulier (décision sur le fond pouvant parfois être rendue immédiatement sur le vu de la seule demande déposée par le demandeur et en retenant en principe les allégations de ce dernier dès lors qu'elles n'ont pas été contestées), le résultat pratique sera souvent proche.

8. Par ailleurs cependant, le défaut peut être la conséquence d'une simple mésaventure momentanée d'un plaideur qui, sans que sa cause soit dénuée de valeur, a fait preuve d'une certaine négligence, n'a pas compris d'emblée la nécessité de s'impliquer activement dans la procédure, voire s'est simplement trompé sur une date. Dans ces conditions, il peut apparaître trop sévère de le priver définitivement de toute possibilité de défendre pleinement ses droits.
9. Aussi certaines cautèles viennent-elles parfois tempérer la rigueur prévue envers les défaillants. Jusqu'au 31 décembre 2010, diverses procédures civiles cantonales accordaient à ceux-ci un droit absolu d'obtenir l'annulation du jugement par défaut et la reprise du procès en contradictoire, moyennant la prise en charge de certains frais liés à sa négligence (droit au relief ou au relevé du défaut prévu notamment dans plusieurs cantons romands). Sans aller aussi loin, d'autres prévoyaient des tempéraments sous la forme d'avertissements préalables attirant l'attention des plaideurs sur les lourdes conséquences possibles d'un défaut, de brefs délais supplémentaires accordés en cas d'inobservation, de possibilités de restitution ou encore de précautions à prendre (proclamations formelles, temps d'attente, etc.) avant de tenir pour défaillant celui qui ne se présentait pas à une audience. Nous verrons que plusieurs de ces cautèles se retrouvent dans le code actuel.

A. Généralités et distinctions

1. Définition et terminologie

10. Dans une section spécifique⁷, la partie générale du Code de procédure civile du 19 décembre 2008 retient une définition large du défaut, en réunissant sous ce terme à la fois l'omission d'accomplir un acte de procédure dans le délai prescrit et la non-comparution à une audience. Il s'agit d'une extension de la terminologie par rapport aux lois de procédure antérieures, qui souvent ne qualifiaient de défaillante une partie que si elle n'avait pas comparu malgré une assignation⁸. Le terme de défaut ou ses dérivés, comme l'adjectif défaillant évoqué ci-dessus, apparaissent par ailleurs dans une dizaine d'autres dispositions dudit code (art. 148 al. 1^{er} et 2, 161 al. 1^{er}, 167 al. 2, 184 al. 2, 206 al. 1^{er} à 3, 223, 234 al. 1^{er} et 2 CPC). On peut y ajouter quelques autres articles qui n'utilisent aucun de ces termes, mais visent bien des cas de défaut au sens de la définition générale précitée⁹.
11. En allemand le terme de défaut est rendu dans le code de 2008 par le substantif *Säumnis* ou ses dérivés *versäumte Handlung*, *Säumnisfolgen*, *säumige Partei* et *Säumnisgründe*. Relevons qu'un tel dérivé est utilisé dans la version germanophone de l'art. 223 al. 2 CPC, alors qu'en français cette disposition ne parle de défaut que dans son titre

⁷ Titre 9 « Conduite du procès, actes de procédure et délais », chapitre 3 « Délais, défaut et restitution », section 2 « Défaut et restitution », art. 147 à 149.

⁸ Une telle notion plus étroite est encore utilisée par exemple dans la loi fédérale de procédure civile du 4 décembre 1947, dont l'art. 12 distingue entre omission d'un acte de procédure (*Versäumung einer Prozesshandlung* ; *omissione di un atto processuale*) et défaut à une audience (*Ausbleiben vom Rechtstage* ; *mancata comparsa*). Sur la réglementation de la loi sur le Tribunal fédéral, cf. N 105 ci-après.

⁹ Cf. en particulier art. 102 al. 3 CPC sur les conséquences de l'absence de versement d'une avance des frais d'administration de preuves dans le délai imparti ; art. 132 al. 1^{er}, 2^e phrase sur les conséquences de l'absence de rectification d'un vice de forme dans le délai imparti ; art. 133 let. f sur la nécessité d'indiquer dans une citation les conséquences d'une non-comparution ; art. 239 al. 2, 2^e phrase CPC sur les conséquences de l'absence de demande de motivation dans le délai légal de 10 jours ; art. 291 al. 3, 2^e phrase CPC sur les conséquences de l'absence de motivation écrite d'une demande en divorce unilatérale dans le délai imparti.

marginal. En italien enfin, le législateur a eu plus de mal à trouver un terme générique recouvrant à la fois l'absence d'accomplissement d'un acte dans un certain délai et la non-comparution à une audience. Il a recouru à *inosservanza di un termine* dans un tel sens général¹⁰, mais le sens naturel de cette expression a quelque peine à englober aussi le défaut à une audience. La version italienne en utilise d'ailleurs parfois aussi une notion plus étroite, en la distinguant précisément de la *mancata comparizione*¹¹, ou en recourant dans ce dernier cas à des périphrases¹².

12. Relevons que la définition très large retenue à l'art. 147 al. 1^{er} CPC conduirait normalement à considérer quelqu'un comme défaillant dès qu'il s'abstient d'un acte qu'il aurait pu accomplir dans un délai légal. Lorsque cet acte est une simple faculté laissée aux parties sans que son accomplissement apparaisse comme faisant en principe partie d'une procédure normale, on n'a néanmoins pas pour habitude d'analyser le fait d'y renoncer comme un défaut : ainsi on ne tiendra notamment pas pour défaillante la partie qui, après une récusation, ne demande pas dans le délai de l'art. 51 al. 1^{er} CPC l'annulation et le renouvellement des actes de procédure auxquels avait participé la personne récusée. De même on n'analyse normalement pas en termes de défaut l'absence de dépôt d'une demande au fond dans les délais de validité d'une autorisation de procéder selon l'art. 209 al. 3 ou 4 CPC, l'absence d'opposition à une proposition de jugement dans le délai de l'art. 211 al. 1^{er} CPC, ni évidemment l'absence d'appel ou de recours contre une décision finale de première instance.
13. Le délai pour demander la motivation d'une décision selon l'art. 239 al. 2 CPC évoqué plus haut est sans doute un cas-limite. Cette question terminologique est d'importance mineure, puisque nous verrons que la restitution selon les art. 148 s. CPC peut être demandée pour n'importe quel délai de procédure manqué, qu'il

¹⁰ Cf. art. 147 al. 1^{er} CPC : vi è inosservanza di un termine quando una parte non compie tempestivamente un atto processuale oppure, benché citata, non compare.

¹¹ Cf. art. 167 al. 2 CPC : l'inosservanza di un termine o la mancata comparizione a le stesse conseguenze del rifiuto indebito di cooperare. Voir aussi par exemple la version italienne de l'art. 184 al. 2 CPC.

¹² Cf. notamment les versions italiennes des art. 206 et 223 CPC.

s'agisse d'un délai judiciaire ou légal, et que son inobservation soit ou non qualifiée de défaut, y compris tous les délais précités (N 104 ci-après).

14. Une différence pourrait cependant en résulter quant à l'étendue du devoir pour le tribunal de rendre les parties attentives aux conséquences du défaut selon l'art. 147 al. 3 CPC. Ainsi, il n'est à notre avis pas nécessaire, nonobstant cette disposition, que le juge informe une partie à qui il fixe un délai de réponse qu'elle doit aussi agir dans ce délai si elle entend présenter une demande reconventionnelle (art. 224 al. 1^{er} CPC)¹³. L'art. 147 al. 3 CPC ne saurait non plus imposer d'aviser les parties, par exemple en notifiant la décision finale, du fait qu'elles pourraient perdre le droit d'en demander la révision en cas d'inobservation du délai de l'art. 329 al. 1^{er} CPC. Cependant, au moins pour les principaux délais légaux de recours, une obligation du même type incombe quoi qu'il en soit aussi au juge dans le cadre de son devoir d'indiquer les voies de droit (cf. art. 238 let. f CPC)¹⁴.
15. En principe, ce sont les parties, seules évoquées à l'art. 147 CPC, qui sont susceptibles d'être défaillantes sous l'une des deux formes envisagées par cette disposition. L'art. 161 al. 1^{er} al. 1^{er} CPC utilise cependant le terme de défaut, par rapport à l'obligation de collaborer, à la fois à propos desdites parties et des autres personnes (témoins, détenteurs de pièces requises, etc.) soumises à cette obligation. Sur des questions voisines, l'art. 167 al. 2 CPC parle aussi du défaut d'un tiers et l'art. 184 al. 2 du défaut d'un expert. Dans la suite du présent exposé, nous ne nous intéresserons néanmoins qu'aux parties défaillantes.

¹³ Il en va de même selon nous s'agissant de l'éventualité d'un appel en cause à demander le cas échéant avec la réponse ou la réplique ou de l'acceptation tacite de compétence parfois liée au fait qu'une partie procède au fond sans faire de réserve à ce sujet (cf. notamment art. 18 et 61 let. a CPC).

¹⁴ A notre avis, ce devoir vaut pour l'indication des voies d'appel et de recours *stricto sensu*, pour celle du droit de demander la motivation selon l'art. 239 al. 2 CPC et aussi, vu le renvoi de l'art. 210 al. 2, 2^e phrase CPC, pour l'indication de la possibilité d'une opposition selon l'art. 211 CPC, mais non pour un moyen extraordinaire comme la révision (CR CPC-TAPPY, art. 238 N 10 et art. 239 N 13).

2. Distinctions en fonction de l'acte omis

16. Comme nous l'avons déjà relevé, l'art. 147 al. 1^{er} CPC qualifie de défaut d'une partie soit le fait de ne pas accomplir un acte de procédure dans le délai prescrit, soit le fait de ne pas se présenter lorsqu'elle est citée à comparaître. Il vaut la peine de s'attarder quelque peu sur les diverses hypothèses pouvant entrer dans l'une ou l'autre de ces deux catégories.

a) Omission d'accomplir un acte de procédure dans le délai prescrit

17. Le Code de 2008 n'énumère nulle part exhaustivement les divers actes de procédure des parties ni n'en donne de définition¹⁵, mais il leur consacre plusieurs dispositions générales (art. 130 ss CPC). Il résulte de celles-ci qu'il s'agit ordinairement de textes écrits transmis par lesdites parties au tribunal ou à une autre autorité prévue par ce code, comme l'autorité de conciliation. La forme orale est parfois réservée, notamment dans des cas simples ou urgents, mais débouche en principe sur une verbalisation par les soins du tribunal, en particulier dans des cas où des dispositions spéciales permettent, voire imposent expressément d'agir par dictée au procès-verbal¹⁶.
18. Les paiements, en particulier les avances de frais ou les constitutions de sûretés qu'une partie doit faire en main du tribunal ne sont peut-être pas au sens strict des actes de procédure au sens de l'art. 147 al. 1^{er} CPC. Des règles en partie similaires prévalent cependant s'agissant du respect du délai pour les effectuer (art. 143 al. 3 CPC)¹⁷. Bien que le terme de défaut n'y soit pas utilisé, l'art. 101 al.

¹⁵ La doctrine définit les actes de procédure comme des manifestations de volonté portant sur le déroulement de la procédure et cite comme cas les plus fréquents notamment les mémoires, les requêtes et les prises de position (CR CPC-BOHNET, art. 130 N 2 et les réf. citées).

¹⁶ Cf. art. 202 al. 1, 244 al. 1 et 252 al. 2 CPC ainsi que CR CPC-BOHNET, art. 130 N 5 s. La possibilité d'une réponse purement orale en procédure sommaire est notamment réservée par l'art. 253 CPC.

¹⁷ Ce sont d'ailleurs probablement directement les règles sur la transmission des actes de procédure qui s'appliquent si une partie s'acquitte d'une demande de sûreté en produisant une garantie bancaire ou d'assurance, cf. CR CPC-TAPPY, art. 101 N 20.

3 CPC prévoit en outre des règles spéciales rappelant celles des art. 206 et 223 al. 1^{er} CPC en cas d'inobservation dudit délai. Aussi considérerons-nous dans la suite du présent exposé cette situation comme un cas particulier de défaut soumis à des conséquences spéciales selon l'art. 101 al. 3 CPC. A notre avis, cela implique d'ailleurs que l'art. 147 al. 3 CPC est applicable et que les parties doivent avoir été préalablement rendues attentives auxdites conséquences.

b) Absence de comparution à une audience

19. Cette hypothèse vise tous les cas où une partie (mais parfois aussi un tiers appelé à collaborer, comme un témoin) ne donne pas suite à une citation à comparaître au sens des art. 133 ss CPC. Nous verrons que cela couvre aussi des cas de comparution imparfaite, par exemple seulement dans la partie finale d'une longue audience ou par l'envoi d'un représentant non autorisé à procéder pour le plaideur en question.
20. En revanche, il n'y a pas de comparution obligatoire, et donc pas non plus de défaut possible, si les parties sont seulement avisées qu'elles ont la possibilité d'assister à une séance de délibérations publiques, sans que soient organisés des débats auxquels elles auraient le droit de participer. Cette situation se rencontre fréquemment devant le Tribunal fédéral, mais peut aussi parfois avoir lieu devant une juridiction inférieure, notamment dans le cadre de la liberté laissée en la matière aux cantons par l'art. 54 al. 2 CPC.

3. Distinctions en fonction des conséquences du défaut

21. L'art. 147 al. 2 *in fine* CPC envisage expressément des conséquences différentes du défaut selon les dispositions applicables. Effectivement, le Code de 2008 introduit à cet égard une grande diversité, permettant néanmoins de distinguer trois catégories principales.

a) Défaut débouchant sur la fin du procès sans décision sur le fond

22. D'une part plusieurs dispositions légales prévoient des cas où le défaut d'une partie conduit à mettre fin à la procédure en la réputant sans objet. Le procès prend alors fin, mais cela n'entraîne pas d'effet de chose jugée et le défaillant est libre de réintenter la même action, du moins si en droit matériel il n'est pas intervenu entretemps une péremption ou une prescription risquant de s'y opposer¹⁸. C'est la solution consacrée aux art. 206 al. 1^{er} et al. 3, 234 al. 2 et 291 al. 3, 2^e phrase CPC. Même si cela ne passe pas alors par la fiction que la cause est devenue sans objet, c'est aussi le résultat auquel conduit une non-entrée en matière sur une demande ou une requête faute de paiement d'une avance de frais ou de sûretés selon l'art. 101 al. 3 CPC. Nous reviendrons ci-après plus en détail sur trois de ces quatre hypothèses¹⁹, en nous bornant à renvoyer pour l'art. 291 al. 3, 2^e phrase CPC, aux commentaires particuliers de cette disposition.
23. Pour qu'une telle solution soit retenue par le législateur, il faut naturellement qu'il s'agisse d'un défaut du demandeur. Considérer que la cause devient sans objet à la suite d'un défaut du seul défendeur permettrait en effet à ce dernier d'échapper à une éventuelle condamnation par son inaction. Cela ne serait pas compatible avec le droit du demandeur à obtenir un jugement au fond sur ses prétentions et conduirait à un déni de justice.
24. En revanche rien n'empêche d'appliquer le cas échéant ces solutions à des conclusions actives pour lesquelles le défendeur principal a en réalité la position d'un demandeur : l'art. 101 al. 1^{er} CPC nous paraît par exemple applicable aux conclusions actives d'un tel défendeur qui ne paierait pas une avance de frais réclamée de lui en raison d'une demande reconventionnelle ou d'un appel en cause.
25. Puisqu'elle met fin à la procédure introduite sans trancher le droit matériel litigieux ni y porter atteinte, la décision admettant le défaut et en tirant les conséquences prévues par les dispositions ci-dessus est purement processuelle, mais néanmoins finale au sens des

¹⁸ Voir à cet égard les commentaires de l'art. 242 CPC, qui prévoit de manière générale que soit rayée du rôle une procédure devenue sans objet.

¹⁹ Cf. N 44 ss, 51 ss et 93 s. ci-après.

art. tant 236 CPC que 90 LTF. Cela implique notamment qu'elle puisse faire l'objet, pour autant que les autres conditions, notamment de valeur litigieuse, en soient remplies, d'un appel selon les art. 308 ss CPC ou d'un recours en matière civile immédiat au Tribunal fédéral selon les art. 72 ss LTF. La jurisprudence paraissant vouloir limiter à cet égard la possibilité d'attaquer une décision d'une autorité de conciliation rayant la cause du rôle pour défaut de comparution du demandeur selon l'art. 206 al. 1^{er} ou 3 CPC aux cas où il en résulte une perte définitive du droit matériel litigieux notamment en raison d'une péremption ou d'une prescription nous paraît manquer de cohérence, nous y reviendrons²⁰.

b) Défaut conduisant à une décision sur le fond sans débats ou à l'issue de débats abrégés

26. Dans deux cas, le Code de 2008 prévoit qu'en cas de défaut d'une partie le juge statue sur le fond, mais en renonçant à tout ou partie des opérations normalement nécessaires avant celle-ci. C'est notamment la solution de l'art. 223 al. 2, 1^{re} phrase CPC si le défendeur persiste à ne pas déposer de réponse dans les délais qui lui ont été successivement impartis pour cela. Dans ce cas, il n'y a normalement ni mesures d'instruction ni audience. Par ailleurs selon l'art. 234 al. 1^{er} CPC le juge statuera aussi sur le fond plus rapidement que normalement en cas de défaut de l'une seulement des parties aux débats principaux.
27. Même si le terme n'apparaît pas dans le Code de 2008, ce sont les deux seuls cas prévus par celui-ci de véritable jugement par défaut (*Versäumnisurteil*) au sens encore couramment utilisé par la doctrine, voire la jurisprudence. Aussi reviendrons-nous en détail sur ces deux hypothèses²¹.

c) Défaut n'empêchant pas la poursuite normale du procès

28. Selon la règle générale prévue par l'art. 147 al. 2 CPC, la procédure suit son cours sans qu'il soit tenu compte du défaut lorsque la loi

²⁰ Cf. N 136 ss ci-après.

²¹ Cf. N 62 ss et 85 ss ci-après.

n'en dispose pas autrement. Cette solution s'applique en particulier faute de production à temps de nombreux actes de procédure tant en première instance qu'à la suite d'un appel ou d'un recours (défaut de réplique ou de duplique dans le cadre d'un second échange d'écritures selon l'art. 225 CPC, défaut de plaidoirie écrite selon l'art. 232 al. 2 CPC, défaut de réponse à l'appel ou au recours selon les art. 312 ou 322 CPC, etc.). Il en va de même si une partie ne comparait pas à d'autres audiences que celles auxquelles s'appliquent les solutions évoquées aux N 22 et 26 ci-dessus, par exemple des débats d'instruction selon l'art. 226 CPC ou des débats de deuxième instance (art. 316 al. 1^{er} et 327 al. 2 *a contrario* CPC). La conséquence prescrite par l'art. 206 al. 2 CPC lorsque le défendeur fait défaut en procédure de conciliation (procéder comme si cette procédure n'avait pas abouti à un accord) ne fait d'ailleurs qu'explicitier dans ce cas la solution précitée de l'art. 147 al. 2 CPC.

29. Sous réserve évidemment d'opérations rendues impossibles ou vaines par le défaut en question²², l'art. 147 al. 2 CPC implique que nonobstant ce dernier le déroulement du procès se poursuive comme prévu. Par exemple si un deuxième échange d'écritures a été ordonné selon l'art. 225 CPC, le juge doit selon nous fixer au défendeur un délai de duplique même si le demandeur n'a pas déposé de réplique²³. Si une partie ne comparait pas à des débats d'instruction destinés à l'audition de témoins, il faut entendre ceux-ci, même sur les allégués du défaillant et s'agissant de témoins convoqués à la demande de celui-ci. L'art. 147 al. 2 CPC implique aussi à notre avis que le défaillant qui par exemple arriverait en retard, mais alors que l'audience n'est pas encore terminée, puisse participer normalement à la fin des débats, sans toutefois être admis, sauf par une restitution, à revenir sur les opérations effectuées en son absence²⁴.

²² En cas de défaut d'un plaideur à des débats d'instruction destinés notamment à tenter la conciliation, cette tentative ne pourra évidemment avoir lieu, sauf peut-être dans un procès à plus de deux parties.

²³ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 147 N 9.

²⁴ Notamment dans des débats d'instruction consacrés à entendre des témoins (art. 226 al. 3 CPC) le défaillant initial arrivant en cours d'audience pourra selon nous par exemple pleinement participer à la fin des auditions, y compris en faisant

30. L'art. 147 al. 2 CPC ne signifie évidemment pas que le défaut dans les cas visés n'ait aucune conséquence. Il fait en particulier perdre au défaillant les droits qu'il n'aurait eu que cette occasion d'exercer. Ainsi, l'art. 229 al. 2 *a contrario* CPC implique que la partie qui, dans le cadre d'un second échange d'écritures ordonné selon l'art. 225 CPC, ne dépose pas à temps de réplique ou de duplique perdra sa seconde et dernière chance d'alléguer librement des faits ou proposer des moyens de preuve²⁵. Il en irait pareillement, d'après la même disposition, en cas de non-comparution à des débats d'instruction destinés à compléter l'état de fait. L'intimé à un appel qui ne dépose pas de réponse au sens de l'art. 312 CPC perd le droit d'intenter un appel joint (art. 313 CPC), etc. Relevons enfin que, dans les hypothèses visées par les art. 63 et 288 al. 3 CPC, l'inobservation d'un délai pour introduire une nouvelle action se traduit seulement par la perte de la « litispendance rétroactive » prévue par ces dispositions²⁶.

d) Autres sanctions du défaut ?

31. Si les trois catégories évoquées plus haut embrassent l'essentiel des conséquences possibles d'un défaut, d'autres conséquences accessoires sont encore possibles, isolément ou à côté de celles déjà évoquées. En particulier le juge pourrait parfois charger le défaillant de frais engendrés par son inaction, voire le sanctionner disciplinairement ou le faire comparaître par exécution forcée.
32. Un cas particulier de frais mis à la charge d'une partie n'observant pas un délai est prévu par l'art. 131 al. 2 *in fine* CPC : la partie

poser ou posant directement (art. 173 CPC) des questions complémentaires sur les points évoqués en sa présence, mais non revenir sur des questions posées auparavant.

²⁵ S'agissant du demandeur, le défaut de réplique lui fait aussi perdre le droit de demander le cas échéant un appel en cause en lien avec des conclusions reconventionnelles de son adversaire (art. 82 al. 1^{er} CPC).

²⁶ Cela peut naturellement avoir d'importantes conséquences par rapport à l'art. 64 CPC ou en droit matériel, mais n'empêche en soi pas la ou les parties d'ouvrir une nouvelle action après l'expiration des délais légaux de l'art. 63 al. 1^{er} ou al. 3 CPC ou du délai judiciaire de l'art. 288 al. 3 CPC.

enjointe de déposer des exemplaires supplémentaires d'une écriture qui ne s'exécute pas se verra chargée du coût de copies faites par le tribunal. Un résultat partiellement semblable se rencontre si une partie manifestement incapable de procéder est invitée à commettre un représentant et ne le fait pas dans le délai imparti : l'art. 69 al. 1^{er}, 2^e phrase CPC prévoit en effet une conséquence *sui generis* de cette inaction, soit la désignation d'un mandataire par le tribunal. Bien que le texte légal n'en dise rien, il faut admettre alors que ledit mandataire sera rémunéré aux frais de la partie concernée, à moins évidemment qu'elle n'obtienne une couverture de ces frais dans le cadre de l'assistance judiciaire²⁷.

33. Même en l'absence de disposition légale liant expressément cette conséquence à un défaut, un défaillant peut au surplus de façon générale être tenu pour à l'origine de frais inutiles à mettre à sa charge selon l'art. 108 CPC. Il en ira ainsi par exemple de la partie qui ne se présente pas à des débats d'instruction convoqués pour tenter la conciliation²⁸, du témoin qui ne se comparait pas à une audience convoquée pour son audition²⁹, etc.
34. Le défaillant peut parfois aussi être sanctionné disciplinairement. C'est en particulier le cas pour un tiers, par exemple le témoin ne déférant pas à une citation à comparaître envisagée plus haut. L'art. 167 al. 2 CPC assimile en effet expressément un tel défaut à un refus injustifié de collaborer. Des sanctions disciplinaires (blâme ou amende jusqu'à CHF 1'000.-) selon l'art. 128 al. 1^{er} CPC peuvent en outre être envisagées contre une partie défaillante, mais seulement dans des circonstances particulières. La question a surtout été débattue et a fait l'objet de jurisprudences partiellement contradictoires ainsi que d'une proposition de révision de l'art. 206 CPC, actuellement pendante devant les Chambres fédérales, à propos du défendeur ne comparaisant pas dans la procédure de conciliation, de telle sorte que nous en traiterons à propos du défaut lors de celle-ci (N 58 s. ss ci-après).

²⁷ Cf. CR CPC-JEANDIN, art. 69 N 7.

²⁸ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 108 N 26.

²⁹ Cf. art. 167 al. 1 let. d CPC.

35. Parfois le Code de procédure de 2008 attache à certaines formes de défaut des conséquences sur l'appréciation des preuves. Certes, il précise d'abord que le tribunal ne saurait inférer d'un refus légitime de collaborer d'une partie ou d'un tiers que le fait allégué est prouvé (art. 162 CPC). En cas de refus injustifié d'une partie en revanche, l'art. 154 CPC prescrit au tribunal d'en tenir compte lors de l'appréciation des preuves. Cela permet de sanctionner notamment le plaideur qui ne produit pas une pièce requise dans le délai imparti ou qui se soustrait indûment par exemple à un interrogatoire ou une déposition de parties en ne donnant pas suite à une convocation³⁰.
36. Resterait enfin une éventuelle exécution forcée, directe ou indirecte. Elle fait notamment partie des conséquences possibles d'un refus de collaborer d'un tiers selon l'art. 167 al. 1 let. b (exécution forcée indirecte sous forme de menace des sanctions de l'art. 292 CP) ou let. c (exécution forcée directe par mise en œuvre de la force publique) CPC. Si l'on excepte des mesures ne se rattachant plus au procès contentieux proprement dit³¹, une telle solution est plus exceptionnelle à l'égard des parties. En particulier, elle n'est pas prévue en cas de refus de collaborer de celles-ci, refus qui peut en revanche être pris en considération, on l'a vu, dans l'administration des preuves³². Dans un cas où le Code de 2008 ne s'applique le cas échéant que par analogie, elle est toutefois expressément possible selon l'art. 448 al. 1^{er}, 3^e phrase CC. On admet en outre généralement qu'elle puisse être ordonnée dans les cas où ledit code affranchit des règles ordinaires sur le droit de ne pas collaborer en

³⁰ Cf. CR CPC-JEANDIN, art. 64 N 10, pour qui l'art. 167 al. 2 CPC assimilant le défaut d'un tiers à un refus injustifié de collaborer peut s'appliquer par analogie.

³¹ Selon l'art. 343 CPC, des mesures d'exécution forcée directes ou indirectes sont notamment possibles à défaut d'exécution par une partie d'une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer. Par ailleurs l'exécution forcée selon les règles du droit des poursuites des décisions portant sur le versement d'une somme ou la fourniture de sûretés, y compris en matière de frais au sens large, est réservée par l'art. 335 al. 2 CPC.

³² Cf. N 35 ci-dessus. Cette sanction spécifique doit probablement conduire à considérer que le législateur n'a délibérément pas voulu d'une application possible des mesures d'exécution forcée contre les tiers, permises par l'art. 167 CPC, qui n'est donc sans doute pas applicable par analogie au refus injustifié de collaborer d'une partie, cf. CR CPC-JEANDIN, art. 164 N 1.

matière de procédure applicable aux enfants dans les affaires du droit de la famille (art. 296 al. 2, 2^e phrase CPC)³³.

4. Impossibilité d'un défaut partiel ?

37. Tel que l'a conçu le législateur, le défaut dans le cadre du Code de 2008 ne nous paraît pouvoir être que complet. Si une partie n'a fait qu'imparfaitement ce qui était attendu d'elle, il faudra apprécier le cas échéant si cela est suffisant pour qu'elle ne soit pas tenue pour défaillante. Ainsi lorsqu'elle avait un délai pour déposer un acte, elle devra être jugée telle si elle n'a rien fait, mais également si elle a accompli dans ledit délai un acte sans rapport avec celui attendu³⁴. En revanche si elle a déposé un acte qui par sa nature correspond à ce dernier, la question d'un défaut ne se pose plus, même si ledit acte est imparfait³⁵.
38. Cela peut paradoxalement être parfois un inconvénient pour la partie concernée : s'il n'y a pas de défaut, il n'y a en effet pas non plus de restitution possible. En conséquence, la partie qui a par exemple déposé un acte recevable, mais ne comportant pas des éléments qu'elle aurait pu y inclure ne saurait passer par les

³³ Le Tribunal fédéral a ainsi notamment jugé admissible le recours contre une partie à des sanctions relevant de l'exécution forcée selon l'art. 343 CPC (TF 5A_492/2016 du 5 août 2016, consid. 3.3) et notamment à une commination selon l'art. 292 CPC (ATF 143 III 624, consid. 6.2.2 ; TF 5A_745/2014 du 16 mars 2015, consid. 4) pour la forcer à se prêter à des investigations dans le cadre d'une recherche en paternité. Sur cette question qui reste délicate et controversée en raison notamment de l'exigence d'une base légale expresse lorsque de telles investigations impliquent une atteinte à la liberté personnelle, voire à l'intégrité corporelle s'agissant par exemple de prises de sang, cf. CR CPC-JEANDIN, art. 164 N 11 et art. 296 N 12, et les réf. citées.

³⁴ A notre avis par exemple, présenter le dernier jour d'un délai supplémentaire de réponse selon l'art. 223 al. 1^{er} CPC une requête de preuve à futur (art. 158 CPC) n'empêcherait pas un jugement par défaut selon l'art. 223 al. 2 CPC, au moins si l'intéressé n'a pas pris la précaution de demander aussi une prolongation du délai supplémentaire en question jusqu'à droit connu sur cette requête. Il n'en irait en revanche pas ainsi si l'autre acte déploie un effet suspensif automatique, comme une demande de sûretés selon les art. 99 ss CPC (cf. CR CPC-TAPPY, art. 101 N 26).

³⁵ Une imperfection notamment formelle devrait alors plutôt conduire à la mise en œuvre du mécanisme de l'art. 132 CPC.

art. 148 s. CPC pour y remédier : par exemple le défendeur qui a déposé une réponse sans y inclure de demande d'appel en cause ou de conclusions reconventionnelles comme le lui permettaient les art. 81 al. 1^{er} ou 224 al. 1^{er} CPC est à notre avis définitivement déchu de toute possibilité de le faire. Sous réserve de l'art. 56 CPC, dont la jurisprudence a du reste réduit la portée à peu de chose s'agissant d'une partie assistée, il en va de même de celui qui a déposé une réplique ou une duplique dans le cadre d'un second échange d'écritures en procédure ordinaire selon l'art. 225 CPC, en omettant d'y inclure certaines allégations ou offres de preuves pertinentes : il ne saurait obtenir par une restitution le droit de compléter ultérieurement celles-ci, en dehors des novas visés par l'art. 229 al. 1^{er} CPC. Il s'agit là d'une différence importante par rapport aux possibilités de réforme qu'accorderaient notamment certaines procédures civiles de cantons romands sous l'ancien droit.

39. L'impossibilité d'un défaut partiel vaut également pour des cas de défaut non liés au dépôt d'un acte. Ainsi une partie qui comparait personnellement à l'audience à laquelle elle a été citée ne saurait à notre avis être traitée comme défaillante, même si elle déclare ne pas vouloir procéder ou si elle s'avère incapable de le faire. Dans ce dernier cas, c'est aux remèdes de l'art. 69 CPC, dont la jurisprudence a aussi passablement réduit la portée, qu'il faut songer³⁶.
40. On ne saurait guère concevoir non plus qu'une partie dans ce cadre soit jugée apte à procéder pour une partie des opérations prévues à ladite audience mais pas pour d'autres, pas plus qu'un représentant ne pourrait selon nous être considéré comme pouvant remplacer seulement partiellement un plaideur non présent personnellement. L'art. 396 al. 3 CO exigeant un pouvoir spécial pour transiger n'y change à notre avis rien : si une partie a le droit de se faire représenter, par exemple à des débats d'instruction selon l'art. 226 CPC auxquels sa comparution personnelle n'a pas été exigée, il faudra simplement, si une solution transactionnelle est trouvée avec son mandataire, lui donner un délai pour l'approuver formellement.

³⁶ Même si une telle solution serait peut-être souhaitable *de lege ferenda*, les dispositions du code actuel ne nous paraissent pas permettre de tenir pour défaillant celui qui comparait en s'étant mis temporairement hors d'état de procéder, par exemple s'il est ivre.

Et lorsque le droit procédural exige un représentant habilité par écrit à transiger (art. 204 al. 3 let. c CPC), le non-respect de cette condition permet de tenir celui qui s'est fait représenter irrégulièrement pour totalement défaillant, sans qu'il faille envisager d'autoriser le mandataire en question à agir pour d'autres opérations que la conciliation proprement dite, par exemple une instruction selon l'art. 203 al. 2 CPC.

41. Ce qui précède nous paraît valoir *mutatis mutandis* pour l'absence de versement à temps d'une avance ou de sûretés. Dans ce cas un paiement partiel ne suffit évidemment pas à empêcher le cas échéant une sanction selon l'art. 101 al. 3 CPC. Retenir un défaut partiel ne nous paraît pas envisageable dans une telle hypothèse³⁷ et, sous réserve de règles de protection de la bonne foi³⁸, l'art. 132 CPC ne nous semblerait pas non plus applicable par analogie³⁹.
42. L'absence de défaut partiel n'exclut pas en revanche qu'en cas de cumul objectif ou subjectif des conséquences particulières d'un défaut ne puisse concerner que certaines conclusions ou certaines parties. Ainsi, faute de paiement de l'avance de frais réclamée à la suite d'une demande reconventionnelle, le tribunal pourrait être amené à ne pas entrer en matière sur celle-ci en application de l'art. 101 al. 3 CPC, mais la procédure devrait se poursuivre

³⁷ Peut-être faut-il toutefois réserver l'hypothèse d'une avance de frais selon l'art. 102 CPC, destinée à couvrir les frais d'administration de plusieurs preuves, par exemple plusieurs auditions de témoins : dans ce cas peut-être seule une partie de ces preuves pourraient-elles ne pas être administrées en cas de paiement partiel, au besoin après interpellation de la partie en question sur les témoignages à abandonner.

³⁸ Si par exemple une partie étrangère fait un versement qui parvient à temps sur le compte du tribunal, mais amputé en raison d'un problème de taux de change ou de frais de virement international d'une partie minimale de la somme due, l'art. 52 CPC imposerait à notre avis de lui accorder, même sans qu'elle ait sollicité une prolongation de délai en temps utile, un bref laps de temps supplémentaire pour compléter son paiement.

³⁹ En revanche une telle application par analogie se justifie à notre avis si une partie répond à une demande de sûretés en envoyant à temps une garantie bancaire ou d'assurance (art. 99 al. 1^{er} CPC) dont le tribunal ne juge pas le libellé suffisant. On se trouve en effet alors dans une situation très proche du dépôt d'un acte formellement irrégulier. Sur l'application possible dans ce cas des règles sur les actes de procédure, cf. N 18 ci-dessus.

normalement sur les prétentions principales du demandeur. De même, dans le cas, assez fréquent notamment en matière de contestation de hausse de loyer, où plusieurs demandeurs ont saisi l'autorité de conciliation en consorité simple, le défaut de certains desdits consorts devant celle-ci n'entraîne les conséquences de l'art. 206 al. 1^{er} CPC que pour eux.

B. Hypothèses de défaut les plus importantes

43. Toutes les hypothèses de défaut évoquées ci-dessus et leurs sanctions variables n'ont évidemment pas la même importance dans la pratique judiciaire. Pour celle-ci, sont particulièrement significatifs les cas visés par les art. 101 al. 3, 206, 223 al. 2 et 234 al. 1^{er} CPC. Sans prétendre consacrer ici une étude exhaustive à ces quatre dispositions, pour laquelle nous pouvons renvoyer aux commentaires systématiques des articles en question, il vaut la peine d'en dire pour chacune quelques mots.

1. Défaut persistant de paiement des avances de frais ou sûretés requises (art. 101 al. 3 CPC)

44. On l'a vu, le législateur a choisi de sanctionner spécialement (et sévèrement) le défaut de paiement d'une avance de frais requise du demandeur : le tribunal n'entrera simplement pas en matière, ce qui implique qu'il devra déclarer la demande irrecevable. Cette irrecevabilité n'emportera certes pas chose jugée sur les prétentions litigieuses, de telle sorte que rien n'empêchera en principe le demandeur d'exercer à nouveau la même action. Toutefois il ne pourra bénéficier d'une « litispendance rétroactive » selon l'art. 63 CPC, de telle sorte que dans certains cas sa prétention pourrait avoir été atteinte dans l'intervalle par une péremption ou une prescription.
45. L'art. 101 CPC ne vise pas que le paiement d'une avance de frais judiciaire requise du demandeur, mais aussi le défaut de constitution de sûretés en garantie des dépens lorsque la fourniture de telles sûretés a été ordonnée selon l'art. 99 CPC. Le cas est en pratique beaucoup moins fréquent. Aussi n'en traiterons-nous pas en détail ici, nos remarques relatives au défaut persistant de paiement d'une avance de frais valant en général *mutatis mutandis*. Rappelons

cependant qu'au contraire des avances de frais, les sûretés selon l'art. 99 CPC peuvent être fournies autrement que par un versement d'argent, l'art. 100 al. 1^{er} CPC admettant aussi la remise d'une garantie d'une banque ou d'une assurance. Dans ce cas, des hésitations peuvent se produire sur le caractère suffisant ou non de la garantie en question et dans ce cadre les art. 56 et 132 CPC pourraient à notre avis s'appliquer par analogie⁴⁰.

46. La sévérité du législateur a été tempérée par deux cautèles en faveur du demandeur défaillant au sens de l'art. 101 al. 3 CPC. D'une part et conformément à la règle générale de l'art. 147 al. 3 CPC, le demandeur doit avoir été rendu attentif aux conséquences à cet égard d'un défaut⁴¹. D'autre part, s'il ne respecte pas le délai de paiement imparti, il aura droit d'abord selon l'art. 101 al. 3 *principio* CPC à la fixation d'un délai supplémentaire (*Nachfrist*), seule l'inobservation de ce dernier pouvant donner lieu à un prononcé d'irrecevabilité.
47. Ce délai supplémentaire doit être accordé d'office si le délai ordinaire dont bénéficiait le demandeur pour payer l'avance exigée de lui n'a pas été respecté⁴². Comme ledit délai ordinaire est un délai judiciaire prolongeable aux conditions de l'art. 144 CPC, rien n'empêche que le délai supplémentaire soit fixé alors que l'intéressé a déjà bénéficié d'une ou plusieurs prolongations. Par ailleurs le délai supplémentaire lui-même est aussi judiciaire et prolongeable. Vu sa nature, il ne devrait toutefois sans doute l'être que très brièvement ou pour des motifs particulièrement importants⁴³.

⁴⁰ Cf. N 18 et 41 n. 39 ci-dessus.

⁴¹ Selon nous, cet avis des conséquences du défaut doit avoir été donné avant un éventuel prononcé d'irrecevabilité, mais peut l'être aussi bien avec la fixation initiale du délai qu'au moment de l'octroi d'un délai supplémentaire, voire séparément (par exemple verbalement lors de débats d'instruction).

⁴² Il ne saurait en revanche l'être si le délai ordinaire n'est pas encore échu, y compris si cette échéance est formellement survenue mais que le demandeur a présenté auparavant de bonne foi une requête de prolongation sur laquelle il faut encore statuer, cf. OGer ZH, II. Zivilkammer, NG190005 du 5 mars 2019, Ius/focus 10/2019 p. 21.

⁴³ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 101 N 21.

48. Outre une prolongation selon l'art. 144 CPC, les délais ordinaires et supplémentaires pour verser des avances peuvent naturellement bénéficier des reports ou suspensions prévue par les art. 142 ss CPC (voire par du droit d'urgence comme celui lié à la crise du Coronavirus au printemps 2020) si les conditions en sont remplies. On admet aussi qu'une demande d'assistance judiciaire produit à cet égard et jusqu'à la décision à son sujet un effet suspensif automatique⁴⁴. Il suffit probablement qu'elle soit présentée avant le dernier jour du délai supplémentaire, sans qu'on puisse reprocher à notre avis au demandeur un abus de droit à ne pas avoir demandé cette assistance plus tôt, du moins en dehors de circonstances particulières. Par ailleurs une demande de *provisio ad litem* destinée à obtenir d'un conjoint un versement destiné à couvrir l'avance de frais en souffrance pourrait aussi parfois entraîner une telle suspension⁴⁵.
49. Vu l'existence d'une règle spéciale à l'art. 102 al. 3 CPC⁴⁶, l'art. 101 al. 3 CPC ne s'applique pas aux avances de frais requises pour l'administration de preuves. Pour le surplus, son champ d'application est large. Malgré le terme de « tribunal » utilisé par le législateur à l'art. 101 CPC, il s'applique en première instance aussi bien à des demandes d'avances destinées à couvrir les frais judiciaires d'une procédure de conciliation dans les cas où ceux-ci ne sont pas exclus par l'art. 113 al. 2 CPC⁴⁷ qu'à celles relatives à la procédure au fond. On l'a dit, l'art. 101 al. 3 CPC peut sans doute concerner des conclusions actives prises par un défendeur, par exemple à titre reconventionnel, voire à la suite d'un appel en cause⁴⁸. Il vise aussi la deuxième instance⁴⁹ et en pratique,

⁴⁴ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 101 N 23.

⁴⁵ Cf. ATF 138 III 672 et CR CPC-TAPPY, art. 101 N 23 *in fine*. Il n'est pas certain cependant qu'un tel effet suspensif découle de plein droit de la demande de *provisio ad litem*, qui pourrait d'ailleurs parfois devoir être adressée à un autre juge, de telle sorte que la prudence voudrait qu'en demandant celle-ci, l'intéressé sollicite une prolongation jusqu'à droit connu du délai ordinaire ou supplémentaire pour payer l'avance exigée de lui.

⁴⁶ Cf. N 41 n. 37 ci-dessus.

⁴⁷ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 98 N 12.

⁴⁸ Cf. N 24 ci-dessus et CR CPC-TAPPY, art. 98 N 13.

⁴⁹ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 98 N 14.

l'application de ces règles aux avances de frais requises dans le cadre d'un appel ou d'un recours *stricto sensu* selon les art. 308 ss ou 319 ss CPC, n'est pas rare. L'art. 101 al. 3 CPC peut d'ailleurs aussi s'appliquer, si le tarif cantonal prévoit dans ce cas une avance de frais, dans le cadre de demande ou de requête de révision (art. 328 ss CPC), d'interprétation ou de rectification (art. 334 CPC) ou encore d'exécution forcée non pécuniaire (art. 335 ss CPC).

50. Selon l'art. 106 al. 1^{er} CPC, la partie succombante est le demandeur lorsque le tribunal n'entre pas en matière. Comme c'est précisément ce que prévoit l'art. 101 al. 3 CPC en cas de défaut persistant de versement de l'avance des frais, la décision d'irrecevabilité rendue dans ce cas devrait mettre les frais éventuels de la procédure ainsi avortée à la charge dudit demandeur⁵⁰, sans qu'il y ait de place en principe pour une répartition en équité selon l'art. 107 CPC⁵¹. Le tarif cantonal des frais (art. 96 LTF) ne saurait prévoir une autre règle de répartition, mais il peut en revanche soit limiter dans ce cas les frais en question à une somme très faible, soit en dispenser totalement selon l'art. 116 al. 1^{er} CPC. En pratique c'est ce qu'ont fait divers cantons, notamment romands, sans doute essentiellement pour éviter des difficultés de recouvrement dans des cas où, précisément, le tribunal ne détient pas d'avance permettant d'éviter de telles difficultés.

2. Défaut de comparution en procédure de conciliation (art. 206 CPC)

51. Les règles de l'art. 206 CPC sur l'absence de comparution en procédure de conciliation sont peut-être, parmi les dispositions sur le défaut, celles qui jouent le plus de rôle en pratique et certainement celles qui ont le plus occupé jusqu'à présent le Tribunal fédéral et la doctrine. Nous avons vu qu'elles prévoyaient des conséquences distinctes en cas de défaut du demandeur (cause réputée sans objet et rayée du rôle selon l'alinéa 1^{er}) ou du défendeur (poursuite de la procédure comme si elle n'avait pas abouti à un accord selon

⁵⁰ Cf. ATF 139 III 334 et CR CPC-TAPPY, art. 101 N 38.

⁵¹ Ce n'est en particulier pas à nos yeux un cas de procédure devenue sans objet selon l'art. 107 al. 1 let. e CPC, qui réserve d'ailleurs les règles légales contraires.

l'alinéa 2). L'alinéa 3 serait en réalité superflu, puisqu'il prévoit au fond que la sanction en cas de défaut des deux parties reste celle prévue en cas de défaut du seul demandeur.

52. La fréquence des cas d'application de l'art. 206 CPC est probablement essentiellement due aux exigences de comparution personnelles imposées par l'art. 204 CPC. Sauf dans un certain nombre d'hypothèses limitatives⁵², une partie ne peut pas valablement se faire représenter au lieu de se présenter personnellement, que ce soit par un mandataire professionnel ou par une personne de confiance. Le droit fédéral régit à cet égard exhaustivement la matière, de telle sorte qu'une tentative du canton de Genève pour adoucir localement ces règles n'a pas trouvé grâce devant les juges de Mon-Repos⁵³.
53. Dans ce contexte, des défauts de comparution régulière, qui ne peuvent être compensés par une représentation, sont assez fréquents : tantôt ce sont des personnes morales qui ne respectent pas les exigences pour la comparution personnelle d'une telle entité ; tantôt ce sont des conjoints simples qui ne se présentent pas tous ... Cette dernière hypothèse se rencontre en particulier en cas de contestation de hausse de loyer par de multiples locataires d'un même immeuble, qui ne se sentent pas tous très concernés et ne sont pas toujours disposés à se libérer pour comparaître. Relevons que si, dans une telle hypothèse, un seul desdits conjoints fait défaut, soit qu'il n'ait simplement pas déferé à sa convocation, soit qu'il ait

⁵² La liste des cas de dispense prévue par l'art. 204 al. 3 CPC est exhaustive, cf. TF 4A_208/2019 du 30 janvier 2020, consid. 3.1. A côté de conditions bien délimitées objectivement, comme le domicile en dehors du canton ou à l'étranger (let. a), l'art. 204 al. 3 CPC envisage des situations comme de justes motifs (let. b *in fine*), qui accordent un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité de conciliation, mais le Tribunal fédéral a récemment jugé que la *ratio legis* impliquait de n'admettre de tels justes motifs qu'avec circonspection (TF 4A_588/2019 du 12 mai 2020, consid. 6.2 : des tensions entre les parties ne suffisent pas). Il a aussi précisé que le demandeur ne pouvait être dispensé de se présenter même si le défendeur avait annoncé qu'il ne viendrait pas (TF 4A_416/2019 du 5 février 2020), tout en admettant qu'un juste motif admissible pouvait résulter du fait que la conciliation avait déjà été vainement tentée exactement entre les mêmes personnes et sur les mêmes prétentions dans une procédure précédente ayant pris fin sans autorité de chose jugée (TF 4A_208/2019 précité).

⁵³ TF 4C_1/2013 du 25 juin 2013.

voulu envoyer quelqu'un à sa place en dehors des hypothèses de l'art. 204 al. 3 CPC, il sera seul concerné par la sanction prévue par l'art. 206 al. 1^{er} CPC. La cause se poursuivra en revanche normalement pour les consorts valablement présents ou représentés, ce qui sans correspondre à un défaut partiel implique une sorte de division de cause (art. 125 let. b CPC) implicite.

54. Analyser ici en détail les conditions auxquelles une personne morale peut être considérée comme comparaisant personnellement ou celles où une dispense de comparaître personnellement selon l'art. 204 al. 3 CPC est admissible excéderait les limites de la présente étude. Relevons simplement ici qu'il s'agit de conditions légales, ne dépendant pas d'une dispense de comparution personnelle préalablement accordée par l'autorité de conciliation. Certes, il est fréquent qu'une partie estimant remplir une des conditions de l'art. 204 al. 3 CPC écrive en ce sens à cette dernière avant l'audience, ne serait-ce que pour que celle-ci puisse informer la partie adverse qu'il y aura représentation, conformément à l'art. 204 al. 4 CPC. On considère cependant en général cette dernière disposition comme une règle d'ordre, de telle sorte que celui qui est en droit selon les conditions précitées de se faire représenter peut en réalité envoyer un mandataire à sa place sans autorisation préalable. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs eu récemment l'occasion de préciser qu'une partie qui avait écrit deux jours avant l'audience de conciliation pour invoquer un motif de dispense de comparution personnel en réalité insuffisant au regard de l'art. 204 al. 3 let. b CPC, cela sans que l'autorité de conciliation ait réagi, ne pouvait déduire de ce silence un quelconque droit à une protection fondée sur la bonne foi au sens de l'art. 52 CPC⁵⁴.
55. Un défaut de comparution selon l'art. 206 CPC suppose que la personne convoquée ne s'est pas présentée elle-même ou par l'envoi de quelqu'un d'apte à la représenter à l'endroit et à l'heure prévus. Les lois de procédure civile cantonales prévoyaient souvent qu'elle ne pouvait être déclarée défaillante qu'après avoir été formellement proclamée (pour éviter que, par ex. dans un palais de justice un peu labyrinthique, elle soit simplement en train d'attendre derrière la

⁵⁴ TF 4A_588/2019 du 12 mai 2020, consid. 6.1.

mauvaise porte) et passé un temps d'attente pouvant aller jusqu'à une heure (*Respektstunde*, destinée à éviter que les graves conséquences du défaut sanctionnent un retard minime). De telles cautions ne figurent pas dans le Code de 2008. S'agissant d'un temps d'attente en particulier, le législateur n'en a notamment pas voulu pour ne pas entraver la célérité de la justice.

56. L'interdiction du formalisme excessif empêche cependant sans doute de retenir le défaut de quelqu'un qui se présente effectivement avec seulement quelques minutes de retard. Un arrêt pénal récent a notamment admis que cette interdiction était violée dans un cas où un plaideur avait été considéré comme défaillant alors qu'il était arrivé 17 minutes après l'heure fixée pour sa comparution, certes compte tenu de circonstances incluant un enjeu important et l'absence de conséquences graves qu'aurait eue une audience tenue malgré ce retard pour la marche des affaires agendées devant le tribunal en question⁵⁵. On peut peut-être transposer cette jurisprudence en matière civile. Quant à l'hypothèse d'une partie attendant au mauvais endroit sans qu'une proclamation officielle ait permis de s'en rendre compte, elle devrait à notre avis se régler en admettant, pour autant que cette partie rende la chose vraisemblable, un défaut imputable seulement à une faute légère et donc susceptible de restitution selon l'art. 148 CPC.
57. En cas de défaut du demandeur, la sanction prévue par l'art. 206 al. 1^{er} CPC est que la cause est réputée sans objet et rayée du rôle⁵⁶. Cela n'entraîne pas d'effet de chose jugée sur le fond et n'empêche en conséquence pas la partie en question de présenter une nouvelle requête, de telle sorte que souvent cette sanction n'entraîne pas de conséquence irrémédiable. Il en va différemment cependant si l'action en question était soumise selon le droit matériel à un délai de déchéance qui ne peut plus être respecté. Nous verrons que le

⁵⁵ ATF 145 I 201.

⁵⁶ C'est la seule chose que peut faire dans un tel cas l'autorité de conciliation, sous réserve de l'hypothèse qui sera évoquée plus loin d'une restitution conduisant à convoquer une nouvelle audience. Le Tribunal fédéral a récemment confirmé que ladite autorité ne pouvait, en cas de défaut de comparution du demandeur, ni rendre une proposition de jugement selon l'art. 210 CPC, ni délivrer une autorisation de procéder (TF 4A_588/2019 du 12 mai 2020, consid. 6.3).

Tribunal fédéral a tenté d'en tenir compte par une différence dans les voies de droit admissibles alors en matière de restitution (N 136 ci-après).

58. Par rapport à de tels cas pouvant parfois entraîner la perte définitive d'un droit, la règle de l'art. 206 al. 2 CPC précisant qu'en cas de défaut du défendeur « l'autorité de conciliation procède comme si la procédure n'avait pas abouti à un accord (art. 209 à 212) » paraît bien anodine. En pratique c'est quasiment l'absence de toute conséquence d'un tel défaut, au moins si la valeur litigieuse excède CHF 2'000.-⁵⁷. Certains ont dès lors recherché une autre manière de sanctionner le défendeur défaillant, en lui infligeant une amende disciplinaire selon l'art. 128 al. 1^{er} CPC. D'abord séduit par une telle solution à condition que l'intéressé ait été prévenu, conformément à l'art. 147 al. 3 CPC, qu'il pourrait encourir une amende s'il ne se présentait pas⁵⁸, le Tribunal fédéral n'a pas tardé à réaliser cependant que cela maltraitait le sens clair de la disposition précitée : on ne peut en effet guère considérer que s'abstenir simplement de prendre part à une audience de conciliation perturbe le déroulement de la procédure ... Aussi a-t-il peu après restreint la jurisprudence précitée au cas où des circonstances particulières (par ex. le défaut de comparution à une deuxième audience d'abord acceptée par le défendeur) pouvait faire admettre une telle perturbation⁵⁹.
59. Tel est *de lege lata* l'état actuel de cette question. *De lege ferenda* en revanche le Conseil fédéral, dans la révision actuellement en cours d'examen devant le Parlement, propose une modification de

⁵⁷ Cf. N 28 ci-dessus. La mention entre parenthèses de l'art. 206 al. 2 CPC implique toutefois que le défaut du défendeur n'empêche pas l'autorité de conciliation de rendre une décision si le demandeur le requiert et que les conditions de l'art. 212 CPC, soit une valeur litigieuse n'excédant pas CHF 2'000.- sont remplies et ce défaut pourrait alors avoir pour conséquence que les allégations dudit demandeur soient tenues pour non contestées et donc retenues même sans preuve, cf. N 92 ci-après.

⁵⁸ ATF 141 III 265. Implicitement cet arrêt a confirmé aussi, conformément à une proposition de la doctrine, que les sanctions disciplinaires de l'art. 128 CPC pouvaient aussi être infligées par une autorité de conciliation même si le texte légal parle seulement du tribunal.

⁵⁹ Cf. TF 4A_500/2016 du 9 décembre 2016.

l'art. 206 CPC qui introduirait un alinéa 4 permettant de punir d'une amende jusqu'à CHF 1'000.- la partie défaillante, d'ailleurs qu'il s'agisse du demandeur ou du défendeur⁶⁰.

60. Enfin l'art. 206 al. 3 CPC prévoit aussi que la procédure était réputée sans objet et rayée du rôle en cas de défaut des deux parties. Nous avons vu que cette disposition n'aurait en réalité pas été nécessaire, car cette solution résulterait même en son absence de l'art. 206 al. 1^{er} CPC. Rappelons encore que les frais de la procédure de conciliation, dans les cas où il peut en être perçu selon l'art. 113 al. 2 CPC *a contrario*, seront alors définitivement à la charge du demandeur⁶¹, qu'il ait été seul défaillant ou que les deux parties ne se soient pas présentées. Cette solution résulte expressément de l'art. 207 al. 1^{er} let. b CPC, qui l'emporte sur la règle de l'art. 107 al. 1^{er} let. e CPC permettant ordinairement un règlement en équité lorsqu'une procédure est devenue sans objet.

3. Défaut persistant de dépôt de la réponse

61. L'absence de dépôt de la réponse malgré la fixation d'un délai supplémentaire devrait constituer le principal cas de jugement au fond par défaut en procédure civile unifiée. Curieusement, il n'a cependant guère suscité de jurisprudence, du moins au niveau supérieur. La doctrine ne s'y est pas non plus beaucoup attachée. A part naturellement les remarques relatives à l'art. 223 CPC dans les nombreux commentaires systématiques du Code de 2008, seule la thèse de SARAH SCHEIWILLER en 2016 s'y est spécialement intéressée depuis l'étude que nous y avons consacrée il y a dix ans⁶².

⁶⁰ Cf. FF 2020 90. La possibilité de mettre aussi une amende disciplinaire au demandeur, déjà touché en cas de défaut par la sanction de l'art. 206 al. 1^{er} ou 3 CPC, qui subsisterait intégralement, nous paraît discutable.

⁶¹ C'est de toute façon la solution légale, même si la procédure de conciliation débouche sur une autorisation de procéder (art. 207 al. 1^{er} let. c CPC), mais dans cette hypothèse une telle répartition n'est pas définitive, puisque si une demande est ultérieurement déposée lesdits frais suivront le sort de la cause (art. 207 al. 2 CPC).

⁶² On pourrait cependant mentionner aussi plusieurs études relatives à la procédure simplifiée en tant que telle ou à des types de litiges fréquemment soumis à cette procédure, notamment en droit du bail ou du travail, qui ont en particulier examiné

Aussi nous contenterons-nous de renvoyer pour l'essentiel à cette dernière, en nous concentrant ici sur quelques problèmes particuliers, touchant soit les cas conduisant à un jugement immédiat, soit ceux où le tribunal décide que la cause n'est pas en état d'être jugée et convoque des débats principaux, pour terminer par quelques remarques sur le champ d'application de l'art. 223 CPC.

a) Jugement par défaut immédiat

62. Le jugement par défaut selon l'art. 223 al. 2, 1^{re} phrase CPC suppose que le défendeur ait par deux fois omis de procéder sur la demande, puisqu'il faut d'abord lui accorder un bref délai supplémentaire si la réponse n'est pas déposée dans le délai imparti (art. 223 al. 1^{er} CPC). Même si la loi précise ici qu'il doit être bref, cette notion de délai supplémentaire (*Nachfrist*) rejoint celle déjà rencontrée à l'art. 101 al. 3 CPC, de telle sorte que nous pouvons renvoyer *mutatis mutandis* aux développements que nous y avons consacrés (N 46 ss ci-dessus). Il en va de même pour le respect de ces deux délais, leurs éventuelles prolongations et suspensions, etc.
63. Rappelons néanmoins que la règle générale de l'art. 147 al. 3 CPC s'applique, de telle sorte que le défendeur doit non seulement s'être vu octroyer un bref délai supplémentaire, mais avoir été informé des conséquences du défaut. Un arrêt récent du Tribunal fédéral s'est montré très généreux pour le défaillant en estimant que, face à une partie non assistée, il ne suffisait pas de l'avoir prévenue que sans réponse dans le délai le juge pourrait rendre directement une décision finale, mais qu'il fallait avoir précisé qu'il pourrait le faire en se fondant sur les seuls faits allégués par le demandeur⁶³.
64. Rappelons aussi que dans certains cas le défendeur peut utiliser le délai ordinaire ou supplémentaire de réponse pour déposer un autre acte susceptible de suspendre le déroulement normal de la phase d'échange des écritures, en particulier s'il requiert l'assistance judiciaire (cf. N 48 ci-dessus). En revanche, le défendeur qui entend

une éventuelle transposition des règles de l'art. 223 CPC dans le cadre de ladite procédure.

⁶³ TF 4A_381/2018 du 7 juin 2019, consid. 2.4.

contester la recevabilité de la demande, notamment pour incompetence du tribunal saisi au fond (mais aussi pour d'autres motifs formels, comme la litispendance selon l'art. 64 CPC, l'invalidité prétendue de l'autorisation de procéder ou son défaut alors qu'elle était obligatoire, etc.) doit normalement le faire dans sa réponse. Celle-ci peut certes être limitée à une telle question (art. 125 let. a et 222 al. 3 CPC), mais seulement si le tribunal en a décidé ainsi. Le défendeur qui souhaite une telle limitation doit donc avoir obtenu une décision en ce sens avant l'échéance du délai supplémentaire selon l'art. 223 al. 1^{er} CPC. A ce défaut, il devrait selon nous déposer par précaution une réponse complète, sous peine d'être déchu de droits qu'il ne pouvait exercer que dans cet acte. Rappelons qu'il n'y a pas à notre avis de possibilité dans ce cadre d'un défaut partiel selon l'art. 223 al. 2 CPC⁶⁴.

65. Pour le surplus, si le défendeur dépose dans le délai ordinaire ou supplémentaire de l'art. 223 al. 1^{er} CPC une réponse formellement irrégulière ou incomplète, un jugement par défaut immédiat ne devrait normalement pas être possible. D'éventuelles corrections pourraient en revanche intervenir à la suggestion du tribunal conformément aux règles des art. 56 ou 132 CPC, aux commentaires desquels on renvoie. Ce n'est que si dans un délai imparti selon l'art. 132 al. 1^{er}, 1^{re} phrase CPC, le défendeur ne procède pas aux rectifications nécessaires que l'application de l'art. 223 al. 2 CPC pourrait à nouveau être envisagée. Selon l'art. 132 al. 1^{er}, 2^e phrase CPC, l'acte initial ne devrait en effet alors

⁶⁴ Cf. N 37 ss ci-dessus. Le défendeur qui déposerait une réponse limitée à la recevabilité sans que le tribunal ait autorisé une telle limitation ne risquerait donc à notre avis pas une décision d'ensemble immédiate selon l'art. 223 al. 2 CPC qui admettrait par exemple la recevabilité de la demande et statuerait sur le fond en retenant faute de contestation les allégués du demandeur sur les autres questions. Il resterait par ailleurs en droit de contester ces derniers dans l'exercice d'une « deuxième chance » selon l'art. 229 al. 2 CPC (TF 4A_498/2019 du 3 février 2020) et sans doute d'introduire lui-même librement dans le même cadre des faits ou des offres de preuves. En revanche il aurait à notre avis définitivement perdu le droit de prendre des conclusions reconventionnelles ou de demander un appel en cause. Par ailleurs, en admettant qu'il ait agi dans le délai ordinaire de réponse, le juge n'aurait pas non plus à lui fixer un délai supplémentaire selon l'art. 223 al. 1^{er} CPC lui permettant de déposer une réponse complémentaire.

pas être pris en considération, ce qui à notre avis devrait conduire à agir comme si aucune réponse n'avait été déposée⁶⁵.

66. Outre le non-respect d'un délai supplémentaire régulièrement fixé, l'art. 223 al. 2, 1^{re} phrase CPC, exige pour que le tribunal passe immédiatement au jugement que la cause soit « en état d'être jugée » (*spruchreif*). Cette notion n'est pas d'emblée claire. Elle apparaît aussi notamment à l'art. 236 CPC, et implique alors qu'une instruction complète formellement régulière ait eu lieu et que le droit des parties d'être entendues ait été dûment respecté⁶⁶, notamment en leur donnant l'occasion de présenter des plaidoiries finales orales ou écrites. L'art. 223 al. 2 CPC vise au contraire une cause pouvant être jugée immédiatement et sans plaidoiries. Il faut donc surtout que les faits réputés constants sur la base des allégués non contestés de la demande permettent au tribunal de statuer. A notre avis, cela doit être la règle, la solution alternative de l'art. 223 al. 2, 2^e phrase CPC (citer la cause aux débats principaux) devant être réservée à des situations où des investigations doivent avoir lieu d'office sur des points soumis à la maxime inquisitoire ou, mais seulement exceptionnellement, sur des points normalement soumis à la maxime des débats mais de la véracité desquels, nonobstant la présomption découlant de l'art. 150 al. 1^{er} CPC, ledit tribunal a des motifs sérieux de douter (art. 153 al. 2 CPC)⁶⁷.
67. En cas de défaut persistant de réponse et si la cause est en état d'être jugée, le juge est tenu de rendre un jugement immédiat. L'art. 223 al. 2, 1^{re} phrase CPC est en effet une *lex specialis*, qui exclut notamment qu'il choisisse de convoquer plutôt des débats d'instruction, même si l'art. 226 al. 1^{er} CPC lui permet en principe de le faire en tout état de la cause. C'est du moins ainsi qu'en a jugé, à juste titre selon nous, le tribunal cantonal lucernois contre la

⁶⁵ Si la réponse irrégulière avait été déposée dans un délai supplémentaire au sens de l'art. 223 al. 1^{er} CPC, il devrait être possible alors de passer à un jugement par défaut immédiat aux conditions de l'art. 223 al. 2 CPC. Si en revanche cet acte irrégulier avait été déposé dans le délai ordinaire de réponse, il faudrait à notre avis encore fixer au défendeur un tel délai supplémentaire, sans pouvoir considérer que le délai fixé selon l'art. 132 al. 1^{er}, 1^{re} phrase CPC en tenait lieu.

⁶⁶ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 236 N 11.

⁶⁷ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 223 N 10 s.

décision duquel le Tribunal fédéral n'a pas jugé le recours interjeté recevable⁶⁸.

68. Un jugement immédiat selon l'art. 223 al. 2 CPC tranchera en règle générale le fond, presque toujours dans le sens d'une allocation des conclusions du demandeur. Certes cette allocation ne sera pas automatique, contrairement à ce que prévoyaient certaines anciennes procédures civiles (cf. N 7 ci-dessus), pas plus qu'on ne saurait assimiler un défaut de réponse à un acquiescement aux conclusions du demandeur⁶⁹. Un état de fait entièrement fondé sur la fiction de véracité des allégués de la demande devrait néanmoins conduire le plus souvent à l'admission de cette dernière. Tout au plus pourra-t-il arriver que le tribunal alloue moins que demandé s'agissant de prétentions (allocation pour tort moral, indemnités selon les art. 336a ou 337c al. 3 CO, etc.) pour lesquelles le juge garde une grande liberté d'appréciation dans le cadre des faits retenus.
69. Qu'en est-il cependant si une demande lacunaire ne contient en réalité pas des allégations suffisantes pour justifier l'admission au moins pour l'essentiel de l'action du demandeur ? Contrairement à ce que prévoyaient jusqu'en 2010 certaines procédures cantonales, l'art. 223 al. 2 CPC ne soumet pas le passage à un jugement par défaut à une requête de ce dernier. A l'extrême, cette disposition pourrait donc conduire à rejeter sur le fond intégralement les conclusions d'une demande faute d'allégations suffisantes.
70. On pourrait y voir la sanction d'une violation par le demandeur d'une règle découlant de la maxime éventuelle et imposant aux parties de faire valoir tous leurs moyens de faits en une fois dans leur première écriture. Cependant le législateur n'a pas inclus expressément ladite maxime éventuelle dans les principes de procédure énumérés aux art. 52 ss CPC. Au contraire, il a consacré en procédure ordinaire un droit inconditionnel à une deuxième chance d'introduire des allégués et offres de preuves (art. 229 al. 2 CPC). Comment concilier ce droit avec un jugement sur la base de

⁶⁸ Cf. TF 4A_479/2013 du 11 octobre 2013 et note DROESE, RSPC 2014 142, appelant à une clarification par un arrêt fédéral.

⁶⁹ Cf. TF 5A_749/2016 du 11 mai 2017, consid. 4.

la seule demande ? Si l'on peut sans doute considérer que le défendeur en est déchu dès lors qu'il a renoncé à faire usage même de sa « première chance » à cet égard (cf. N 76 ci-après), ce n'est pas le cas du demandeur.

71. Aussi faut-il probablement admettre que ce dernier, par exemple s'il a déposé une demande lacunaire sur certains points, qu'il pensait compléter en exerçant la « seconde chance » précitée, dans la mesure nécessaire et en tenant aussi compte des faits que le défendeur aurait admis ou contestés⁷⁰, ne doit pas être privé de cette possibilité d'introduire des allégations complémentaires par le mécanisme de l'art. 223 al. 2 CPC⁷¹. On ne saurait à notre avis aller jusqu'à admettre qu'une cause n'est pas « *spruchreif* » au sens de cette disposition dès que les allégués de la demande sont insuffisants pour permettre l'allocation complète des conclusions prises dans celle-ci. Le législateur nous paraît en effet avoir voulu en règle générale que, dans l'hypothèse visée par l'art. 223 al. 2 CPC, il soit passé immédiatement au jugement, ce qui implique au moins une présomption que le demandeur renonce à l'exercice de la seconde chance précitée. Il faut toutefois à notre avis réserver une manifestation d'intention contraire de l'intéressé.
72. Dès lors le demandeur, s'il se rend compte que les conditions de l'art. 223 al. 2 CPC vont peut-être être réalisées (par ex. lorsqu'il apprend que le délai ordinaire de réponse est resté inobservé et que le défendeur s'est vu impartir un bref délai supplémentaire) et qu'il veut avoir néanmoins la possibilité de compléter les allégués de sa demande, devrait selon nous le faire savoir au tribunal. Alors seulement ce dernier devrait à notre avis tenir compte de cette intention et considérer qu'en conséquence la cause n'est pas en état

⁷⁰ Certains arrêts du Tribunal fédéral incitent à une allégation « en deux temps », d'abord peu développée, puis plus détaillées sur les seuls points non admis par le défendeur, cf. TF 4A_724/2016 du 17 juillet 2017 ; TF 4A_281/2017 du 22 janvier 2018, etc. Il ne nous paraît toutefois nullement certain que cette jurisprudence, qui recourt notamment à l'idée d'un certain devoir des parties d'aider à circonscrire l'administration des preuves en précisant leurs contestations, puisse conduire à retenir comme implicitement admis des faits ne figurant pas expressément dans la demande dans un cas où le demandeur n'a pas du tout procédé.

⁷¹ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 223 N 18 et les réf. citées.

d'être jugée. Il s'agira au fond d'un cas d'application de l'art. 223 al. 2, 2^e phrase CPC, avec une fixation immédiate de débats principaux, à l'ouverture desquels le demandeur pourra concrétiser son intention d'introduire encore des allégués supplémentaires (art. 229 al. 2 CPC).

73. Qu'en est-il si, sur la base des allégués de la demande réputés vrais faute d'avoir été contestés, l'action du demandeur devrait être déclarée irrecevable, par exemple en raison d'une incompétence, de l'absence d'une autorisation de procéder valable, etc. ? Il faut en tout cas nous semble-t-il que le tribunal informe les parties qu'il entend examiner cette question de recevabilité, ce qui pourrait aussi amener le demandeur à manifester l'intention de compléter ses allégations et donc conduire à appliquer plutôt l'art. 223 al. 2, 2^e phrase CPC. Si toutefois la question de recevabilité qui se pose est purement juridique, nous ne voyons pas en quoi la cause ne serait pas en état d'être jugée à l'échéance du délai supplémentaire de réponse. L'absence d'une telle réponse pourrait d'ailleurs être un élément justifiant une irrecevabilité, par exemple pour une incompétence qui aurait pu être couverte si le défendeur avait procédé sur le fond sans s'en prévaloir (cf. notamment art. 18 ou 61 let. a CPC). Nous persistons dès lors à penser qu'un jugement par défaut selon l'art. 223 al. 2 CPC peut dans certains cas déboucher sur un prononcé d'irrecevabilité de la demande⁷².

b) Fixation des débats principaux

74. Si la cause n'est pas en état d'être jugée, elle est citée aux débats principaux (art. 223 al. 2, 2^e phrase, CPC). Le texte légal ne paraît pas laisser d'autre possibilité au tribunal. A notre avis, il ne pourrait donc pas ordonner un second échange d'écritures selon l'art. 225 CPC, même si le demandeur a exprimé le désir de compléter les allégations de sa demande (N 71 s. ci-dessus), ce qu'il devra alors faire à l'ouverture desdits débats selon l'art. 229 al. 2 CPC. Il est possible en revanche, même si la question est controversée, qu'il puisse ordonner des débats d'instruction avant lesdits débats

⁷² Plus sceptique à cet égard, cf. SCHEIWILLER, N 289 ss.

principaux, vu la possibilité d'en convoquer en tout état de la cause prévue par l'art. 226 al. 1^{er} CPC⁷³.

75. La loi ne prévoit pas expressément une décision constatant que la cause n'est pas en état d'être jugée. L'art. 223 al. 2, 2^e phrase CPC suppose toutefois nécessairement une telle décision, qui au besoin pourrait résulter implicitement de la convocation des débats principaux. Il nous paraîtrait néanmoins préférable que le tribunal statue expressément à cet égard, d'autant que cette décision pourrait éventuellement être susceptible d'être attaquée (N 97 ci-après). Dans une affaire récente, le préteur de Lugano avait rendu expressément une décision constatant que la cause n'était pas en état d'être jugée et qu'il fallait des débats principaux notamment au sujet de l'éventuelle réduction d'une peine conventionnelle excessive selon l'art. 163 al. 3 CO⁷⁴. Il s'agit alors d'une sorte d'ordonnance d'instruction, mais ayant des caractéristiques d'une décision incidente selon l'art. 237 CPC⁷⁵, ce qui peut avoir des conséquences s'agissant des voies de droit, mais aussi de la possibilité d'une délégation selon l'art. 124 al. 2 CPC.
76. La poursuite d'une cause qui n'est pas en état d'être jugée ne supprime pas le fait que le défendeur est défaillant par rapport au dépôt de la réponse. Aussi reste-t-il déchu de certaines facultés. C'est évident par rapport à des droits, comme celui d'intenter une action reconventionnelle ou de demander un appel en cause, que la loi ne lui permet pas d'exercer dans un autre acte. Le défaillant est cependant probablement déchu aussi de certains droits qu'il aurait sinon pu exercer également dans le cadre de la « seconde chance » réservée par l'art. 229 al. 2 CPC. Ainsi, même si le tribunal convoque des débats principaux, il n'aura sans doute pas la possibilité de contester à l'ouverture de ceux-ci les allégués de la demande⁷⁶. Peut-

⁷³ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 223 N 22.

⁷⁴ TF 4A_381/2018 précité.

⁷⁵ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 223 N 21.

⁷⁶ C'est bien ce qu'avait considéré le préteur de Lugano dans l'affaire ayant occasionné l'arrêt TF 4A_381/2018 précité, et les juridictions supérieures paraissent avoir admis qu'en principe une telle déchéance se justifiait effectivement, même si elles ont généreusement admis qu'en l'espèce elle ne devait

être a-t-il aussi définitivement perdu la possibilité d'alléguer lui-même des faits ou d'offrir des preuves en dehors des conditions de novas selon l'art. 229 al. 1^{er} CPC⁷⁷, voire de soulever une exception de droit matériel comme la prescription.

77. De telles restrictions n'affectent en revanche évidemment pas le demandeur. Au contraire, nous avons vu que l'un des cas où la cause ne devait pas être tenue pour en état d'être jugée pouvait précisément découler de son intention manifestée de compléter sa demande dans le cadre de son droit à une seconde chance (N 71 s. ci-dessus). Si dans ce cadre le demandeur introduit des allégations nouvelles, celles-ci ne seront toutefois alors évidemment pas réputées admises du seul fait de l'absence de dépôt de la réponse. Au contraire, le défendeur pourra se déterminer à leur sujet, et même à notre avis introduire lui-même des allégués et offres de preuves se rapportant auxdits faits. Cette possibilité devrait en effet pouvoir rentrer alors dans le cadre permis par l'art. 229 al. 1^{er} let. b CPC, de la même manière qu'en cas de double échange d'écritures complet des faits ou offres de preuves du demandeur sont admissibles s'ils répondent à des allégations introduites seulement en duplique par le défendeur⁷⁸.

pas s'appliquer, faute que le défendeur non assisté alors en ait été avisé de manière suffisamment explicite selon l'art. 147 al. 3 CPC.

⁷⁷ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 223 N 23 ; BASTONS-BULLETTI, Conditions et conséquences du défaut de réponse..., N 8, qui relève que la seconde chance de s'exprimer suppose que la première a été utilisée en se référant à un autre arrêt (TF 5A_921/2017 du 16 juillet 2017) ; *contra*, MEIER, Zivilprozessrecht, 411 qui paraît admettre alors le défaillant à dicter librement selon l'art. 229 al. 2 CPC de nouveaux allégués et de nouvelles offres de preuves à l'ouverture des débats principaux. Dans l'arrêt TF 4A_381/2018 précité, certes peu développé, le Tribunal fédéral semble avoir implicitement admis le principe d'une forclusion moyennant un avertissement préalable suffisant au sens de l'art. 147 al. 3 CPC. Il faut probablement distinguer encore les éléments soumis à la maxime des débats, pour lesquels cette déchéance se produit, et ceux soumis à la maxime inquisitoire, qui ne devraient pas être dispensés de preuve, ce qui devrait conduire à appliquer la deuxième phrase de l'art. 223 al. 2 CPC plutôt que la première, et pour lesquels une forclusion du défendeur n'ayant pas déposé de réponse ne nous paraît guère compatible avec l'art. 229 al. 3 CPC.

⁷⁸ Cf. TF 4A_61/2017 du 31 août 2017, consid. 6 et CR CPC-TAPPY, art. 229 N 5.

c) Application en dehors de la procédure ordinaire ?

78. L'art. 223 CPC est inclus dans les règles concernant la procédure ordinaire. Toutefois celles-ci peuvent s'appliquer par analogie aux autres procédures (art. 219 CPC). Savoir si et dans quelle mesure cela doit être le cas pose des questions généralement non tranchées à ce jour par le Tribunal fédéral et sur lesquelles il n'existe pas de consensus doctrinal⁷⁹. *Brevitatis causa*, nous nous bornerons à cet égard aux quelques éléments suivants :
79. Dans le cadre de la procédure ordinaire, l'art. 223 CPC s'applique exclusivement au défaut persistant de réponse au sens de l'art. 222 CPC. Ni la possibilité d'un jugement par défaut, ni en conséquence la nécessité comme cautèle particulière de l'octroi d'un délai supplémentaire ne sont applicables si une partie omet de déposer à temps une réplique ou une duplique écrite dans le cadre d'un second échange d'écritures selon l'art. 225 CPC, pas plus d'ailleurs qu'une plaidoirie écrite selon l'art. 232 al. 2 CPC.
80. Quant au défaut de réponse écrite à une demande reconventionnelle (art. 224 al. 3 CPC), elle devrait être soumise aux règles concernant les réponses, ce qui pourrait conduire à accorder au demandeur un délai supplémentaire selon l'art. 223 al. 1^{er} CPC. En revanche l'art. 223 al. 2, 1^{re} phrase CPC ne pourra guère être applicable si le défaut persiste, puisqu'une instruction normale restera en principe nécessaire sur les prétentions principales du demandeur. Il faudrait donc appliquer l'art. 223 al. 2, 2^e phrase CPC, en transposant le cas échéant *mutatis mutandis* ce qui est dit plus haut sur les déchéances frappant dans ce cadre le défaillant.
81. En dehors de la procédure ordinaire, la question la plus débattue porte sur une éventuelle application par analogie en procédure simplifiée. Selon nous un jugement par défaut n'est pas compatible

⁷⁹ Outre aux commentaires de l'art. 223 CPC, on peut renvoyer à cet égard aux commentaires de dispositions particulières par rapport auxquelles cette question peut se poser, comme l'art. 245 ou 253 CPC ainsi qu'aux développements de SCHEIWILLER. Des remarques ou suggestions à cet égard figurent en outre souvent dans des études relatives à des procédures particulières par exemple par rapport au droit du bail ou du travail.

avec les caractéristiques de cette procédure, ni en cas de demande non motivée suivie d'une convocation immédiate des parties aux débats (art. 245 al. 1^{er} CPC), ni en cas de demande motivée impliquant un délai au défendeur pour se déterminer par écrit (art. 245 al. 2 CPC), ni même, bien que ce soit l'hypothèse permettant le plus l'hésitation, lorsque le tribunal ordonne exceptionnellement un échange d'écritures (art. 246 al. 2 CPC)⁸⁰.

82. L'art. 223 CPC ne nous paraît pas non plus compatible avec la procédure de conciliation, même lorsqu'elle peut déboucher sur une proposition de jugement (art. 210 CPC) ou une décision (art. 212 CPC) et qu'une autorité de conciliation paritaire ordonne à cet effet, à titre exceptionnel, un échange d'écritures préalable (art. 202 al. 4 CPC). Nous ne connaissons d'ailleurs pas d'auteur qui ait envisagé une application dans ce cadre, même seulement s'agissant de l'éventuelle fixation d'un délai supplémentaire pour répondre.
83. L'art. 223 CPC ne nous semble pas davantage compatible avec les caractéristiques d'une procédure sommaire selon les art. 248 ss CPC. La question est cependant davantage controversée⁸¹. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question, dans un arrêt du 27 juin 2017 qui comporte une revue détaillée des différentes opinions doctrinales en lien avec cette question⁸². Précédemment, il avait estimé que des motifs de célérité excluaient en tout cas en procédure de mainlevée la fixation d'un délai supplémentaire au défendeur qui ne s'était pas déterminé dans un premier délai fixé selon l'art. 253 CPC⁸³.
84. Enfin l'art. 223 CPC ne saurait s'appliquer si une partie ne dépose pas en temps utile une réponse à un appel (art. 312 CPC) ou un

⁸⁰ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 223 N 25, art. 245 N 9 s. et art. 246 N 10.

⁸¹ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 223 N 26.

⁸² TF 4A_224/2017 du 27 juin 2017, consid. 2.4.2, où il s'agissait d'un jugement rendu par défaut dans une procédure en cas clair portant sur près de CHF 200'000.- qu'il a estimé n'être en tout cas pas absolument nul, même si le juge n'avait pas fixé de délai supplémentaire au défendeur pour se déterminer.

⁸³ Cf. ATF 138 III 483.

recours *stricto sensu* (art. 322 CPC)⁸⁴. Le droit à un délai supplémentaire serait d'ailleurs difficilement compatible avec le choix du législateur de prévoir pour ces réponses des délais légaux et non judiciaires, et avec la jurisprudence du Tribunal fédéral accordant une importance considérable, au nom de l'égalité des armes, à éviter des prolongations de fait⁸⁵. A notre avis il faut pareillement exclure toute application par analogie de l'art. 223 CPC s'agissant par exemple des déterminations sur une demande en révision (art. 330 CPC) ou sur une requête d'exécution forcée (art. 341 al. 2 CPC).

4. Défaut de comparution d'une partie aux débats principaux

85. Second cas prévu par le Code de 2008 qui puisse conduire à un jugement par défaut, l'hypothèse visée par l'art. 234 al. 1^{er} CPC semble se réaliser en réalité moins fréquemment que celle de l'art. 223 al. 2 CPC. Sans doute est-il plus rare de voir des parties renoncer à défendre leurs droits après l'avoir fait jusqu'à un stade aussi avancé que les débats principaux, d'autant que, contrairement à ce que prévoient certaines procédures cantonales antérieures, elles n'ont pas à faire d'avance de frais spécialement pour pouvoir participer à ces débats. Si une renonciation délibérée à se présenter se rencontre, elle sera probablement le fait d'une partie consciente que le procès risque de se conclure quoi qu'il en soit en sa défaveur, ce qui explique peut-être qu'il n'y ait en tout cas guère de jurisprudence sur cette disposition de niveau supérieur. Reste évidemment qu'il peut arriver aussi qu'une partie fasse défaut aux débats principaux à la suite d'une simple négligence ou erreur, par exemple d'agenda...
86. Les conditions auxquelles une partie doit être tenue pour défaillante auxdits débats principaux ne diffèrent au surplus pas de celles évoquées plus haut par rapport notamment à l'art. 206 CPC. Là aussi, il faut que le défaillant ait été assigné régulièrement avec avis

⁸⁴ Cf. TF 5A_37/2017 du 10 juillet 2017, consid. 3.1.2. Voir aussi SCHEIWILLER, N 600 ss et les réf. citées.

⁸⁵ Voir par exemple ATF 141 III 554 à propos d'éventuelles sûretés selon l'art. 99 CPC en deuxième instance.

des conséquences possibles d'un défaut, qu'il ne se soit pas présenté malgré le cas échéant une attente d'au moins quelques minutes, etc. Le législateur n'a pas envisagé un système qui ne permettrait un jugement en l'absence d'une partie qu'à un deuxième défaut de comparution. Il ne saurait dès lors être question de transposer par analogie la règle de l'art. 223 al. 1^{er} CPC, du moins *de lege lata*⁸⁶.

87. Le titre marginal de l'art. 234 CPC parle d'un « défaut à l'audience des débats principaux » sans autre précision. Toute absence injustifiée à une audience entrant dans le cadre desdits débats peut et doit donc selon nous tomber sous le coup de cette disposition, même si lesdits débats ont été répartis sur plusieurs audiences et que l'intéressé avait comparu à la ou les premières. En revanche, cela ne vaut pas pour d'éventuels débats d'instruction qui peuvent être ordonnés en tout état de la cause (art. 226 al. 1^{er} CPC), donc aussi à ce stade. Il convient donc que le juge précise au besoin clairement la nature des audiences convoquées. A notre avis, il faut en outre, au moins face à une partie non assistée, qu'en cas de débats principaux répartis sur plusieurs audiences, celles-ci aient été averties qu'un défaut selon l'art. 234 CPC pourrait être retenu en cas de non-comparution à l'une d'elles, quelle qu'elle soit, ce qui pourrait le plus simplement être réalisé par un avis joint à chaque assignation et permettrait dans certains cas de clarifier la nature de l'audience concernée.
88. Pas plus que pour le défaut en procédure de conciliation, le législateur n'a prévu d'exigence de proclamation ou de *Respektstunde*, comme il en existait dans la plupart des anciennes procédures cantonales, destinée à éviter qu'une partie soit considérée comme défaillante alors qu'elle n'a qu'un retard minime ou n'a simplement pas trouvé immédiatement l'endroit prévu pour sa comparution. On doit cependant admettre sur la base de l'interdiction du formalisme excessif et du principe de bonne foi la nécessité d'une certaine souplesse de la part du tribunal. On peut renvoyer à cet égard à ce qui figure plus haut à propos de l'art. 206 CPC.

⁸⁶ La proposition en ce sens de MEIER peut tout au plus être considérée comme du droit désirable, cf. CR CPC-TAPPY, art. 234 N 34 *in fine*.

89. Le système prévu par le législateur implique un jugement tenant compte des actes déposés et des preuves déjà administrées, mais simplifiant pour le surplus l'instruction. En effet l'art. 234 al. 1^{er}, 2^e phrase CPC enjoint que le juge « se base au surplus, sous réserve de l'art. 153, sur les actes de la partie comparante et sur le dossier ».
90. Cette formulation n'est pas limpide et la consultation des textes des autres langues officielles ne permet pas forcément d'en savoir plus. Aussi, en l'absence à ce jour de clarification par un arrêt du Tribunal fédéral, la doctrine a-t-elle proposé des interprétations divergentes. La plus restrictive, qui a pour elle une phrase du Message du Conseil fédéral⁸⁷, estime que l'état des faits doit comme en contradictoire reposer exclusivement sur les faits admis ou dûment prouvés, sans que les allégations de la partie présente soient pour le surplus réputées vraies, sauf si la partie défaillante ne s'est pas déterminée à leur sujet⁸⁸.
91. Si tel était le sens de l'art. 234 al. 1^{er} CPC, il correspondrait toutefois à l'application des règles ordinaires applicables en l'absence de défaut et le législateur aurait tout aussi bien pu s'en passer en laissant s'appliquer la règle générale de l'art. 147 al. 2 CPC. Par ailleurs la formulation de l'art. 234 al. 1^{er} CPC, au moins dans sa version française, semble bien impliquer que le défaut justifie une décision au fond immédiate, ou au moins abrégée. Aussi estimons-nous que dans ce cas le juge doit en tout cas renoncer à administrer des preuves requises par le seul défaillant si elles ne l'ont pas encore été, et au moins simplifier dans une certaine mesure la procédure probatoire sur les allégués même contestés dudit défaillant. On peut

⁸⁷ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 234 N 25. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché à ce jour, tout en ayant jugé non arbitraire de suivre l'opinion admettant qu'il n'y avait pas lieu de retenir les allégués non formellement prouvés du demandeur et contestés par le défendeur défaillant, cf. TF 4D_29/2013 du 26 novembre 2013.

⁸⁸ En pratique cela ne pourra guère être le cas que pour des allégués contenus dans la dernière écriture déposée par le défendeur (réponse s'il n'y a eu qu'un échange d'écritures, duplique s'il y en a eu deux) si c'est le demandeur qui fait défaut à l'ouverture des débats principaux, puisqu'il aurait alors dû normalement se déterminer à ce stade sur ladite écriture.

renvoyer à cet égard à nos analyses et propositions plus détaillées dans notre commentaire de l'art. 234 CPC⁸⁹.

92. Prévu à propos du défaut d'une partie aux débats principaux en procédure ordinaire, l'art. 234 al. 1^{er} CPC est selon la doctrine dominante applicable par analogie au défaut aux débats dans la procédure simplifiée, du moins dans les cas où celle-ci reste soumise à la maxime des débats⁹⁰. La chose est plus douteuse en procédure sommaire, même si elle est envisagée par certains auteurs pour le cas où il y a des débats dans ce cadre, ce qui n'est pas la règle selon l'art. 256 al. 2 CPC, de même que dans le cadre de certaines procédures spéciales en droit de la famille⁹¹. Il a même été proposé d'admettre une application analogique de l'art. 234 CPC dans la procédure censée permettre une décision devant l'autorité de conciliation selon l'art. 212 CPC⁹². Nous ne partageons en revanche pas l'opinion de divers auteurs pour qui l'art. 234 al. 1^{er}, voire al. 2 CPC serait applicable en deuxième instance si l'autorité d'appel ou de recours organise des débats (art. 316 al. 1^{er} et 327 al. 2 *a contrario* CPC)⁹³.
93. La possibilité de passer à un jugement par défaut est prévue en cas de défaut d'une des deux parties, quelle qu'elle soit. Ce sera évidemment en général le défendeur, mais un défaut du demandeur au stade des débats principaux entraîne les mêmes conséquences et se rencontre effectivement parfois en pratique⁹⁴. En revanche si toutes les parties sont défaillantes, la solution est différente : en effet on a vu que dans ce cas l'art. 234 al. 2 CPC prescrivait de tenir la procédure pour sans objet et de rayer la cause du rôle (N 22 ci-dessus). L'idée est qu'un défaut de l'ensemble des intéressés signifie généralement (sous réserve d'une éventuelle erreur ou imprécision

⁸⁹ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 234 N 22 ss.

⁹⁰ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 234 N 34 et art. 246 N 21.

⁹¹ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 234 N 35.

⁹² Cf. CR CPC-BOHNET, art. 212 N 10.

⁹³ Cf. SCHEIWILLER N 605 ss et 616 et les réf. citées.

⁹⁴ Outre les cas de défaut dû à une simple négligence ou erreur, il arrive en particulier que le demandeur se désintéresse après coup du procès qu'il a lui-même introduit notamment lorsqu'il s'agissait d'une action en libération de dette essentiellement destinée à faire gagner du temps à un débiteur impécunieux.

dans la convocation qu'il faudrait éliminer avant d'appliquer cette disposition ...) que le procès a effectivement perdu tout intérêt pour eux, par exemple parce qu'il n'a effectivement plus d'objet ou qu'un arrangement est intervenu entre eux.

94. En pratique cependant, il se pourrait que ce ne soit pas le cas, notamment si l'absence des parties s'explique parce qu'elles ont cru, sans pour autant que la régularité de leur convocation soit en cause, que l'audience allait être reportée⁹⁵. Dans ce cas il serait exagérément sévère de condamner le demandeur à recommencer à zéro, pour autant d'ailleurs qu'il n'en soit pas empêché par une péremption, une procédure ayant peut-être déjà duré des années. La solution devrait alors à notre avis être généralement recherchée dans l'admission d'un cas de révision, quitte à ne pas être trop regardant sur les conditions de l'art. 148 al. 1^{er} CPC⁹⁶.

III. Les remèdes au défaut, spécialement la restitution

A. Généralités

95. On a vu que les diverses sanctions d'un défaut pouvaient parfois fortement pénaliser la ou les parties concernées. Certaines cautèles que nous avons examinées (avis des conséquences du défaut selon l'art. 147 al. 2 CPC ; parfois octroi d'un délai supplémentaire pour agir, etc.) devraient éviter dans la plupart des cas que ces sanctions soient infligées de façon trop sévère. Toutefois lorsqu'elles l'ont été il arrive que l'intéressé puisse faire corriger la situation.
96. Différents moyens sont à cet égard envisageables. D'une part en effet le défaillant peut parfois faire réformer ou annuler en deuxième instance une décision rendue par défaut. D'autre part, il peut tenter

⁹⁵ On peut citer l'exemple du cas où les avocats des deux parties se sont mis d'accord pour demander d'un commun accord un renvoi d'audience, mais où celui qui était chargé de transmettre concrètement cette demande au juge a négligé de le faire.

⁹⁶ La vieille loi fédérale sur la procédure civile du 4 décembre 1947 prévoit à cet égard une solution plus fine en précisant que « lorsque les deux parties font défaut à une audience, le juge les invite à donner leurs raisons. S'il constate que leur défaillance est injustifiée, il peut rayer l'affaire du rôle et mettre les frais à leur charge par parts égales ».

d'obtenir un nouveau délai ou une nouvelle citation à comparaître par un moyen spécifique, la restitution. Bien que, nous le verrons, l'art. 148 CPC ne le prévoit qu'implicitement, l'octroi de celle-ci a alors pour conséquence la mise à néant de la décision rendue à la suite de son défaut.

B. Appel ou recours sur la question du défaut

97. Les différents cas de défaut évoqués ci-dessus débouchent souvent sur des décisions qui peuvent être de natures très diverses. Si elles tranchent le litige sur le fond, essentiellement dans les cas prévus par les art. 223 al. 2, 1^{re} phrase, ou 234 al. 1^{er} CPC, elles sont finales au sens de l'art. 236 CPC. La même qualification doit cependant valoir en principe aussi lorsque la décision met fin au procès en le considérant comme sans objet, notamment dans le cas de l'art. 206 al. 1^{er} ou 3 CPC ou de l'art. 234 al. 2 CPC. Dans d'autres hypothèses, la décision pourra se qualifier comme une décision incidente au sens de l'art. 237 CPC⁹⁷, voire comme une simple ordonnance d'instruction⁹⁸.
98. Dans tous ces cas, la recevabilité immédiate d'un appel ou d'un recours *stricto sensu* selon les art. 308 ss ou 319 ss CPC est envisageable, tout en dépendant évidemment des qualifications précitées. La question d'un recours au Tribunal fédéral pourrait aussi se poser, soit à l'issue d'une telle procédure de seconde instance cantonale, soit directement si la décision au sujet du défaut émane d'une juridiction cantonale unique ou du Tribunal des brevets (ou encore si c'est dans le cadre d'un appel ou d'un recours *stricto sensu* qu'une autorité supérieure cantonale a dû se prononcer

⁹⁷ Au vu de la définition de l'art. 237 CPC, on aura affaire à une décision incidente lorsque le juge aurait pu rendre une décision finale, notamment dans l'un des cas évoqués plus haut, mais qu'il a choisi de ne pas le faire et de continuer le procès, soit parce qu'il a considéré que les conditions d'un défaut n'étaient pas remplies, soit parce qu'il a estimé dans le cas de l'art. 223 al. 2 CPC, que la cause n'était pas *spruchreif*.

⁹⁸ Tel serait par exemple indiscutablement le cas pour une décision renonçant selon l'art. 102 al. 3, 1^{re} phrase, CPC à faire administrer une preuve fautive d'avance de frais effectuée en temps utile.

sur un défaut, par exemple faute de paiement d'une avance de frais de deuxième instance).

99. Pour les motifs évoqués plus haut, nous ne traiterons pas ici de ces possibilités de recours. Il faut toutefois être conscient qu'elles existent souvent. Elles sont ouvertes aussi bien au défaillant⁹⁹ qu'à la partie adverse si elle n'a pas obtenu entièrement gain de cause et peuvent porter aussi bien sur des questions de faits ou de droit touchant le fond du litige lorsque la décision par défaut a tranché celui-ci que sur des questions procédurales concernant notamment l'application régulière des règles sur le défaut.
100. Pour prendre un exemple concret, un jugement rendu immédiatement selon l'art. 223 al. 2, 1^{re} phrase CPC en raison d'un défaut persistant de réponse et allouant à la suite de lésions corporelles une indemnité pour tort moral de CHF 35'000.- peut faire l'objet, de la part des deux parties, d'un appel portant sur les conditions et le montant de l'indemnité pour tort moral allouée : le demandeur pourrait par exemple (pour autant qu'il n'ait pas obtenu tout ce qu'il demandait) soutenir dans ce cadre qu'elle est trop faible, ou sa partie adverse soutenir au contraire qu'elle est indue ou trop élevée. Mais le défendeur pourrait aussi faire appel au sujet des règles procédurales appliquées relativement au défaut : il pourrait par exemple tenter de faire admettre par la juridiction supérieure que le premier juge a méconnu ces règles en retenant que la cause était en état d'être jugée et qu'il aurait dû en réalité faire application de l'art. 223 al. 2, 2^e phrase CPC ; ou qu'il avait en réalité déposé une réponse en temps utile en raison d'une erreur dudit premier juge concernant par exemple les périodes de suspension à prendre en considération ; ou que retenir un défaut n'était pas possible en l'espèce faute d'avis suffisant au sens de l'art. 147 al. 3 CPC, etc.

⁹⁹ Contrairement à ce qui était prévu dans certaines procédures cantonales jusqu'en 2010, généralement en lien avec un droit au relief inconditionnel, il n'existe aucune règle dans le Code de 2008 qui restreindrait le droit pour le défaillant d'exercer contre le jugement par défaut un appel ou un recours selon les art. 308 ss ou 319 ss CPC. S'agissant d'un recours au Tribunal fédéral, pour lequel pourrait se poser la question d'une exigence d'épuisement des voies de droit préalables, cf. N 150 ci-après.

101. Il en résulte que les voies de droit ordinaires peuvent être un moyen pour le défaillant de remédier à une décision au sujet du défaut si retenir celui-ci était injustifié. Il dispose cependant aussi de la restitution comme voie de droit spécifique. Après avoir évoqué cette dernière, nous terminerons par quelques mots sur les problèmes de coordination que peut poser cette dualité des moyens à sa disposition.

C. Restitution selon les art. 148 s. CPC

102. A l'origine, la *restitutio in integrum* désignait en droit romain une institution prétorienne permettant de protéger une partie en annulant certains actes ou opérations préjudiciables. La restitution prévue par les art. 148 s. CPC, mais aussi les possibilités de relief ou de réforme (N 9 et 38 ci-dessus) connues de certaines procédures cantonales en sont de lointains avatars dans le domaine procédural, alors que ces règles en droit privé ont notamment influencé les solutions actuelles en matière de vices de la volonté.
103. Certaines procédures civiles cantonales, notamment dans les cantons romands, distinguaient jusqu'en 2010 d'une part sous le nom de restitution des règles permettant à une partie n'ayant pas respecté un délai d'en obtenir un nouveau, d'autre part sous des noms variables (relief, relevé du défaut, etc.) à une partie ayant été jugée par défaut d'obtenir la reprise de la procédure en contradictoire. Les art. 148 s. CPC réunissent dans une certaine mesure sous la même appellation ces deux institutions. Nous verrons que cela a pu influencer le choix de permettre dans tous les cas l'octroi d'une restitution même en cas de faute du requérant pour peu qu'elle soit légère seulement (N 108 ss ci-après).

1. Champ d'application

104. L'art. 148 CPC réunit, on l'a dit, sous le même concept de restitution l'octroi d'un nouveau délai et la fixation d'une nouvelle audience. Peu importe dans le premier cas qu'il s'agisse d'un délai légal ou judiciaire, d'un délai initial ou d'un délai prolongé, ou même d'un délai supplémentaire au sens des art. 101 al. 3 ou 223 al. 1^{er} CPC. En revanche il doit s'agir d'un délai de procédure civile. Les délais

prévus par la Loi sur la poursuite pour dette et la faillite sont soumis pour leur éventuelle restitution à des règles spécifiques (art. 33 al. 4 LP). Quant aux délais de droit matériel prévus notamment par le Code civil ou le Code des obligations, même s'ils déterminent le temps dont dispose une partie pour agir en justice, ils sont exclusivement soumis aux règles dudit droit matériel : ils ne sont généralement pas susceptibles de restitution et, dans le cas contraire¹⁰⁰, celle-ci n'est pas soumise aux conditions de l'art. 148 CPC.

105. Pour le surplus la restitution selon cette dernière disposition est possible pour l'ensemble des délais ou citations à une audience soumis au Code de 2008, au moins s'ils concernent les parties¹⁰¹. Cela vaut aussi bien en procédure de conciliation qu'en procédure au fond, dans celle-ci aussi bien en procédure ordinaire, simplifiée, ou sommaire que dans les procédures spéciales des art. 271 ss CPC ou dans la procédure d'exécution forcée des art. 335 ss CPC et aussi bien en première qu'en deuxième instance. En revanche les délais concernant les affaires devant le Tribunal fédéral sont soumis à d'autres règles, résultant de l'art. 50 LTF pour les délais non respectés¹⁰².

2. Conditions

106. L'art. 148 CPC subordonne la restitution d'une part à une condition subjective, l'absence de faute ou une faute seulement légère du défaillant, et d'autre part au respect de certains délais. Ces conditions valent dans tous les cas où cette disposition s'applique. L'idée de se montrer plus sévère face à la restitution d'un délai légal

¹⁰⁰ Cf. par exemple art. 576 CC permettant une restitution pour de justes motifs des délais accordés aux héritiers notamment pour répudier une succession.

¹⁰¹ L'art. 148 al. 1^{er} CPC parle de citer « les parties » à une nouvelle audience, ce qui *prima facie* exclut de simples tiers. Une application *mutatis mutandis* à ceux-ci, par exemple des experts ou des témoins sanctionnés pour non-respect d'un délai ou défaut de comparution à une audience, nous paraîtrait cependant envisageable.

¹⁰² Dans l'hypothèse du défaut d'une partie à une audience devant le Tribunal fédéral, en pratique tout à fait exceptionnelle aujourd'hui, c'est sans doute l'art. 13 PCF qui serait applicable en vertu de l'art. 71 LTF.

comme un délai d'appel ou de recours que face à celle d'un délai judiciaire comme un délai de réponse¹⁰³, n'a donc pas d'appui dans le texte légal, même si elle peut se comprendre et même influencer la pratique dans la mesure où la notion de faute seulement légère laisse une marge d'interprétation.

107. De même, l'existence d'un enjeu important pour la partie n'est légalement pas un critère. Si les conditions en sont remplies, même celui à qui le fait d'avoir été considéré comme défaillant ne porte qu'un préjudice très léger peut demander et obtenir une restitution¹⁰⁴. Seule l'absence totale d'intérêt digne de protection à celle-ci pourrait à notre avis entraîner l'irrecevabilité de sa requête, conformément au principe découlant de l'art. 59 al. 2 let. a CPC.

a) Absence de faute ou faute seulement légère

108. Selon l'art. 148 al. 1^{er} CPC, la restitution peut être obtenue non seulement lorsque le défaut n'est pas imputable au défaillant, mais aussi lorsqu'il n'est imputable qu'à une faute légère de celui-ci. La première de ces hypothèses est traditionnelle, et rejoint en réalité une condition d'absence de faute que l'on retrouve dans la réglementation de la restitution de nombreuses autres lois procédurales.
109. La possibilité d'une restitution malgré une faute légère est plus originale. Elle s'explique en partie par la réglementation dans une seule disposition d'hypothèses (simple restitution d'un délai ou mise à néant d'un jugement par défaut) qui, nous l'avons dit, étaient souvent réglées différemment dans les procédures civiles cantonales. L'interprétation de cette notion peut être délicate, et la rareté des arrêts du Tribunal fédéral sur ce point ne la facilite évidemment pas. Tout en renvoyant pour plus de détails aux pages consacrées à la question dans les commentaires systématiques du

¹⁰³ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 148 N 9 et 21.

¹⁰⁴ Cf. CR CPC-BOHNET, art. 206 N 6, préconisant à juste titre, contre un avis inverse, que même le défendeur puisse demander la restitution de son défaut à l'audience devant l'autorité de conciliation puisque, même si l'art. 206 al. 2 CPC n'entraîne pas de graves conséquences, il a un intérêt à une occasion effective de trouver une solution concertée.

Code de 2008 ou dans l'étude de PATRICIA DIETSCHY-MARTENET citée dans la bibliographie ci-après, bornons-nous aux réflexions suivantes :

110. La gravité de la faute doit naturellement s'apprécier en fonction de la personne concernée. Il faut à cet égard tenir compte non seulement des connaissances, de la formation, etc. de la partie défaillante, mais de celle d'un représentant éventuel¹⁰⁵. Selon une tendance malheureusement fréquente en la matière, une partie qui a consulté un mauvais avocat risque donc d'être moins bien traitée à cet égard qu'un plaideur qui n'a même pas pris la peine de consulter un spécialiste ...
111. Sans que cela n'ait d'appui direct dans le texte légal, l'importance des conséquences attachées au défaut dont il s'agit peut jouer un rôle, de même que la nature du délai non respecté : bien que, nous l'ayons dit, les règles de l'art. 148 CPC s'appliquent en principe également aux délais légaux et aux délais judiciaires, le fait que les seconds soient prolongeables au contraire des premiers rend manifeste qu'aux yeux du législateur il importe davantage de respecter strictement ceux-ci. Cela pourrait justifier la tendance préconisée par certains auteurs à n'admettre que restrictivement une restitution d'un délai légal, en particulier d'appel ou de recours.
112. Contrairement à ce que prévoyaient certaines procédures cantonales antérieures à 2011, l'art. 148 CPC ne permet pas d'accorder plus facilement la restitution si la partie adverse ne s'y oppose pas¹⁰⁶. On ne saurait cependant exclure des pratiques en ce sens, qu'on pourrait tenir pour conformes à l'esprit de la maxime des débats. *De lege ferenda*, il nous paraîtrait judicieux d'apporter à l'art. 148 al. 1^{er} CPC une adjonction permettant expressément de prendre en compte un tel élément.

¹⁰⁵ Une faute d'un représentant est imputable à la partie, qu'il s'agisse d'un mandataire juridique comme un avocat ou d'un autre auxiliaire, comme une banque s'agissant d'effectuer un paiement. Cela vaut d'ailleurs aussi en cas de faute d'un auxiliaire du mandataire principal (par ex. une faute d'un collaborateur ou de la banque de l'avocat d'une partie), cf. CR CPC-TAPPY, art. 148 N 17 s.

¹⁰⁶ Prévus dans l'avant-projet, une règle en ce sens a été abandonnée dans la suite des travaux préparatoires, cf. CR CPC-TAPPY, art. 148 N 19.

113. Il peut y avoir faute seulement légère aussi bien si la partie concernée n'a rien fait que si elle a agi de façon erronée, par exemple en envoyant un acte mal adressé ou expédié tardivement, en se présentant en retard ou au mauvais endroit, etc. Sauf dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, il nous semble cependant exclu de qualifier de faute seulement légère celle d'un plaideur, même non assisté et sans expérience en procédure, qui a choisi de ne pas respecter un délai alors qu'il était conscient qu'il avait à agir et de l'échéance qui s'imposait à lui pour cela. Il doit en aller de même de celui qui a renoncé délibérément à déférer à une assignation. Même si toutes les erreurs ne sont évidemment pas des fautes seulement légères, l'art. 148 al. 1^{er} CPC pourra plus facilement venir au secours de celui qui a mal agendé une échéance ou une audience, qui s'est trompé dans une computation, etc.
114. L'art. 148 al. 1^{er} CPC envisage une faute de la partie défaillante, non de la part du juge. La première peut cependant apparaître plus légère si elle a été induite par une erreur de ce dernier. A notre avis, la jurisprudence relative aux indications erronées de l'autorité concernant les délais n'en a pas toujours tiré toutes les conséquences possibles, peut-être parfois faute que l'intéressé ait formellement demandé une restitution. Pour autant qu'il l'ait fait au moins à titre subsidiaire, face à une partie qui a agi tardivement, mais en se conformant aux indications reçues du premier juge, il conviendrait nous semble-t-il d'examiner d'abord s'il ne faut pas considérer le délai comme respecté en se fondant sur la protection de la bonne foi. Si c'est le cas, notamment parce que la partie concernée ne pouvait discerner le caractère erroné des indications reçues en faisant preuve de l'attention qu'on était en droit d'attendre d'elle, une restitution n'est alors pas nécessaire. Si en revanche le défaillant pouvait réaliser l'erreur, ne faudrait-il pas encore examiner si, en ne le faisant pas, il a certes commis une faute mais seulement légère et donc permettant une restitution selon l'art. 148 al. 1^{er} CPC ? Sous réserve d'indications erronées résultant d'un simple *lapsus calami* (par ex. si l'indication des voies de droit parle d'un délai de recours de 300 jours au lieu de 30...), il nous paraît en effet légitime de présumer en tout cas que les magistrats font leur travail soigneusement et que, là où le juge s'est trompé, la même erreur ne

devrait être qu'une faute légère, fût-ce de la part d'un professionnel du droit...

b) Délais

115. L'art. 148 al. 2 CPC soumet la restitution à une requête présentée dans les dix jours qui suivent celui où la cause du défaut a disparu. Une telle formulation rejoint par exemple celles utilisées à l'art. 50 LTF (« à compter du jour où l'empêchement a cessé ») ou 33 al. 4 LP (« à compter de la fin de l'empêchement »). L'exemple traditionnel est celui d'un défaillant empêché d'agir à temps par une maladie, une hospitalisation, etc. Même dans de tels cas cependant, il faut à notre avis tenir compte de l'acte dont il s'agit : tout séjour prolongé dans un établissement hospitalier n'empêche par exemple pas forcément d'effectuer une opération simple comme le paiement d'une avance de frais ...
116. Le *dies a quo* du délai de l'art. 148 al. 2 CPC sera en règle générale le moment où l'intéressé a retrouvé la capacité d'accomplir l'acte dont il s'agit. Il faut le cas échéant tenir compte aussi de la possibilité de le faire par l'intermédiaire d'un représentant. Une hospitalisation sans perte de conscience ni de discernement excuse sans doute que l'intéressé n'ait pas accompli des opérations venant à échéance durant les premiers jours. Si elle dure depuis longtemps toutefois, on pouvait parfois attendre de l'intéressé qu'à défaut d'agir lui-même il fasse le nécessaire pour charger un mandataire de le représenter dans le procès.
117. Même sous le seul angle de la fin de l'empêchement, des difficultés d'interprétation peuvent naturellement s'élever. Il n'est pas nécessaire selon nous que l'intéressé soit pleinement rétabli, mais le délai pour demander la restitution commence à courir dès le jour où l'on pouvait attendre de lui qu'il recommence à s'occuper de son procès. De même si l'on peut probablement admettre qu'un événement grave et soudain, comme la perte inopinée d'un proche, puisse constituer un empêchement subjectif d'agir¹⁰⁷, celui-ci ne

¹⁰⁷ Cf. en ce sens DIETSCHY-MARTENET, p. 158.

devrait alors pas être considéré selon nous comme se prolongeant au-delà de quelques jours.

118. En pratique cependant, dans beaucoup de cas de restitution, il n'y a pas eu un empêchement durable d'agir, mais le défaillant fait valoir qu'il n'a pas respecté le délai ou ne s'est pas présenté en raison d'une erreur excusable soit sur l'échéance dudit délai, soit sur le lieu ou le moment de l'audience. La cause du défaut au sens de l'art. 148 al. 2 CPC est alors cette erreur et le jour où elle a disparu correspond au moment où elle s'est dissipée. Ce sera évidemment au plus tard lorsque l'intéressé aura reçu une décision ou un acte (décision rayant la cause du rôle, ou statuant selon l'art. 223 al. 2 CPC, procès-verbal d'une audience tenue en son absence, etc.) montrant qu'il a été tenu pour défaillant¹⁰⁸. Dans de nombreux cas cela pourrait cependant intervenir plus tôt : ainsi celui qui se présente par erreur à 16h00 et réalise alors que l'audience était en réalité convoquée pour 14h00 doit le cas échéant demander dans les 10 jours dès ce moment une restitution, sans pouvoir selon nous le faire seulement après avoir reçu, peut-être sensiblement plus tard, un jugement par défaut rendu en application de l'art. 234 al. 1^{er} CPC.
119. Un deuxième délai, en principe absolu, limite le droit de demander la restitution lorsque celle-ci impliquerait la mise à néant d'une décision communiquée aux parties. Selon l'art. 148 al. 3 CPC en effet, la restitution ne peut alors être demandée plus de six mois depuis l'entrée en force de cette décision. Ce délai doit parfois s'effacer devant des règles moins contraignantes découlant de conventions internationales¹⁰⁹. Il ne joue de toute façon qu'un rôle restreint. En effet, la décision en question aura dû être auparavant communiquée aux parties, parfois d'abord sous forme de dispositif, mais de toute façon avant son entrée en force. Or nous avons vu que cela faisait en principe partir le délai de dix jours de l'art. 148 al. 2 CPC s'il n'avait pas commencé à courir avant. C'est donc surtout si une décision a été notifiée sans avoir été effectivement

¹⁰⁸ L'envoi d'un dispositif suffit évidemment à cet égard si le juge a rendu une décision finale en appliquant l'art. 239 CPC, de telle sorte qu'alors une requête de restitution présentée seulement après réception du jugement motivé sera généralement tardive.

¹⁰⁹ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 148 N 28 et 32.

portée à la connaissance du défaillant, en particulier en cas de notification par voie édictale, que le délai de six mois de l'art. 148 al. 3 CPC peut jouer un rôle.

3. Forme et compétence

120. La requête de restitution doit respecter les exigences formelles résultant des art. 130 s. CPC, sans qu'il y ait à cet égard de spécificités justifiant ici des développements particuliers. Relevons simplement qu'au contraire d'autres réglementations de la même question (cf. par ex. art. 50 al. 1^{er}, 2^e phrase LTF), le défaillant n'est pas obligé d'exécuter dans le même délai l'acte omis. Peut-être cela s'explique-t-il par le fait que la restitution selon le Code de 2008 s'applique aussi au défaut de comparution, pour lequel une telle règle n'aurait guère de sens. Les travaux préparatoires montrent cependant que le législateur a aussi délibérément choisi d'éviter d'imposer peut-être inutilement à l'intéressé de rédiger un acte qui ne serait finalement pas pris en considération en cas de rejet de sa requête, cela au prix d'une perte de temps supplémentaire dans le cas contraire. C'est sans doute aussi l'une des raisons pour laquelle le délai de l'art. 148 al. 2 CPC n'est que de 10 jours, contre par exemple 30 jours à l'art. 50 al. 1^{er} LTF.
121. Aucune disposition du Code de 2008 ne prévoit que la restitution puisse être requise par dictée au procès-verbal. A notre avis, une telle possibilité devrait néanmoins être exceptionnellement admise, par exemple si le défaillant se présente avant l'achèvement d'une audience déjà commencée et que sa requête tend à la reprise en contradictoire des opérations intervenues alors qu'il n'était pas là. On pourrait songer aussi à l'hypothèse où une partie réalise au début d'une audience qu'elle a oublié une audience précédente (par ex. parce que le magistrat lui demande alors les raisons de son absence...).
122. Si le droit cantonal normalement compétent pour déterminer en la matière la compétence matérielle (art. 4 CPC) n'en dispose pas autrement, la requête de restitution doit normalement s'adresser à l'autorité qui avait fixé le délai que le défaillant n'a pas observé ou convoqué l'audience à laquelle il n'a pas comparu. Il peut s'agir d'un

juge de première instance, mais aussi d'une autorité d'appel ou de recours, ou même d'une autorité de conciliation.

123. Cette solution n'est cependant pas praticable en cas d'inobservation d'un délai légal. Aussi, toujours sous réserve d'une règle spéciale de droit cantonal, admet-on que la requête de restitution doit être, dans un tel cas, adressée au magistrat devant lequel l'acte omis aurait dû être accompli. Là aussi, cela peut être un juge de première instance (par ex. pour la restitution d'un délai de validité d'une autorisation de procéder selon l'art. 209 al. 3 ou 4 CPC) ou de deuxième instance (par ex. pour la restitution d'un délai d'appel ou de recours selon les art. 311 al. 1^{er}, 314 al. 1 ou 321 al. 1 et 2 CPC) ou une autorité de conciliation (par ex. pour la restitution d'un délai d'opposition selon l'art. 211 al. 1^{er} CPC).
124. A notre avis, la décision sur la restitution relève, comme la fixation elle-même d'un délai ou la convocation à une audience, de la conduite du procès. Elle peut donc être déléguée selon l'art. 124 al. 2 CPC à un membre d'un tribunal ou d'une autorité de conciliation ayant une composition collective.

4. Instruction et décision

125. L'art. 148 al. 1^{er} CPC précise expressément que le défaillant doit seulement rendre vraisemblable que son défaut ne lui était pas imputable ou ne résultait que d'une faute légère. Sur ces points une preuve complète n'est donc pas requise. La notion de vraisemblance est la même que celle prévue notamment aux art. 49 al. 1^{er}, 2^e phrase, ou 261 CPC en matière de récusation ou de mesures provisionnelles. En revanche les règles ordinaires sur le degré de la preuve s'appliquent à notre avis concernant les autres conditions de la restitution, en particulier les éléments relatifs au *dies a quo* du délai de l'art. 148 al. 2 CPC. Tous les modes de preuve pertinents sont théoriquement recevables, tout en privilégiant ceux immédiatement disponibles s'agissant d'une décision qui devrait en principe intervenir rapidement¹¹⁰.

¹¹⁰ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 149 N 6 s.

126. L'art. 149 CPC prescrit que le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de s'exprimer, en le laissant libre de prévoir à cet effet une forme écrite ou orale. A notre avis, cette exigence peut être tenue pour suffisamment remplie dans le cas, qu'on rencontre parfois dans la pratique, où l'avocat du défaillant mentionne dans sa requête que le confrère adversaire l'a autorisé à se prévaloir de son accord avec la restitution demandée. L'instruction sur la requête n'est pour le surplus pas spécialement réglée aux art. 148 s. CPC et ne présente pas de spécificités nécessitant des développements particuliers ici.

5. Effets d'une éventuelle restitution

a) Nouvelle audience ou nouveau délai

127. Aux termes de l'art. 148 al. 1^{er} CPC, en cas d'octroi de la restitution, le tribunal peut accorder un délai supplémentaire ou citer les parties à une nouvelle audience. Malgré cette formulation potestative, il ne s'agit pas véritablement d'une *Kann-Vorschrift*: une marge d'appréciation est certes laissée au juge ou à l'autorité de conciliation mais le défaillant, si les conditions de l'art. 148 CPC sont remplies, a droit à un délai supplémentaire ou à une nouvelle audience.
128. En évoquant un délai supplémentaire, et non une nouvelle fixation du délai omis, l'art. 148 al. 1^{er} CPC implique à notre avis que le juge ou l'autorité de conciliation dispose d'une marge d'appréciation quant à la durée dudit délai. Cela va de soi si le délai en question est un délai judiciaire, mais vaut à notre avis aussi s'agissant d'un délai légal. En cas de restitution du délai de validité ordinaire d'une autorisation de procéder selon l'art. 209 al. 3 CPC, le juge de première instance au fond devrait par exemple n'accorder au requérant qu'un laps de temps bien moindre que les trois mois prévus par l'art. 209 al. 3 CPC¹¹¹.

¹¹¹ Cf. FF 2006 6920, où le Conseil fédéral indique expressément que le délai restitué peut être plus court que celui qui devait initialement être respecté, tout en devant rester raisonnable (notamment en fonction du temps pouvant être nécessaire pour rédiger l'acte omis). Cela signifie que le délai restitué est un délai judiciaire, donc

129. Ce faisant, celui qui accorde une restitution doit tenir compte des impératifs de célérité de la procédure, déjà en soi mis à mal par celle-ci, mais aussi du temps nécessaire pour préparer l'acte à opérer puisque le législateur a renoncé à exiger qu'il soit déjà accompli (N 120 ci-dessus). Relevons que rien n'empêche néanmoins qu'il le soit en fait déjà. Cela sera en particulier le cas si la requête tend à faire admettre un acte déposé hors délai, par exemple en raison d'une erreur excusable de computation. Dans ce cas la décision admettant la restitution pourra se borner à déclarer ledit acte recevable.

b) Caducité de la décision

130. Une particularité de la restitution selon l'art. 148 CPC est de permettre aussi la mise à néant d'une décision rendue à la suite d'un défaut. A vrai dire, cette caducité ne résulte pas clairement du texte légal : elle peut tout au plus y être déduite de la mention à l'alinéa 3 d'un délai absolu de six mois pour demander la restitution lorsqu'une décision a été communiquée et est entrée en force (N 119 ci-dessus). Les travaux préparatoires ne laissent cependant aucun doute sur le fait qu'un tel effet a été voulu par le législateur, même s'il aurait été préférable de le prévoir expressément, par exemple par une règle inspirée de l'art. 50 al. 2 LTF (« la restitution peut aussi être accordée après la notification de l'arrêt, qui est alors annulé »).
131. La caducité précitée ensuite d'une restitution concerne principalement les décisions finales consécutives au défaut, qu'elles portent sur le fond (art. 223 al. 2, 1^{re} phrase, ou 234 al. 1^{er} CPC) ou se bornent à déclarer la cause sans objet et à la rayer du rôle (art. 101 al. 3, 206 al. 1^{er} ou 3 et 234 al. 2 CPC). Peuvent cependant pareillement être ainsi mises à néant même des décisions de moindre importance, par exemple mettant en place la suite de la procédure dans le cas de l'art. 223 al. 2, 2^e phrase CPC ou infligeant au défaillant une sanction disciplinaire (N 34 ci-dessus). La caducité

qu'il est prolongeable, en théorie en tout cas, même si vu le temps déjà perdu il ne devrait l'être que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles.

touchera par ailleurs naturellement aussi une éventuelle décision sur les frais liée au défaut.

6. Frais judiciaires et dépens liés à la restitution

132. De cette question, il faut distinguer celle des frais judiciaires et dépens spécifiques à la procédure de restitution. Il s'agit à notre avis d'un cas où une décision séparée à cet égard peut être rendue selon l'art. 104 al. 2 CPC même si le procès se poursuit par ailleurs, peut-être de façon générale, mais au moins s'agissant d'une restitution au sujet de jugements au fond selon les art. 223 al. 2, 1^{re} phrase, et 234 al. 1^{er} CPC¹¹². Une avance pour les frais judiciaires relatifs à une telle procédure peut être requise selon l'art. 98 CPC, voire des sûretés en garantie des dépens dans la mesure permise par l'art. 99 CPC.
133. La répartition des frais judiciaires et des éventuels dépens une fois la décision prise ne fait pas l'objet de dispositions particulières. Si la requête est rejetée, ils devront naturellement être en principe à la charge du requérant. Même en cas d'admission cependant, il faudra à notre avis souvent charger ce dernier desdits frais, comme ayant été causés inutilement au sens de l'art. 108 CPC¹¹³.

7. Caractère définitif de la décision ?

134. Selon l'art. 149 CPC le tribunal saisi de la requête du défaillant « statue définitivement sur la restitution ». Le Message du Conseil fédéral laissait entendre que cela excluait toute voie de droit contre la décision rendue à cet égard, et l'expliquait par un souci de célérité¹¹⁴.

¹¹² Cf. CR CPC-TAPPY, art. 149 N 10.

¹¹³ Cela devrait être en tout cas la solution à retenir si le défaut était dû à une faute seulement légère du requérant, mais à notre avis certaines hypothèses de défaut non imputable à ce dernier pourraient néanmoins remplir les conditions de l'art. 108 CPC, alors que la partie adverse, même au cas où elle se serait déterminée en défaveur de la restitution, ne devrait généralement pas être considérée comme succombante au sens de l'art. 106 CPC.

¹¹⁴ FF 2006 6920.

135. En réalité cette simplification espérée a causé d'importants problèmes et débats. La majorité de la doctrine a estimé qu'une absence complète de possibilité d'attaquer les décisions en matière de restitution ne se justifiait pas et a proposé diverses interprétations restrictives. Le Tribunal fédéral a lui-même admis prétorieusement qu'il fallait néanmoins ouvrir la possibilité d'un appel ou d'un recours dans deux hypothèses, d'ailleurs en partie difficiles à concilier.
136. Dans un arrêt de 2013¹¹⁵ plusieurs fois confirmé par la suite, il a d'abord jugé que l'exclusion de toute voie de recours instituée par ledit art. 149 CPC n'était pas opposable à la partie défaillante lorsque le refus de la restitution entraînait la perte définitive de l'action ou d'un moyen d'action. Il s'agissait d'un locataire qui avait contesté en temps utile la résiliation d'un bail devant l'autorité de conciliation, mais fait défaut à l'audience de celle-ci. Le refus de revenir par une restitution sur la radiation du rôle intervenue en conséquence selon l'art. 206 al. 1^{er} CPC avait évidemment pour effet de lui faire perdre définitivement toute possibilité de contestation du congé, car l'échéance entretiens du délai de 30 jours de l'art. 273 CO empêchait en pratique une nouvelle action. Les sages de Mon-Repos avaient alors estimé qu'il fallait dans ce cas ouvrir prétorieusement la voie du recours selon les art. 319 ss CPC (et non celle de l'appel selon les art. 308 ss CPC, même si l'affaire présentait une valeur litigieuse dépassant la limite prévue à l'art. 308 al. 2 CPC et si l'arrêt relève incidemment que la décision s'apparente à une décision finale).
137. Dans un autre contexte et s'agissant de la restitution au stade de la procédure au fond, le Tribunal fédéral a en revanche estimé que le refus de restitution pouvait être soumis aux voies de droit normalement ouvertes contre une décision finale (soit un appel si la cause est non pécuniaire ou d'une valeur litigieuse atteignant au moins CHF 10'000.-, un recours *stricto sensu* sinon) si cette qualification devait être retenue¹¹⁶. En suivant un courant doctrinal largement représenté, il a estimé en effet que le législateur n'avait voulu exclure d'attaquer une telle décision que dans le cas où le

¹¹⁵ ATF 139 III 478.

¹¹⁶ Cf. TF 4A_163/2015 du 17 octobre 2015 ; TF 4A_350/2017 du 12 juillet 2017.

procès se poursuivait et où un appel ou un recours immédiat aurait pu compromettre sa célérité. En revanche, il n'a pas exigé alors que la décision concernée risque de faire perdre définitivement un droit matériel au défaillant.

138. Par ailleurs le Conseil fédéral a préparé un projet de révision du Code de 2008 censé remédier à diverses imperfections révélées par la pratique. Dans ce cadre, il propose de codifier la jurisprudence résultant de l'ATF 139 III 478 en ajoutant à l'art. 149 CPC les mots « à moins que le refus de restitution n'entraîne la perte définitive du droit ». Le message de mars 2020 (p. 50) présente cette retouche comme une simple codification du droit prétorien dans le sens de l'arrêt précité du Tribunal fédéral. Cependant il ne mentionne pas expressément l'existence de dérogations prétoriennes à l'exclusion résultant du sens apparent de l'art. 149 CPC allant dans deux sens partiellement différents. Et en indiquant qu'avec la modification proposée « la décision pourra faire l'objet d'un recours ou d'un appel si cette voie est ouverte », il s'écarte de l'arrêt ATF 139 III 478. On peut ajouter que la terminologie proposée n'est pas idéale¹¹⁷ et que rien n'est prévu dans le cas où le refus de restitution émanerait d'une juridiction cantonale unique ou du Tribunal fédéral des brevets, contre les décisions desquels on doit au besoin recourir directement devant le Tribunal fédéral.
139. Ce qui précède nous paraît montrer que le législateur de 2008 avait été mal inspiré en tentant de soustraire à toute voie de droit, sans motif très convaincant, les décisions en matière de restitution, que celle-ci soit d'ailleurs admise ou refusée. Les correctifs introduits prétoriennement par le Tribunal fédéral ont écarté certains inconvénients, mais au prix de distinctions difficilement compréhensibles et d'un manque de cohérence générale. La modification proposée par le Conseil fédéral aggraverait plutôt les choses à cet égard, et risquerait de nécessiter d'autres interventions prétoriennes en marge de la loi.

¹¹⁷ Voir la critique de FRANÇOIS BOHNET et JULITTE SCHALLER, *Projet 2020 de révision du Code de procédure civile : plaider pour la jurisprudence*, SJ 2020 II 189 ss, sp. 194.

140. Le plus simple ne serait-il pas dès lors de supprimer les mots « et statue définitivement sur la restitution » du texte actuel de l'art. 149 CPC ? Les décisions en matière de restitution seraient dès lors soumises au régime commun des voies de droit du Code de 2008 et de la Loi sur le Tribunal fédéral¹¹⁸, avec la possibilité d'un appel ou d'un recours immédiat chaque fois que la décision sera par sa nature une décision finale ou incidente selon les art. 236 et 237 CPC ou 90 et 93 al. 1^{er} let. b LTF¹¹⁹ ainsi qu'une possibilité de recours immédiat limitée à l'existence d'un risque de préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC), respectivement de préjudice irréparable (art. 93 al. 1^{er} let. a LTF) dans les autres cas, ceux où la décision consécutive au défaut remise en cause n'aura le caractère que d'une simple ordonnance d'instruction.
141. L'augmentation des cas permettant de saisir une autorité supérieure ne devrait pas en être considérable. Dans un tel cadre, le problème particulièrement sensible des défauts en audience de conciliation concernant des actions du droit du bail serait résolu en admettant qu'en dehors du cas particulier de la délivrance d'une autorisation de procéder, les décisions de l'autorité de conciliation peuvent être finales ou incidentes au sens des art. 236 ou 237 CPC et donc susceptibles selon la valeur litigieuse d'un appel ou d'un recours *stricto sensu* selon les art. 308 ss ou 319 ss CPC. Et si l'on estimait nécessaire de le préciser dans la loi, on pourrait le faire de manière négative, par exemple en ajoutant à l'art. 209 CPC un alinéa 5 disant que « l'octroi de l'autorisation de procéder n'est pas susceptible d'appel ou de recours », avec des travaux préparatoires qui monteraient que cela implique d'une part que les autres décisions de l'autorité de conciliation sont susceptibles de telles voies de droit aux conditions ordinaires, d'autre part que c'est devant le juge de première instance au fond que l'invalidité d'une autorisation de

¹¹⁸ Sur le fait qu'une décision en matière de restitution émanant par exemple d'une juridiction cantonale unique peut dans certains cas faire l'objet d'un recours direct au Tribunal fédéral, cf. TF 4A_350/2017 du 12 juillet 2017, consid. 3.2.1.

¹¹⁹ Cela concernerait notamment des décisions, qu'elles admettent ou refusent la restitution, rendues dans des cas d'application de l'art. 101 al. 3, 223 al. 2, 1^{re} phrase et 234 al. 1^{er} CPC, ainsi peut-être que dans certains cas d'application de sanctions disciplinaires notamment contre des tiers au procès (art. 167 CPC).

procéder doit le cas échéant être invoquée, comme un motif d'irrecevabilité.

D. Coordination entre appel ou recours et restitution

142. Un concours entre des voies de droit ordinaires contre une décision par défaut et une demande de restitution est naturellement envisageable, y compris dans le cadre des règles exposées ci-dessus. En effet il n'y a rien d'incohérent à ce que le défaillant puisse vouloir soutenir d'une part que les conditions légales pour le tenir pour tel n'étaient pas réalisées, ce qui peut parfaitement constituer un motif d'appel ou de recours selon les art. 310 ou 320 CPC, voire 95 LTF (N 100 ci-dessus), d'autre part qu'il remplit le cas échéant les conditions de l'art. 148 CPC.
143. L'admission d'un appel ou d'un recours annulant une décision par défaut est toutefois de nature à rendre sans objet une éventuelle restitution mettant celle-ci à néant, et l'inverse est aussi possible. Les procédures cantonales en vigueur jusqu'en 2010 connaissaient dès lors parfois des règles assurant la coordination entre de tels moyens. Bien que le législateur de 2008 n'ait rien prévu à cet égard, on peut nous semble-t-il donner les quelques pistes suivantes :
144. Le dépôt d'une requête de restitution ne reporte pas les délais à respecter pour pouvoir faire appel ou recours et il en va pareillement dans le sens inverse. Le défaillant qui voudrait courir les deux chances à la fois doit donc en principe agir sur les deux plans simultanément.
145. A cet égard, ce sera généralement le délai de 10 jours pour requérir la restitution qui viendra à échéance en premier. Pour conserver la possibilité de faire appel ou recours, il faudra cependant souvent demander, également dans un délai de 10 jours, la motivation de la décision si celle-ci a été communiquée sous la forme d'un simple dispositif (art. 239 al. 2 CPC). Plus rarement, il faudra déposer dans les 10 jours aussi l'appel ou le recours lui-même (art. 314 al. 1^{er} et 321 al. 2 CPC). Il faudra le cas échéant veiller en outre à respecter en parallèle ces divers délais, qui risquent d'arriver à échéance simultanément ou quasi simultanément, bien qu'il puisse y avoir des différences dans leur *dies a quo*.

146. Même si une requête de restitution a déjà été déposée, les délais d'appel ou de recours continuent normalement à courir. Si la question de la restitution n'est pas encore tranchée à l'échéance des délais d'appel ou de recours ordinaires de 30 jours (art. 311 al. 1^{er} et 331 al. 1^{er} CPC), il faudra donc respecter ceux-ci, aucune prolongation ou suspension judiciaire n'étant possible à cet égard. La question devrait en pratique surtout se poser si le juge a choisi de notifier aux parties une décision d'emblée motivée¹²⁰.
147. Si les deux procédures se retrouvent pendantes en parallèle, l'économie de la procédure commandera généralement de suspendre l'une d'elles jusqu'à droit connu sur l'autre. Une telle suspension (art. 126 CPC) peut même être ordonnée d'office, et le juge de première instance pourrait notamment en décider ainsi s'il est simultanément saisi d'une requête de restitution contre un jugement par défaut et d'une demande de motivation de ce dernier (N 146 n. 120 ci-dessus). Les deux parties peuvent cependant suggérer la chose, en particulier lorsqu'une requête de restitution et un appel ou un recours sont déposés devant des juridictions différentes, qui risqueraient sinon d'ignorer chacune ce que fait l'autre...
148. Logiquement, il faudrait le plus souvent suspendre l'instruction de l'appel ou du recours jusqu'à droit connu sur la requête de restitution. C'est en tout cas la solution qui doit prévaloir si l'appel ou le recours portent sur des questions de droit matériel. Il ne sert à rien en effet de chercher à contrôler, voire à améliorer une décision qui serait de toute façon mise à néant en cas d'admission de la restitution... L'inverse pourrait toutefois aussi être préférable, au moins du point de vue du défaillant, si c'est précisément sur les conditions du passage à un jugement par défaut que porte son appel ou son recours. En effet il pourrait être plus avantageux pour lui, notamment s'agissant des frais, que le jugement attaqué soit annulé par une juridiction supérieure que mis à néant par une restitution

¹²⁰ En effet si le juge de première instance a notifié un simple dispositif et qu'il reçoit simultanément ou quasi simultanément une demande de restitution et une demande de motivation, il devrait normalement différer la rédaction des motifs jusqu'à droit connu sur la première, dont l'éventuelle admission rendrait la motivation inutile.

dans le cadre de laquelle on pourrait retenir qu'il a commis une faute légère.

149. Aussi pensons-nous que, dans certaines hypothèses en tout cas, le défaillant devrait pouvoir, en déposant une requête de restitution, informer le premier juge qu'il entend prioritairement contester les conditions du défaut par un appel ou un recours. Dans ce cas, c'est la procédure de restitution qui pourrait devoir être suspendue jusqu'à droit connu devant la juridiction supérieure.
150. Les mêmes problèmes de coordination pourraient se poser entre une restitution selon les art. 148 s. CPC demandée devant une juridiction cantonale unique ou le Tribunal fédéral des brevets et un recours immédiat devant le Tribunal fédéral. Dans ce cas les solutions proposées ci-dessus devraient à notre avis valoir *mutatis mutandis*. Précisons à cet égard que l'ancienne jurisprudence qui considérait la possibilité de demander le relief d'un jugement par défaut devant une juridiction cantonale comme un moyen préalable devant être exercé avant un éventuel recours au Tribunal fédéral dans le cadre de l'exigence d'épuisement préalable des voies de droit antérieures, n'est peut-être pas transposable. Elle supposait en effet une possibilité inconditionnelle, sous réserve de certains frais, de faire mettre à néant un tel jugement, ce que ne garantit pas la restitution du Code de 2008¹²¹.

IV. Conclusion

151. Ces trop longues pages n'épuisent évidemment pas le sujet. On constate que nombre de questions restent non résolues à ce jour, et que certaines solutions jurisprudentielles, telles une boîte de Pandore, en ouvrent immédiatement de nouvelles, parfois plus nombreuses que celles ainsi résolues. Mais sans doute ne peut-il en aller autrement dans un domaine marqué par une tension entre des principes se retrouvant en contradiction, comme entre la maxime des débats supposant une participation des deux parties au procès et la nécessité de permettre au demandeur d'obtenir justice même contre un défendeur enclin à « faire le mort », ou entre le souci de

¹²¹ Cf. CR CPC-TAPPY, art. 149 N 15.

célérité de la justice et la nécessité de donner parfois, même au plaideur qui a manqué de vigilance, des possibilités de revenir à une procédure régulière.

152. Nous l'avons dit, si l'on excepte le défaut à l'audience de conciliation selon l'art. 206 CPC, notre sujet n'est pas de ceux qui ont suscité une jurisprudence pléthorique au moins au niveau supérieur. Est-ce à dire que les problèmes discutés ci-dessus sont plus théoriques que pratiques ? Nous n'en prendrions pas le pari. Sans doute en période normale ne trouve-t-on qu'assez rarement des plaideurs, naturellement le plus souvent du côté des défendeurs, peu soucieux de défendre leurs droits (ou n'ayant en réalité rien de sérieux à objecter aux prétentions élevées contre eux). Les procès portent alors généralement sur des enjeux réellement disputés sans guère de parties se laissant juger par défaut.
153. Les praticiens ayant une longue expérience se souviennent cependant de crises économiques entraînant soudain une floraison de litiges contre de mauvais payeurs n'ayant parfois aucun argument sérieux à faire valoir. Dans un tel cadre, on peut voir se multiplier les procès portant sur des prétentions qu'en réalité le défendeur n'a guère de raison de contester, mais qu'il ne peut momentanément pas satisfaire et n'entend pas reconnaître dans l'espoir que la durée de la procédure lui permettra de rétablir sa situation¹²². Dans un tel contexte il ne sera pas rare que certaines parties ne consultent pas avocat et ne participent pas activement au procès, préférant se laisser condamner par défaut...

¹²² Dans le système de la procédure civile unifiée, la possibilité d'une action en procédure sommaire dans les cas clairs devrait réduire la fréquence de telles situations, mais les conditions strictes de l'art. 257 CPC ne sont en réalité pas toujours réunies, même alors.

Bibliographie

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Conditions et conséquences du défaut de réponse à la demande, TF 4A_381/2018 du 7 juin 2019, newsletter CPC Online 2019-N20

DIETSCHY-MARTENET PATRICIA, La restitution de délai dans le Code de procédure civile, in : RDS 2015, 149-168

DOLGE ANNETTE/INFANGER DOMINIK, Schlichtungsverfahren nach Schweizerischer Zivilprozessordnung, Zurich 2012

HAAS ULRICH, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), thèse, Bâle 2015

JÉQUIER GUILLAUME, Obligation de comparaître personnellement et autres aspects de procédure sur la conciliation en matière de bail (arrêt 4A_416/2019), Newsletter Bail.ch mars 2020

MEIER JÜRIG/LIENHARD ANDREAS/PAUHD ERIC, Vereinfachtes, summarisches und Säumnisverfahren, in : Ulrich Haas, Reto Marghitola (édit.), Fachandbuch Zivilprozessrecht, Zurich 2020, 707 ss

SCHEIWILLER SARAH, Säumnisfolgen nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse, Zurich 2016

SCHRANK CLAUDE, Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, thèse Bâle 2015

SCHRANK CLAUDE, Grundsatzfragen zum Schlichtungsverfahren – Kompetenzkompetenz, Beteiligung Dritter und Erscheinungspflicht des Gesuchstellers bei angekündigtem Nichterscheinen der Gesuchsgegners ? in : Jolanta Kren Kostkiewicz, Alexander R. Markus, Rodrigo Rodriguez (édit.), Das Schlichtungsverfahren nach ZPO, Berne 2016, 1 ss

TAPPY DENIS, Les décisions par défaut. Les voies de droit et les remèdes aux décisions par défaut, in : Bohnet François (édit.), Procédure civile, Les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010, 409 ss

TAPPY DENIS, Les voies de droit contre un refus injustifié de délivrer une autorisation de procéder et l'exigence d'épuisement des griefs avant un recours au Tribunal fédéral, RSPC 2019, 455 ss

La maxime éventuelle, les novas et les voies de droit

par

Jacques Haldy

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

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. La maxime éventuelle..... | 202 |
| II. Les novas de 1 ^{ère} instance | 205 |
| III. Les novas de 2 ^e instance | 208 |
| A. Les novas en appel..... | 208 |
| B. Les novas en recours | 212 |
| IV. Les voies de droit..... | 213 |
| A. L'appel | 214 |
| 1. Appel mal adressé..... | 214 |
| 2. Appel manifestement mal fondé/irrecevable..... | 215 |
| 3. Appel joint | 215 |
| 4. Effet suspensif | 216 |
| 5. Arrêt sur appel..... | 218 |
| B. Le recours..... | 218 |
| 1. La notion de préjudice difficilement réparable de l'art. 319..... | 218 |
| 2. Le délai de recours de dix jours contre les ordonnances d'instruction..... | 219 |
| V. Conclusion..... | 221 |
| Bibliographie | 222 |

I. La maxime éventuelle

1. Le thème qui m'a été dévolu, soit tout d'abord la maxime éventuelle, a donné lieu à d'abondants débats lors de l'adoption du CPC puis ensuite à de nombreux arrêts pour préciser et clarifier la portée des dispositions légales introduites. La présente contribution, après dix ans de CPC, est destinée à exposer le fruit de cette jurisprudence, qui paraît maintenant bien arrêtée, avec des solutions aussi claires que possible.

La question de base est celle de déterminer jusqu'à quel moment et à quelles conditions les parties peuvent introduire des allégations et moyens de preuves en procédure. Il faut en effet fixer des règles permettant à la fois aux parties d'alléguer tous les éléments qui sont nécessaires et d'autre part au tribunal de statuer sur un état de faits fondé sur des allégations et moyens de preuves formulés en temps utile et le plus rapidement possible, pour permettre au tribunal d'arrêter sa décision sans être à la merci d'éléments qui auraient pu et dû être introduits précédemment.

Précisons d'emblée que ce délicat équilibre, calibré par la jurisprudence, vaut naturellement pour les procès où la maxime des débats est applicable en procédure ordinaire. Lorsque le tribunal a la charge d'établir lui-même les faits, le CPC prévoit une règle particulière, l'art. 229 al. 3, lui permettant de tenir compte de tous les éléments dont il peut prendre connaissance jusqu'aux délibérations. A la fin de ce chapitre, nous examinerons brièvement ce qu'il en est des hypothèses des maximes inquisitoires ou lorsque d'autres procédures sont applicables, les questions relatives aux *novas* de 2^e instance étant traitées ultérieurement.

A titre préalable, il convient encore de préciser que, par *novas*, on entend l'introduction de nouvelles allégations de faits ou de nouveaux moyens de preuves ; cela signifie que l'argumentation juridique n'est pas concernée, le juge étant amené à appliquer le droit d'office (cf. art. 57 CPC), et les parties n'étant pas limitées pour présenter leurs arguments juridiques. S'agissant de la *compensation*, qui est une objection, les faits sur lesquels elle repose doivent avoir été dûment allégués et prouvés, en respectant le cas échéant la

réglementation des novas¹ ; la déclaration de compensation – nécessaire et qui peut être émise avant ou pendant le procès – doit intervenir à un stade permettant encore l’introduction de novas². Quant à l’exception de *prescription*, elle doit être soulevée en respectant la réglementation sur les novas³.

2. En ce qui concerne l’hypothèse normale, soit le *procès en procédure ordinaire selon la maxime des débats*, le Tribunal fédéral a posé à travers sa jurisprudence les règles de principe suivantes :

- *Chaque partie a le droit d’introduire librement à deux reprises des allégations ou moyens de preuves*⁴ ; c’est ce qui explique la raison pour laquelle le législateur a prévu à l’art. 229 CPC que de nouveaux allégués ou moyens de preuves peuvent être introduits librement à l’ouverture des débats principaux uniquement s’il n’y a pas eu de débats d’instruction ou de deuxième échange d’écritures. Par ouverture des débats principaux, il faut entendre selon nous l’ouverture de l’audience de premières plaidoiries, et non pas une étape antérieure. Nous rejoignons sur ce point l’avis de TAPPY⁵ et BOHNET⁶. C’est en application de ces principes que le Tribunal fédéral a précisé⁷ que, s’il y a un deuxième échange d’écritures, la phase de l’allégation est alors close même s’il y a encore des débats d’instruction. De même, s’il n’y a eu qu’un échange d’écritures, puis une audience d’instruction, avec la possibilité d’offrir des preuves, la phase de libre allégation est alors terminée⁸. Précisons encore que la règle précitée implique la possibilité d’introduire à deux reprises librement des

¹ TF 4A_69/2014 du 28 avril 2014, consid. 3.3.

² TF 4A_435/2015 du 14 janvier 2016, consid. 2.6.

³ TF 4A_350/2012 du 6 février 2013, consid. 3.3.

⁴ ATF 140 III 312, consid. 6.3, RSPC 2014 538 ; TF 4_70/2019 du 6 août 2019, consid. 2.1-2.4 ; RSPC 2019 514. S’il s’agit d’introduire de nouvelles allégations, avec de nouveaux moyens de preuve s’y rapportant, l’opération doit être simultanée, cf. ATF 144 III 67, JdT 2019 II 328, RSPC 2018 111.

⁵ CR CPC-TAPPY, art. 228 N 13.

⁶ ATF 144 III 67, RSPC 2018 111 avec note de BOHNET, JdT 2019 II 328. Cet arrêt peut sous-entendre le contraire mais ne donne toutefois pas de motivation.

⁷ ATF 140 III 312, JdT 2016 II 257, RSPC 2014 538.

⁸ ATF 144 III 67, JdT 2019 II 328, RSPC 2018 111.

allégations et moyens de preuves : si le juge ordonne un deuxième échange d'écritures et que la possibilité n'est pas utilisée par les parties, la phase de libre allégation est terminée, puisqu'il y a eu les deux possibilités⁹.

- Il résulte de ce qui précède que le défendeur peut ne pas alléguer en réponse tous les faits qu'il souhaite introduire, réservant une save ultérieure pour une duplique, des débats d'instruction ou l'audience de premières plaidoiries au début des débats principaux. Dans cette hypothèse, il doit être possible au demandeur de répliquer à ces nouveaux éléments, mais sans que cela ne constitue un troisième tour de libre allégation. C'est pourquoi la jurisprudence a expressément prévu que, dans une telle hypothèse, *des novas connexes* (soit qui sont en lien avec les nouvelles allégations introduites par le défendeur) sont recevables. Les conditions de l'art. 229 al. 1 lit. b sont en effet réalisées, puisque c'est en raison des nouvelles allégations du défendeur que le demandeur doit pouvoir répliquer¹⁰. Cette possibilité de *novas connexes* peut à notre sens être le cas échéant utilisée dès que l'introduction de *novas* justifie pour l'autre partie de pouvoir répliquer par des *novas* en strict rapport de connexité avec les *novas* initiaux introduits.
3. S'agissant des autres procédures, la règle des deux tours de libre allégation est également applicable à la *procédure simplifiée*¹¹. Quant à la *procédure sommaire*, les parties ne peuvent pas compter sur un deuxième échange d'écritures ou sur des débats oraux. Il n'existe pas dans cette mesure une prétention des parties à s'exprimer ainsi une deuxième fois¹². L'art. 229 CPC peut cependant s'appliquer par analogie s'il y a des débats ou un deuxième échange d'écritures, ce qui est exceptionnel¹³.

⁹ TF 4A_494/2017 du 31 janvier 2018, RSPC 2018 193.

¹⁰ ATF 146 III 55, consid. 2.5.2, RSPC 2019 514 ; cf. également TF 5A_583/2019 du 19 août 2020, consid. 5 et 6.

¹¹ ATF 144 III 117 ; ATF 146 III 55, consid. 2.3.1, RSPC 2019 514.

¹² TF 4A_44/2019 du 20 septembre 2019, RSPC 2020 30.

¹³ ATF 144 III 117, consid. 2.2 ; cf. également TF 5A_366/2019 du 19 juin 2020, consid. 3.

II. Les novas de 1^{re} instance

4. Compte tenu de la durée d'un procès, il peut se passer bien des choses pendant celui-ci : de nouveaux éléments peuvent apparaître qui peuvent amener les parties à souhaiter compléter leur procédure après la phase de libre allégation décrite ci-dessus. Conformément aux termes de l'art. 229 CPC, selon la mouture en vigueur dès le 1^{er} janvier 2018, le Code distingue deux hypothèses permettant un complément de la procédure, dont les conditions ne sont pas les mêmes :
- *les vrais novas ou « novas proprement dits »*, soit des faits ou des moyens de preuves postérieurs à la fin de la phase d'allégation : étant donné cette caractéristique, en vertu de laquelle les parties ne pouvaient en tenir compte précédemment, le Code ne prescrit pas de conditions particulières pour les introduire, hormis celle de les faire valoir « *sans retard* », ce que nous examinerons ci-dessous. Il faut cependant à notre sens réserver l'hypothèse où la preuve aurait pu et dû être recueillie antérieurement (cf. jurisprudence citée *infra* N 10) ;
 - *les faux ou pseudo-novas ou encore novas improprement dits*, qui sont des faits ou moyens de preuves antérieurs à la phase d'allégation ; étant donné cette caractéristique, une condition spécifique est dès lors prévue pour leur introduction : les parties ne pouvaient pas les faire valoir avant malgré toute la diligence nécessaire ; en effet, si c'est en raison d'une imprévoyance ou d'une mauvaise préparation des écritures qu'ils n'ont pas été introduits, malgré les deux possibilités d'allégation offertes, il y a alors forclusion. Avant d'examiner cette question de diligence, il y a lieu de préciser un élément important : ne constitue pas un faux nova, mais un vrai nova un moyen de preuve postérieur à la phase d'allégation, mais se rapportant à un fait antérieur. Cela peut être le cas par exemple d'une nouvelle pièce (postérieure à la phase d'allégation) permettant d'établir un fait antérieur¹⁴. On pourrait imaginer également comme hypothèse une expertise ADN démontrant un fait antérieur. La condition de diligence de

¹⁴ ATF 143 III 42, consid. 5.2, JdT 2017 II 342, SJ 2017 I 460, confirmé par TF 5A_154/2019 du 1^{er} octobre 2019, consid. 4.1.

l'art. 229 al. 1 lit. b ne s'applique alors pas, à moins que le fait de ne pas avoir disposé de cette pièce ou de cette expertise provienne d'une négligence consistant à ne pas avoir recueilli la preuve en temps utile.

Sur cette question de diligence, il faut bien admettre qu'il s'agit souvent d'une question d'appréciation au regard des circonstances concrètes : aucune négligence ne doit pouvoir être reprochée au plaideur dans le fardeau de l'allégation et dans la charge de la preuve, ce qui implique qu'il a effectué toutes les recherches que l'on pouvait attendre de lui¹⁵. La jurisprudence s'est montrée plus prolixe à propos de l'art. 317 CPC qui connaît également cette exigence de diligence, et l'on peut donc renvoyer à ce qui sera développé ci-dessous.

5. Il convient ensuite d'examiner la condition commune aux deux hypothèses de *novas* : ils doivent être introduits « *sans retard* ». La jurisprudence n'a pas fixé de délais précis permettant de considérer que les *novas* ont été introduits sans retard. Ce serait au demeurant contraire au texte légal qui, en n'évoquant pas de délais précis, a laissé une marge d'appréciation au juge, en fonction notamment des caractéristiques de l'affaire. Selon un arrêt récent¹⁶, résumant la jurisprudence, l'action « *sans retard* » implique un délai allant d'une dizaine de jours à une trentaine de jours. En vertu de cette jurisprudence, il est ainsi conseillé au plaideur soit de déposer les *novas* rapidement soit, si l'on se trouve dans un dossier complexe nécessitant un temps plus long, de solliciter du juge un délai pour les déposer, en expliquant la situation, puisque, dans cette hypothèse, si le délai est accordé, le plaideur est ainsi assuré de pouvoir déposer à temps les *novas*¹⁷. Ce qu'il faut en revanche déconseiller, c'est d'attendre une prochaine audience pour ces *novas* s'il n'y a pas d'audience prévue à bref délai.
6. Il faut encore préciser que, comme indiqué plus haut, l'introduction par une partie de *novas* remplissant les conditions prescrites peut entraîner pour l'autre partie le dépôt de *novas connexes*, qui doivent

¹⁵ TF 4A_259/2019 du 10 octobre 2019, consid. 1.3.

¹⁶ TF 5A_141/2019 du 7 juin 2019.

¹⁷ TF 4A_707/2016 du 29 mai 2017.

cependant être en rapport avec les novas initiaux, pour qu'ils soient recevables (cf. *supra* N 2) et que le juge puisse ainsi en tenir compte¹⁸. Cela postule ainsi que la partie adverse doit avoir connaissance de la requête de novas afin qu'elle puisse le cas échéant se prononcer avant que le juge ne statue par une décision d'instruction ou dans le cadre de la décision finale¹⁹.

7. Comme prescrit par l'art. 230 CPC, le dépôt de novas peut également justifier *une modification de conclusions* qui, pour être recevable, ne doit pas entraîner un changement de procédure et doit porter sur une modification connexe²⁰ aux conclusions principales, sauf accord de l'autre partie (cf. art. 227 CPC). Si, après l'ouverture des débats principaux, cette modification de conclusions doit être en rapport avec des novas répondant aux exigences précitées selon l'art. 229, l'art. 230 CPC ne prescrit pas que la modification de conclusions doit être déposée sans délai à la suite des novas qui la justifient. La jurisprudence²¹ a cependant précisé que le principe de la bonne foi pouvait impliquer que cette modification intervienne rapidement après la découverte des novas, le plus simple et le plus sûr étant ainsi de déposer les novas et la modification des conclusions qu'ils entraînent en même temps. La partie adverse doit pouvoir prendre position sur la modification des conclusions²².
8. Reste encore un point à trancher : à imaginer que les conditions pour introduire des novas soient réalisées, il convient encore de déterminer jusqu'à quel moment ils peuvent être déposés avant que le tribunal ne statue. Le dernier moment, comme cela ressort de l'art. 229 CPC, est constitué par *la clôture de l'instruction et des débats* (fin des plaidoiries orales ou échéance du délai pour déposer les plaidoiries écrites)²³, qui correspond au *début des délibérations*²⁴.

¹⁸ TF 4A_514/2018 du 11 juillet 2018.

¹⁹ TF 4A_61/2017 du 31 août 2017, RSPC 2017 525.

²⁰ Sur la notion de connexité cf. CR CPC-HALDY, art. 14 N 7-12a.

²¹ TF 5A_245/2017 du 4 décembre 2017, RSPC 2018 119.

²² TF 5A_16/2016 du 26 mai 2016, consid. 5.1 et 5.2, RSPC 2016 415.

²³ TF 5A_16/2016 du 26 mai 2016, RSPC 2016 415.

²⁴ ATF 143 III 272, consid. 2.3.

Il convient encore de rappeler que, lorsque la maxime inquisitoire est applicable, l'art. 229 al. 3 CPC permet d'introduire sans conditions de vrais novas ou de faux novas jusqu'aux délibérations.

III. Les novas de 2^e instance

S'agissant de la 2^e instance, il faut distinguer la possibilité d'introduire des novas en appel et en recours.

A. Les novas en appel

9. Le législateur a prévu une seule disposition pour réglementer la possibilité d'introduction des novas en appel, soit l'art. 317 CPC, dont les conditions seront examinées plus loin.
10. Avant cet examen, il faut tout d'abord se pencher sur le champ d'application de cette disposition, qui a été quelque peu restreint par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a tout d'abord dû résoudre la question du lien entre cet art. 317 CPC et les maximes procédurales. L'on rappelle à cet égard que, en première instance, l'art. 229 CPC fait une distinction s'agissant des procès soumis à la maxime inquisitoire et ceux soumis à la maxime des débats, distinction qui ne figure pas à l'art. 317. Le Tribunal fédéral²⁵ en a inféré, à juste titre selon nous, que l'art. 317 CPC a ainsi vocation à s'appliquer quelle que soit la maxime applicable, sous réserve cependant des cas soumis à la maxime d'office²⁶.

Puis, sous l'impulsion en particulier de la doctrine, le Tribunal fédéral est revenu quelque peu en arrière, considérant que l'art. 317 CPC ne s'applique pas dans les hypothèses où la *maxime inquisitoire illimitée* s'applique²⁷. En effet, dans ce cas, notamment lorsque la cause concerne les enfants (art. 296 CPC), le juge doit rechercher lui-même les faits d'office et il peut ainsi ordonner d'office l'administration de toutes preuves pour établir les faits déterminants. Il en résulte que, dans ces cas, les parties peuvent

²⁵ ATF 138 III 625.

²⁶ RSPC 2011 320-323.

²⁷ ATF 144 III 349, RSPC 2018 399 ; TF 5A_685/2018 du 15 mai 2019, consid. 3.1.

présenter des novas même lorsque les conditions de l'art. 317 CPC ne sont pas remplies. En revanche, l'art. 317 s'applique en cas de procès soumis à la *maxime inquisitoire sociale*. Cette solution jurisprudentielle a été consacrée dans le projet de révision du CPC²⁸.

Récemment, le Tribunal fédéral²⁹ a encore précisé que, s'agissant des *conditions de recevabilité* (examinées d'office, cf. art. 60 CPC), l'autorité d'appel peut tenir compte de novas même allégués tardivement lorsqu'il existe le risque qu'une décision soit prononcée malgré l'absence d'une condition de recevabilité.

11. En ce qui concerne les conditions pour introduire des novas, elles ne diffèrent pas de celles posées en première instance après le début des débats principaux. Les vrais novas peuvent être introduits sans autres conditions que celle de le faire sans retard (sous réserve cependant de nouveaux moyens de preuves que la partie aurait pu ou dû se procurer antérieurement), alors que, s'agissant des faux novas, leur introduction à ce stade ne doit pas être due à un *défait de diligence*. Cela implique du plaideur qu'il doit démontrer avoir fait preuve de la diligence requise en exposant précisément les raisons pour lesquelles le fait/moyen de preuve n'a pas été introduit en 1^{re} instance³⁰. Il convient à cet égard de donner quelques exemples parmi la nombreuse jurisprudence rendue :

- dans un arrêt³¹, le Tribunal fédéral a considéré que l'obligation de diligence n'était pas réalisée dans l'hypothèse suivante : lorsqu'une pièce est établie postérieurement au jugement de 1^{re} instance dans le but de prouver un fait antérieur, alors que, avec la diligence nécessaire, la pièce aurait dû être établie avant³².

²⁸ Cf. FF 2020 2679 et 2701 avec le nouvel art. 317 al. 1^{bis} suivant : « Lorsqu'elle doit examiner les faits d'office, l'instance d'appel admet les faits et moyens de preuve nouveaux jusqu'aux délibérations ».

²⁹ TF 5A_801/2017 du 14 mai 2018, SJ 2018 I 415.

³⁰ TF 4A_337/2019 du 18 décembre 2019, consid. 4.1.1 et 4.2.

³¹ TF 5A_882 du 1^{er} février 2018, RSPC 2018 218.

³² Pour un autre exemple, voir TF 5A_150/2014 du 6 mai 2014, RSPC 2014 348 : cas similaire d'un rapport médical qui aurait pu être établi avant. Dans la même veine, le Tribunal fédéral a récemment jugé (TF 4A_583/2019 du 19 août 2020, consid. 3) que la recevabilité de novas dont la survenance dépend de la volonté

Ainsi, dans cette hypothèse, même en cas de vrais novas, puisqu'il s'agit d'un nouveau moyen de preuve, la condition de diligence s'applique puisque la preuve aurait dû être recueillie antérieurement. Le Tribunal fédéral³³ a toutefois admis la production d'un certificat médical en appel, en considérant que la partie n'avait pas pu produire le certificat plus tôt, alors que l'atteinte à la santé existait déjà avant. Le résultat aurait été différent si la question de l'état de santé n'avait pas été abordée en première instance, mais aurait dû l'être en faisant preuve de la diligence requise ;

- dans un autre arrêt³⁴, le Tribunal fédéral a considéré que le *manquement de diligence de l'avocat* est imputable à la partie, qui ne peut pas introduire un nova sans respecter l'art. 317 CPC en faisant valoir que le manquement de diligence est imputable à l'avocat ;
- dans un autre arrêt³⁵, il a été jugé que la partie qui a refusé en première instance de collaborer, contrairement à la bonne foi, à l'établissement de ses revenus, malgré les incitations du juge à produire ses moyens de preuve, ne peut naturellement y remédier en appel ;
- de plus, pour que les faux novas soient recevables en vertu de l'art. 317 CPC, il ne faut pas seulement que la pièce produite ait été inconnue en 1^{re} instance ; il faut de surcroît que la partie n'ait pas pu y avoir accès en faisant preuve de la diligence et du soin exigible³⁶ ;
- enfin, la qualité pour agir du demandeur doit être contestée lors des deux possibilités de la phase de libre allégation ; si cela n'a pas été fait, le défendeur ne peut plus introduire en appel en

des parties s'apprécie selon qu'ils n'auraient pas pu être présentés auparavant en faisant preuve de la diligence requise.

³³ TF 5A_358/2016 du 1^{er} mai 2017, consid. 5.3.2 avec note de BASTONS BULLETTI, CPC Online (newsletter du 28 juin 2017).

³⁴ TF 4A_124/2018 du 27 avril 2018, consid. 2.2, RSPC 2018 405.

³⁵ TF 5A_541/2015 du 14 janvier 2016, consid. 5.2.4.

³⁶ TF 4A_419/2018 du 10 septembre 2018, RSPC 2019 75.

vertu de l'art. 317 CPC des faits ou preuves nouveaux à ce propos³⁷.

12. S'agissant de la condition d'introduire les novas *sans retard*, l'on peut renvoyer à ce qui a été dit à propos de la 1^{re} instance, les parties pouvant introduire des novas même après l'échange des écritures, mais à la condition de le faire immédiatement auprès du tribunal³⁸ ; si des novas introduits dans un délai d'une à deux semaines sont recevables, la partie qui dispose déjà d'un délai pour déposer un mémoire peut attendre la fin de ce délai, car la procédure ne s'en retrouve pas retardée³⁹. La jurisprudence a encore introduit une condition non écrite à la recevabilité des novas : l'appelant doit démontrer en quoi les novas en cause sont décisifs pour l'issue de la procédure⁴⁰.
13. S'agissant de la *modification des conclusions en appel*, elle doit comme en première instance reposer sur des faits et moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 lit. b CPC), répondant ainsi aux exigences précitées des novas ; le Tribunal fédéral a encore rappelé à ce propos que toute conclusion ou modification doit reposer sur des faits dûment allégués⁴¹. Il a aussi précisé que le juge d'appel devait, lorsqu'il est saisi de modifications de conclusions, interpellé la partie adverse avec un délai pour se déterminer⁴².
14. Enfin, quant au *moment où l'on peut introduire des novas*, la jurisprudence a précisé qu'ils peuvent être introduits jusqu'à la fin des débats éventuels correspondant au début des délibérations⁴³. En vertu de la jurisprudence précitée, ce moment peut faire l'objet d'une communication aux parties, indiquant que la cause est en état d'être jugée. Si le tribunal communique qu'il renonce à un second échange d'écritures et à des débats, il y a alors lieu de considérer que la cause

³⁷ TF 4A_404/2016 du 7 décembre 2016.

³⁸ TF 5A_22/2014 du 13 mai 2014, SJ 2015 I 17.

³⁹ TF 4A_707/2016 du 29 mai 2017, consid. 3.3.2 ; cf. aussi TF 5A_790/2016 du 9 août 2018, consid. 3.4.

⁴⁰ TF 5A_917/2018 du 20 juin 2019, consid. 3.3.1.

⁴¹ TF 4A_505/2018 et 4A_507/2018 du 3 juin 2019, RSPC 2019 530.

⁴² ATF 142 III 48, consid. 4.1.2.

⁴³ ATF 142 III 413, SJ 2017 I 16, JdT 2017 II 53 ; TF 5A_456/2016 du 28 octobre 2016.

est en état d'être jugée et que la phase des délibérations a commencé⁴⁴. Le Tribunal fédéral a encore précisé que, si le plaideur n'a pas connaissance du moment à partir duquel le tribunal d'appel se consacre effectivement à la prise de décision et si cette ignorance ne peut de bonne foi lui être reprochée, il est en tous les cas tenu de soumettre ces moyens de défense immédiatement et spontanément au tribunal au risque de se voir reprocher une négligence procédurale⁴⁵. Ces principes valent également en cas de renvoi à la cour cantonale par le Tribunal fédéral : le moment déterminant pour statuer sur l'admissibilité des faits et des moyens de preuve nouveaux demeure la fin des débats principaux/début des délibérations, puisque l'annulation de la décision cantonale et le renvoi de la cause pour nouvelle décision ont pour effet de reporter la procédure au stade où elle se trouvait avant que l'instance d'appel ne se soit prononcée⁴⁶.

Par rapport à ce qui est exposé ci-dessus, le Tribunal fédéral a prévu une exception s'agissant des *conditions de recevabilité*. L'autorité d'appel doit prendre en considération des faits nouveaux allégués tardivement après le début de la phase des délibérations lorsque le risque existe qu'une décision soit prononcée malgré l'absence d'une condition de recevabilité⁴⁷ ; cette jurisprudence doit également être valable lorsque l'art. 317 CPC n'est pas applicable, soit en présence d'un procès soumis à la maxime inquisitoire pure ou à la maxime d'office.

B. Les novas en recours

15. En vertu de l'art. 326 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux sont exclus en procédure de recours sauf dispositions légales expresses (cf. par ex. art. 174 LP). Cependant, la jurisprudence a

⁴⁴ ATF 143 III 272, consid. 2.3.2 ; TF 5A_456/2016 du 28 octobre 2016.

⁴⁵ TF 5A_701/2016 du 6 avril 2017, consid. 6.4.

⁴⁶ TF 4A_337/2019 du 18 décembre 2019, consid. 4.1.1 et 4.1.2.

⁴⁷ TF 5A_801/2017 du 14 mai 2018, SJ 2018 I 415.

relativisé cette interdiction en particulier dans un arrêt récent de 2019 recensant *les exceptions à cette exclusion*⁴⁸ :

- Il s'agit d'une part *des hypothèses où le recourant n'a pas pu faire valoir ses droits en première instance* ; c'est par exemple le cas de la procédure d'exequatur d'un jugement soumis à la convention de Lugano, dans laquelle l'intéressé n'est pas entendu en 1^{re} instance (cf. art. 41 de la convention de Lugano)⁴⁹. La jurisprudence a également appliqué cette même exception en faveur du débiteur, non cité en 1^{re} instance, qui s'oppose à la reconnaissance de sa faillite prononcée à l'étranger.
- Il s'agit également des hypothèses où la jurisprudence a admis des exceptions à l'interdiction des novas figurant à l'art. 99 LTF. L'on ne saurait en effet avoir une réglementation plus rigoureuse des novas en 2^e instance que devant le Tribunal fédéral. Cela concerne en particulier le cas *d'éléments nouveaux qui rendent sans objet un recours*⁵⁰. Cela vaut aussi pour *les vrais novas déterminant la recevabilité du recours*⁵¹, par exemple la pièce nouvelle établissant que l'avocat qui a signé le recours est au bénéfice d'une procuration. Des novas sont également recevables *lorsqu'ils résultent de la décision de l'autorité précédente*⁵², par exemple des faits et moyens de preuve qui se rapportent à la procédure conduite devant l'autorité précédente, telle une irrégularité affectant la composition de l'autorité ayant rendu la décision querellée.

IV. Les voies de droit

16. Il ne s'agit pas de faire un exposé général sur les voies de droit selon le nouveau CPC, mais d'aborder les points importants sur lesquels la jurisprudence s'est penchée. Nous nous sommes ainsi focalisés,

⁴⁸ ATF 145 III 422, RSPC 2019 454.

⁴⁹ ARNOLD, Exequaturverfahren.

⁵⁰ ATF 137 III 614, consid. 3.2.1 ; TF 8C_123/2019 du 10 mai 2019, consid. 2.3 ; TF 5A_866/2018 du 18 mars 2019, consid. 3.3 ; TF 5A_396/2018 du 29 juin 2018 consid. 2.3.

⁵¹ ATF 136 III 497, consid. 3.3 ; ATF 136 III 123, consid. 4.4.3 ; JdT 2020 III 17 consid. 1.

⁵² ATF 139 III 466, consid. 3.4.

sans la prétention d'être exhaustifs, sur les précisions utiles apportées par la jurisprudence pour le praticien.

A. L'appel

Comme indiqué ci-dessus, ce chapitre n'a pas pour objet de faire un exposé sur l'appel, mais de cibler les points importants ressortant de la jurisprudence.

1. Appel mal adressé

17. Dans un arrêt de principe du 9 décembre 2014⁵³, le Tribunal fédéral s'est penché sur une hypothèse qui n'est pas traitée par une disposition particulière du CPC : quid de l'*appel adressé à une autorité incompétente* ? Le Tribunal fédéral a considéré que, si l'appel est adressé à la juridiction de 1^{re} instance au lieu de l'autorité de recours, le délai est respecté, le recours devant être transmis à celle-ci, solution applicable également au recours *stricto sensu*. En revanche, cette solution n'est pas applicable au recours déposé auprès d'une autre autorité ; dans cette hypothèse, le délai ne saurait être respecté que si l'autorité recevant l'acte le transmet et qu'il parvient en temps utile auprès de l'autorité compétente. Cette solution a été critiquée au regard en particulier de l'art. 48 al. 3 LTF⁵⁴. Le projet de révision du CPC⁵⁵ propose une solution plus large sous la forme d'un nouvel art. 143 al. 1^{bis} : « *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* ». Quoi qu'il en soit, comme rappelé par une jurisprudence vaudoise⁵⁶, le principe de la validité du recours déposé en temps utile auprès d'une autorité incompétente ne saurait s'appliquer si c'est consciemment que le recourant a saisi une fausse autorité.

⁵³ ATF 140 III 636, RSPC 2015 147.

⁵⁴ ATF 140 III 636, RSPC 2015 147,152 avec note de RETORNAZ et BOHNET.

⁵⁵ FF 2020 2655 et 2697.

⁵⁶ TC VD/CACI 314 du 21 juillet 2020, consid. 2.1.

2. Appel manifestement mal fondé/irrecevable

18. Dans une jurisprudence récente⁵⁷, le Tribunal fédéral a rappelé que le rejet d'un appel, sans notification à la partie intimée permettant à celle-ci de déposer un appel joint, doit être réservé à l'hypothèse où il résulte d'un examen sommaire que l'appel est voué à l'échec, la pratique de certains tribunaux cantonaux à appliquer d'une façon très large ce mode de procéder étant ainsi contraire au CPC. Selon la jurisprudence⁵⁸, l'appelant n'a cependant pas d'intérêt juridique à soulever ce grief. Ce sont les parties adverses qui ont en effet été privées de la possibilité de se déterminer sur l'appel.

3. Appel joint

19. La jurisprudence au sujet de l'appel joint a été relativement prolixe, et sans être exhaustif, il convient de tracer en résumé les principales précisions apportées par la jurisprudence récente :
- conformément à l'art. 312 CPC, appliqué par analogie, l'appel joint doit être notifié à la partie adverse, avec un délai pour se déterminer sauf si l'appel joint est manifestement irrecevable ou infondé⁵⁹ ;
 - si les deux parties forment un appel principal contre le jugement, il n'est plus possible de déposer un appel joint, mais les parties peuvent convertir leur appel principal en appel joint⁶⁰. En vertu de ce même arrêt, si un appel principal est déclaré irrecevable faute de paiement de l'avance des frais, la partie qui l'a formé peut déposer un appel joint ;
 - en dérogation avec ce qui précède, la partie qui a seulement appelé partiellement d'un jugement de 1^{re} instance peut déposer un appel joint lorsque la partie adverse forme appel⁶¹ ;

⁵⁷ ATF 143 III 153, RSPC 2017 263, SJ 2018 I 68.

⁵⁸ TF 4A_282 du 4 novembre 2019, consid. 3.

⁵⁹ TF 5A_724/2018 du 14 mars 2019, consid. 3.1.

⁶⁰ TF 4A_241/2014 du 21 novembre 2014, consid. 2.4, RSPC 2015 145.

⁶¹ ATF 141 III 302.

- un appel joint sur l'appel joint est prohibé⁶² ;
- en présence d'un appel principal, puis d'un appel joint à la suite de l'appel principal, le retrait de celui-ci (qui peut intervenir jusqu'à la clôture des débats principaux)⁶³ entraîne la caducité de l'appel joint (art. 313 al. 2 lit. c CPC). Dans cette hypothèse, l'appelant principal doit en principe verser des dépens à l'appelant joint, sous réserve d'une répartition en équité selon l'art. 107 CPC⁶⁴ ;
- si, comme l'a rappelé une jurisprudence genevoise⁶⁵, il est opportun de présenter la réponse à l'appel principal et l'appel joint sous forme de deux parties distinctes de l'écriture, il ne s'agit pas d'une condition légale et ce serait du formalisme excessif que de déclarer irrecevable une écriture qui, sans contenir deux parties distinctes, permet clairement de déterminer les éléments relevant de la réponse et ceux de l'appel joint. Le Tribunal fédéral⁶⁶ a encore précisé que, pour qu'un appel joint soit recevable, il doit s'agir d'une contre-attaque à l'appel principal. Il s'agit pour l'appelant joint, qui a renoncé à déposer un appel principal, pour éviter une prolongation de la procédure et des frais, de pouvoir reprendre ses conclusions, en modification du jugement rendu, au détriment de l'appelant principal. L'on ne saurait admettre des conclusions qui auraient dû être prises dans un appel principal, qui n'a pas été interjeté dans le délai.

4. Effet suspensif

20. Il existe une abondante jurisprudence du Tribunal fédéral sur la question de l'effet suspensif. Etant donné la très large marge d'appréciation donnée au juge par l'art. 315 CPC tant pour retirer le

⁶² ATF 141 III 302, consid. 2.4 ; TF 5A_204/2019 du 25 novembre 2011, consid. 4.6.

⁶³ Cf. ATF 138 III 788, consid. 4 et 5.

⁶⁴ ATF 145 III 153.

⁶⁵ Cour de justice GE, arrêt C/25865/2015-3 CAPH/17/2020 du 24 janvier 2020, consid. 1.2.

⁶⁶ TF 4A_529/2019, 4A_531/2019 du 25 mai 2020, consid. 2.

cas échéant l'effet suspensif (art. 315 al. 2 CPC) que pour, en matière de mesures provisionnelles, accorder celui-ci (art. 315 al. 5 CPC), cette jurisprudence est éminemment factuelle dépendant des circonstances du cas d'espèce. Au niveau des principes, on retiendra, sans que ce point n'ait été encore définitivement tranché, que la décision que peut prendre le juge en vertu des art. 315 al. 2 et 5 peut être prise d'office lorsque la *maxime d'office* est applicable et seulement sur requête lorsque la *maxime de disposition* est applicable, ce qui paraît simplement logique⁶⁷. S'agissant du retrait de l'effet suspensif selon l'art. 315 al. 2, cette solution est controversée⁶⁸.

21. S'agissant de l'effet suspensif, il convient d'aborder encore une question délicate, soit *la situation d'une décision dont le dispositif a été communiqué, mais pas encore la motivation*. La question de savoir si une telle décision peut déjà faire l'objet d'une exécution forcée ou s'il faut attendre la motivation est discutée. S'il est avantageux pour le requérant qu'elle soit exécutoire, cela peut causer un important préjudice à l'intimé qui, faute de motivation de la décision, ne peut pas encore recourir à son encontre. La jurisprudence cantonale est diverse⁶⁹, le Tribunal cantonal fribourgeois ayant rendu un arrêt⁷⁰ en 2018 considérant que la décision est exécutoire, mais que l'intimé doit pouvoir le cas échéant saisir l'autorité de recours – quand bien même il n'a pas encore pu interjeter le recours faute de motivation de la décision – pour empêcher cette exécution forcée.

Le projet de révision du CPC prévoit de régler – à notre sens à satisfaction – cette problématique, par l'ajout des deux dispositions suivantes :

- Article 239 al. 2^{bis} :

« Une partie qui risque de subir un dommage difficilement réparable peut demander au tribunal, pendant le délai prévu pour la motivation écrite, la suspension de l'exécution. Si nécessaire, le

⁶⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 315 N 17 ; STUCKI/PAHUD, 29.

⁶⁸ CR CPC-JEANDIN, art. 315 N 7 ; CPra Matrimonial-SÖRENSEN, art. 315 CPC N 8.

⁶⁹ BASTONS BULLETTI, Exécution des décisions, N 6.

⁷⁰ Arrêt TC FR 101 2018 312 du 2 novembre 2018, consid. 1.

tribunal ordonne des mesures provisionnelles ou la fourniture de sûretés »⁷¹ ;

- Article 336 al. 3 :

« Une décision communiquée sans motivation écrite (art. 239) est exécutoire si le recours contre la décision n'a pas d'effet suspensif et que le tribunal n'a pas suspendu l'exécution (art. 239 al. 2^{bis}) »⁷².

Par rapport à la solution fribourgeoise évoquée ci-dessus, la différence consiste dans la possibilité pour l'intimé de saisir l'autorité qui a statué et non pas l'autorité de recours, ce qui a l'avantage que le tribunal connaît le dossier, mais ce qui a l'inconvénient qu'il a déjà statué dans le sens défavorable au futur recourant.

5. Arrêt sur appel

22. Adoptant une interprétation très libérale de l'art. 318 al. 2 CPC, le Tribunal fédéral⁷³ considère qu'il est possible de *notifier l'arrêt sur appel en deux temps*, soit d'abord le dispositif puis ensuite l'arrêt motivé, solution critiquée en particulier par BOHNET⁷⁴.

B. Le recours

A propos du recours également, notre propos sera ciblé sur les deux points essentiels où le texte du Code a nécessité des précisions jurisprudentielles.

1. La notion de préjudice difficilement réparable de l'art. 319

23. La difficulté de définir cette notion tient dans la différence des termes avec le texte de l'art. 93 LTF qui évoque un préjudice irréparable, et à propos duquel il existe une jurisprudence abondante

⁷¹ FF 2020 2669 et 2699.

⁷² FF 2020 2682 et 2701.

⁷³ ATF 142 III 695, RSPC 2017 49.

⁷⁴ BOHNET, Dispositif.

définissant cette notion. Pour l'essentiel, on peut renvoyer aux indications et à la jurisprudence citée dans le CPC commenté⁷⁵, sans qu'il n'y ait de nouveaux arrêts révolutionnaires, les tribunaux se référant à la jurisprudence sur l'art. 93 LTF et rappelant que la formulation plus libérale de l'art. 319 implique que, *lorsqu'il y a risque de préjudice irréparable au sens de l'art. 93 LTF, il y a a fortiori risque de préjudice difficilement réparable* selon l'art. 319 CPC⁷⁶. L'interprétation restrictive à laquelle fait référence JEANDIN⁷⁷ est tempérée parfois, avec notamment un arrêt⁷⁸ admettant que le risque de préjudice difficilement réparable est principalement de nature factuelle, concernant tout préjudice patrimonial ou immatériel et pouvant même résulter du seul écoulement du temps, ce qui laisse ainsi une grande marge d'appréciation au juge⁷⁹.

2. Le délai de recours de dix jours contre les ordonnances d'instruction

24. En prévoyant en principe un délai de recours de trente jours, mais en le limitant à dix jours pour les décisions en procédure sommaire et les ordonnances d'instruction (art. 321 al. 2 CPC), le législateur a créé une certaine insécurité juridique du fait qu'il n'a pas défini ce qu'était une ordonnance d'instruction. Or, pour déterminer si, lorsque l'on n'est pas en présence d'un cas de procédure sommaire, il faut recourir dans les dix jours ou dans les trente jours, il est impératif de *qualifier la décision d'ordonnance d'instruction ou d'autre décision*, avec alors un délai de recours de trente jours. Petit à petit, sur les cas douteux, la jurisprudence se précise. Si l'on doit évidemment qualifier l'ordonnance de preuve d'ordonnance d'instruction, ce qu'elle est par excellence, les autres décisions prises dans le cadre d'un procès ne sont pas évidentes à qualifier. Il paraît donc important de recenser les précisions apportées par la jurisprudence récente.

⁷⁵ CR CPC-JEANDIN, art. 319 N 21-23.

⁷⁶ TF 5A_554/2019 du 21 novembre 2019, SJ 2020 I 169.

⁷⁷ CR CPC-JEANDIN, art. 319 N 22a.

⁷⁸ TF 5A_934/2014 du 5 mars 2015, RSPC 2015 341.

⁷⁹ CPra Matrimonial-SÖRENSEN, art. 319 CPC N 18 ss.

25. Sont qualifiées d'ordonnances d'instruction (délai de recours de dix jours) :
- le refus d'ordonner la fourniture de sûretés en garantie des dépens⁸⁰ ;
 - la *décision de suspension*⁸¹, ce qui semble évident au Tribunal fédéral au point que la bonne foi ne peut être protégée si une partie est assistée d'un avocat, qui doit réaliser qu'il s'agit d'une ordonnance d'instruction nonobstant les indications données par le tribunal ;
 - la décision d'admission de l'appel en cause⁸².
26. En revanche, peuvent être qualifiées d'autres décisions (délai de recours de trente jours) :
- la décision de *jonction de causes*, selon une jurisprudence cantonale vaudoise⁸³ ;
 - également, selon une jurisprudence vaudoise⁸⁴ : la décision constatant l'application de la procédure ordinaire au litige au fond (au lieu de la procédure simplifiée) ;
 - la *décision sur récusation*, mais comme la procédure de récusation est une procédure sommaire, le délai de recours est de toute manière de dix jours selon l'art. 321 al. 2 CPC⁸⁵.
27. Parmi les cas non réglés, l'on peut citer l'hypothèse du recours de l'art. 128 al. 4 CPC concernant les *amendes disciplinaires*. Si le Tribunal fédéral a récemment précisé que, à l'instar des décisions accessoires en matière de frais et dépens, le délai de recours de l'art. 128 al. 4 CPC devait être identique à celui de la décision principale dont elle est l'accessoire (en l'espèce, l'amende disciplinaire était l'accessoire d'une décision relative à une récusation, avec en conséquence un

⁸⁰ TF 4A_355/2013 du 22 octobre 2013.

⁸¹ ATF 141 III 270.

⁸² TF 5A_1018/2019 du 16 juin 2020.

⁸³ Arrêt TC VD/CREC 296 du 18 août 2015.

⁸⁴ Arrêt TC VD/CREC 219 du 14 juin 2017.

⁸⁵ ATF 145 III 469, consid. 3, RSPC 2020 7, consid. 3.

délai de dix jours, puisque rendue en procédure sommaire)⁸⁶, le Tribunal fédéral n'a pas déterminé si, lorsque l'amende disciplinaire est une décision indépendante, il s'agit d'une ordonnance d'instruction ou d'une autre décision selon l'art. 321 al. 2 CPC, les avis doctrinaux exprimés à la suite de l'arrêt précité n'étant pas identiques. Avec JÉQUIER⁸⁷ et BASTONS BULLETTI⁸⁸, nous considérons qu'il s'agit d'une « *autre décision* » (avec un délai de recours de trente jours), car l'amende ne constitue pas « *une mesure ordinairement nécessaire à la préparation et à la conduite rapide du procès* », critère utilisé par l'arrêt précité pour distinguer les ordonnances d'instruction des autres décisions. FÉLIX⁸⁹ est plus nuancé, puisque l'art. 128 CPC est compris dans le chapitre 1 du titre 9 comme la décision de suspension, considérée par le Tribunal fédéral comme une ordonnance d'instruction.

V. Conclusion

28. Il est rassurant de constater que, après dix ans d'application, notre Code de procédure civile a résisté à la confrontation avec la pratique, en tous les cas pour la majorité de ces dispositions, notamment dans le domaine abordé dans cette contribution. Si certaines adaptations sont prévues⁹⁰, elles concernent pour l'essentiel des points de moindre importance. Alors certes l'application du Code dans les différents cantons n'est peut-être pas un exemple d'homogénéité – tant les anciennes habitudes ont la vie dure – mais, petit à petit, les tribunaux et les praticiens se sont familiarisés avec ce nouvel outil, dont les contours et les finesses ont été précisés et clarifiés par la jurisprudence, ce qui permet d'espérer une longue et paisible vie à ce Code.

⁸⁶ Cf. ATF 145 III 469, consid. 4, RSPC 2020 7.

⁸⁷ RSPC 2020 12, 15.

⁸⁸ BASTONS BULLETTI, Ordonnance d'instruction, N 26.

⁸⁹ FÉLIX, Newsletter DroitDuTravail.ch novembre 2019.

⁹⁰ FF 2020 2607 ss.

Bibliographie

ARNOLD CHRISTIAN, Das Exequaturverfahren im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens vom 30. Oktober 2007 aus schweizerischer Sicht, Thèse de l'Université de Lausanne, à paraître (cité : Exequaturverfahren)

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, L'exécution des décisions immédiatement exécutoires, entre leur communication et leur motivation écrite, Newsletter CPC Online du 31 janvier 2019 (cité : Exécution des décisions)

BASTONS BULLETTI FRANÇOISE, Ordonnance d'instruction, autres décisions sur incident et délai de recours, Newsletter CPC Online du 23 octobre 2019 (cité : Ordonnance d'instruction)

BOHNET FRANÇOIS/GUILLOD OLIVIER (édit.), Commentaire pratique, Droit matrimonial, fond et procédure, BÂLE 2016 (cité : CPra Matrimonial-AUTEUR)

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

BOHNET FRANÇOIS, Dispositif de la Cour d'appel sans motivation ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_6/2016-ATF 142 III 695, Newsletter DroitMatrimonial.ch novembre 2016 (cité : dispositif)

FÉLIX ROMAIN, Le délai de recours contre les « décisions sur incident » ; commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_475/2018, Newsletter DroitDuTravail.ch novembre 2019

STUCKI BLAISE/PAHUD JOËL, Le régime des décisions superprovisionnelles et provisionnelles du CPC, SJ 2015 II 1