

Procédure civile

François Bohnet

3^e édition

Les abrégés

Helbing Lichtenhahn

Procédure civile

François Bohnet

Université de Neuchâtel
Faculté de droit

Procédure civile

François Bohnet

3^e édition



COLLECTION NEUCHÂTOISE
Helbing Lichtenhahn



FACULTÉ DE 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.

ISBN 978-3-7190-4502-9

© 2021 Helbing Lichtenhahn, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel

www.helbing.ch
www.unine.ch/droit

Avant-propos

Alors que le droit civil est unifié en Suisse depuis plus d'un siècle, les règles qui régissent le processus au terme duquel les tribunaux cantonaux sanctionnent les droits privés affirmés devant eux ne sont communes que depuis le 1^{er} janvier 2011. Le Code de procédure civile suisse, adopté le 19 décembre 2008, est l'une des lois de procédure civile les plus récentes d'Europe. Il vise à assurer aux particuliers la protection de leurs droits privés de la manière la plus efficace possible. Pour y parvenir, le CPC place le magistrat au centre du processus judiciaire. Si l'initiative du procès revient à la partie qui saisit le juge, son organisation et son avancement relèvent du tribunal.

L'abrégé de procédure civile propose une synthèse de la matière. Après une introduction générale sur plusieurs thèmes centraux (entre autres : définition, fonctions, objet et nature de la procédure civile), il examine dans sa première partie les divers éléments qu'il convient de maîtriser au moment d'agir en justice (où agir, qui peut ou doit agir, comment agir, quand agir et pourquoi agir ?) et présente les organisations judiciaires fédérales et romandes. Dans sa seconde partie, l'abrégé suit le déroulement du procès, de l'introduction de l'instance à l'exécution des décisions, en passant par les diverses phases d'une procédure, l'élaboration du prononcé et sa remise en question par les recours cantonaux et fédéraux. Les positions respectives du juge et des parties sont détaillées dans ce cadre.

L'approche se veut didactique. La matière est présentée dans l'ordre dans lequel les questions se posent logiquement, du jour où l'on envisage d'agir en justice à celui de l'exécution du prononcé. De nombreux exemples et résumés de jurisprudence facilitent la compréhension de chaque thème abordé. Divers développements historiques et présentations de controverses sont proposés comme outils d'approfondissement.

Cette troisième édition prend en compte l'importante jurisprudence qui interprète les dispositions du Code de procédure civile depuis son entrée en vigueur il y a dix ans.

Je remercie Mes Vincent Jobin et Bruno Ramos, respectivement assistant-doctorant et collaborateur scientifique à l'Université de Neuchâtel, pour leur relecture.

Neuchâtel, le 1^{er} septembre 2021

François Bohnet

Sommaire

Avant-propos	V
Sommaire	VII
Table des matières	XIII
Liste des abréviations	XXXVII
§ 1 Introduction	1
I. La définition de la procédure civile	1
II. Les fonctions de la procédure civile	2
III. L'objet de la procédure civile	5
IV. La nature de la procédure civile	8
V. Historique.....	9
VI. Les sources.....	10
VII. Le champ d'application territorial.....	22
VIII. Le champ d'application temporel	22
IX. L'interprétation des lois de procédure civile.....	24
X. L'approche proposée.....	26
Première partie : La préparation du procès	29
§ 2 Où agir ?	33
I. L'organisation judiciaire et la compétence	33
II. L'organisation judiciaire fédérale en matière civile.....	35
III. Les organisations judiciaires cantonales en matière civile.....	38
IV. L'indépendance et l'impartialité des tribunaux.....	58
V. La compétence à raison du lieu.....	65

VI.	La compétence à raison de la matière	93
VII.	La compétence fonctionnelle	103
VIII.	L'examen de la compétence et les faits de double pertinence	105
§ 3	Qui va agir ?	109
I.	Le droit d'accès au juge	109
II.	L'action en justice	110
III.	La classification des actions	113
IV.	La capacité d'être partie	116
V.	La qualité pour agir et pour défendre	118
VI.	La capacité d'ester	122
VII.	Les représentants légaux et statutaires	123
VIII.	Les représentants conventionnels	124
IX.	La légitimation	129
X.	Les parties principales au procès	129
XI.	La participation des tiers à la procédure	145
§ 4	Comment agir ?	161
I.	Le rôle de la forme	161
II.	Les règles générales	162
III.	La forme électronique	163
IV.	Les vices de forme	164
§ 5	Quand agir ?	169
I.	Les principes	169
II.	Les délais de déchéance	170
III.	Les délais de prescription	171

IV.	Les délais de déchéance de fond	173
V.	Le calcul des délais	174
§ 6	Pourquoi agir ?	179
I.	La durée et les aléas du procès	179
II.	Le coût du procès	181
III.	Les alternatives au procès	204
	Deuxième partie : Le déroulement du procès	215
§ 7	Les garanties générales et principes de procédure	217
I.	Les garanties générales de procédure.....	217
II.	Les principes de procédure	233
§ 8	Les types de procédures	249
I.	Les traits communs	249
II.	Les traits distinctifs	250
III.	Le champ d'application.....	251
§ 9	L'introduction de l'instance	255
I.	Les actes introductifs	255
II.	Le moment	256
III.	Les effets.....	256
IV.	Le maintien de la litispendance.....	257
V.	La fin de l'instance.....	260
§ 10	La conciliation	263
I.	Notion	263
II.	Le champ d'application.....	263
III.	Le préalable de conciliation	264

§ 11 Le rôle du juge	275
I. La conduite du procès	275
II. La simplification du procès.....	277
III. Les conditions de recevabilité.....	277
IV. La notification des actes.....	300
V. La tenue du procès-verbal	304
§ 12 Les actes des parties	307
I. L'acte introductif d'instance	307
II. Les écritures ultérieures	312
III. La modification des allégués et des offres de preuves	319
IV. Les conclusions	322
V. Les moyens de défense	330
§ 13 Les débats	339
I. Les citations aux audiences.....	339
II. Les débats d'instruction	340
III. Les débats principaux.....	341
§ 14 Les délais et le défaut	347
I. Les délais à respecter en cours d'instance.....	347
II. Le défaut	356
§ 15 La preuve	359
I. L'objet de la preuve	359
II. Le fardeau de la preuve	361
III. Le fardeau subjectif de la preuve	361
IV. Le droit à la preuve	363

V.	Les moyens de preuve.....	365
VI.	L'administration des preuves	384
VII.	Le degré de la preuve.....	386
VIII.	L'appréciation des preuves	389
§ 16	Les décisions	393
I.	Les ordonnances d'instruction	393
II.	La décision.....	394
III.	La fin de l'instance sans jugement.....	403
§ 17	La protection rapide	405
I.	Les mesures provisionnelles	405
II.	La preuve à futur.....	413
III.	Le cas clair	419
§ 18	Les voies de recours	425
I.	Généralités	425
II.	Les conditions de recevabilité.....	426
III.	Le déroulement de l'instance de recours.....	427
IV.	Les voies de recours devant les instances cantonales	428
V.	Les voies de recours devant le Tribunal fédéral.....	450

§ 19 Les voies d'exécution	475
I. Généralités	475
II. Les décisions condamnant à payer une somme d'argent	475
III. Les décisions condamnant à une prestation autre que d'argent.....	476
Bibliographie sommaire	485
Index	489

Table des matières

Avant-propos	V
Sommaire	VII
Table des matières	XIII
Liste des abréviations	XXXVII
§ 1 Introduction	1
I. La définition de la procédure civile	1
II. Les fonctions de la procédure civile	2
III. L'objet de la procédure civile	5
IV. La nature de la procédure civile	8
V. Historique.....	9
VI. Les sources.....	10
A. La Convention européenne des droits de l'homme	10
B. Les conventions internationales en matière civile	12
1. La Convention de Lugano	12
2. Les conventions de La Haye	13
a. La notification	13
b. Les preuves	13
c. L'accès à la justice	14
C. La Constitution fédérale	14
D. Le Code de procédure civile suisse	16
1. Historique	16
2. Le champ d'application matériel	17
a. Les affaires civiles contentieuses	17
b. Les décisions judiciaires de la juridiction gracieuse	18

Table des matières

c.	Les décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dettes et la faillite	19
d.	L'arbitrage	19
E.	La Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite	20
F.	La Loi fédérale sur le droit international privé	20
G.	La Loi sur le Tribunal fédéral	20
H.	La Loi sur le Tribunal fédéral des brevets	21
I.	La Loi fédérale de procédure civile fédérale	21
J.	Le reliquat cantonal	21
VII.	Le champ d'application territorial	22
VIII.	Le champ d'application temporel	22
A.	Les principes	22
B.	Le CPC	23
IX.	L'interprétation des lois de procédure civile	24
A.	Les principes	24
B.	Le CPC	25
X.	L'approche proposée	26
Première partie : La préparation du procès		29
§ 2 OÙ agir ?		33
I.	L'organisation judiciaire et la compétence	33
II.	L'organisation judiciaire fédérale en matière civile	35
A.	Le Tribunal fédéral	35
1.	L'origine et l'évolution	35
2.	L'organisation	36
3.	Les compétences en matière civile	36
a.	Le principe	36
b.	La juridiction sur action	37
c.	La juridiction sur recours	37
B.	Le Tribunal fédéral des brevets	38

III.	Les organisations judiciaires cantonales en matière civile.....	38
A.	Généralités	38
B.	Le droit fédéral	39
1.	L'instance cantonale unique	39
2.	Le tribunal de commerce	40
3.	La composition paritaire des autorités de conciliation.....	40
4.	L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte.....	41
C.	Le droit cantonal.....	41
1.	L'organisation judiciaire neuchâteloise	41
2.	L'organisation judiciaire bernoise	43
3.	L'organisation judiciaire fribourgeoise.....	45
4.	L'organisation judiciaire vaudoise.....	48
5.	L'organisation judiciaire valaisanne	51
6.	L'organisation judiciaire genevoise.....	53
7.	L'organisation judiciaire jurassienne.....	55
D.	La collaboration entre les tribunaux des cantons.....	57
IV.	L'indépendance et l'impartialité des tribunaux.....	58
A.	Les principes.....	58
B.	Les tribunaux d'exception	58
C.	La récusation	59
1.	Le principe.....	59
2.	Les personnes visées.....	59
3.	Les motifs	60
4.	La procédure	64
V.	La compétence à raison du lieu.....	65
A.	Notion.....	65
B.	Les sources	65
1.	Les règles de compétence à raison du lieu de source internationale	66
2.	Les règles de compétence à raison du lieu de source fédérale	66
a.	La Constitution fédérale.....	66
b.	Les lois fédérales.....	67
C.	Les règles du Code de procédure civile en matière de fors	68
1.	La structure du CPC.....	68
2.	Les différentes catégories de fors	69

Table des matières

a.	Les fors impératifs	69
b.	Les fors partiellement impératifs	70
c.	Les fors dispositifs	70
d.	Le for ordinaire	71
e.	Le <i>forum shopping</i> , <i>running</i> et <i>non conveniens</i>	71
3.	Les règles à caractère général en matière de fors	72
a.	Le domicile, le siège et la résidence (habituelle) du défendeur	72
b.	Le for de l'établissement ou de la succursale du défendeur	72
c.	Le for de la reconvention	74
d.	Le cumul d'actions	76
e.	Le concours d'actions	78
f.	L'élection de for	78
i.	La portée	78
ii.	La forme	80
g.	L'acceptation tacite	81
h.	Les mesures provisionnelles	82
i.	Le gracieux	83
4.	Les règles spéciales en matière de for	84
a.	Généralités	84
b.	Le for du domicile du demandeur	84
c.	Le droit des personnes	85
d.	Le droit de la famille	85
e.	Le droit des successions	85
f.	Les droits sur les immeubles	86
g.	Les droits sur les meubles	87
h.	Les actions découlant d'un contrat	87
i.	La consommation courante	89
j.	Les actes illicites	90
i.	En général	90
ii.	Les mesures provisionnelles injustifiées	91
iii.	Les accidents de véhicules à moteur ou de bicyclettes	91
iv.	Les conclusions civiles	91
v.	Le concours d'actions	91
k.	Le droit commercial	91
l.	Le droit des poursuites	92
D.	Synthèse : la détermination du for	92

VI.	La compétence à raison de la matière	93
A.	Notion	93
B.	La nature de l'affaire	93
1.	Le principe	93
2.	Les affaires commerciales	94
a.	Le principe	94
b.	La procédure applicable	96
c.	La consorité	96
3.	Les collisions de compétences matérielles	97
a.	Le concours d'actions	97
b.	Le cumul d'actions	97
c.	La compensation	98
C.	La valeur litigieuse	99
1.	Le principe	99
2.	Le calcul	99
3.	La date déterminante	101
D.	La nature des règles de compétence matérielle	102
E.	Synthèse : la détermination du tribunal matériellement compétent	102
VII.	La compétence fonctionnelle	103
A.	Notion	103
B.	Les sources	104
VIII.	L'examen de la compétence et les faits de double pertinence	105
§ 3	Qui va agir ?	109
I.	Le droit d'accès au juge	109
II.	L'action en justice	110
III.	La classification des actions	113
A.	Le fondement	113
B.	La protection requise	114
C.	L'objet	114

IV.	La capacité d’être partie	116
A.	La jouissance des droits civils	116
B.	La qualité de partie en vertu du droit fédéral.....	116
C.	Les faits de double pertinence	117
D.	La conséquence du défaut de capacité.....	117
V.	La qualité pour agir et pour défendre.....	118
A.	Notion.....	118
B.	Les actions formatrices.....	119
C.	La <i>Prozessstandschaft</i>	119
D.	L’action sociale.....	120
E.	La conséquence du défaut de qualité pour agir.....	121
VI.	La capacité d’ester	122
A.	Notion.....	122
B.	La capacité restreinte	122
C.	La conséquence du défaut de capacité d’ester	123
VII.	Les représentants légaux et statutaires	123
A.	Notion.....	123
B.	La conséquence du défaut de légitimation des représentants.....	124
VIII.	Les représentants conventionnels.....	124
A.	Notion.....	124
B.	La représentation à titre non professionnel.....	124
C.	La représentation à titre professionnel.....	125
1.	L’avocat	125
2.	L’agent d’affaires et l’agent juridique breveté	126
3.	Le représentant professionnel (art. 27 LP)	126
4.	Le mandataire professionnellement qualifié	126
D.	La procuration.....	127
E.	La conséquence du défaut de pouvoir de postuler.....	128
IX.	La légitimation	129

X.	Les parties principales au procès	129
A.	Le lien d'instance	129
B.	La consorité	131
1.	La consorité simple	131
a.	La consorité simple matérielle	132
b.	La consorité simple formelle	132
c.	La consorité simple subsidiaire	133
2.	La consorité nécessaire	133
a.	La consorité nécessaire matérielle	134
b.	La consorité nécessaire formelle	136
3.	La consorité et les règles de compétence	136
4.	La procédure applicable	137
C.	Les actions de groupe	137
1.	La situation en Suisse	137
2.	Le modèle américain	138
3.	Les développements envisageables	139
D.	La substitution des parties au procès	140
1.	La substitution en raison du transfert du droit invoqué	141
a.	Le transfert du droit litigieux à titre singulier	141
b.	La succession d'un tiers aux droits ou obligations des parties en vertu d'une disposition spéciale de la loi	142
2.	La substitution sans succession au droit invoqué	144
XI.	La participation des tiers à la procédure	145
A.	Généralités	145
B.	L'intervention volontaire	146
1.	L'intervention principale	146
a.	Notion	146
b.	Les conditions	146
c.	La procédure	147
d.	Les effets	147
2.	L'intervention accessoire	148
a.	Notion	148
b.	Les conditions	148
c.	La procédure	149
d.	Les effets	149
e.	L'intervention accessoire indépendante	150

C.	L'intervention forcée	151
1.	L'appel en cause.....	151
a.	Notion.....	151
b.	Les avantages et les inconvénients	152
c.	Les conditions.....	152
i.	La compétence matérielle	152
ii.	La procédure ordinaire.....	153
iii.	Les délais.....	153
iv.	Pas d'appel en cause en chaîne	153
v.	La connexité	153
vi.	Pas de pouvoir d'appréciation du juge.....	154
d.	La procédure.....	154
e.	Les effets	155
2.	La dénonciation d'instance	155
a.	Notion.....	155
b.	Les conditions.....	156
c.	La procédure.....	157
d.	Les effets	157
D.	La représentation de l'enfant dans le divorce de ses parents	158
§ 4	Comment agir ?	161
I.	Le rôle de la forme	161
II.	Les règles générales	162
III.	La forme électronique	163
IV.	Les vices de forme	164
A.	Les critères.....	164
1.	L'identification.....	165
2.	La praticabilité	165
B.	La sanction.....	166
C.	Le formalisme excessif.....	167
§ 5	Quand agir ?	169
I.	Les principes	169
II.	Les délais de déchéance	170

A.	La distinction entre délai de déchéance et délai de péremption	170
B.	Les délais de déchéance en matière de demandes formatrices	170
C.	Les délais de déchéance de nature procédurale	171
III.	Les délais de prescription.....	171
IV.	Les délais de déchéance de fond	173
V.	Le calcul des délais	174
A.	Les délais de prescription	174
1.	Le départ	174
2.	La computation	174
3.	L'interruption et la suspension	175
B.	Les délais de déchéance.....	176
1.	Les délais de déchéance en matière de demandes formatrices.....	176
2.	Les délais de déchéance de nature procédurale	176
3.	Les délais de déchéance de fond.....	177
§ 6	Pourquoi agir ?	179
I.	La durée et les aléas du procès	179
II.	Le coût du procès	181
A.	Les frais	181
1.	Les principes constitutionnels en matière de perception de frais	181
2.	Les frais judiciaires	183
a.	Notion	183
b.	L'avance des frais	184
3.	Les dépens	185
B.	La gratuité.....	186
C.	La répartition des frais judiciaires et des dépens	187
1.	Le principe.....	187
2.	Les exceptions	189
3.	La transaction	190
4.	Le règlement des frais.....	191
5.	Le recours	191

Table des matières

D.	Les sûretés	192
1.	Le but	192
2.	Les conditions	192
3.	La procédure	193
4.	Les effets	194
5.	Les modifications	194
6.	Les exclusions	194
E.	L'assistance judiciaire	195
1.	La garantie constitutionnelle	195
2.	Le CPC	196
a.	Les conditions de l'assistance	196
i.	L'indigence	196
ii.	Les chances de succès	197
b.	La procédure d'octroi et de retrait	198
c.	Les effets de l'assistance	201
d.	Le règlement des frais	202
III.	Les alternatives au procès	204
A.	L'arbitrage	204
1.	Généralités	204
2.	L'arbitrage interne	205
a.	La réglementation	205
b.	L'objet	205
c.	L'organisation	206
d.	Le contrôle étatique	207
e.	Les effets	207
3.	L'arbitrage international	207
B.	La médiation	208
1.	Notions	208
2.	Les sources	210
a.	La loi	210
b.	Les règles privées	211
3.	Le processus	212

Deuxième partie : Le déroulement du procès	215
§ 7 Les garanties générales et principes de procédure	217
I. Les garanties générales de procédure.....	217
A. Le droit à un tribunal indépendant et impartial	218
B. Le droit au procès équitable et d’être entendu.....	219
C. Le droit à l’assistance judiciaire	220
D. La garantie de la publicité	221
1. Le principe.....	221
2. La portée	222
a. Les audiences	222
b. Les délibérations	224
c. Le jugement	225
3. Restrictions	226
E. Le droit à une décision motivée.....	227
F. Le principe de célérité	228
1. Les critères.....	228
2. Les sanctions.....	229
G. Le principe de la bonne foi	230
1. Le principe.....	230
2. L’origine	230
3. Le juge	230
4. Les parties.....	231
II. Les principes de procédure	233
A. La détermination de l’objet du litige	233
1. Le principe de disposition.....	233
2. La maxime d’office.....	234
B. L’apport des faits et des preuves	235
1. La maxime des débats.....	235
2. La maxime inquisitoire	238
3. La maxime inquisitoire sociale	238
4. Le devoir d’interpellation du juge.....	240
5. Le devoir d’interpellation renforcé	241
C. L’application du droit	242
D. Les modalités de la procédure	243

Table des matières

1.	L'oralité et l'écrit	243
a.	Historique	243
b.	La portée.....	244
c.	Les caractéristiques	244
d.	Le CPC	245
2.	La maxime éventuelle (de concentration)	246
3.	La maxime d'immédiateté.....	246
§ 8	Les types de procédures	249
I.	Les traits communs	249
II.	Les traits distinctifs	250
III.	Le champ d'application.....	251
A.	La procédure ordinaire.....	251
B.	La procédure simplifiée	252
C.	La procédure sommaire	254
§ 9	L'introduction de l'instance	255
I.	Les actes introductifs	255
II.	Le moment	256
III.	Les effets.....	256
IV.	Le maintien de la litispendance.....	257
A.	Le principe.....	257
B.	Les hypothèses.....	258
C.	Le délai	259
D.	Les frais	260
V.	La fin de l'instance.....	260
§ 10	La conciliation	263
I.	Notion	263
II.	Le champ d'application.....	263
III.	Le préalable de conciliation	264

A.	Principe.....	264
B.	Les exceptions	264
1.	Les cas d'exclusion.....	264
2.	Le préalable à titre facultatif.....	265
3.	En matière de divorce	266
C.	Les effets	266
D.	L'autorité de conciliation	267
E.	La procédure.....	267
1.	La requête	267
2.	Les conditions de recevabilité.....	268
3.	La procédure devant l'autorité	268
a.	Généralités	268
b.	La comparution personnelle et la représentation.....	269
c.	L'audience.....	270
d.	Les preuves	270
e.	La confidentialité	271
f.	La suspension.....	271
F.	Fin de la conciliation	271
1.	La réussite.....	271
2.	L'échec	272
a.	L'autorisation de procéder	272
b.	La proposition de jugement.....	273
c.	La décision	274
§ 11	Le rôle du juge	275
I.	La conduite du procès	275
1.	Le principe.....	275
2.	Les tâches du juge.....	275
3.	La langue du procès	276
II.	La simplification du procès.....	277
III.	Les conditions de recevabilité.....	277
A.	L'examen par le juge.....	277
B.	La classification des conditions de recevabilité.....	279

Table des matières

1.	La liste du code	279
2.	Les autres conditions de recevabilité	280
3.	Les conditions relatives à l'instance et à l'action	280
C.	Les conditions de recevabilité relatives à l'instance	281
1.	L'immunité	281
a.	L'immunité de juridiction des Etats	281
b.	L'immunité de juridiction des agents diplomatiques	282
c.	L'immunité de juridiction des organisations internationales gouvernementales	283
2.	La compétence à raison de la matière	283
3.	La compétence à raison du lieu	284
4.	L'absence de litispendance préexistante	285
a.	Le principe	285
b.	Les conditions	286
c.	Les effets	287
5.	La connexité	287
6.	L'autorisation de procéder	288
7.	La recevabilité formelle de la demande	290
8.	La capacité d'être partie et d'ester en justice	290
9.	La capacité de postuler	291
10.	Le paiement de l'avance de frais et des sûretés	292
11.	La recevabilité de la demande reconventionnelle	292
D.	Les conditions de recevabilité relatives à l'action	293
1.	L'intérêt à agir	293
a.	Notion	293
b.	La demande en constat	294
c.	Les effets	295
2.	La qualité pour agir ou pour défendre	295
3.	L'autorité de la chose jugée	296
a.	La définition et les conditions	296
b.	La portée	296
c.	Les effets	297
4.	Le respect des délais pour agir	299
5.	Les obligations naturelles ou imparfaites	299

IV.	La notification des actes.....	300
A.	Les principes.....	300
1.	Les actes à notifier.....	300
2.	Le lieu.....	300
3.	Les modes.....	300
4.	Le moment.....	301
5.	La représentation.....	302
B.	A l'étranger.....	303
C.	La notification par voie édictale.....	304
V.	La tenue du procès-verbal.....	304
§ 12	Les actes des parties	307
I.	L'acte introductif d'instance.....	307
A.	Généralités.....	307
B.	La requête de conciliation.....	307
C.	La demande en procédure ordinaire.....	308
D.	La demande en procédure simplifiée.....	310
E.	La requête en procédure sommaire.....	311
F.	Le choix entre plusieurs procédures.....	312
II.	Les écritures ultérieures.....	312
A.	En procédure ordinaire.....	312
1.	La réponse.....	312
2.	La demande reconventionnelle.....	314
3.	La réplique et la duplique.....	315
B.	En procédure simplifiée.....	316
1.	La réponse.....	316
2.	La demande reconventionnelle.....	317
3.	La réplique et la duplique.....	317
C.	En procédure sommaire.....	318
1.	La réponse.....	318
2.	La demande reconventionnelle.....	318
3.	La réplique et la duplique.....	319

III.	La modification des allégués et des offres de preuves	319
A.	Le principe	319
B.	Les nova et les pseudo-nova	321
IV.	Les conclusions	322
A.	Le principe	322
1.	Généralités	322
2.	La pluralité de prétentions	323
3.	Les conclusions en constat	323
4.	La qualification des conclusions	324
5.	Les frais	324
B.	Les conclusions chiffrées	324
1.	Principe	324
2.	Les exceptions	325
C.	L'action échelonnée	326
D.	L'action partielle	327
E.	La modification des conclusions	329
V.	Les moyens de défense	330
A.	Généralités	330
B.	Les défenses de procédure	330
C.	Les défenses au fond	331
1.	La contestation des faits allégués par le demandeur	332
2.	Les objections	333
a.	Les faits dirimants	333
b.	Les faits extinctifs	333
c.	Le régime	334
3.	Les exceptions de droit civil	335
a.	Notion	335
b.	L'exception de droit civil péremptoire	336
c.	L'exception de droit civil dilatoire	336
§ 13	Les débats	339
I.	Les citations aux audiences	339
II.	Les débats d'instruction	340
III.	Les débats principaux	341

A.	Les premières plaidoiries.....	342
B.	L’ordonnance de preuves	343
C.	L’administration des preuves.....	344
D.	Les plaidoiries finales.....	344
§ 14	Les délais et le défaut	347
I.	Les délais à respecter en cours d’instance.....	347
A.	Généralités	347
B.	Le calcul des délais.....	347
1.	Le départ.....	348
2.	La computation	348
3.	La prise en compte des samedis, dimanches et jours fériés	349
4.	Le respect du délai	350
C.	La modification des délais de procédure	351
1.	La prolongation du délai	351
a.	Les délais légaux	351
b.	Les délais judiciaires	352
2.	La suspension des délais	353
3.	La restitution des délais échus	354
a.	Notion	354
b.	La procédure	355
II.	Le défaut	356
A.	Notion	356
B.	Le principe.....	356
C.	Les exceptions	357
§ 15	La preuve	359
I.	L’objet de la preuve	359
II.	Le fardeau de la preuve.....	361
III.	Le fardeau subjectif de la preuve	361
IV.	Le droit à la preuve	363
V.	Les moyens de preuve.....	365

Table des matières

A.	Généralités	365
B.	Le témoignage	366
1.	La perception directe des faits.....	366
2.	La distinction entre témoin et partie.....	367
3.	La distinction entre témoin et expert.....	368
4.	La capacité de témoigner	369
5.	L'obligation de témoigner.....	369
6.	La forme de l'audition.....	371
C.	Les titres	374
1.	Généralités	374
2.	La licéité des titres	374
3.	L'authenticité des titres	376
4.	L'obligation de produire des titres	376
5.	L'examen des titres	377
D.	L'inspection	378
E.	L'expertise	379
1.	Généralités	379
2.	L'expert.....	380
3.	La procédure d'expertise.....	380
F.	Les renseignements écrits.....	381
G.	L'interrogatoire et les dépositions des parties	382
1.	L'interrogatoire	383
2.	Les dépositions.....	383
VI.	L'administration des preuves	384
A.	Le principe.....	384
B.	Les exceptions	384
VII.	Le degré de la preuve	386
A.	La certitude.....	386
B.	La vraisemblance prépondérante	386
C.	La simple vraisemblance	387
VIII.	L'appréciation des preuves	389
A.	Le principe.....	389
B.	Les titres authentiques	390
C.	Le refus de collaborer à la preuve.....	390

§ 16 Les décisions	393
I. Les ordonnances d’instruction	393
II. La décision	394
A. Généralités	394
B. Les décisions finales, incidentes, partielles et préjudicielles.....	394
C. L’élaboration de la décision	395
D. Le contenu de la décision	397
E. La communication et la motivation de la décision	398
F. La décision nulle.....	399
G. L’interprétation et la rectification de la décision	400
H. Les effets de la décision	401
III. La fin de l’instance sans jugement	403
A. Généralités	403
B. La transaction	403
§ 17 La protection rapide	405
I. Les mesures provisionnelles	405
A. Les fonctions	405
B. Le catalogue.....	405
C. Les conditions.....	407
1. La notion de vraisemblance	407
2. La vraisemblance du droit prétendu.....	407
3. La vraisemblance d’une atteinte ou du risque d’atteinte.....	408
4. La vraisemblance d’un risque de préjudice difficilement réparable	408
5. La mesure propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice	409
D. La procédure	410
1. La compétence	410
2. La procédure sommaire	410
3. Les mesures superprovisionnelles	411
4. Les sûretés	412
5. La validation et la fin des mesures.....	413

II.	La preuve à futur	413
A.	Le principe	413
B.	Les cas	414
1.	La loi	414
2.	La mise en danger des preuves	414
3.	L'intérêt digne de protection	415
a.	Les buts	415
b.	Les conditions	416
C.	La procédure	418
III.	Le cas clair	419
A.	La fonction	419
B.	Les conditions	420
1.	L'état de fait non litigieux ou immédiatement prouvé	420
2.	La situation juridique claire	422
C.	Les effets	423
§ 18	Les voies de recours	425
I.	Généralités	425
II.	Les conditions de recevabilité	426
III.	Le déroulement de l'instance de recours	427
IV.	Les voies de recours devant les instances cantonales	428
A.	En général	428
B.	L'appel	429
1.	Les décisions attaquables	429
2.	La qualité et l'intérêt pour recourir	429
3.	Les motifs	430
4.	L'acte d'appel	430
5.	La réponse	432
6.	L'appel joint	432
7.	Les actes ultérieurs	433
8.	Les délais	434
9.	Les effets de l'appel	435
10.	Le déroulement de la procédure	436

11. Le pouvoir d'examen de l'instance d'appel	439
12. La décision sur appel	440
C. Le recours	441
1. Les décisions attaquables	441
2. La qualité et l'intérêt pour recourir	442
3. Les motifs	442
4. Les actes	443
5. Les délais	443
6. Les effets du recours	444
7. Le déroulement de la procédure	444
8. Le pouvoir d'examen de l'instance de recours	445
9. La décision sur recours	445
D. La demande en révision	446
1. Les décisions attaquables	446
2. La qualité et l'intérêt pour agir en révision	447
3. Les motifs	447
4. La forme des actes	448
5. Les délais	448
6. Les effets de la demande en révision	448
7. Le déroulement de la procédure	448
8. Le pouvoir d'examen de l'instance de révision	449
9. La décision sur rescindant et sur rescisoire	449
V. Les voies de recours devant le Tribunal fédéral	450
A. En général	450
B. Le recours en matière civile	450
1. La réglementation générale	450
2. Les décisions attaquables	451
a. Quant à leur objet	452
b. Quant à leur auteur	453
c. Quant à leur nature	453
d. Quant à la valeur litigieuse	457
e. La qualité et l'intérêt pour recourir	458
f. Les motifs	460
3. La forme du recours	462
a. La présentation et le contenu du mémoire	462
b. Les annexes à joindre	464
c. En cas d'envoi électronique	464

d.	Le sort des actes illisibles, inconvenants, incompréhensibles ou prolixes	465
e.	Le recours procédurier ou abusif	465
4.	Les délais	466
5.	Les effets du recours	466
6.	Le déroulement de la procédure	467
7.	Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral	468
8.	La décision sur recours	468
C.	Le recours constitutionnel subsidiaire	469
1.	Les décisions attaquables	469
2.	La qualité et l'intérêt pour recourir	469
3.	Les motifs	469
4.	La forme du recours	470
5.	Les délais	471
6.	Les effets du recours	471
7.	Le déroulement de la procédure	471
8.	Le pouvoir d'examen de l'instance de recours	471
9.	La décision sur recours	472
D.	Les autres voies de droit	472
1.	La demande en interprétation ou rectification	472
2.	La demande en révision	473
§ 19	Les voies d'exécution	475
I.	Généralités	475
II.	Les décisions condamnant à payer une somme d'argent	475
III.	Les décisions condamnant à une prestation autre que d'argent	476
A.	L'exécution directe	477
B.	L'exécution sur requête	478
1.	La requête	478
2.	La compétence matérielle	479
3.	La compétence locale	479
4.	La procédure applicable et les conditions du prononcé d'exécution	480

5.	Les mesures conservatoires	481
6.	Les mesures d'exécution.....	481
a.	L'obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer	481
b.	Les déclarations de volonté.....	483
c.	Les dommages-intérêts et prestations en argent.....	483
d.	Le recours de tiers.....	484
Bibliographie sommaire		485
Index		489

Liste des abréviations

a[sigle de loi]	ancien(ne), abrogé(e)
aCL	Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.11 (abrogée)
aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1974 (abrogée)
al.	alinéa(s)
ANMF	Association Neuchâteloise de médiation familiale
AP-CPC	Avant-projet de procédure civile suisse de juin 2003
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
c.	contre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CDPJ VD	Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010, RSV 211.02
CE	Communauté européenne
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, RS 0.101
cf.	confer
ch.	chiffre(s)
CHF	franc(s) suisse(s)
CJ GE	Cour de justice (Genève)
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes (jusqu'au 30 novembre 2009)
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne (depuis le 1 ^{er} décembre 2009)

Liste des abréviations

ch	chiffre(s)
CLaH65	Convention de La Haye relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale du 15 novembre 1965 (en vigueur pour la Suisse depuis le 1 ^{er} janvier 1995, RS 0.274.131)
CLaH70	Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale du 18 mars 1970 (en vigueur pour la Suisse depuis le 1 ^{er} janvier 1995, RS 0.274.132)
CL	Convention [de Lugano révisée] concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007, entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2011, RS 0.275.12
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911, RS 220 (Code des obligations)
comp.	comparer
consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile (suivi de l'abréviation du canton)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPC fr.	Code de procédure civile français du 5 décembre 1975
CPC NE	Code de procédure civile neuchâtelois du 30 septembre 1991 (abrogé)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0
CSMC	Chambre Suisse de Médiation Commerciale
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101

DC	Revue du droit de la construction et des marchés publics
ECU	European Currency Unit
éd.	éditeur(s), édition(s)
etc.	et cetera
FF	Feuille fédérale
FSA	Fédération Suisse des Avocats
FSM	Fédération Suisse des Associations de MédiationHGerHandelsgericht
JdT	Journal des Tribunaux
KG	Kantonsgericht
LACC FR	Loi d'application du code civil suisse du 22 novembre 1911, RSF 210.1
LaCC GE	Loi d'application du code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile du 28 novembre 2010, RSG E 1 05
LACC VS	Loi d'application du code civil suisse du 24 mars 1998, RS/VS 211.1
LACI	Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982, RS 837.0
LACPC VS	Loi d'application du code de procédure civile du 11 février 2009, RS/VS 270.1
LAJ NE	Loi sur l'assistance judiciaire du 28 mai 2019, RSN 161.2
LAPEA NE	Loi concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte du 6 novembre 2012, RSN 213.32
LA _v NE	Loi sur la profession d'avocat ou d'avocate du 19 juin 2002, RSN 165.10
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934, RS 952.0
LBI	Loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954, RS 232.14

Liste des abréviations

LCCBL GE	Loi organisant la commission de conciliation en matière de baux et loyers du 28 novembre 2010, RSG E 3 15
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, RS 221.229.1
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, RS 241
LCPH JU	Loi instituant le Conseil de prud'hommes du 30 juin 1983, RSJU 182.34
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992, RS 231.1
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291
let.	lettre(s)
LFors	Loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 mars 2000 (abrogée), RO 2000 2355
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LIBOR	London Interbank Offered Rate
LiCC JU	Loi d'introduction du Code civil suisse du 9 novembre 1978, RSJU 211.1
LiCCS BE	Loi d'introduction du Code civil suisse du 28 mai 1911, RSB 211.1
LiCPC JU	Loi d'introduction du Code de procédure civile du 16 juin 2010, RSJU 271.1
LI-CPC NE	Loi d'introduction du code de procédure civile du 27 janvier 2010, RSN 251.1
LiCPM BE	Loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs du 11 juin 2009, RSB 271.1
LJ FR	Loi sur la justice du 31 mai 2010, RSF 130.1
LJB VD	Loi sur la juridiction en matière de bail du 9 novembre 2010, RS/VD 173.655

LJT VD	Loi sur la juridiction du travail du 12 janvier 2010, RS/VD 173.61
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000, RS 935.61
LOJ GE	Loi sur l'organisation judiciaire du 9 octobre 2009, RSG E 2 05
LOJ VS	Loi sur l'organisation de la Justice du 11 février 2009, RS/VS 173.1
LOJM BE	Loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public du 11 juin 2009, RSB 161.1
LOJV VD	Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RS/VD 173.01
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889, RS 281.1
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 28 août 1992, RS 232.11
LPol BE	Loi sur la police du 10 février 2019, RSB 551.1
LPol GE	Loi sur la police du 9 septembre 2014, RSG F 1 05
LTBLF JU	Loi instituant le Tribunal des baux à loyer et à ferme du 30 juin 1983, RSJU 182.35
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
LTFB	Loi sur le Tribunal fédéral des brevets du 20 mars 2009, RS 173.41
LTPH GE	Loi sur le Tribunal des prud'hommes du 11 février 2010, RSG E 3 10
LPEA BE	Loi sur la protection de l'enfant et de l'adulte du 1 ^{er} février 2012, RSB 213.316
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, RS 235.1
LVLV VD	Loi d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 18 mai 1955, RS/VD 280.05
MARC	mode(s) amiable(s) de résolution des conflits

Liste des abréviations

Message CPC 2020	Message relatif à la modification du code de procédure civile suisse (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26 février 2020, FF 2020 2607
Message CPC	Message relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, FF 2006 6841
Messages LFors	Message concernant la loi fédérale sur les fors en matière civile du 18 novembre 1998, FF 1998 2591
N	numéro(s) marginal(aux)
n.	note(s) (de bas de page)
n ^{o(s)}	numéro(s)
OCEI-PCPP	Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite du 18 juin 2010 (RS 272.1)
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (abrogée), RO 60 269
OJ JU	Loi d'organisation judiciaire du 23 février 2000, RSJU 181.1
OJN	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise du 27 janvier 2010, RSN 161.1
ONU	Organisation des Nations Unies
p.	page(s)
P-CPC	Projet de Code de procédure civile suisse du 28 juin 2006
p. ex.	par exemple
Pacte ONU II	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2
PCF	Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947, RS 273
PJA	Pratique juridique actuelle
phr.	phrase(s)

Projet de révision du CPC	Projet de modification du CPC (Amélioration de la praticabilité et de l'application du droit) du 26 février 2020, FF 2020 2693
REAS	Responsabilité et Assurance
réf.	référence(s)
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSG	Recueil systématique genevois
RSJ	Revue suisse de Jurisprudence
RSJU	Recueil systématique de la législation de la République et canton du Jura
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RS/VD	Recueil systématique de la législation vaudoise
RS/VS	Recueil systématique des lois valaisannes
RTC FR	Règlement du Tribunal cantonal précisant son organisation et son fonctionnement du 22 novembre 2012, RSF 131.11
s.	suivant(e)
SA	société anonyme
SIA	Société suisse des ingénieurs et des architectes
Sic !	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence
SJ	Semaine judiciaire
SMS	short message service

Liste des abréviations

ss	suivant(e)s
t.	tome(s)
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral suisse
TFB	Tribunal fédéral des brevets
Tit. fin.	Titre final
U.S.	United States Report
v.	voir
vol.	volume(s)
vs	versus
ZPO + canton	<i>Zivilprozessordnung</i> (code de procédure civile) du canton désigné
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozessrecht

§ 1 Introduction

I. La définition de la procédure civile

1. La procédure civile peut être définie de manière large ou étroite.
2. Au **sens étroit**, la procédure civile s'entend d'un **ensemble d'actes** et de formalités dont l'accomplissement permet à une juridiction civile de trancher un problème juridique (comp. ATF 140 III 155 consid. 4.3).
3. Le cadre dans lequel s'inscrit cet ensemble d'actes s'appelle, lorsqu'il oppose deux ou plusieurs parties, le procès civil. Le mot procès est dérivé du verbe latin « *procedere* », qui signifie avancer, progresser (vers quelque chose). Il a pris un sens juridique dès le Moyen-Âge (voir le Dictionnaire historique de la langue française). Cette définition se concentre sur la composante « mécanique », processuelle, de la matière.
4. Au **sens large**, la procédure civile est un **ensemble de moyens** mis à la disposition des particuliers par l'Etat pour leur permettre d'obtenir la protection juridique à laquelle ils affirment avoir droit, que la prétention affirmée soit contestée (juridiction contentieuse) ou subordonnée au prononcé d'une décision (juridiction gracieuse), y compris les voies d'exécution.
5. Ces moyens comprennent les tribunaux chargés de trancher les litiges, dont l'organisation et la compétence sont réglementées par la loi. Cette définition met en avant la composante institutionnelle de la procédure civile et le but de cette institution.
6. La définition étroite ne rend pas compte de toutes les questions qui seront abordées dans le cadre de cet ouvrage. En effet, celui-ci porte non seulement sur les **principes directeurs** du procès civil et son **déroulement**, mais également sur l'**organisation de la justice civile** et la **compétence** des tribunaux, à savoir le cadre dans lequel s'inscrit le procès, ainsi que sur les voies d'**exécution**.
7. Certains préfèrent l'expression **droit judiciaire privé**, notamment parce qu'elle correspond mieux à la définition large. Toutefois, dans la mesure où il est toujours question, en droit administratif et pénal, de procédures

administrative et pénale, que l'on ne parle pas de droit judiciaire public et que les règles ici envisagées sont celles qui forment un service public, il nous paraît préférable de conserver le titre de procédure civile.

8. Il convient d'emblée de préciser que le procès civil n'est pas l'unique biais par lequel les particuliers peuvent faire valoir leurs prétentions relevant du droit civil. En cas de **procès pénal**, le législateur prévoit la possibilité, à certaines conditions, de déposer des demandes civiles devant le juge pénal (art. 39 CPC ; art. 122 ss CPP).

9. Il existe également d'**autres méthodes de résolution des conflits** entre personnes privées. On peut en particulier citer l'arbitrage (*infra*, p. 204) et la médiation (*infra*, p. 208).

II. Les fonctions de la procédure civile

10. La procédure civile **assure la protection juridique en matière civile** devant les autorités judiciaires organisées par les cantons et la Confédération. L'Etat n'autorisant en principe pas le recours à la force (voir cependant les art. 926 CC et 52 CO), il met ainsi à disposition des particuliers un moyen d'obtenir la protection juridique à laquelle ils affirment avoir droit (*infra*, p. 111).

11. Le procès civil permet de mettre fin à un litige entre particuliers et assure, en ce sens, une fonction de **paix sociale**. Cependant, le fait que le litige soit tranché ne signifie pas nécessairement la fin du conflit, d'où l'importance des modes amiables qui permettent parfois de le régler en profondeur.

12. La procédure civile garantit l'efficacité du droit matériel (ATF 139 III 457 consid. 4.4.3.3 et 116 II 215 consid. 3 : *dienende Funktion*). Mais elle ne se limite pas à une mise en œuvre mécanique du droit de fond. Elle **exprime et concrétise les droits** des particuliers, en détermine la réelle portée. C'est le juge qui, au terme du procès, précise le sens des dispositions légales dans un cas particulier.

13. Dans cette mesure, la procédure **met en œuvre et forme le droit substantiel**. Elle peut être considérée comme un des centres de gravité de notre système de droit privé.

14. **Références.** L'idée n'est pas nouvelle. Dans son célèbre ouvrage de 1872 « Der Kampf ums Recht », JHERING relevait que « Les dispositions du droit privé [...] n'existent en réalité et n'ont de force pratique, que dans la mesure où l'on fait valoir les droits concrets, et si ceux-ci doivent l'existence à la loi, il n'est pas moins vrai que d'autre part ils la lui rendent. Le rapport qui existe entre le droit objectif et subjectif ou abstrait et concret rappelle la circulation du sang qui part du cœur où il retourne » (RUDOLPH JHERING, *Le combat pour le droit*, traduit de l'allemand par Alexandre-François Meydiou, Paris 1875, p. 28). Pour ROSENBERG, la procédure civile n'est autre que la procédure légale qui garantit l'ordre juridique par la constatation, la réalisation et la protection des droits et rapports de droit privé (LEO ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 1^{re} éd. Berlin 1927, p. 3). En Suisse, GULDENER, qui demeure la référence dans ce domaine, retient que les tribunaux déterminent dans quelle mesure le droit matériel s'applique au cas concret, mais précise cependant que compte tenu du fait que la loi n'est jamais exhaustive, ni sans contradiction ou obscurité, une activité créatrice est nécessaire dans l'application du droit (MAX GULDENER, *Das Schweizerische Zivilprozessrecht*, vol. 1, 1^{re} éd. Zurich 1947, p. 23 s., n. 24). Dans les pays de *Common Law* (Angleterre, Etats-Unis, Inde, Australie, etc.), où le droit privé est essentiellement judiciaire, la procédure civile est enseignée comme une branche d'introduction, au même titre que le droit des obligations par exemple. Si notre système de droit privé se distingue sur de nombreux points du système anglo-américain, il n'en demeure pas moins que l'œuvre de la jurisprudence demeure au premier plan. En effet, sans procès, pas de jugement, et sans jugement, pas de jurisprudence. Les effets du jugement sont certes limités formellement au cas traité (limite objective) et aux parties en cause (limite subjective), ce qui le distingue de l'acte législatif. Cependant, d'un point de vue indirect, celui-là prend une autre dimension, sans strictes limites objectives et subjectives : en se prononçant dans un cas d'espèce, le juge précise inévitablement le sens de la loi et offre une solution pour des cas ultérieurs similaires. Une bonne connaissance du système judiciaire est ainsi essentielle à la compréhension de notre droit privé, que l'on doit se garder de considérer comme une matière figée depuis sa codification.

Jurisprudence. Les deux fonctions – directe et indirecte – du procès civil peuvent être illustrées par des exemples jurisprudentiels.

Un arrêt, déjà ancien, de la Cour civile neuchâteloise rappelle les **limites de la fonction juridictionnelle** : La fondation « Le Corbusier », légataire universelle de Le Corbusier et, en tant que telle, chargée de gérer notamment les droits d'auteur de l'artiste, introduit une demande visant à interdire à un particulier de publier toute œuvre de Le Corbusier, d'interdire à ce même particulier la diffusion

de quelque plagiat que ce soit de Le Corbusier et d'ordonner la confiscation et la destruction des plagiatés déjà effectués. La Cour cantonale a retenu qu'un jugement n'a de sens que s'il se rapporte à un objet déterminé et que les conclusions de la demande doivent exprimer des prétentions concrètes qui peuvent être exécutables. Sont ainsi irrecevables les conclusions qui demandent au juge de prononcer une interdiction générale, identique au contenu des dispositions légales ou relatives à des objets n'existant pas encore. Par ailleurs, seules les parties au procès pendant sont touchées par les effets de celui-ci ; l'on ne peut ainsi demander au juge de prendre des mesures à l'encontre de tiers non parties à la procédure (TC NE, RJN 1986 72).

Il convient aussi de rappeler que, dans sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral retient qu'il ne tranche que des questions concrètes et non des controverses théoriques, si bien qu'il n'entre en matière que sur les recours qui présentent un intérêt actuel et pratique (ATF 137 IV 87 consid. 1, et les réf.).

Quant à la **fonction dynamique et formatrice** du procès, elle est parfaitement illustrée par un arrêt du Tribunal fédéral consacré au congé immédiat et abusif du contrat de travail : le Tribunal fédéral expose, en procédant à une analyse complète sous plusieurs angles (historique, téléologique, etc.), que la loi exclut le cumul de l'indemnité pour résiliation abusive et licenciement immédiat sans juste motif lorsqu'une seule résiliation remplit ces deux critères. Il clarifie ensuite le droit sur une incertitude encore non tranchée, en jugeant que l'on ne peut pas plus cumuler les deux indemnités en présence de deux résiliations distinctes, l'une abusive et l'autre immédiate et sans justes motifs. La question faisait jusqu'à cet arrêt l'objet d'une controverse doctrinale, que le Tribunal fédéral a tranchée en vertu de son rôle de garant de l'application uniforme du droit fédéral (ATF 121 III 64).

15. Les **deux premiers arrêts** résumés nous rappellent que le procès civil fixe les droits et les obligations des parties qu'il oppose relativement à une affaire donnée et demeure ainsi une « **affaire privée** ». De plus, il suppose un litige concret et n'a pas pour but de rappeler la portée de la loi dans un contexte purement abstrait.

16. Le **troisième arrêt** nous montre l'importance que le prononcé dans un cas d'espèce peut prendre pour maints particuliers, quand bien même il ne serait formellement que l'expression judiciaire de principes inscrits dans la loi concernant deux ou plusieurs parties déterminées. Alors qu'aujourd'hui un cumul des indemnités fondées sur les art. 336a CO (congé abusif) et 337c al. 3 CO (congé immédiat sans justes motifs) est exclu, sans cette décision, des cas similaires auraient donné lieu à divers prononcés par les cours cantonales, et même peut-être par le Tribunal fédéral dans d'autres circonstances. Imaginons quel serait l'état du droit sur ce point si la demanderesse n'avait pas saisi la 1^{re} Cour civile du Tribunal cantonal

neuchâtelois, et si le défendeur n'avait pas recouru au Tribunal fédéral. Considérons également l'importance pour les parties des moyens qu'elles ont pu faire valoir devant les deux instances, des particularités techniques de celles-ci, et de leur influence sur le résultat du procès. Pensons au temps que les parties ont dû consacrer au litige, de son coût et des alternatives qu'elles ont pu envisager (transaction, désistement, etc.). Si la procédure avait été entamée dans un autre canton, le procès se serait peut-être terminé d'une tout autre manière, alors même que les règles du Code des obligations auraient également trouvé application. Les usages cantonaux peuvent encore modifier la donne.

17. L'on peut aller plus loin : si, au niveau cantonal ou fédéral, un autre juge instructeur ou un autre collège de juges avait été saisi du litige à un certain stade de la procédure, celle-ci aurait peut-être pris un cours différent ; il en va de même si les parties avaient choisi d'autres mandataires ou si le procès s'était déroulé une autre année.

Référence. Le mouvement CLS (*Critical Legal Studies*), né aux Etats-Unis dans les années 1970, s'est penché tout particulièrement sur la problématique de l'imprévisibilité des prononcés judiciaires et du nombre important d'éléments non strictement juridiques, mais bien plutôt politiques, sociologiques et psychologiques pris en compte au moment du jugement.

18. De manière constante, le Tribunal fédéral précise ou modifie sa **jurisprudence**, entre autres sur diverses questions de droit privé et de procédure civile suite aux recours qui lui sont soumis (pour un aperçu, voir Les nouveautés pour le praticien, recueil publié annuellement par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel).

III. L'objet de la procédure civile

19. En matière contentieuse, le procès civil vise à trancher le litige, en donnant raison – entièrement ou partiellement – au demandeur, ou en rejetant sa demande. Celle-ci peut viser à **condamner** le défendeur (action condamnatoire ; *infra*, p. 115), à **modifier** une situation juridique (action formatrice ; *infra*, p. 115) ou à **constater** un droit (action en constatation de droit ou déclaratoire ; *infra*, p. 115).

20. L'**objet du litige**, à savoir ce qui est demandé en justice, est une notion centrale. Il est déterminé par les conclusions prises (le prononcé requis du

tribunal) sur la base du complexe de faits allégués (ATF 139 III 126 consid. 3.2.3 ; 142 III 210 consid. 2.1 ; 143 III 254 consid. 3.1). Les normes juridiques invoquées ne sont en principe pas déterminantes puisque le juge applique le **droit d'office** (art. 57 CPC).

Exemple. Le demandeur qui réclame au défendeur la restitution d'un véhicule (conclusion) en indiquant qu'il le lui a remis trois mois auparavant et qui l'a revendiqué sans succès (complexe de faits allégués) et qui est débouté définitivement par le tribunal ne peut déposer une nouvelle demande en invoquant un autre fondement juridique (comp. TF [29.08.2013] 4A_581/2012, RSPC 2014 6).

21. L'objet du litige **doit pouvoir être déterminé**, faute de quoi la demande est irrecevable (comp. ATF 147 III 166 consid. 3.3.4-3.4, sur l'individualisation de l'objet du litige à l'égard de consorts simples en matière d'appel en cause ; ATF 142 III 683 consid. 5.3.1 pour les éléments de principe, mais dépassé quant aux exigences en matière de cumul objectif alternatif (*infra*, p. 328).

22. L'objet du litige est **déterminant** pour la **compétence** matérielle du tribunal (*infra*, p. 93 ss) et la valeur litigieuse (*infra*, p. 99 ss). Il en va de même pour la fixation du for (art. 20 ss CPC ; *infra*, p. 84 ss), la **litispendance** (qui empêche la tenue parallèle d'un autre procès entre les mêmes personnes sur le même objet ; *infra*, p. 285), l'**autorité de la chose jugée** (qui exclut un nouveau procès sur le même objet et entre les mêmes parties ; *infra*, p. 296), la procédure applicable (*infra*, p. 251), la **modification** de la demande, parfois pour les ouvertures à recours (*infra*, p. 426 ss) et les voies d'exécution (*infra*, p. 475 ss).

Exemple. Le demandeur qui entend réclamer des heures supplémentaires à son employeur (objet du litige : paiement d'une somme d'argent en raison d'heures de travail supplémentaires) doit saisir, au for prévu par l'art. 34 CPC pour les prétentions résultant d'un contrat de travail, le tribunal compétent en matière de droit du travail (souvent un tribunal de prud'hommes), parfois à condition que le montant réclamé ne dépasse pas une certaine somme. La procédure applicable peut être influencée par le fait que l'objet du litige relève du droit du travail (art. 247 al. 2 let. b CPC). Devant le Tribunal fédéral, le recours en matière civile est déjà ouvert en matière de droit du travail lorsque la valeur litigieuse atteint CHF 15 000.- (art. 74 al. 1 let. a LTF). La prétention réclamée étant une somme d'argent, on passera par les voies d'exécution prévues par la LP (art. 335 al. 2 CPC).

Controverse. Ce qu'il faut entendre par « objet du litige » est au centre de nombreuses discussions. Les auteurs suisses reprennent globalement les

réflexions allemandes (comp. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, Zivilprozessrecht, 18^e éd., Munich 2018, § 93 N 8 ss).

La **théorie matérielle**, qui ne voyait dans la demande que le droit invoqué (*infra*, p. 110 ss), n'est plus soutenue : le juge appliquant le droit d'office (art. 57 CPC ; *infra*, p. 242), il peut allouer les conclusions sur une base juridique différente de celle invoquée. Certes, si les faits ne sont pas les mêmes, l'objet n'est pas identique, pour autant que ces faits ne soient pas naturellement rattachés à la prétention (ATF 115 II 187 consid. 3b, JdT 1989 I 586 ; 116 II 738 consid. 2b). Ainsi, lorsque le bailleur réclame la restitution sur la base du contrat et que le juge parvient à la conclusion qu'il n'est pas bailleur, rien ne l'empêche d'agir ensuite en se fondant sur sa qualité de propriétaire, s'il n'a pas fait état de cette qualité dans le premier procès. Certains cas sont complexes (comp. ATF 98 II 150 consid. 3, JdT 1973 II 70 : créance tirée d'une part d'une cédula hypothécaire et d'autre part d'une transaction).

Certains auteurs déterminent l'objet du litige sur la base exclusive des conclusions (**concept monôme** de l'objet du litige ; *eingliedriger Streitgegenstand*), les faits allégués n'étant considérés qu'en cas de nécessité, pour interpréter les conclusions, par exemple en cas de conclusion portant sur la condamnation à payer une somme d'argent (MEIER, p. 205 ; WALDER-RICHLI/GROB-ANDERMACHER, § 26 N 63).

Selon le **concept binôme** actuel, l'objet du litige se fonde sur les conclusions et le complexe de faits à la base de la demande (*zweigliedriger Streitgegenstand* ; BERTI, N 41 ; HABSCHEID, Zivilprozess, N 392 ; BAUMGARTNER ET AL., § 32 N 17 s. ; WILLISEGGER, p. 141 ; c'était déjà l'approche de LEO ROSENBERG, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 1^{re} éd. Berlin 1927, p. 241). Le Tribunal fédéral retient cette théorie dans son arrêt de principe, ATF 139 III 126 consid. 3.2.3 (voir aussi 136 III 123 consid. 4.3.1 et les réf., puis ATF 142 III 210 consid. 2.1 ; 143 III 254 consid. 3.1), tout en précisant qu'en vertu du principe de disposition (*infra*, p. 233) les parties peuvent limiter l'objet du litige en qualifiant juridiquement leurs conclusions.

La **conception trinôme** (*dreigliedriger Streitgegenstand*) prend en compte les conclusions, les faits, mais aussi la cause (les fondements juridiques). On pouvait y rattacher certains arrêts du Tribunal fédéral (ATF 128 III 284 consid. 3b ; 123 III 16 consid. 2a ; 121 III 474 consid. 4a), avant la clarification bienvenue de l'ATF 139 III 126 consid. 3.2.3.

En matière de litispendance (*infra*, p. 285), l'approche est désormais celle du **centre de gravité** (*Kernpunkttheorie* ; TF [28.02.2006] 4C.351/2005 consid. 4.3 ; ATF 138 III 570 consid. 4.1, RSPC 2012 490), développée sur la base de la jurisprudence européenne en la matière (art. 21 aCL). Dans cette conception avant tout fonctionnelle, sont déterminants la cause de la demande, à savoir l'état de fait et la disposition légale sur lesquels elle se fonde, ainsi que son objet, par quoi l'on entend le but qu'elle vise (ATF 128 III 284 consid. 3b/bb ;

ATF 123 III 414 consid. 5, JdT 1999 I 251). Selon cette théorie, il y a identité entre une demande visant à l'annulation ou à la résolution d'un contrat de vente internationale et une demande de l'autre partie visant à l'exécution de ce même contrat.

IV. La nature de la procédure civile

23. Le droit de procédure civile, qu'il concerne les règles de procédure au sens étroit, la compétence ou l'organisation des tribunaux en matière civile (*supra*, p. 1), est de **nature publique**. Il régit et organise la manière dont l'Etat prévoit de trancher les litiges entre personnes privées et entend assurer l'exécution des décisions qui statuent sur leurs prétentions.

Références. Longtemps, la procédure civile est demeurée dans l'ombre du droit privé, dont elle n'était considérée que comme la manifestation judiciaire. Décidée à accorder le même soin à l'analyse du droit de procédure qu'au droit matériel, la **doctrine allemande** du dernier tiers du 19^e siècle a établi la nature publique du droit de procédure civile, puisque celui-ci concerne un service public de l'Etat assurant la protection juridique en lieu et place de la justice privée (voir la brève synthèse de KONRAD HELLWIG, *System des Deutschen Zivilprozessrechts*, vol. 1, Leipzig 1912, p. 4-7). Au tournant du siècle, des auteurs majeurs comme WACH et HELLWIG allaient jusqu'à considérer que le justiciable titulaire d'un droit matériel dispose parallèlement du droit à l'égard de l'Etat d'obtenir un jugement en sa faveur (ADOLF WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 1^{er} [et unique] vol., Leipzig 1885, § 2 V-VI ; KONRAD HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, Leipzig 1900, p. 146 ; *infra*, p. 110). ROSENBERG est plus sobre : le droit de procédure civile régit la saisine des tribunaux, leur organisation et leur activité et a pour objet la procédure applicable devant eux. Les effets des prononcés judiciaires et les moyens d'exécution relèvent de la puissance publique ; ce sont là les traits du droit public (LEO ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 1^{ère} éd. Berlin 1927, p. 5).

Cette analyse a été reprise en **Suisse** (ATF 62 II 217 consid. 1a, avec référence à HELLWIG ; 62 II 348 consid. 2 ; 104 Ia 105 consid. 4 ; 141 III 596 consid. 1.4.5 ; HANS MATTI, *Zivilprozessrecht, Sonderband aus der Handelshochschule*, Zurich 1939, p. 1020 ; MAX GULDENER, *Das schweizerische Zivilprozessrecht*, 1^{re} éd., Zurich 1947, p. 42 ; MAX KUMMER, *Das Klagrecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht*, Berne 1954, p. 4 s.).

24. Dès lors, les règles de procédure ont en principe un **caractère impératif**, à moins qu'elles-mêmes n'accordent, explicitement ou implicitement, une marge de manœuvre aux parties.

Exemples. Si généralement on retient que les règles relatives à la compétence à raison de la matière sont impératives (*infra*, p. 102), celles qui portent sur la compétence locale ont une nature dispositives à moins de règles contraires (*infra*, p. 70). En matière probatoire, la doctrine majoritaire retient le caractère impératif du droit à la preuve et du principe de la libre appréciation des preuves (OLIVIA PELLI, Beweisverträge im Zivilprozess, Thèse Zurich 2012, p. 83 ss, et les réf.).

25. Le besoin de **protéger certaines parties** au procès explique l'existence de règles de procédure spécifiques, par exemple lorsque des enfants sont concernés par le procès (droit matrimonial, filiation ; art. 295 ss CPC), ou en matière de procès social (bail, travail, consommation ; art. 32-34, 247 al. 2 CPC). En d'autres termes, le seul formalisme procédural (*infra*, p. 161) et les garanties générales de procédure (*infra*, p. 217) ne suffisent pas toujours à la protection des intérêts en jeux.

V. Historique

26. Comme le droit privé, la procédure civile suisse a évolué d'un **droit coutumier** à un **droit codifié** dans le courant du 19^e siècle. Après l'épisode de l'Helvétique (1798-1803) et la tentative d'élaborer un code de procédure pour la République helvétique en 1799, ce sont les cantons qui vont peu à peu codifier leur procédure civile. La première loi est celle de Genève en 1819, suivie par le code tessinois en 1820 et celui de Berne en 1821. Puis viennent en 1824 le canton de Vaud, le Valais et Lucerne. D'autres cantons adoptent un code à l'époque de la régénération (1830-1848 ; Thurgovie, Glaris, Argovie, Soleure, Bâle-Campagne). Il faut attendre 1866 pour voir aboutir la codification du canton de Zurich. A Neuchâtel, le code date de 1878-1881. Le projet avait été établi par HENRI JACOTTET, qui était professeur à l'Académie de Neuchâtel et auteur du Traité de droit civil neuchâtelois.

27. Alors que le droit privé est unifié dès 1881 pour le droit des obligations, puis en 1907 pour le code civil, la procédure civile va **demeurer cantonale** tout au long du 20^e siècle. Il faut réserver la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite adoptée en 1889, qui assure une procédure d'exécution unifiée en Suisse pour les dettes d'argent, et les lois d'organisation judiciaire fédérales, ainsi que les règles de procédure s'appliquant devant le Tribunal fédéral.

28. Les codes cantonaux étaient le résultat de **différentes influences**. Ils se fondaient en partie sur le droit coutumier les ayant précédés, lui-même imprégné soit de la procédure romano-canonique, soit de l'ancienne

procédure coutumière germanique. Le code de procédure civile français de 1806 (lui-même très inspiré de l'Ordonnance de Louis XIV de 1667) a eu son influence en Suisse romande et, en Suisse allemande, ce sont la procédure de droit commun allemande et la loi de procédure des Etats prussiens de 1793, puis, à la fin du 19^e siècle, le code de procédure civile allemand de 1877 et le code de procédure civile autrichien de 1895 qui ont joué leur rôle.

29. Si les codes de procédure civile cantonaux sont restés en vigueur tout au long du 20^e siècle, le droit civil fédéral s'est peu à peu imposé aux droits de procédure civile cantonaux. De nombreuses règles de procédure civile ont ainsi été inscrites dans les lois fédérales au cours du 20^e siècle afin d'assurer l'application uniforme du droit matériel. De plus, le Tribunal fédéral a **déduit du droit civil fédéral** un nombre imposant de principes de procédure civile afin de permettre la réalisation du droit matériel ainsi que son application uniforme, raisonnable et conforme à ses buts. Le **droit constitutionnel** (art. 4 aCst.) a aussi eu une grande influence, en matière de garantie d'un procès équitable, de droit d'être entendu (*infra*, p. 217), d'interdiction du formalisme excessif (*infra*, p. 161) et d'indépendance et d'impartialité des tribunaux (*infra*, p. 58).

Développement. Il convient de mentionner ici quelques-uns des nombreux principes de procédure fixés par la jurisprudence sous couvert d'application uniforme du droit matériel, tels que l'intérêt pour agir (ATF 132 III 555 ; 110 II 352, JdT 1985 I 354), la litispendance (ATF 128 III 284 ; ATF 114 II 183, JdT 1990 II 130) ou l'autorité de chose jugée (ATF 95 II 639, JdT 1971 I 362).

30. En matière d'**organisation judiciaire**, quelques cantons suisses ont été influencés par l'existence de cours de commerce en Allemagne et les ont introduites dans leur législation (Zurich, Berne, Saint-Gall et Argovie). Quant aux tribunaux du travail, ils sont le résultat d'une influence française. Il en va de même du juge de paix, introduit à la Révolution et qui avait été imposé en Suisse à l'époque de l'Helvétique.

VI. Les sources

A. La Convention européenne des droits de l'homme

31. La CEDH, adoptée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974, pose à l'art. 6 § 1 des garanties générales de

procédure qui s'imposent pour tout procès civil conduit en Suisse. Le procès doit être **équitable**, ce qui signifie que chaque partie a le droit d'être entendue dans sa cause et de bénéficier d'une égalité des armes. Cette disposition assure par ailleurs la **publicité** de l'audience et du jugement et impose un **tribunal indépendant et impartial**, établi par la loi. Elle est aussi un rempart contre le déni de justice : la cause doit être entendue dans un délai raisonnable.

Jurisprudence. Empêcher une partie au procès qui n'est pas représentée de poser en audience des questions aux témoins et de plaider, tout en autorisant celle qui l'est à le faire est contraire au principe d'**égalité des armes** en procédure et viole ainsi l'art. 6 § 1 CEDH lorsque l'affaire ne requiert pas la présence obligatoire d'un mandataire professionnel (arrêt CourEDH *Cruz De Carvalho c. Portugal*, du 10 juillet 2007, requête n° 18223/04).

Le **droit de réplique inconditionnel** est une expression du procès équitable. Il permet à une partie de se prononcer sur toute détermination de l'autorité ou de son adversaire (ATF 133 I 100 consid. 4.6, JdT 2008 I 368, 137 I 195 consid. 2.3.1 et les références à la jurisprudence de la CourEDH).

Une procédure ayant duré neuf ans et huit mois, dont six ans devant la juridiction suprême, alors que la cause ne présente pas de complexité particulière et que le comportement du requérant n'y est pour rien, est **excessivement longue** et ne respecte pas le droit à être jugé dans un délai raisonnable (arrêt CourEDH *Frydlender c. France* [GC], 20 juin 2000, requête n° 30976/96, CEDH 2000-VII).

La CourEDH considère que les victimes de maladies qui, comme celles causées par l'amiante, ne peuvent être diagnostiquées que de longues années après les faits (**dommage différé**), sont lésées par les règles des délais de déchéance et de prescription. Les prétentions des victimes de l'amiante sont en effet toutes prescrites selon le droit en vigueur. La Cour estime que dans les cas où il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, cette circonstance doit être prise en compte pour le calcul du délai de prescription ou de péremption. Les tribunaux suisses ayant rejeté, car prescrites, les actions en dommages et intérêts d'une épouse et des deux enfants vis-à-vis de l'employeur du mari défunt, la Suisse a été condamnée pour violation du **droit d'accès à un tribunal** ancré à l'art. 6 § 1 CEDH (arrêt CourEDH Howald Moor et autres c. Suisse, nos 52067/10 et 41072/11, du 11 mars 2014, donnant suite à l'ATF 137 III 16. Voir ensuite : TF [11.11.2015] 4F_15/2014 consid. 3 non reproduit in ATF 142 I 42 ; ATF 146 III 14 ; 146 III 25).

Le droit à un **tribunal établi par la loi** est violé lorsque la réglementation donne un pouvoir d'appréciation pour la composition des cours à un greffier ou un greffier-rédacteur. Seuls des juges, non soumis à des directives, garantissent une légitimation démocratique, une indépendance et un usage objectif du pouvoir

d'appréciation suffisants (TF [20.03.2018] 1C_187, 327/2017 ; comp. aussi ATF 144 I 70, JdT 2019 I 3).

B. Les conventions internationales en matière civile

1. La Convention de Lugano

32. Les pays du Marché commun européen ont conclu en 1968 une convention dite de Bruxelles, portant sur la compétence judiciaire et la reconnaissance des décisions en matière civile et commerciale. Vingt ans plus tard, le 16 septembre 1988, les pays membres de l'AELE, dont la Suisse, ont conclu avec ceux de la Communauté européenne la Convention de Lugano, portant sur le même objet, dite aussi convention parallèle. Elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1992. Une nouvelle convention a été adoptée à Lugano le 30 octobre 2007, dite Convention de Lugano révisée. Elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 2011.

33. La convention porte sur les litiges civils et commerciaux et traite principalement de trois objets :

- fixer des règles de compétence internationales et des règles de for ;
- arrêter certaines règles de procédure (relatives à la vérification de sa compétence par un juge d'un Etat partie [art. 25 s. CL], à la litispendance [art. 27 ss CL, notamment la définition de la saisine, art. 30 CL] ou à la notion de domicile de personne morale (art. 60 CL)) ;
- fixer les conditions auxquelles les décisions seront reconnues et exécutées dans les Etats contractants.

34. Dans la mesure où la Convention de Lugano porte en même temps sur la compétence directe des tribunaux et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions, il s'agit d'un instrument dit de type double.

35. Elle n'est pas applicable pour les contestations portant sur l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions, les faillites et autres procédures analogues ainsi qu'en matière d'arbitrage (art. 1 ch. 2 CL).

36. Les notions comprises dans la convention sont dites autonomes en ce qu'elles s'interprètent non pas sur la base d'un droit national mais selon un

processus propre, tendant à assurer les objectifs et le système de la convention, en dégagant des principes généraux communs à l'ensemble des Etats parties. Le TF se conforme ainsi à la jurisprudence de la CJUE (ATF 125 III 451 consid. 3b) pour interpréter des notions telles que la matière civile et commerciale (ATF 124 III 436) ou l'état et la capacité des personnes (ATF 125 III 108).

2. Les conventions de La Haye

a. La notification

Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} janvier 1995, RS 0.274.131)

37. Cette convention a pour objet d'unifier la procédure et les formalités de notification interétatiques, domaine qui relève de la souveraineté étatique. Elle ne s'applique pas lorsque l'adresse du destinataire de l'acte est inconnue.

38. Les Etats contractants s'engagent à désigner une **autorité centrale** par laquelle transitent les actes qui doivent être notifiés à l'étranger ou les actes, en provenance de l'étranger, qui doivent être notifiés dans l'Etat en cause. Les notifications se font conformément à une formule de demande et d'attestation, qui permet de vérifier la régularité de la notification.

39. La Suisse a émis une réserve s'agissant de la notification directe par voie postale d'un acte judiciaire (art. 10 de la Convention ; ATF 135 III 623, SJ 2010 I 211).

b. Les preuves

Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} janvier 1995, RS 0.274.132)

40. Dans la mesure où l'administration des preuves est un acte de souveraineté, les autorités judiciaires d'un Etat ne peuvent pas procéder à des mesures d'enquête sur territoire étranger. C'est la raison pour laquelle cette

convention a été signée en vue de mettre en œuvre une procédure de collaboration interétatique permettant l'administration effective des preuves (sur un cas d'application de la CLaH70, dans le domaine des dispenses de témoigner prévues à l'art. 11 de la convention, voir TF [28.08.2013] 5A_284/2013, SJ 2014 I 13).

41. La Suisse a fait une réserve en matière de *pre-trial discovery* à l'américaine (art. 23).

42. Ici également, les requêtes transitent par des autorités centrales, mais les Etats contractants sont libres d'accepter une procédure simplifiée, par exemple la communication directe de tribunal à tribunal.

c. L'accès à la justice

Convention de la Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice (en vigueur en Suisse depuis le 1^{er} janvier 1995, RS 0.274.133)

43. Cette convention tend à éviter que des discriminations de droit ou de fait aient pour effet de priver les justiciables étrangers ou résidant à l'étranger du bénéfice de l'assistance judiciaire. Elle n'unifie pas les conditions d'accès à la justice, mais prévoit que chaque Etat contractant accordera l'assistance judiciaire au requérant visé par la convention dans les mêmes conditions que s'il était ressortissant de l'Etat en cause et y résidait habituellement.

44. Là aussi, les parties contractantes s'engagent à mettre en place une autorité centrale chargée d'assurer la transmission des demandes d'assistance judiciaire, rédigées sur une formule annexée à la convention.

Accord européen sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire (en vigueur en Suisse depuis le 2 janvier 1995, RS 0.274.137)

45. Les principes posés sont proches, mais son champ d'application diffère puisque sont parties les membres du Conseil de l'Europe.

C. La Constitution fédérale

46. La Constitution fédérale comprend diverses dispositions relatives à la procédure et à l'organisation judiciaire.

47. L'**art. 29 Cst.** offre des **garanties générales de procédure**, qui s'appliquent devant toute autorité. Concrétisation en Suisse de l'art. 6 § 1 CEDH, il assure aux justiciables l'égalité des armes (al. 1 ; comp. art. 53 CPC ; ATF 133 I 1 consid. 5.3.1 ; *infra*, p. 219), l'interdiction du déni de justice (al. 1 ; comp. art. 319 let. c CPC ; *infra*, p. 228), le droit d'être entendu (al. 2), qui comprend entre autres le droit à la preuve (art. 152 CPC ; TF [25.10.2007] 5A_403/2007 consid. 3, RSPC 2007 261), l'interdiction du formalisme excessif (ATF 132 I 249 consid. 5 ; *infra*, p. 167) et le droit à obtenir une décision motivée (art. 239 al. 2 CPC ; ATF 136 I 229 consid. 5.2, JdT 2011 I 58 ; *infra*, p. 227) et enfin le droit à l'assistance judiciaire (al. 3 ; art. 117 s. CPC ; p. 195, 220).

48. L'**art. 29a Cst.** reconnaît le **droit d'accéder aux tribunaux** à toute personne désireuse d'introduire une action (ATF 130 I 312 consid. 4.2). En d'autres termes, cela signifie que le justiciable a le droit de porter ses contestations devant un tribunal et de recevoir de celui-ci un jugement, pour autant que les conditions d'accès à la justice soient respectées.

49. L'**art. 30 Cst.** donne des **garanties de procédure judiciaire**. Il assure un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi (al. 1 ; ATF 134 I 16 consid. 4.2 ; *infra*, p. 58, 218). Il garantit en principe au défendeur le for de son domicile (al. 2). Il pose la règle de la publicité de l'audience et du jugement, sauf exception (al. 3 ; *infra*, p. 221).

50. L'**art. 97 al. 3 Cst.** impose aux cantons de prévoir une procédure simple et rapide pour les litiges en matière de protection des consommateurs dont la valeur litigieuse ne dépasse pas un certain montant fixé par le Conseil fédéral (voir art. 13 LCD dans sa version au 1^{er} avril 2007, qui renvoyait à l'ordonnance fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale [RS 944.8] et qui fixait ce montant à CHF 20 000.–, tous deux abrogés par l'entrée en vigueur du CPC [annexe 2 II/15 ; RO 2010 1845 s.] qui établit désormais cette limite à CHF 30 000.– [art. 243 al. 1 CPC]).

51. L'**art. 122 Cst.** répartit les compétences des cantons et de la Confédération en matière de procédure civile (al. 1 ; à la Confédération) et d'organisation judiciaire en matière civile (al. 2 ; aux cantons, sauf disposition légale contraire) (ATF 140 III 155 consid. 4.3).

52. Les **art. 188 ss Cst.** organisent le Tribunal fédéral (rôle, compétences, droit applicable, accès ; *infra*, p. 35).

53. L'**art. 191a Cst.** traite des autres autorités judiciaires de la Confédération. C'est sur la base de l'art. 191a al. 3 Cst. que le législateur fédéral a établi le Tribunal fédéral des brevets (voir le préambule de la LTFB, RS.173.41).

54. L'**art. 191b Cst.** impose aux cantons d'établir des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit civil.

55. L'**art. 191c Cst.** rappelle le principe en vertu duquel les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu'à la loi dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles.

56. Le CPC **concrétise** dans le domaine du droit privé les grands principes constitutionnels en matière de procédure. Ceux-ci servent de base pour interpréter les dispositions du CPC qui s'y rapportent (ATF 138 III 217, JdT 2014 II 267, pour un exemple dans le domaine de l'assistance judiciaire et de la définition des chances de succès).

D. Le Code de procédure civile suisse

1. Historique

57. Avant le 1^{er} janvier 2011, il existait en Suisse 26 lois de procédure civile cantonales et une loi fédérale, pour les actions directes devant le Tribunal fédéral. Ce régime morcelé était source de complications et d'insécurité (Message CPC, p. 6848).

58. La **Constitution fédérale** du 18 avril 1999, dans sa teneur au 12 mars 2000 (réforme de la justice), a donné la compétence à la Confédération de légiférer en matière de procédure civile (art. 122 al. 1 Cst., entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007), l'organisation judiciaire demeurant en revanche de la compétence des cantons, sauf disposition légale contraire (art. 122 al. 2 Cst.).

59. Le **processus d'unification** a mis environ dix ans. Il a débuté formellement le 26 avril 1999, avec la création par le Département fédéral de justice et police d'une commission d'experts, composée de juges, d'avocats et de professeurs, chargée de présenter un avant-projet de loi fédérale sur la procédure civile susceptible d'être soumis à consultation. Celui-ci a été déposé auprès du département au mois de juin 2003, pour aboutir au projet du Conseil fédéral daté du 28 juin 2006. Les débats aux Chambres ont eu lieu

en 2008. Celles-ci ont modifié divers points, entre autres en matière de conciliation, de représentation et d'apport de faits et preuves nouveaux en cours de procédure.

60. Le Code de procédure civile suisse a été adopté le **19 décembre 2008** et est entré en vigueur le **1^{er} janvier 2011**.

2. Le champ d'application matériel

61. Le CPC régleme la procédure à suivre en matière civile **devant les tribunaux cantonaux** (art. 1 CPC), dont l'organisation relève aujourd'hui encore des cantons (art. 122 al. 2 Cst. ; art. 3 et 4 CPC ; *infra*, p. 38 ss).

62. La Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (PCF) demeure applicable pour les actions directes devant le Tribunal fédéral. La Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF) s'applique pour les procédures de recours devant lui.

63. L'art. 1 CPC indique que le Code s'applique aux affaires civiles contentieuses (let. a) ; aux décisions judiciaires de la juridiction gracieuse (let. b) ; aux décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dettes et la faillite (let. c) et à l'arbitrage (let. d).

a. Les affaires civiles contentieuses

64. Le mot « contentieux » vient du verbe latin « *contendere* », qui signifie « lutter » (dictionnaire historique de la langue française). Le contentieux suppose donc une dispute, un litige. Celui-ci oppose par définition deux ou plusieurs parties. Est donc une affaire civile contentieuse, un litige entre plusieurs personnes physiques ou morales en leur qualité de titulaires de droits privés ou entre de telles personnes et une autorité à laquelle la loi confère la qualité de partie (ATF 91 II 395, JdT 1966 I 546). Les dispositions du code visent essentiellement l'instruction et le jugement des procès, à savoir les contestations qui supposent nécessairement deux ou plusieurs adversaires.

Exemples. Un différend en matière de contrat de vente est une affaire civile contentieuse qui relève du CPC ; tel n'est pas le cas en revanche d'un litige entre un fonctionnaire et l'Etat (contentieux administratif). Le litige relatif aux honoraires de l'exécuteur testamentaire (art. 517 al. 3 CC) oppose des sujets de même nature, de même rang légal et de même valeur, si bien qu'il s'agit d'une

contestation civile qui suppose une procédure contradictoire (ATF 86 I 330, JdT 1961 I 348 ; 78 II 125, JdT 1953 I 9). Une prétention fondée sur la Loi sur l’approvisionnement en électricité relève du droit public si l’entreprise établit unilatéralement les conditions de fourniture du courant, alors qu’il y a rapports de droit privé si la fourniture est réglée par des accords particuliers, à savoir si les prix sont négociables et que l’on ne se trouve pas dans le domaine de l’approvisionnement de base, où les consommateurs sont « captifs » (ATF 144 III 111, JdT 2018 I 181 et CR CPC-TAPPY, art. 1 N 6).

b. Les décisions judiciaires de la juridiction gracieuse

65. Le gracieux s’oppose au contentieux, raison pour laquelle on parle aussi de juridiction « non contentieuse » et de juridiction volontaire (*freiwillige Gerichtsbarkeit*). Il vise une activité déployée par une autorité, administrative ou judiciaire, d’office ou à la requête d’un particulier, et portant sur un droit de nature privée.

66. On classe dans le gracieux les affaires concernant les **registres** (registre d’état civil, registre foncier, registre du commerce, registre de la propriété intellectuelle) qui sont de nature administrative et relèvent de ce fait de réglementations spécifiques (Message CPC, p. 6874). Tel est aussi le cas des **actes authentiques**, de la compétence des cantons (art. 55 Tit. fin. CC ; on dit ainsi que le notaire exerce une parcelle de puissance publique et que son activité ministérielle relève de la juridiction gracieuse). Sont également comprises les affaires civiles traitées par des **autorités administratives cantonales** (art. 54 Tit. fin. CC), et qui demeurent soumises à la procédure prévue par le droit cantonal (le cas échéant, le CPC à titre de droit cantonal supplétif), même lorsque celui-ci désigne une autorité judiciaire (ATF 139 III 225). C’est aussi le cas de la **protection de l’adulte et de l’enfant**, qui est régie par des dispositions spécifiques du CC (art. 443 ss CC) et pour le surplus par le CPC uniquement à titre de droit cantonal supplétif (TF [10.02.2014] 5A_877/2013 consid. 2.2, RSPC 2014 254), lorsque celui-ci ne prévoit rien (art. 450f CC).

67. Le gracieux vise en **matière judiciaire** les hypothèses dans lesquelles le juge doit offrir son assistance à une personne physique ou morale qui demande une intervention judiciaire portant sur un droit privé dont elle est titulaire sans que sa requête ne soit formellement dirigée contre un contradicteur, ou un adversaire connu ou présumé. Le CPC s’applique en particulier lorsque le Code civil ou le Code des obligations prévoit qu’une décision non contentieuse doit être prise par un tribunal. Parmi les cas cités

aux art. 249 et 250 CPC, de nombreux relèvent de la juridiction gracieuse (ATF 137 III 563, JdT 2013 II 459 : mais non l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs, qui est une mesure provisionnelle, malgré sa mention à l'art. 249 let. d ch. 5 CPC).

Exemples. La demande d'annulation d'un papier-valeur (art. 971 ss CO) est soumise au CPC (décision judiciaire de la juridiction gracieuse), alors que la désignation d'un représentant de la communauté héréditaire (art. 602 al. 3 CC), de nature gracieuse (TF [18.04.2006] 5P.458/2005 consid. 1.1, et les réf.), n'est pas nécessairement judiciaire d'après le Code civil, si bien qu'elle ne relève pas du CPC. Il en va de même de l'établissement d'un certificat d'héritier au sens de l'art. 559 al. 1 CC, qui relève de la juridiction gracieuse (ATF 118 II 108 consid. 1), mais non nécessairement judiciaire. Cela vaut aussi pour la répudiation (art. 570 CC ; ATF 139 III 225 consid. 2.2). La nomination d'un arbitre relève elle aussi de la juridiction gracieuse (ATF 108 Ia 308 consid. 2a) ; elle est soumise au CPC puisque l'art. 356 al. 2 let. a CPC la confie à un juge.

c. Les décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dettes et la faillite

68. De nombreuses décisions devant être prises en application de la LP (*infra*, p. 20) relèvent du juge (et non des organes d'exécution) et sont régies par les dispositions du CPC.

69. Il s'agit tant de prétentions fondées sur le droit matériel, de demandes relevant du droit des poursuites avec des effets de droit matériel, que de requêtes de pur droit des poursuites.

Exemples. Relèvent du droit matériel, l'action en reconnaissance de dette (art. 79 LP), la libération de dette (art. 83 al. 2 LP), l'annulation ou la suspension de la poursuite (art. 85a LP), l'action en répétition de l'indu (art. 86 LP) et l'action en validation de séquestre (art. 279 LP). Comme actions de droit des poursuites avec des effets de droit matériel, on peut citer l'action en revendication (art. 106 ss et 242 LP), l'action en contestation de l'état de collocation (art. 148, 250 LP) et l'action révocatoire (art. 285 ss LP). Sont par exemple des requêtes de pur droit des poursuites la mainlevée de l'opposition (art. 80-82 LP) et le jugement de faillite (art. 171, 189, 190 ss LP).

d. L'arbitrage

70. Le code de procédure civile comprend un chapitre consacré à l'arbitrage en matière interne (art. 353-399 CPC). Il prévoit le recours au juge civil dans

diverses hypothèses (art. 356, 362 et 389 ss CPC ; *infra*, p. 207). Il en va de même en matière internationale, en vertu des art. 179, 180, 183, 184 et 185 LDIP. Lorsqu'un tribunal d'un canton est compétent, le CPC s'applique.

Exemples. Le juge civil est compétent pour nommer l'arbitre en cas de désaccord entre les parties (art. 356 CPC ; art. 179 al. 2 LDIP). Il applique les dispositions du CPC sur la procédure sommaire, la question étant de nature gracieuse (ATF 108 Ia 308 consid. 2a).

E. La Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite

71. Le CPC organise la procédure de jugement (*Erkenntnisverfahren*) devant les tribunaux des cantons, ainsi que la procédure d'exécution des dettes autres qu'en argent (*infra*, p. 476). La procédure d'exécution forcée des dettes d'argent est régie par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP ; *infra*, p. 475).

F. La Loi fédérale sur le droit international privé

72. Un procès conduit devant les tribunaux cantonaux est régi par le CPC. En revanche, c'est la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP) qui détermine, en l'absence de conventions internationales multi- ou bilatérales, la compétence à raison du lieu des tribunaux et le droit applicable en cas d'éléments d'extranéité (*infra*, p. 67 ss).

73. La LDIP fixe également la procédure de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues à l'étranger (*infra*, p. 475).

G. La Loi sur le Tribunal fédéral

74. La Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF ; *infra*, p. 35 ss), organise le Tribunal fédéral et régit en particulier les recours contre les prononcés cantonaux en matière civile conduits devant lui (*infra*, p. 450 ss).

H. La Loi sur le Tribunal fédéral des brevets

75. La Loi sur le Tribunal fédéral des brevets du 20 mars 2009 (LTFB ; *infra*, p. 38) fixe l'organisation du Tribunal fédéral des brevets, qui statue en première instance. Le CPC est applicable (art. 27 LTFB), à moins que la loi du 25 juin 1954 sur les brevets ou la LTFB n'en dispose autrement (art. 27 LTFB). C'est par exemple le cas en matière de récusation (art. 28 ss LTFB), de frais (art. 30 ss LTFB) et de conduite du procès (art. 35 LTFB).

I. La Loi fédérale de procédure civile fédérale

76. La Loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (PCF) demeure applicable pour les actions directes devant le Tribunal fédéral (*infra*, p. 38). Elle s'applique également aux procédures de recours devant lui lorsque la LTF est muette (art. 71 LTF).

J. Le reliquat cantonal

77. Suite à l'entrée en vigueur du CPC, les **codes de procédure civile cantonaux** ont été en principe **abrogés**, le CPC s'appliquant généralement à titre supplétif pour les matières civiles non soumises au Code, parfois sans disposition expresse, parfois avec des nuances (voir les art. 103 ss CDPJ-VD). Il convient à cet égard de consulter les lois cantonales d'introduction au Code civil et au Code de procédure civile.

Controverse. L'art. 1 let. a CPC déclare s'appliquer aux affaires civiles contentieuses, sans distinguer entre le caractère fédéral ou cantonal du droit civil appliqué. La doctrine majoritaire en déduit qu'il n'y a plus de place pour un droit de procédure civile cantonal (GASSER/RICKLI, art. 1 N 2 et 3 ; BSK ZPO-VOCK/NATER, art. 1 N 4 ; BK ZPO-BERGER, art. 1 N 5 ; DIKE ZPO-GASSER, art. 1 N 7 ; kommZPO-SUTTER-SOMM/KLINGLER, art. 1 N 4). Un courant minoritaire relève avec raison que la LFors, qui a précédé le CPC, ne s'appliquait pas aux affaires civiles contentieuses de droit cantonal, et que l'art. 1 al. 1 AP-CPC (« *La présente loi règle la compétence et la procédure dans les affaires civiles relevant du droit fédéral et des droits cantonaux [...]* », qui a été critiqué lors de la consultation, n'a pas été repris dans le projet du Conseil fédéral (FF 2006 7019), ni réintroduit aux Chambres (CR CPC-HALDY, art. 1 N 8, 20 ; PC CPC-PIOTET, art. 1 N 10).

Protection de l'adulte et de l'enfant. A moins de disposition cantonale contraire, le CPC s'applique à titre supplétif en matière de protection de l'adulte et de l'enfant (art. 450f CC).

78. Rappelons que les **cantons** sont compétents dans le domaine de l'**organisation judiciaire** (art. 122 al. 2 Cst.), qui fait partie intégrante du droit de procédure selon son acception large. Ils l'ont pour la plupart révisée (*infra*, p. 38 ss) lors du passage au CPC, la procédure unifiée ayant imposé des adaptations, en particulier en matière d'instances de recours.

VII. Le champ d'application territorial

79. Les tribunaux appliquent **leur loi de procédure** aux litiges pendants devant eux (SCHÜPBACH, N 298 ; HOHL, tome I, N 189). Cela vaut également lorsque le litige présente des éléments d'extranéité (*supra*, p. 20 ; GROLIMUND in Staehelin/Staehelin/Grolimund, p. 20 N 2 ; SUTTER-SOMM, N 55).

80. Il en va ainsi pour les principes généraux de procédure, les règles sur la représentation, les interventions de tiers, les preuves, le déroulement de la procédure, etc.

81. Le **droit applicable au fond** peut trouver à s'appliquer à certaines questions de procédure, en particulier la capacité d'être partie, la forme de la preuve ou le prononcé requis (pour des exemples de dispositions de droit matériel ayant des impacts sur la procédure, notamment sur la capacité d'ester et les maximes de procédure, voir GROLIMUND in Staehelin/Staehelin/Grolimund, p. 21 N 5 s. ; SCHÜPBACH, N 113).

VIII. Le champ d'application temporel

A. Les principes

82. Les règles de procédure sont dans l'intérêt public. A défaut de dispositions transitoires spécifiques, si elles ne rétroagissent pas (*keine echte Rückwirkung*), les règles de procédure s'appliquent **immédiatement** (*unechte*

Rückwirkung) (art. 2 Tit. fin. CC ; ATF 127 III 16 consid. 3). C'est en particulier le cas des règles relatives à l'organisation judiciaire.

Jurisprudence. Viole l'interdiction de l'*echte Rückwirkung* le remplacement d'une décision d'avance de frais par une nouvelle décision en raison de la modification d'un tarif des frais cantonal (TF [10.06.2013] 5A_123/2013, RSPC 2013 388).

83. Il faut cependant éviter dans la mesure du possible que deux lois s'appliquent à la même procédure. La **sécurité de la procédure** justifie en principe de continuer d'appliquer l'ancienne procédure à un procès entamé sous l'ancien droit.

B. Le CPC

84. Le Code de procédure civile s'applique à toutes les procédures introduites dès le 1^{er} janvier 2011 (art. 404 al. 1 *a contrario* CPC).

85. Lorsqu'un **procès** a été **entamé** avant cette date (le cas échéant par une requête de conciliation, qui ne représente pas une instance spécifique au sens de l'art. 404 al. 1 CPC, ATF 138 III 792 consid. 2.6 ; CR CPC-TAPPY, art. 404 N 12), il demeure soumis à l'ancien droit de procédure cantonal jusqu'à la fin de l'instance (art. 404 al. 1 CPC), y compris en cas de renvoi devant le premier juge par l'autorité de recours (TF [27.01.2012] 4A_641/2011 consid. 2.2 ; aussi pour les frais, voir TF [12.04.2012] 4A_8/2012 consid. 1).

86. Les **voies de recours** (appel ; recours ; révision ; interprétation ; *infra*, p. 428 ss) sont en revanche celles du CPC, qu'elles portent sur des décisions prises en cours d'instance ou finales (art. 405 al. 1 et 2 CPC ; ATF 139 III 379 ; 138 III 41 : y compris en matière de récusation, mais non en revanche dans ce domaine le processus d'annulation des actes de l'art. 51 al. 1 CPC, voir ATF 138 III 702 ; 137 III 424). Le principe vaut dès lors que la décision a été communiquée après le 31 décembre 2010. Par communication, on entend la remise du dispositif à l'audience ou l'expédition du dispositif (art. 239 al. 1 CPC) ou de la décision motivée (art. 239 al. 2 CPC ; ATF 137 III 127 ; 137 III 130).

Jurisprudence. L'application du nouveau droit à l'instance de recours vaut également pour le délai d'appel et sa suspension pendant les fêtes (TF [15.04.2013] 5A_197/2013 consid. 3.1-3.2, RSPC 2013 320).

L'ancien droit s'applique en cas de renvoi à l'autorité inférieure (TF [27.01.2012] 4A_641/2011, RSPC 2012 325). Par ailleurs, l'art. 405 al. 1 CPC ne saurait conduire à ce que le juge d'appel examine, à l'aune du nouveau droit de procédure, la régularité des allégations et offres de preuve faites en première instance, alors que le premier juge était tenu par l'art. 404 al. 1 CPC d'appliquer l'ancien droit cantonal (TF [13.11.2012] 4A_390/2012, RSPC 2013 152).

87. La validité des clauses de **prorogation de for** antérieures au 1^{er} janvier 2011 demeure soumise à l'ancien droit (art. 406 CPC).

Exemple. La validité d'une clause de prorogation de for inscrite dans un contrat signé le 12 juin 2004 et donnant lieu à un litige en 2015 est soumise aux dispositions (pratiquement identiques) de la LFors, du 24 mars 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Une clause antérieure au 1^{er} janvier 2001 resterait soumise au droit cantonal.

Controverse. Que doit-on entendre par validité ? Le texte légal vise-t-il la formation de l'accord ainsi que son admissibilité ? Les règles de l'ancien droit cantonal et fédéral limitant les clauses de prorogation de for à certains domaines et posant des exigences de forme entrent apparemment dans ces notions. Certains auteurs retiennent cependant que les règles de forme moins strictes du nouveau droit s'appliquent (BK GestG-WALTHER, art. 39 N 3 ss ; BK ZPO-BERGER, art. 406 N 6). A notre avis, et par souci de praticabilité (ATF 96 I 602 consid. 4 ; 120 II 112 consid. 3c, JdT 1995 I 202), il faut se placer à l'époque de la conclusion de l'accord et déterminer si, à ce moment-là, la clause déployait ses effets, compte tenu de l'ensemble des règles pertinentes.

IX. L'interprétation des lois de procédure civile

A. Les principes

88. L'interprétation des lois de procédure civile suit les **règles générales** d'interprétation des textes de loi : la lettre est déterminante (*interprétation littérale*), à moins que le texte ne soit pas absolument clair et que plusieurs interprétations soient possibles. Dans ce cas, le juge recherchera la véritable portée de la norme compte tenu de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (*interprétation systématique*), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (*interprétation téléologique*) ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux

préparatoires (*interprétation historique*) (parmi tant d'autres : ATF 145 III 63 consid. 2.1 ; 140 III 315 consid. 5.2.1 ; 139 III 457 consid. 4.4).

89. Le juge doit cependant **déroger au sens littéral** d'un texte apparemment clair, par la voie de l'interprétation, lorsque des raisons objectives révèlent que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause (ATF 138 III 558 consid. 4.1 ; 139 III 478 consid. 6).

90. Lorsque plusieurs interprétations sont admissibles, il convient de choisir celle qui est **conforme à la Constitution**, en partant de l'idée que le législateur ne propose pas de solution incompatible avec la Constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi (ATF 119 Ia 241 consid 7a ; comp. ATF 138 III 217, en matière d'assistance judiciaire et de définition des chances de succès).

91. L'interprétation téléologique doit en particulier tenir compte du fait que les dispositions de procédure doivent **assurer la mise en œuvre du droit matériel**. Les règles de procédure ne sauraient être interprétées dans un sens qui ferait d'elles un sérieux obstacle à l'exercice de la prétention (ATF 116 II 215 consid. 3, JdT 1991 I 34 ; 139 III 457 consid. 4.4.3.3). L'interprétation donnée doit aussi tenir compte de la **praticabilité** de la norme (ATF 96 I 602 consid. 4 ; 120 II 112 consid 3c, JdT 1995 I 202).

Exemple. Empêche la juste application des règles du droit matériel, parce qu'elle le complique d'une manière insoutenable, l'interprétation faite par l'ancienne Cour de cassation civile neuchâteloise des règles du CPCN sur les formalités du recours et qui consiste, par comblement d'une lacune, à déclarer irrecevable un recours non accompagné d'une copie certifiée conforme de la décision attaquée, et cela sans impartir un bref délai au recourant pour réparer l'informalité (ATF 92 I 9).

B. Le CPC

92. Le CPC étant récent et plutôt succinct, le Tribunal fédéral doit fréquemment l'interpréter. Vu que le Code est jeune, et alors même qu'il n'existe pas de hiérarchie entre les méthodes d'interprétation, mais bien plutôt une approche pragmatique et pluraliste, les **travaux préparatoires** ont un poids particulier (ATF 141 III 481 consid. 3.2.3 ; 141 III 155 consid. 4.2 ; 139 III 457 consid. 4.4 ; 139 III 98 consid. 3.1, JdT 2014 I 35 ; 139 III 78 consid. 5.4.3 ; 138 III 694 consid. 2.4 ; comp. ATF 114 Ia 191 consid. 3b/bb ; 87 III 87 consid. 3 ; 83 I 173 consid. 4).

93. Il faut cependant relever que tel ne peut être le cas que lorsque les travaux préparatoires donnent une réponse claire à une disposition légale ambiguë et qu'ils ont trouvé expression dans le texte même de la loi (ATF 122 III 469 consid. 5a et les réf.)

94. De **nombreux arrêts** ont d'ores et déjà précisé le sens des dispositions du code.

Exemples. Après un examen du texte de l'art. 145 al. 2 let. a CPC, de sa position dans le code, des travaux préparatoires et du but de la suspension des délais, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que celle-ci valait pour le délai pour déposer la demande dès la réception de l'autorisation de procéder (ATF 138 III 615 ; *infra*, p. 353). Au vu des travaux préparatoires et du but de l'art. 149 CPC, et malgré son texte apparemment clair, le Tribunal fédéral a retenu que l'exclusion de toute voie de recours n'est pas opposable à la partie défaillante lorsque le refus entraîne la perte définitive de l'action ou d'un moyen d'action (ATF 139 III 478 ; *infra*, p. 357). Sur la base des travaux préparatoires et du texte allemand de l'art. 257 al. 3 CPC, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que cette disposition excluait que la requête de cas clair soit jugée mal fondée ; elle est soit bien fondée, soit irrecevable (ATF 140 III 315 ; *infra*, p. 423). Compte tenu du texte de l'art. 204 CPC, du sens et du but de cette norme, le Tribunal fédéral a considéré que l'exigence d'une présence personnelle à l'audience de conciliation vaut également pour les personnes morales (ATF 140 III 70 consid. 4.3 ; *infra*, p. 269). En matière de plaidoiries écrites, le Tribunal fédéral retient, au terme d'une interprétation littérale, historique et téléologique, que le CPC ne prévoit pas de second tour, le droit de réplique inconditionnel étant réservé (ATF 146 III 97 consid. 3.3.2).

X. L'approche proposée

95. La procédure civile est une matière qu'il est préférable d'aborder sous un angle pratique. C'est par ce biais que les diverses difficultés qu'elle soulève s'identifient le plus aisément. L'examen d'une situation de fait litigieuse, déclinée en diverses variantes, permet d'examiner bon nombre des questions centrales du procès civil.

Exemple. C'est la fin de l'été et vous embarquez sur le plus grand lac suisse pour une « Full Moon Party ». Vous déposez votre veste, dans laquelle vous laissez votre montre de valeur à la consigne, pour aller ensuite retrouver des amis au bar. Plus tard, vous vous déplacez sur la piste de danse. A un moment donné, vous vous baissez pour récupérer votre porte-monnaie qui vient de tomber de votre poche. Le coude de votre voisin vient casser net vos lunettes. Votre voisin vous

demande si tout est en ordre et il vous remet sa carte de visite. Quelques heures plus tard, le bateau revenu à bon port, vous vous rendez à la consigne pour rechercher votre veste. En rentrant chez vous, vous constatez que le verre et le cadran de votre montre sont endommagés. Le lendemain, vous téléphonez aux organisateurs de la soirée afin d'expliquer votre situation. Personne ne répond. Vous composez également le numéro figurant sur la carte de visite que l'on vous a remise, pour discuter de la question de vos lunettes. Vous n'avez pas plus de succès. Vous souhaitez entamer un procès civil. Quelles questions devez-vous vous poser avant d'avoir recours à une telle procédure ?

96. Nous avons défini la procédure civile comme un ensemble de moyens mis à la disposition des particuliers par l'Etat pour leur permettre d'obtenir la protection juridique à laquelle ils affirment avoir droit (*supra*, p. 1). D'une manière générale, de même que dans l'exemple cité, il convient donc de déterminer à quels « moyens mis à disposition par l'Etat » il faut avoir recours, et de quelle manière. Plus précisément, il est nécessaire de déterminer, compte tenu de l'**objet du litige** (*supra*, p. 5), où agir (1), qui va agir et contre qui (2), comment (3) et quand agir (4). De plus, il ne faut pas oublier de se demander s'il est judicieux de recourir à la justice dans le cas d'espèce (5). En bref, il faut donc se poser **cinq questions**, avec l'objet du litige pour toile de fond : où ? qui ? comment ? quand ? pourquoi ?

97. La **première partie** de cet abrégé s'intéresse à ces cinq questions fondamentales. Elles peuvent être considérées comme des instruments logiques du raisonnement juridique dans le domaine de la procédure civile et permettent la **préparation du procès**. Il va de soi que cette approche demeure schématique et que son utilisation intervient essentiellement à des fins didactiques.

98. La **seconde partie** de l'abrégé se concentre sur le **déroulement du procès**, de l'introduction de l'instance au jugement, sans oublier les éventuels recours qui parachèvent l'action et les voies d'exécution.

99. Le Code de procédure civile suisse suit en gros cette structure :

- Sa première partie (dispositions générales) permet de déterminer où introduire le procès, par qui et contre qui, dans quelles formes, quand et à quel coût.
- Sa deuxième partie (dispositions spéciales) organise les diverses procédures : procédure de conciliation, procédure ordinaire, simplifiée et sommaire, procédures spéciales, procédure de recours et exécution.

Première partie :

La préparation du procès

100. Dans cette première partie, il sera question, au vu de l'**objet du litige** (*supra*, p. 5), des différents éléments dont il faut tenir compte au moment d'agir, de la manière d'entamer la procédure et des liens qui se forment entre les parties au procès.

101. Il s'impose de déterminer en premier lieu où il convient d'agir compte tenu de l'objet du litige, puisque cet élément conditionne les quatre autres points que nous allons développer. Une fois le tribunal compétent déterminé, la partie adverse peut être attraite devant lui, dans les formes et délais prévus par la loi.

- **Où ?** Pour répondre à cette question, il convient de présenter l'organisation judiciaire fédérale et cantonale et d'examiner les règles de compétence à raison de la matière et à raison du lieu.
- **Qui ?** Déterminer qui agit et contre qui et quel lien se noue entre les parties au procès est une question complexe, qui suppose l'examen de nombreuses notions, en premier lieu celle d'action en justice, puis celles de capacité d'être partie, de capacité d'ester en justice, de qualité pour agir et de légitimation. Doivent également être abordées les questions des pouvoirs de représentation et de la position particulière de l'avocat.
- **Comment ?** Il convient d'examiner la manière par laquelle les parties procèdent en justice. La procédure s'entend de l'accomplissement de certains actes ou formalités. Elle est inséparable de la notion de forme. Le formalisme, tant qu'il ne tombe pas dans l'excès, est une garantie pour le justiciable : il le protège contre les manœuvres de son adversaire et l'arbitraire du juge.
- **Quand ?** Le procès est inséparable de la notion de temps : en tant que processus, la procédure suppose l'accomplissement d'actes et de formalités dans le respect de certains délais, qui prennent une importance fondamentale dans ce domaine.
- **Pourquoi ?** Cette question pourrait faire l'objet d'un enseignement spécifique. Le procès civil n'est pas l'unique voie de résolution des litiges. Il existe des alternatives (négociation, médiation, arbitrage, entre autres). Mieux l'on connaît la procédure civile, mieux l'on peut juger de l'opportunité d'un procès dans un cas donné. En plus des chances de succès, du temps inévitablement consacré au litige, et des

tensions qu'il peut en résulter, il faut tenir compte du coût de la justice, élément qui sera en particulier développé dans cette section.

102. On peut déjà noter que chaque question présente, de manière plus ou moins marquée, une **triple dimension** : il faut examiner les règles internationales, fédérales et cantonales (*supra*, p. 10) dans chaque situation.

§ 2 Où agir ?

I. L'organisation judiciaire et la compétence

103. Le Code de procédure civile régit le processus au terme duquel il est statué sur le droit affirmé par une partie et contesté par l'autre (*supra*, p. 1). Ce processus est conduit devant des **tribunaux**, ce qui distingue la procédure civile de l'arbitrage (*infra*, p. 204) et de la médiation (*infra*, p. 208).

104. Les tribunaux sont des **autorités étatiques indépendantes et impartiales** (*infra*, p. 58) qui sont chargées de trancher toute question relevant de leur compétence.

105. L'**organisation judiciaire** en matière de droit civil est du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi (art. 122 al. 2 Cst.). A l'heure actuelle, la compétence des cantons et de la Confédération est parallèle. L'organisation des tribunaux relève essentiellement, en première et deuxième instance, du droit cantonal, et, au stade suprême, du droit fédéral. La Confédération dispose cependant d'une compétence globale, tant en matière de procédure civile (au sens étroit, *supra*, p. 1), que d'organisation judiciaire. Dans ce domaine, sa compétence a un effet dérogatoire subséquent : si la Confédération légifère, les cantons perdent leur compétence (ATF 140 III 155 consid. 4.3).

Exemples. Ce n'est que depuis le 1^{er} janvier 2012 qu'il existe un Tribunal fédéral des brevets. Auparavant la compétence dans ce domaine relevait de l'instance cantonale unique, organisée par les cantons.

106. Il convient de distinguer l'organisation judiciaire de la compétence des tribunaux.

Exemple. Les cantons peuvent établir des tribunaux de commerce. Le droit fédéral détermine en revanche quels litiges peuvent relever de sa compétence (ATF 140 III 155 consid. 4.3).

107. L'existence des tribunaux civils est le présupposé de tout procès civil. Le présent chapitre débutera dès lors par l'examen de leur organisation. Il se

poursuivra par l'analyse de leur compétence, qui implique l'analyse de deux questions bien distinctes :

108. La compétence à raison du **lieu**. Il faut connaître le tribunal localement compétent. Les règles de compétence à raison du lieu fixent la juridiction compétente au sein de la catégorie retenue eu égard à son ressort géographique et à la localisation de l'affaire (*infra*, p. 65 ss).

Exemples. A Neuchâtel, le Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers, ou celui des Montagnes et du Val-de-Ruz ; à Genève et au Jura, le Tribunal de première instance, compétent pour l'ensemble du territoire cantonal.

109. La compétence à raison de la **matière**. Il convient de définir quelle catégorie de tribunal il faut saisir dans le cas d'espèce au sein de la juridiction considérée (fédérale ou cantonale), compte tenu de la localisation du litige. Il peut s'agir d'un tribunal ordinaire ou d'un tribunal spécial. Les tribunaux ordinaires ont vocation à statuer sur toute affaire que la loi n'attribue pas à une autorité judiciaire spéciale. Les règles de compétence matérielle relèvent du droit cantonal lorsque le droit fédéral ne prévoit rien (art. 4 CPC ; ATF 140 III 155 consid. 4.3).

Exemples. Sont des tribunaux ordinaires, les Tribunaux régionaux (Neuchâtel), d'arrondissement (Vaud), de district (Valais) ou les Cours civiles des tribunaux cantonaux, ou, au niveau fédéral, les Cours civiles du Tribunal fédéral. Sont des tribunaux spéciaux, à Lausanne ou à Genève, le Tribunal des baux ou le Tribunal des Prud'hommes.

110. On parle de *compétence à raison de la matière* dans la mesure où la compétence est fixée en fonction de l'objet du litige et de l'importance de l'affaire (*infra*, p. 93 ss).

II. L'organisation judiciaire fédérale en matière civile

A. Le Tribunal fédéral

1. L'origine et l'évolution

111. Un premier Tribunal fédéral a été institué par la Constitution fédérale du 12 septembre **1848** (art. 94 ss). Celui-ci siégeait à Berne (voir art. 17 de la Loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 5 juin 1849) et n'était pas permanent. Il traitait essentiellement de litiges entre la Confédération et les cantons et les cantons entre eux (art. 101 de la Constitution ; art. 47 de la loi). Il a fallu attendre la Constitution du 29 mai **1874** pour que le Tribunal fédéral devienne permanent et prenne son siège à Lausanne (art. 106 ss aCst.). Une première loi d'organisation judiciaire a vu le jour le 27 juin 1874, remplacée le 22 mars 1893. Une nouvelle loi (OJ) a été adoptée le 16 décembre **1943**, pour subir une révision totale le 4 octobre **1991**.

112. Durant les années 1990, le Tribunal fédéral s'est plaint d'une **surcharge chronique de travail**. Plus de 7500 affaires étaient alors déférées devant lui chaque année. Une commission d'experts a été chargée en 1993 par le Département fédéral de justice et police de préparer une révision totale de l'organisation judiciaire fédérale. Suite à la procédure de consultation du projet de la commission de juin 1997, le Conseil fédéral a soumis son projet aux Chambres fédérales le 28 février 2001 (FF 2001 p. 4000), après l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale le 18 avril 1999, qui traite du Tribunal fédéral aux art. 188 ss. La **Loi sur le Tribunal fédéral (LTF)** a été adoptée le **17 juin 2005**. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

113. A côté d'une simplification des voies de recours, un des éléments principaux de la nouvelle loi est une **limitation de l'accès** au Tribunal fédéral. Comme le principe de limiter l'accès au Tribunal fédéral s'était heurté à une forte opposition au Conseil national lors de l'examen de l'arrêté sur la réforme de la justice, puis dans les débats sur le projet de LTF, les limitations ont été nuancées. Ainsi, alors que sous l'ancien droit le recours en réforme était ouvert dès CHF 8000.– (art. 46 OJ), le recours en matière civile est recevable lorsque la valeur litigieuse atteint CHF 30 000.– (CHF 15 000.– en matière de bail et de travail, art. 74 LTF).

114. Comme le relève le rapport final de la commission d'experts de juin 1997, p. 11, la limitation de l'accès au Tribunal fédéral se justifiait pour permettre à la Cour suprême d'assurer ses **missions essentielles**, à savoir veiller à l'application uniforme du droit et au développement de la jurisprudence (*supra*, p. 2), ainsi que de garantir le respect des droits constitutionnels. Les tribunaux des cantons peuvent en revanche trancher les contestations entre particuliers sans lien avec les tâches d'une juridiction suprême.

115. En **2020**, le Tribunal fédéral a été saisi de 8024 nouvelles affaires, dont 2205 à traiter par les deux cours de droit civil.

2. L'organisation

116. D'un point de vue hiérarchique, le **Tribunal fédéral**, dont le siège est à Lausanne (art. 4 al. 1 LTF), est la plus haute instance judiciaire suisse (art. 188 al. 1 Cst.). Il se compose de 35 à 45 juges ordinaires et de suppléants, dont le nombre ne doit pas dépasser les deux tiers des juges ordinaires (art. 1 al. 3-4 LTF). Il exerce, entre autres, la juridiction civile fédérale (art. 189 Cst.).

117. Le Tribunal fédéral comprend **deux cours de droit civil** (art. 26 al. 1 let. b du Règlement du Tribunal fédéral [RTF] du 20 novembre 2006). Elles **siègent** généralement à trois juges (art. 20 al. 1 LTF). Elles siègent à cinq juges lorsque la cause soulève une question juridique de principe ou lorsqu'un juge en fait la demande (art. 20 al. 2 LTF).

3. Les compétences en matière civile

a. Le principe

118. L'**accès** au Tribunal fédéral en tant que juridiction civile suprême n'était garanti par la Constitution que dans certaines limites jusqu'au 1^{er} janvier 2007, puisque jusqu'alors, seul l'accès pour les réclamations pour violation des droits constitutionnels (art. 189 al. 1 let. a Cst.) était directement assuré en matière civile. Selon le nouvel art. 191 al. 1 Cst., en vigueur au 1^{er} janvier 2007, « La loi garantit l'accès au Tribunal fédéral », l'al. 2 précisant : « Elle peut prévoir une valeur litigieuse minimale pour les contestations qui ne portent pas sur une question juridique de principe », et l'al. 3 : « Elle peut exclure l'accès au Tribunal fédéral dans des domaines déterminés ». C'est

donc la LTF qui règle la compétence du Tribunal fédéral, dans le cadre établi par la Constitution.

119. Les deux cours de droit civil exercent, dans leurs domaines respectifs (art. 31 s. RTF), une **juridiction sur action** (art. 189 al. 2 Cst. ; chapitre 6 LTF, art. 120 de la loi) et une **juridiction sur recours** (recours en matière civile, art. 72 ss LTF, et recours constitutionnel subsidiaire, art. 113 ss LTF).

b. La juridiction sur action

120. Depuis le 1^{er} janvier 2001, la juridiction sur action est **limitée** aux contestations de droit civil entre la **Confédération** et un **canton** ou **entre cantons** (art. 189 al. 2 Cst. ; art. 120 al. 1 let. b LTF). Il s'agit là d'un des héritages des mesures d'urgence qui avaient été adoptées par le Parlement en juin 2000 (Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, p. 3324). En 2013, cinq actions en matière civile ont été introduites devant le Tribunal fédéral.

121. Auparavant, la juridiction sur action était plus développée. Elle concernait également les contestations de droit civil opposant la Confédération et des particuliers, ou encore, entre autres, des contestations de droit civil d'une valeur litigieuse d'au moins CHF 20 000.– lorsque les parties saisissaient le Tribunal fédéral à la place des juridictions cantonales. Avant la révision, la juridiction sur action ne représentait déjà qu'une infime partie des dossiers traités par le Tribunal fédéral en matière civile (en 2000 par exemple, le Tribunal fédéral avait jugé 16 actions directes, ce qui représentait environ 0,5 % des affaires traitées). Cependant l'instruction de ce type de procès prenait un temps important aux juges et collaborateurs du Tribunal fédéral (voir le rapport de gestion 1999, p. 5).

122. Les actions sont **régies** par la PCF (*supra*, p. 21).

c. La juridiction sur recours

123. Le Tribunal fédéral intervient essentiellement sur recours. En matière civile, deux voies sont ouvertes (*infra*, p. 450 ss) : le recours en matière civile (art. 72 ss LTF) et le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF).

B. Le Tribunal fédéral des brevets

124. L'art. 191a Cst., adopté le 12 mars 2000, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2005, prévoit que « La loi peut instituer d'autres autorités judiciaires de la Confédération ». Compte tenu des connaissances spéciales nécessaires en matière de brevets d'invention, le législateur fédéral a adopté la LTFB le 20 mars 2009 (*supra*, p. 21). Celle-ci institue un tribunal national spécial ayant compétence pour connaître des litiges en matière de brevets à la place des instances cantonales uniques. Ses jugements peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral. Il est en exercice depuis le 1^{er} janvier 2012. Son siège est celui du Tribunal administratif fédéral, à Saint-Gall (art. 5 LTFB).

125. L'art. 26 al. 2 LTFB prévoit une compétence concurrente du Tribunal fédéral des brevets et des tribunaux cantonaux pour connaître des actions civiles ayant un lien de connexité avec des brevets, en particulier celles qui concernent la titularité ou la cession des brevets. Sont notamment visés les litiges entre employeur et employé sur la titularité ou la rémunération des inventions de service au sens de l'art. 332 CO (FF 2007 400 ; TF [06.11.2012] 4A_691/2011 consid. 2.2).

126. La procédure devant le Tribunal fédéral des brevets est régie par le CPC (*supra*, p. 21).

III. Les organisations judiciaires cantonales en matière civile

A. Généralités

127. Si la procédure civile est désormais unifiée, l'organisation judiciaire **demeure** en revanche **cantonale**, à moins de règle fédérale contraire (art. 122 al. 2 Cst. ; art. 4 al. 1 CPC ; ATF 140 III 155 consid. 4.3), fédéralisme oblige. Sa structure est **pyramidale** et comprend deux degrés :

- Au niveau supérieur de la hiérarchie se trouve une **cour suprême** (*Obergericht*, par exemple à Berne et à Zurich) ou un **tribunal cantonal** (le Tribunal cantonal dans le canton de Vaud, en Valais, à

Neuchâtel et au Jura ; la Cour de justice à Genève), qui consiste dans chaque canton en un collège de juges exerçant son activité en plénum et en sections.

- Le niveau inférieur est occupé par divers tribunaux, ordinaires ou spéciaux, généralement organisés sur le plan du **district** (le Tribunal d'arrondissement du Lac, celui de la Sarine, à Fribourg ; le Tribunal de district d'Entremont, celui de Sion, en Valais), ou **régional** (Neuchâtel ; Vaud ; le tribunal des baux à Fribourg), mais parfois **cantonal** (le Tribunal des baux et loyers à Genève ; le Tribunal des baux à Lausanne ; le Tribunal de première instance dans les cantons de Genève et du Jura). Ils consistent en un juge unique ou en un collège. La **justice de paix** (sur le modèle révolutionnaire importé en Suisse par Napoléon), souvent exercée par des juges laïcs (dans le sens : qui viennent du peuple, sans formation juridique) demeure dans certains cantons (en Suisse romande : Fribourg, Vaud et Valais). Ses attributions en matière contentieuse sont généralement réduites, et elle exerce avant tout son activité en matière gracieuse, dans le domaine du droit de la protection de l'adulte et de l'enfant (Vaud, Fribourg) ou en tant qu'**autorité conciliatrice** (Valais).

128. La plupart des organisations judiciaires cantonales ont été **remaniées** en profondeur avec l'arrivée des codes de procédure civile et pénale suisses.

B. Le droit fédéral

129. Les cantons ne sont pas entièrement libres dans l'élaboration de leur organisation judiciaire (art. 122 al. 2 Cst.). La Confédération, qui dispose d'une compétence globale, tant en matière de procédure civile au sens étroit que d'organisation judiciaire (ATF 140 III 155 consid. 4.3 ; *supra*, p. 33) pose certaines exigences dans ce domaine.

1. L'instance cantonale unique

130. L'art. 5 CPC impose que certaines causes soient jugées en instance cantonale unique, qui doit être un tribunal supérieur (art. 75 al. 2 let. a-b LTF, art. 6 al. 4 let. a CPC : tribunal cantonal ou tribunal de commerce). C'est en particulier le cas en matière de **propriété intellectuelle** (al. 1 let. a), de droit de la **concurrence** lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.– (al. 1 let. d) et d'actions contre la Confédération (al. 1 let. f).

Projet de révision du CPC. L'art. 5 al. 1 let. f du projet prévoit de soumettre la compétence pour les actions contre la Confédération à une valeur litigieuse supérieure à CHF 30 000.–.

131. La règle est reprise de l'ancien droit. Elle trouve sa justification dans la volonté de garantir une qualité des jugements pour ces causes spécialisées qui « [...] exigent une concentration du savoir-faire juridique et technique » (Message CPC, p. 6876).

132. La procédure simplifiée ne s'applique pas devant l'instance unique (art. 243 al. 3 CPC).

2. Le tribunal de commerce

133. En matière commerciale, quatre cantons suisses (Argovie, Berne, Saint-Gall et Zurich) connaissent depuis le 19^e siècle un tribunal spécialisé. C'est pour tirer parti des **connaissances professionnelles des commerçants rompus aux affaires** (ATF 136 I 207 consid. 3.5.3), susceptibles d'apporter aux litiges entre commerçants leur sens pratique, de favoriser sa bonne compréhension et donc sa résolution, que de tels tribunaux ont été institués.

134. Le tribunal de commerce est présidé par un **juge professionnel** avec des personnes expérimentées en matière commerciale comme **assesseurs**, ce qui permet une bonne compréhension des faits de la cause et des différentes implications du litige, tout particulièrement entre commerçants, pour lesquels les enjeux peuvent être bien spécifiques.

135. Si un canton décide d'instituer un tel tribunal, ce qu'il est libre de faire, il doit respecter les règles de compétence inscrites à l'art. 6 CPC (*infra*, p. 94). L'art. 6 al. 1 CPC leur donne un statut d'**instance cantonale unique**.

3. La composition paritaire des autorités de conciliation

136. L'art. 200 CPC impose une composition paritaire des autorités de conciliation dans le domaine des **baux** à loyer et à ferme d'habitations et de locaux commerciaux et en matière de loi sur l'**égalité**.

Jurisprudence. Seule une personne qui appartient clairement au milieu bailleur ou locataire peut intervenir comme représentant bailleur ou locataire. L'autorité de nomination cantonale est liée par le choix opéré par le milieu bailleur ou locataire. La jurisprudence sur le critère de la claire appartenance demeure ainsi

d'actualité. Le Tribunal fédéral n'exclut pas que l'autorité de nomination impose aux associations qu'elles présentent plusieurs candidats afin de disposer d'un véritable choix (ATF 141 III 439, RSPC 2015 473).

4. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte

137. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte et ses autorités de surveillance et de recours sont imposées par le Code civil (respectivement art. 440, 441 et 450 al. 1 CC). L'autorité de première instance doit être **interdisciplinaire** (art. 440 al. 1 CC ; « *Fachbehörde* » ; « *autorità specializzata* »). Quant au « juge compétent » de l'autorité de recours (art. 450 al. 1 CC), le droit fédéral n'exige pas qu'il s'agisse formellement d'un tribunal, pour autant que matériellement, il remplisse les conditions d'impartialité et d'indépendance résultant des art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH (ATF 139 III 98 consid. 3-4, JdT 2014 I 35).

C. Le droit cantonal

138. Chaque canton connaît sa propre organisation judiciaire. Les organigrammes des cantons romands et de Berne sont présentés ci-après.

1. L'organisation judiciaire neuchâteloise

139. La structure neuchâteloise comprend **deux degrés** (voir la Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise du 5 février 2010 [OJN, RSN 161.1], art. 5).

140. On trouve au degré supérieur le **Tribunal cantonal**, avec, en matière civile, sa Cour civile et sa Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 34 OJN), siégeant toutes deux à trois juges (art. 37 al. 1 OJN). Le Tribunal cantonal a son siège à Neuchâtel (art. 35 al. 2 OJN).

141. La Cour civile exerce une juridiction **ordinaire** et une juridiction sur **recours**. Elle connaît en instance unique (art. 40 al. 1 OJN) des causes énoncées à l'art. 5 CPC (en particulier dans le domaine de la propriété intellectuelle, des cartels et de la concurrence déloyale lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.-). Les appels (art. 308 ss CPC) et les recours (art. 319 ss CPC) contre les jugements sont déférés à la Cour civile (art. 40

al. 1 OJN), les recours contre les décisions de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte sont portés devant la Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 43 OJN). La Cour civile est également compétente pour connaître des recours et des demandes en révision des sentences arbitrales (art. 356 al. 1 CPC, art. 42 OJN).

142. La nouvelle organisation judiciaire neuchâteloise supprime les six tribunaux de district (qui dataient de 1848), ainsi que les tribunaux matrimoniaux et les tribunaux de prud'hommes (Neuchâtel était pourtant précurseur avec Genève pour avoir introduit des tribunaux en matière de droit du travail dès 1874) qui y étaient rattachés. Désormais, le degré inférieur est occupé par **deux tribunaux régionaux** (Littoral et Val-de-Travers ; Montagnes et Val-de-Ruz). Un seul tribunal d'instance est prévu par l'art. 5 OJN. Il aura son siège à La Chaux-de-Fonds. Cependant, un régime transitoire fondé sur les art. 91 et 98a ss OJN prévoient deux tribunaux régionaux dans l'attente d'un site unique ; le Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers est de plus organisé sur deux sites, Neuchâtel et Boudry qui se répartissent les dossiers en principe sans égard au domicile des parties.

143. Les tribunaux régionaux exercent la juridiction ordinaire pour **toutes les causes civiles**, quelle que soit la valeur litigieuse (art. 16 al. 1 OJN), à moins qu'elles ne doivent être jugées en instance cantonale unique en vertu de l'art. 5 CPC.

144. En matière civile, les tribunaux régionaux sont composés des **sections** suivantes (art. 7 let. a-c OJN) :

- La Chambre de conciliation ;
- Le Tribunal civil ;
- L'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte.

145. La **Chambre de conciliation** siège en principe à **juge unique** (art. 11 OJN). Cependant, dans les litiges relatifs aux **baux** à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux et aux baux à ferme agricoles, la Chambre de conciliation se compose d'une juge ou d'un juge, qui la préside, d'une représentante ou d'un représentant des locataires et d'une représentante ou d'un représentant des bailleurs (art. 12 al. 1 OJN). Cette composition **paritaire** est imposée par le droit fédéral (art. 200 al. 1 CPC). Dans les litiges en matière de **droit du travail** ainsi que dans les litiges en matière d'**égalité** entre femmes et hommes, la Chambre de conciliation se compose d'une juge ou d'un juge, qui la préside, d'une représentante ou d'un représentant des

employeurs et d'une représentante ou d'un représentant des employés (art. 12 al. 2 OJN ; le droit fédéral l'impose en matière d'égalité, art. 200 al. 2 CPC). En cas de conflit entre l'**avocat** et ses clients, l'autorité de surveillance des avocats, composée d'un magistrat de l'ordre judiciaire, d'un avocat et d'un représentant de l'administration, intervient comme autorité de conciliation (art. 13 OJN ; 6 de la Loi sur la profession d'avocat ou d'avocate du 19 juin 2002 [LAv, RSN 165.10]).

146. Le **Tribunal civil** siège à juge unique. Sauf demande conjointe des parties, ce juge ne peut pas être celui de la conciliation (art. 15 OJN ; la règle est cantonale ; le CPC n'exclut pas que le juge de la conciliation soit le juge du fond, comp. art. 47 al. 2 let. b CPC). Sous réserve des compétences de la Cour civile, le Tribunal civil est le tribunal de l'exécution (art. 16 al. 4 OJN), si nécessaire avec l'assistance de la police neuchâteloise (art. 36 al. 1 LI-CPC NE). Il est également compétent pour prendre, en matière arbitrale, toutes mesures qui ne sont pas de la compétence d'une autre autorité (art. 17 OJN).

147. L'**Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte** siège dans la composition d'une juge ou d'un juge, qui la préside, et de deux assesseurs. Dans les cas prévus par la loi, elle siège à juge unique (art. 18 OJN). Elle a les compétences qui lui sont attribuées par le Code civil suisse, par la loi d'introduction au Code civil suisse et par d'autres lois (art. 19 OJN). La Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte du Tribunal cantonal est l'autorité de recours (art. 43 OJN) tandis que le Conseil de la magistrature en est l'autorité de surveillance, au sens de l'art. 441 CC (art. 25 de la loi concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte du 6 novembre 2012 [LAPEA, RSN 213.32]).

2. L'organisation judiciaire bernoise

148. L'organisation judiciaire bernoise comprend **deux degrés** (voir la Loi sur l'organisation des autorités judiciaires et du Ministère public du 11 juin 2009 [LOJM, RSB 161.1], art. 2 al. 1).

149. On trouve au degré supérieur les **Tribunaux suprêmes**, dont font partie la Cour suprême et le Tribunal administratif. La Cour suprême est subdivisée en deux sections : la Section pénale et la Section civile (art. 35 LOJM BE). Celle-ci se compose habituellement de trois juges (art. 45 al. 1 LOJM BE). Elle est l'autorité judiciaire suprême du canton en matière civile (art. 35 al. 1 LOJM BE). Le Tribunal de commerce, l'Autorité de surveillance en matière

de poursuites et de faillite ainsi que le Tribunal de la protection de l'enfant et de l'adulte lui sont rattachés (art. 35 al. 3 LOJM BE). D'autres autorités judiciaires sont également compétentes au niveau cantonal. Il s'agit exclusivement d'autorités spéciales en matière administrative et pénale (dans ce sens, cf. art. 5 de la Loi portant introduction du Code de procédure civile, du Code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs [LiCPM BE, RSB 271.1]).

150. La **Cour suprême** connaît des litiges qui lui sont déférés par voie d'appel et de recours conformément au CPC (art. 6 al. 1 LiCPM BE). Elle est également l'instance cantonale unique (art. 6 al. 2 LiCPM BE) pour statuer sur les actions contre la Confédération (art. 5 al. 1 let. f CPC), les litiges relevant de la Loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire (art. 5 al. 1 let. e CPC) et pour connaître des actions directes (art. 8 CPC) et des recours contre les décisions de l'Office cantonal du Registre du commerce (art. 6 al. 4 LiCPM BE). Enfin, en matière d'arbitrage, elle est le tribunal cantonal supérieur au sens de l'art. 356 al. 1 CPC (art. 6 al. 3 LiCPM BE). La Cour suprême a son siège à Berne (art. 35 al. 1 LOJM BE).

151. Le **Tribunal de commerce** est l'instance cantonale unique pour connaître des litiges commerciaux au sens de l'art. 6 al. 1 CPC (art. 7 al. 1 LiCPM BE). Il connaît également des litiges relevant du droit des sociétés commerciales et coopératives au sens de l'art. 6 al. 4 let. b CPC pour autant que la valeur litigieuse soit égale ou supérieure à CHF 30 000.–. Enfin, il connaît comme instance unique des litiges portant sur les droits de propriété intellectuelle, le droit des cartels, l'usage d'une raison de commerce, la concurrence déloyale lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.–, la désignation d'un contrôleur spécial en vertu de l'art. 697b CO ainsi que les litiges en matière de placements collectifs de capitaux et de bourses et de commerce de valeurs immobilières (art. 5 al. 1 let. a, b, c d, g et h CPC).

152. Les **autorités judiciaires régionales** constituent la base de l'organisation judiciaire bernoise. Le territoire cantonal est subdivisé en quatre régions : Jura bernois-Seeland, Emmental-Haute-Argovie, Berne-Mittelland et Oberland (art. 80 al. 1 LOJM BE). Chaque région est dotée d'un **Tribunal régional** (art. 81 al. 1 LOJM BE). Le Tribunal régional connaît en première instance de toutes les contestations et affaires d'exécution qui ne relèvent pas expressément de la compétence d'un autre tribunal, indépendamment de la valeur litigieuse (art. 8 al. 1 LiCPM BE, 1^{re} phr.). Au besoin, la police peut fournir l'assistance aux autorités judiciaires en vue de l'exécution (art. 9 al. 1 let. e de la Loi sur la police du 10 février 2019 [LPol BE, RSB 551.1]). Le

Tribunal régional est également l'autorité judiciaire compétente en matière d'arbitrage conformément à l'art. 356 al. 2 CPC (art. 8 al. 2 LiCPM BE). La justice civile de première instance est rendue par un juge unique, sauf dans les procédures relevant du droit du travail (art. 81 al. 4 LOJM BE et art. 8 al. 1, 2^e phr. et 9 al. 1 LiCPM BE).

153. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte et de l'enfant, il existe onze autorités de protection de l'enfant et de l'adulte réparties sur le territoire cantonal (art. 3 al. 1 et 2 de la Loi sur la protection de l'enfant et de l'adulte du 1^{er} février 2012 [LPEA BE, RSB 213.316]), composées de manière interdisciplinaire de trois membres au moins (art. 2 al. 2 LPEA BE). Il existe en outre une autorité bourgeoisiale de protection de l'enfant et de l'adulte, qui traite des cas des ressortissants des communes bourgeoises ainsi que des sociétés bourgeoises ou abbayes de Berne (art. 4 LPEA BE). La Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques est l'autorité de surveillance des autorités de protection, sous réserve de l'autorité bourgeoisiale (art. 18 LPEA BE).

154. En matière de conciliation (art. 197 ss CPC), chaque région a sa propre autorité, composée de présidents ainsi que de juges spécialisés (art. 84 al. 2 LOJM BE). Les procédures de conciliation sont menées par un juge unique (art. 88 al. 1 LOJM BE). L'**Autorité régionale de conciliation** est cependant composée de trois juges, soit d'un président et de deux représentants désignés paritairement, dans les litiges en matière de droit du travail et de droit du bail (art. 88 al. 2 et 3 LOJM BE). Dans les litiges relevant de la Loi sur l'égalité, l'autorité de conciliation se compose de cinq membres, soit d'un président et d'une représentation paritaire d'employés et d'employeurs des secteurs privé et public, ces derniers étant constitués d'un nombre égal d'hommes et de femmes (art. 88 al. 4 LOJM BE). Le secrétariat d'une autorité régionale de conciliation dispense gratuitement des conseils juridiques dans les cas prévus par l'art. 201 al. 2 CPC ainsi qu'en matière de droit du travail. Les personnes ayant donné des conseils juridiques ne peuvent intervenir lors de l'audience de conciliation dans la même affaire (art. 10 al. 3 LiCPM).

3. L'organisation judiciaire fribourgeoise

155. A Fribourg, l'organisation judiciaire comprend **deux niveaux** (voir la Loi sur la justice du 31 mai 2010 [LJ FR, RSF 130.1], art. 3).

156. On trouve au degré supérieur le **Tribunal cantonal** composé de trois sections, dont une section civile qui comprend deux Cours d'appel, une Chambre des poursuites et de faillites et une Cour de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 43 al. 1 LJ FR et art. 14 al. 1 let. a à c du Règlement du Tribunal cantonal précisant son organisation et son fonctionnement du 22 novembre 2012 [RTC, RSF 131.11]), qui est l'autorité compétente en matière de recours dirigés contre les décisions des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 20 RTC FR). Le Tribunal cantonal, dont le siège est à Fribourg (art. 36 al. 2 LJ FR), connaît des causes civiles qui, en vertu de la loi, lui sont déférées par la voie du recours ou de l'appel (art. 52 LJ FR). Il est également l'instance cantonale unique au sens des art. 5 et 7 CPC (art. 53 LJ FR). Chaque cour est composée de trois à cinq juges (art. 14 al. 2 RTC FR) et siège d'ordinaire à trois juges (art. 44 al. 1 LJ FR).

157. La **Première Cour d'appel civil** connaît des recours ou de l'appel dans les causes de droit civil qui ne sont pas placées par la loi ou le règlement du Tribunal cantonal dans la compétence d'une autre autorité de recours, par exemple en matière de divorce (art. 17 à 20 RTC FR). La **Deuxième Cour d'appel civil** connaît des causes civiles jugées en instance cantonale unique, sauf celles qui relèvent de l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale (art. 17 al. 2 *cum* 28 al. 1 let. e RTC FR). Elle connaît des appels ou des recours en matière de bail, de travail, d'assistance judiciaire, de poursuites et faillite, de droit de réponse et d'arbitrage (art. 134 LJ FR et art. 17 RTC FR).

158. La juridiction de première instance est exercée par la Justice de paix, par les Tribunaux civils d'arrondissement et leur président, par le Tribunal des baux et par le Tribunal des prud'hommes. La Justice de paix est divisée en sept cercles et les Tribunaux civils en autant d'arrondissements. Ils correspondent aux districts administratifs, soit l'arrondissement de la Sarine à Fribourg, de la Singine à Tafers, de la Gruyère à Bulle, du Lac à Morat, de la Glâne à Romont, de la Broye à Estavayer-le-Lac, de la Veveyse à Châtel-Saint-Denis (art. 32 LJ FR). Au besoin, la police cantonale peut fournir l'assistance aux autorités judiciaires en vue de l'exécution (art. 132 al. 1 LJ FR).

159. Un **Tribunal civil d'arrondissement** se compose d'un président et de deux assesseurs du Tribunal d'arrondissement (art. 50 al. 1 LJ FR). Le président connaît comme juge unique des causes soumises à la procédure simplifiée et à la procédure sommaire ainsi que d'autres causes pour lesquelles la loi prévoit la compétence de cette autorité (art. 51 al. 1 LJ FR).

C'est le cas en matière d'exécution. Le Tribunal civil connaît aussi de toutes les causes civiles qui ne sont pas placées dans la compétence d'une autre autorité (art. 50 al. 2 LJ FR). C'est le cas pour les causes en matière de droit du bail et de droit du travail pour lesquelles sont compétents respectivement le Tribunal de baux (art. 56 s. LJ FR) et le Tribunal des prud'hommes (art. 54 s. LJ FR) ; c'est également le cas des causes relevant de l'instance cantonale unique.

160. Le **Tribunal des baux** siège à trois membres, soit le président et deux assesseurs représentant paritairement bailleurs et locataires (art. 57 al. 3 LJ FR). Le Tribunal des baux est compétent pour connaître des litiges relatifs au contrat de bail à loyer ou au contrat de bail à ferme non agricole. Le président seul connaît des litiges dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 8000.–, des causes soumises à la procédure sommaire et des procédures d'expulsion (art. 56 al. 2 LJ FR).

161. Le **Tribunal des prud'hommes** est composé de trois membres, soit le président et deux assesseurs, lesquels représentent paritairement organisations patronales et organisations de travailleurs (art. 55 al. 3 LJ FR). Il est compétent pour statuer sur les litiges de droit privé portant sur un contrat de travail. Le président est compétent pour connaître seul des causes dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 8000.– ainsi que des causes soumises à la procédure sommaire (art. 54 al. 2 LJ FR).

162. La **Justice de paix** siège à trois membres, soit le Juge de paix et deux assesseurs (art. 59 LJ FR). Elle est l'autorité de **protection de l'enfant et de l'adulte** (art. 58 al. 1 LJ FR ; art. 2 al. 1 de la Loi concernant la protection de l'enfant et de l'adulte du 15 juin 2012 (LPEA FR, RSF 212.5.1)). Elle exerce en outre les tâches de juridiction gracieuse en matière de succession et se prononce sur tous les autres domaines qui lui sont attribués par la loi, soit notamment la demande de participation à la gérance d'une indivision (art. 13 de la Loi d'application du Code civil suisse du 10 février 2012 [LACC FR, RSF 210.1]) ou les demandes de mise à ban notamment (art. 65 LACC FR).

163. L'**autorité de conciliation** au sens des art. 197 ss CPC relève de la compétence d'un **président du tribunal d'arrondissement** (art. 60 al. 1 LJ FR). Le juge peut connaître de l'action au fond, sauf requête d'une partie (art. 60 al. 2 LJ FR). En matière de bail, il existe trois autorités de conciliation, soit une pour le district de la Sarine, une pour les districts de la Singine et du Lac et une pour les districts de la Gruyère, de la Glâne, de la Broye et de la Veveyse (art. 61 LJ FR). L'**autorité de conciliation en**

matière de bail se compose d'un président et de deux assesseurs représentant paritairement locataires et bailleurs (art. 61 al. 3 et 4 LJ FR). Enfin, une autorité de conciliation pour l'ensemble du canton est compétente pour connaître des litiges relevant de la **Loi sur l'égalité** (art. 62 al. 1 LJ FR). Sous la direction d'un président, elle est composée paritairement de deux représentants des employeurs et d'un représentant des travailleurs et d'un représentant d'organisations féminines (art. 62 al. 3 et 4 LJ FR).

4. L'organisation judiciaire vaudoise

164. Dans le canton de Vaud, l'organisation judiciaire comprend **deux niveaux** (voir la Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 [LOJV VD, RS/VD 173.01], art. 2).

165. Le **Tribunal cantonal** est l'autorité judiciaire supérieure. Il a son siège à Lausanne. Il est composé de huit cours et de trois chambres (art. 67 al. 1 LOJV VD). Sont compétentes en matière civile, la Cour civile, la Cour d'appel civile, la Chambre des recours civile, la Cour des poursuites et faillites et la Chambre des curatelles.

166. La **Cour d'appel civile** est compétente pour connaître des appels formés en application de l'art. 308 CPC (art. 84 al. 1 LOJV VD). Un membre de la Cour peut statuer comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et contre les décisions de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV VD). La **Cour civile** connaît comme instance cantonale unique des actions directes au sens de l'art. 8 CPC ainsi que de toutes les causes pour lesquelles le CPC impose une telle instance (art. 5 CPC ; art. 74 al. 2 et 3 LOJV VD). Outre le fait d'être l'autorité de surveillance en matière de LP, la **Cour des poursuites et faillites** est compétente pour connaître des recours contre les décisions rendues en procédure sommaire de poursuites et faillites et dans la procédure de séquestre et statue sur les appels et recours en matière d'exécution forcée et d'exequatur de créances pécuniaires ou en constitution de sûretés (art. 75 al. 1 et 2 LOJV VD). La **Chambre des curatelles** est l'autorité de surveillance en matière de protection de l'adulte et de l'enfant et est compétente pour connaître de tous les recours et appels contre les décisions et jugements des justices de paix (art. 76 al. 1 et 2 LOJV VD). Enfin, la **Chambre des recours civile** est compétente pour connaître de tous les recours contre les décisions d'autorités judiciaires qui ne sont pas attribués par la loi ou le règlement à une autre section du Tribunal cantonal ou à une autre autorité judiciaire

(art. 73 al. 1 LOJV VD). Elle est également compétente pour connaître des recours contre les décisions de modération des notes d'honoraires et débours des avocats, agents d'affaires brevetés et notaires (art. 73 al. 2 LOJV VD).

167. La **juridiction de première instance** est exercée par les justices de paix, par les Tribunaux d'arrondissement, la Chambre patrimoniale cantonale, le Tribunal des baux et par les tribunaux des prud'hommes. Il existe une Justice de paix pour chaque district. Pour les tribunaux d'arrondissement (art. 87 al. 1 LOJV VD) et les tribunaux de prud'hommes (art. 96 al. 1 LOJV VD), le canton de Vaud est divisé en quatre entités (art. 87 al. 1 LOJV VD), soit les arrondissements de l'Est vaudois à Vevey, de la Côte à Nyon, de la Broye et du Nord vaudois à Yverdon et l'arrondissement de Lausanne. La Chambre patrimoniale et le Tribunal des baux sont uniques pour le canton et sont rattachés au Tribunal d'arrondissement de Lausanne (art. 96f al. 1 LOJV VD et art. 3 al. 1 de la Loi sur la juridiction en matière de bail du 9 novembre 2010 [LJB VD, RSV 173.655]).

168. Le **Tribunal d'arrondissement** est composé notamment d'une chambre civile et d'un tribunal de prud'hommes. La **chambre civile** du tribunal d'arrondissement est composée d'un président et de deux juges (art. 96b LOJV VD). Elle est compétente notamment pour toutes les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse est supérieure à CHF 30 000.– et inférieure ou égale à CHF 100 000 (art. 96b al. 3 LOJV VD). Le **président** peut connaître comme juge unique des causes dont la valeur litigieuse est comprise entre CHF 10 000.– et CHF 30 000.– (art. 96d al. 2 LOJV VD). Pour les causes dont la valeur patrimoniale dépasse CHF 100 000.–, la **Chambre patrimoniale** est compétente (art. 96g LOJV VD). Elle est composée de trois présidents de tribunal d'arrondissement (art. 96f al. 2 LOJV VD). Lorsque la valeur litigieuse est inférieure à CHF 10 000, l'affaire relève de la compétence du **juge de paix** (art. 113 al. 1^{bis} LOJV VD). Le président du Tribunal d'arrondissement est l'autorité inférieure en matière d'arbitrage et le Tribunal cantonal l'autorité supérieure (art. 47 al. 1 et 2 du Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 [CDPJ VD, RS/VD 211.02] et art. 356 al. 1 et 2 CPC).

169. En matière de droit du travail, chaque tribunal d'arrondissement est pourvu d'une chambre spécialisée appelée **tribunal des prud'hommes** (art. 5 de la Loi sur la juridiction du travail du 12 janvier 2010 [LJT VD, RS/VD 173.61]). Le tribunal des prud'hommes est composé d'un président du tribunal d'arrondissement et de deux assesseurs dont l'un représente les employeurs, l'autre les travailleurs (art. 10 al. 1 LJT VD). Il est compétent

pour connaître des contestations dont la valeur litigieuse est inférieure ou égale à CHF 30 000.– (art. 2 al. 1 let. a LJT VD). Lorsque la valeur litigieuse est supérieure à CHF 30 000.– et n'excède pas CHF 100 000.– le tribunal d'arrondissement est compétent (art. 2 al. 1 let. b LJT VD) et lorsqu'elle dépasse CHF 100 000.–, la cause relève de la compétence de la Chambre patrimoniale (art. 2 al. 1 let. c LJT VD).

170. Le **Tribunal des baux** exerce son activité dans tout le canton et tient audience dans l'arrondissement où est située la chose louée (art. 3 al. 1 et 2 de la Loi sur la juridiction en matière de bail du 9 novembre 2010, LJB, RS/VD 173.655). Il est composé d'un président et de deux assesseurs représentant paritairement propriétaires et locataires. Le Tribunal des baux connaît de toutes les contestations relatives aux baux à loyer portant sur des choses immobilières, quelle que soit la valeur litigieuse (art. 1 al. 1 LJB).

171. La **justice de paix** est composée d'un juge de paix et de deux assesseurs. Elle est principalement compétente pour prendre des mesures en matière de curatelle en sa qualité d'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant (art. 110 al. 1 LOJV VD), ainsi qu'en matière de successions et de droit réels (art. 5 CDPJ VD). Le juge de paix est compétent pour connaître de diverses procédures sommaires en droit des poursuites (p. ex. mainlevées d'opposition), quelle que soit la valeur litigieuse (art. 42b de la Loi d'application dans le Canton de Vaud de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 18 mai 1955 [LVLP VD, RS/VD 280.05]). Il est également compétent pour ordonner les mises à ban (art. 44 al. 1 CDPJ VD).

172. Le juge de la tentative de **conciliation** est le juge matériellement compétent pour l'instance au fond. En principe, il ne s'agira pas du même magistrat amené personnellement à instruire et à juger de l'affaire au fond (art. 41 al. 1 CDPJ VD). Si le juge compétent au fond est un tribunal, la conciliation appartient au juge délégué par ce tribunal (art. 41 al. 2 CDPJ).

173. En **matière de droit du travail**, les assesseurs ne participent pas à la tentative de conciliation, sauf si le président estime leur présence utile (art. 10 al. 2 LJT VD). Si le litige relève de la Loi sur l'égalité, l'autorité est composée paritairement conformément à l'art. 200 al. 2 CPC. En **matière de bail**, une commission de conciliation est instituée pour chaque district. La commission est composée du préfet qui fonctionne comme président et de deux assesseurs, dont l'un représente les locataires, l'autre les propriétaires (art. 7 al. 1 LJB).

5. L'organisation judiciaire valaisanne

174. En Valais, l'organisation judiciaire comprend **deux niveaux** (voir la Loi sur l'organisation de la Justice du 11 février 2009 [LOJ VS, RS/VS 173.1], art. 5 al. 1).

175. Le **Tribunal cantonal** est la juridiction suprême du canton (art. 14 al. 1 LOJ VS). Il a son siège à Sion (art. 14 al. 4 LOJ VS). En particulier, les cours civiles, la chambre civile, la chambre des poursuites et des faillites et la chambre des affaires arbitrales sont compétentes en matière civile. Ainsi, le Tribunal cantonal est compétent pour connaître des affaires en tant qu'instance cantonale unique conformément aux art. 5, 7 et 8 CPC (art. 5 al. 1 let a de la Loi d'application du code de procédure civile suisse du 11 février 2009 [LACPC VS, RS/VS 270.1]). Les cours civiles sont également compétentes pour connaître des appels et des recours limités au droit prévus au titre 9 de la deuxième Partie du code de procédure civile suisse (art. 5 al. 1 let. b LACPC VS). Un juge cantonal unique est compétent pour instruire les causes dont il connaît en tant qu'instance cantonale unique ou de juridiction d'appel ou de recours, pour statuer sur une requête de mesures provisionnelles ainsi que pour connaître de l'appel ou du recours limité au droit lorsque la procédure simplifiée ou sommaire était applicable en première instance (art. 5 al. 2 LACPC VS).

176. La **juridiction de première instance** est exercée par les juges de commune et les tribunaux de district (art. 5 al. 1 let. a et b LOJ VS). En principe, il y a un juge et un vice-juge par commune (art. 8 al. 1 LOJ VS). Le juge de commune exerce principalement une activité de juridiction civile non contentieuse (art. 90 de la Loi d'application du code civil suisse du 24 mars 1998 [LACC VS, RS/VS 211.1]). Chaque district a son propre tribunal, sauf pour les districts de Conches et de Rarogne oriental, dont le tribunal est à Brigue. Pour le district de Rarogne occidental, le tribunal compétent est à Loèche-Ville, pour les districts d'Hérens et de Conthey, le tribunal siège à Sion et pour le district de Saint-Maurice, le tribunal est rattaché à celui de Martigny (art. 10 LOJ VS).

177. Le **tribunal de district**, qui siège à juge unique (art. 10 al. 2 LOJ VS), est compétent pour connaître des affaires civiles et statuer sur les requêtes de mesures provisionnelles, sauf lorsque la loi attribue expressément une compétence à une autre autorité (art. 4 al. 1 LACPC VS). Il est en outre compétent pour connaître des requêtes d'exécution (art. 4 al. 2 let. a LACPC VS), au besoin avec l'assistance de la police cantonale (art. 6 LACPC VS).

ainsi que pour rendre les décisions en matière d'arbitrage prévues par l'art. 356 al. 2 CPC (art. 4 al. 2 let. b LACPC VS).

178. Une autorité communale, voire intercommunale, indépendante de l'administration, est compétente pour traiter des cas de **protection de l'enfant et de l'adulte** (art 13 LACC VS ; cf. également art. 5 al. 2 let. c LOJ VS). Elle est composée d'un président, de deux membres et de deux suppléants (art. 14 al. 1 LACC VS) et le juge de commune ou l'un des juges du groupement de communes en fait impérativement partie (art. 14 al. 2 LACC VS). Une attention particulière doit être portée sur une composition interdisciplinaire de l'autorité (art. 14 al. 1 LACC VS). Le Conseil d'Etat exerce la surveillance (art. 16 LACC VS).

179. Pour les litiges en matière de droit du travail et d'égalité, le **tribunal du travail** est compétent pour connaître des litiges individuels de travail ne dépassant pas la valeur litigieuse définie par le CPC en matière de procédure simplifiée, soit CHF 30 000.- ; il n'y a aucune limite pécuniaire pour les litiges relatifs à la Loi sur l'égalité ainsi que pour toutes les actions en constatation de droit et en validation des amendes conventionnelles (art. 2 al. 1 let. c et 40 al. 1 de la Loi cantonale sur le travail du 12 mai 2016 [LcTr, RS/VS 822.1] et 243 al. 1 CPC). Il est compétent pour l'ensemble du canton (art. 5 al. 2 let. a LOJ VS ; art. 38 al. 1 de la Loi cantonale sur le travail). Le tribunal du travail est composé d'un président et de deux assesseurs représentant paritairement employeurs et travailleurs (art. 39 al. 3 de la Loi cantonale sur le travail). Lorsque la valeur litigieuse est supérieure à CHF 30 000.-, le tribunal de district est compétent (art. 4 al. 1 LACPC VS et art. 2 al. 1 let. c et 40 al. 1 de la Loi cantonale sur le travail), sous réserve de la compétence générale pour les litiges relatifs à la Loi sur l'égalité et pour les actions en constatation de droit et en validation des amendes conventionnelles (art. 2 al. 1 let. c et 40 al. 1 de la Loi cantonale sur le travail).

180. Le **juge de commune** est l'autorité de conciliation au sens des art. 197 ss CPC (art. 3 al. 1 LACPC VS), à l'exception des litiges en matière de bail, de travail et d'égalité entre hommes et femmes (art. 3 al. 2 LACPC VS). Il peut être membre de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (art. 14 al. 2 LACC VS). Pour les litiges relatifs à la Loi sur l'égalité, **une commission cantonale de conciliation**, avec siège à Sion, est compétente pour l'ensemble du territoire cantonal (art. 2 al. 1 let. d et 36 s. de la Loi cantonale sur le travail). Elle siège paritairement à cinq membres et conformément à l'art. 200 al. 2 CPC. Pour les autres cas en matière de **droit du travail**, la tentative de conciliation relève de la compétence d'un **fonctionnaire** du service social de

protection des travailleurs et des relations du travail (art. 2 al. 1 let. c et 34 al. 1 de la Loi cantonale sur le travail). Enfin, une **commission de conciliation en matière de bail** est également instituée pour tout le canton (art. 5 al. 2 let. b LOJ VS, art. 82 al. 1 LACC VS). La commission est composée de cinq membres représentant paritairement bailleurs et locataires (art. 83 al. 2 et 4 LACC VS).

6. L'organisation judiciaire genevoise

181. L'organisation judiciaire genevoise comprend **deux degrés** (voir la Loi sur l'organisation judiciaire genevoise du 26 septembre 2010 [LOJ GE, RSG E 2 05], art. 1).

182. On trouve au degré supérieur la **Cour de Justice**, composée de trois sections avec, en matière civile, la Cour civile, qui est quant à elle divisée en quatre juridictions (art. 1 let. h et 119 ss LOJ GE) :

- la chambre civile ;
- la chambre des baux et loyers ;
- la chambre des prud'hommes ;
- l'autorité de surveillance.

183. Les différentes juridictions de la Cour de justice siègent ordinairement à trois juges, avec une composition paritaire en matière de droit du bail, de travail et d'égalité (art. 119, 121 et 123 LOJ GE). La **chambre civile** est la juridiction cantonale unique au sens des art. 5 et 8 CPC et l'autorité d'appel et de recours, y compris contre les décisions de la Justice de paix (art. 120 al. 1 let. a et 120 al. 2 LOJ GE). Elle est également le Tribunal supérieur en matière d'arbitrage et l'autorité supérieure en matière de concordat (art. 120 al. 1 let. a et b LOJ GE). La **chambre des baux et loyers** connaît des appels et recours dirigés contre les jugements du Tribunal des baux et des recours formés contre les décisions au fond de la commission de conciliation en matière de baux et loyers (art. 122 let. a et b LOJ GE). La **chambre des prud'hommes** connaît quant à elle des appels et recours contre les jugements du Tribunal des prud'hommes ainsi que des recours formés contre les décisions au fond du juge conciliateur du Tribunal des prud'hommes (art. 124 let. a et b LOJ GE). La **chambre de surveillance** connaît des recours dirigés contre les décisions du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (art. 126 al. 3 LOJ GE) en plus de ses activités de surveillance sur ce même

tribunal, sur l'office des poursuites et des faillites, le registre foncier et le registre du commerce (art. 126 al. 1 LOJ GE).

184. Le Tribunal civil, le Tribunal des prud'hommes, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant et la Justice de paix constituent les juridictions compétentes en matière civile au niveau de la **première instance**. Le **Tribunal civil** est composé des juridictions suivantes (art. 1 let. b LOJ GE) :

- le Tribunal de première instance ;
- le Tribunal des baux et loyers.

185. Le **Tribunal de première instance** siège dans une composition d'un juge unique (art. 85 LOJ GE). Il exerce toutes les compétences que la loi n'attribue pas à une autre autorité judiciaire ou administrative (art. 86 al. 1 LOJ GE). Il est ainsi autorité de conciliation et de jugement, tribunal de l'exécution (art. 86 al. 2 let. c LOJ GE) avec l'assistance de la police (art. 1 al. 3 let. c de la Loi sur la police du 9 septembre 2014 [LPol, RSG F 1 05] et tribunal compétent en matière d'arbitrage conformément à l'art. 356 al. 2 CPC (art. 86 2 let. d LOJ GE). Il exerce notamment les compétences attribuées au juge en matière de LP (art. 86 al. 3 LOJ GE). Il est également le tribunal de l'exécution des jugements ordonnant l'évacuation d'un locataire (art. 89 al. 2 LOJ GE).

186. Les litiges relatifs au contrat de travail relèvent de la compétence du **Tribunal des prud'hommes** (art. 110 LOJ GE et art. 1 al. 1 de la Loi sur le Tribunal des prud'hommes du 11 février 2010 [LTPH GE, RSG E 3 10]). Les juges prud'hommes sont issus de cinq groupes professionnels différents (art. 3 al. 1 LTPH GE). Un président et un vice-président sont désignés pour chaque groupe, l'un devant être représentant employeur, l'autre représentant salarié. En fonction des domaines d'activités, le Tribunal est ainsi composé, alternativement, du président ou du vice-président du groupe concerné, d'un juge prud'hommes employeurs et d'un juge prud'hommes salariés (art. 12 al. 1 à 3 LTPH GE). Lorsque la demande est fondée sur la Loi sur l'égalité, le tribunal comprend au moins une personne de chaque sexe (art. 12 al. 4 LTPH GE).

187. Le **Tribunal de protection de l'enfant et de l'adulte** siège ordinairement dans une composition d'un juge, qui le préside, d'un juge assesseur psychiatre et d'un juge assesseur psychologue ou d'un juge assesseur travailleur social ou autre spécialiste du domaine social (art. 104 LOJ GE). Conformément au Code civil, il exerce toutes les compétences dévolues à l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant. Les juges du

Tribunal de protection de l'enfant et de l'adulte exercent également la fonction de **juge de paix** (art. 106 LOJ GE). Celui-ci connaît principalement des affaires relevant de la procédure non contentieuse (art. 108 LOJ GE et art. 3 al. 1 de la Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 [LaCC, RSG E 1 05]).

188. Le **Tribunal de première instance** est l'**autorité de conciliation** (art. 86 al. 2 let. b LOJ GE). Pour les litiges relevant de la compétence du Tribunal des baux et loyers, l'autorité compétente est la **Commission de conciliation en matière de baux et loyers** (art. 2 al. 1 de la Loi organisant la commission de conciliation en matière de baux et loyer du 28 novembre 2010 [LCCBL [GE, RSG E 3 15]). La commission siège dans la composition d'un juge qui la préside et de deux assesseurs représentant paritairement locataires et bailleurs (art. 1 LCCBL GE). En matière de droit du travail, les conciliateurs du Tribunal de prud'hommes ont la compétence d'autorité de conciliation (art. 11 al. 1 LTPH GE). Les conciliateurs siègent seuls (art. 11 al. 2 LTPH GE). Enfin, en cas de litiges relatifs à la Loi sur l'égalité, deux conciliateurs-assesseurs représentant paritairement femmes et hommes et employeurs et travailleurs viennent compléter l'autorité de conciliation présidée par le conciliateur (art. 11 al. 3 LTPH GE).

7. L'organisation judiciaire jurassienne

189. L'organisation judiciaire jurassienne comprend **deux degrés** (voir la Loi d'organisation judiciaire jurassienne du 23 février 2000 [LOJ, RSJ 181.1], art. 4).

190. On trouve au degré supérieur le **Tribunal cantonal** (art. 4 let. a LOJ), composé de sept sections avec, en matière civile, la Cour civile (art. 20 let. b LOJ) siégeant ordinairement à trois juges (art. 21 al. 1 LOJ). Le Tribunal cantonal a son siège à Porrentruy (art. 14 LOJ).

191. La Cour civile exerce principalement une juridiction sur **appel** (art. 308 ss CPC) ou **recours** (art. 319 ss CPC). Elle connaît en instance unique (art. 4 al. 2 LiCPC JU, RSJ 271.1) des causes énoncées aux art. 5, 7 et 8 CPC et est le tribunal compétent en matière d'arbitrage au sens de l'art. 356 al. 1 CPC (art. 4 al. 3 LiCPC JU).

192. L'entrée en vigueur du CPC n'a pas bouleversé fondamentalement l'organisation judiciaire jurassienne dans le domaine civil. Indépendamment des exigences posées par l'entrée en vigueur du CPC, la LiCPC JU prévoyait

la création d'un tribunal des affaires familiales qui devait être réglé par une loi spéciale (art. 7 aLiCPC JU), mais à laquelle il a finalement été renoncé en 2014.

193. Le **Tribunal de première instance** est l'autorité judiciaire unique et centralisée du degré inférieur. Il a son siège à Porrentruy (art. 29 al. 1 LOJ).

194. En matière civile, le Tribunal de première instance est composé des **juridictions** suivantes (art. 32 let. a-c LOJ JU) :

- Le juge civil ;
- Le Tribunal des baux à loyer et à ferme ;
- Le Conseil de prud'hommes.

195. Le **juge civil** exerce **toutes les compétences** qui ne sont pas attribuées à la Cour civile du Tribunal cantonal en vertu de l'art. 5 CPC ou à une juridiction spéciale (art. 6 al. 1 LiCPC JU). Il est compétent, en matière d'arbitrage, pour exercer les actes prévus à l'art. 356 al. 2 CPC (art. 6 al. 3 LiCPC JU).

196. Lorsque la procédure au fond doit être précédée d'une tentative de conciliation, le **juge civil** est **autorité de conciliation**. Il peut déléguer cette tâche au greffier (art. 6 al. 2 LiCPC). Le juge peut connaître de l'action au fond, même s'il est intervenu préalablement comme autorité de conciliation (cf. art. 47 al. 2 let. b CPC). Il en va de même du président du **Conseil de prud'hommes** pour les litiges en matière de droit du travail. Au fond, le président du Conseil de prud'hommes juge seul les contestations dont la valeur est inférieure à CHF 10 000 (art. 10 al. 1 LCPH, RSJU 182.34). Pour les litiges dont la valeur est égale ou supérieure à ce montant, le Conseil de prud'hommes est composé du président et de deux assesseurs, paritairement (art. 11 al. 2 LCPH). Dans les litiges qui relèvent totalement ou partiellement de la Loi sur l'égalité, le président est assisté de deux juges assesseurs représentant paritairement employeurs et travailleurs ainsi que hommes et femmes (art. 22 al. 2 LCPH JU).

197. Pour les litiges en matière de **droit du bail**, la conciliation relève de commissions composées paritairement (art. 200 al. 1 CPC ; ordonnance concernant les commissions de conciliation en matière de bail et la consignation du loyer du 24 juin 2015, RSJU 182.351). Au fond, le président du **Tribunal des baux à loyer et à ferme** juge seul les contestations dont la valeur litigieuse est inférieure à CHF 10 000.– (art. 29 al. 1 de la Loi instituant le Tribunal des baux à loyer et à ferme du 30 juin 1983 [LTBLF JU,

RSJU 182.35]). Il est également compétent pour connaître des requêtes d'expulsion de locataires ou de fermiers notamment (art. 29 al. 2 LTBLF JU). Pour les causes dont la valeur est égale ou supérieure à CHF 10 000.–, le Tribunal est composé du président et de deux juges assesseurs choisis paritairement (art. 30 al. 1 LTBLF JU).

198. L'**autorité de protection de l'enfant et de l'adulte** (qui est une autorité administrative rattachée au Département de la justice, art. 3 al. 1 de la Loi sur l'organisation de la protection de l'enfant et de l'adulte du 23 mai 2012 [LOPEA JU, RSJU 213.1]), est compétente pour toutes les tâches qui lui sont attribuées par la loi (art. 11 de la Loi introductive au Code civil du 9 novembre 1978 [RSJU 211.1, LiCC JU] ; art. 10 LOPEA JU). En première instance, c'est le Juge administratif du Tribunal de première instance qui est compétent pour les cas contenus à l'art. 439 CC de même que pour prononcer les mesures de privation de liberté à des fins d'assistance (art. 22 LOPEA JU). La Cour administrative est l'autorité de surveillance et l'instance judiciaire de recours (art. 21 LOPEA JU).

D. La collaboration entre les tribunaux des cantons

199. Comme avant lui le Concordat sur l'entraide judiciaire en matière civile du 26 avril 1974, le Code impose aux tribunaux de s'entraider (art. 194 al. 1 CPC). Ils **correspondent directement** entre eux (art. 194 al. 2 CPC). Ils peuvent accomplir des actes de procédure nécessaires (notification des actes ; visions locales ; audiences) dans un autre canton (art. 195 CPC), sans requête particulière.

200. Un tribunal peut également **requérir l'entraide** d'un tribunal d'un canton voisin (désigné par celui-ci, par exemple les tribunaux régionaux à Neuchâtel, art. 16 al. 3 OJN) pour un acte à accomplir sur son territoire. La requête est formulée dans la langue officielle du tribunal requérant ou du tribunal requis (art. 196 al. 1 CPC). Le tribunal requis informe le tribunal requérant ainsi que les parties sur le lieu et le jour où l'acte de procédure requis est accompli (art. 196 al. 2 CPC). Le tribunal requis peut exiger le remboursement de ses frais (art. 196 al. 3 CPC).

IV. L'indépendance et l'impartialité des tribunaux

A. Les principes

201. En vertu des art. 6 § 1 CEDH, art. 14 § 1 Pacte ONU II et 30 al. 1 Cst., toute personne a le droit d'être jugée par un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. L'indépendance et l'impartialité sont des **garanties fondamentales** de tout Etat de droit.

202. L'**indépendance** du pouvoir judiciaire est une expression du principe de la séparation des pouvoirs (ATF 114 Ia 50 consid. 3c, JdT 1989 IV 78). L'indépendance est également requise à l'égard des parties et de tout tiers, afin d'éviter toute influence de l'extérieur.

203. La notion d'indépendance rejoint ainsi celle d'**impartialité**, qui sanctionne toute prévention et tout esprit partisan. Selon l'expression consacrée en Suisse, on veut éviter qu'une personne se trouvant sous l'influence de circonstances étrangères au procès ne fonctionne comme juge, alors qu'elle n'est pas le « juste médiateur » (« *rechte Mittler* » ; ATF 134 I 16 consid. 4.2, JdT 2008 I 96 ; 119 Ia 81 consid. 3).

Exemple. Les développements de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit à un tribunal indépendant et impartial ont poussé de nombreux cantons à instituer des règles strictes d'incompatibilité pour les magistrats dans leur loi d'organisation judiciaire.

B. Les tribunaux d'exception

204. L'art. 30 al. 1 Cst. précise expressément à sa deuxième phrase que « Les tribunaux d'exception sont interdits ». L'interdiction résulte également de l'art. 6 § 1 CEDH. L'art. 30 al. 1 Cst. confère au justiciable le droit de voir les litiges auxquels il est partie soumis à un **tribunal régulièrement constitué** d'après la Constitution, la loi ou les règlements en vigueur, et généralement compétent pour statuer (TF [26.01.2001] 1P.751/2000 consid. 2a, et les réf.).

205. Un **tribunal d'exception** est un tribunal formé en dehors de l'organisation judiciaire ordinaire pour un seul ou quelques cas concrets

(ATF 117 Ia 378 consid. 4b, JdT 1993 I 527 ; 113 Ia 423 et les arrêts cités ; 110 Ib 280 ss, JdT 1985 IV 123).

206. Un tribunal d'exception se distingue des **tribunaux spéciaux**, formés pour juger les affaires de certains domaines spécifiques et dont on admet la validité aux conditions suivantes :

- Leur compétence et leur organisation sont réglées par un **acte juridique de caractère général** et abstrait.
- Ils se justifient par des motifs objectifs, comme l'exigence de **connaissances spéciales**.

Exemples. La constitution d'un tribunal de commerce (ZH, BE, SG, AG), d'un tribunal pénal économique (ATF 113 Ia 412) ou encore d'un tribunal des baux (FR, VD, GE, JU) ou du travail (FR, VD, VS, GE, JU) se justifie objectivement. A Neuchâtel, il existait un tribunal matrimonial jusqu'au 31 décembre 2010.

C. La récusation

1. Le principe

207. Afin d'assurer l'indépendance et l'impartialité du juge, les lois d'organisation judiciaire fixent la composition des tribunaux et réglementent la nomination des magistrats en prévoyant des incompatibilités et le CPC énonce, quant à lui, des motifs de récusation.

Exemples. Les magistrats judiciaires permanents ne peuvent généralement pas exercer l'activité d'avocat, de notaire, d'agent ou de gérant d'affaires (voir art. 9 LMSA NE ; art. 19 LOJV VD ; art. 17 LJ FR ; art. 6 ss LOJ GE).

Jurisprudence. Lorsque des changements dans la composition d'une autorité interviennent en cours d'instance, l'autorité doit les annoncer aux parties et dire quelles en sont les raisons, de manière à ce qu'elles puissent éventuellement contester ces modifications. Il ne revient ainsi pas aux parties de vérifier tous les jours que la composition ne s'est pas modifiée (ATF 142 I 93, RSPC 2016 1).

2. Les personnes visées

208. L'art. 47 CPC prévoit la récusation des magistrats et des fonctionnaires judiciaires. Par **magistrat**, on entend les membres de l'ordre judiciaire. Ils sont chargés de trancher les litiges dans leur domaine de compétence. Les

fonctionnaires judiciaires (dans le sens de *Gerichtsperson*) sont toutes les personnes qui, sans être magistrats, siègent dans le tribunal (assesseurs et membres de l'autorité de conciliation par exemple,) ou participent à la formation de la volonté du tribunal. Cela peut être le cas du **greffier**, en particulier lorsqu'il est chargé de rédiger le jugement (ATF 115 Ia 224 consid. 7b/aa) et qu'il assiste à la délibération et peut exprimer sa position, même s'il n'a pas le droit de voter (ATF 140 I 271 consid. 8.4.1).

209. Les **experts** sont également soumis aux règles sur la récusation (art. 183 al. 2 CPC). Le même principe vaut pour les **interprètes**.

3. Les motifs

210. Les motifs de récusation des magistrats et des fonctionnaires judiciaires sont énoncés à l'art. 47 CPC :

- a) ils ont un intérêt personnel dans la cause ;
- b) ils ont agi dans la même cause à un autre titre, notamment comme membre d'une autorité, comme conseil juridique d'une partie, comme expert, comme témoin ou comme médiateur ;
- c) ils sont conjoints, ex-conjoints, partenaires enregistrés ou ex-partenaires enregistrés d'une partie, de son représentant ou d'une personne qui a agi dans la même cause comme membre de l'autorité précédente ou mènent de fait une vie de couple avec l'une de ces personnes ;
- d) ils sont parents ou alliés en ligne directe, ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale d'une partie ;
- e) ils sont parents ou alliés en ligne directe ou au deuxième degré en ligne collatérale d'un représentant d'une partie ou d'une personne qui a agi dans la même cause comme membre de l'autorité précédente ;
- f) ils pourraient être prévenus de toute autre manière, notamment en raison d'un rapport d'amitié ou d'inimitié avec une partie ou son représentant.

211. L'art. 47 CPC énonce des **causes objectives de récusation**. Il débute par des **exemples** à l'alinéa 1 let. a à e.

212. La **lettre a** concerne les **intérêts personnels** du magistrat dans la cause. Si certains cas sont évidents (le procès concerne par exemple une société dont

le juge est membre du conseil d'administration), d'autres sont plus discutables (le juge possède deux actions au porteur d'une grande société cotée en bourse partie à une procédure dans laquelle sa valeur ne peut être remise en cause).

Jurisprudence. Le seul fait pour un juge d'être **client d'une banque** ne constitue pas, à lui seul, un motif de récusation. Les liens de ce type se sont en effet considérablement développés pour prendre des formes diverses (comptes d'épargne, comptes salaire, fonds d'investissement ou de placement, cartes de crédit, prêts de consommation et leasing par exemple). Le fait de bénéficier d'un prêt hypothécaire dans une banque partie au procès n'est pas un motif de récusation si la situation financière du débiteur est telle que le remboursement du prêt ne constitue aucune espèce de difficulté (comp. TF [09.08.2002] 1P.294/2002, SJ 2003 I 173). Doit se récuser une juge cantonale dont l'époux et le frère de celui-ci travaillent dans le même cabinet et ont pour client une société d'assurance intimement liée à une partie au procès, société dont le frère en question a été membre de la direction et indirectement impliqué à l'époque dans le litige en question, ces faits attestant d'une grande proximité avec la partie intimée (ATF 140 III 221 consid. 5, JdT 2014 II 425).

213. Sont visés non seulement les intérêts personnels directs, mais aussi les **intérêts indirects**, qu'ils soient **matériels** ou **idéaux** (ATF 140 III 221 consid. 4.2, JdT 2014 II 425). L'intérêt personnel peut être en lien avec un tiers dont le comportement à l'égard du juge peut être influencé par le sort du procès (même arrêt).

214. La **lettre b** prohibe les cas d'**union personnelle** (le juge ne peut par exemple pas siéger dans le tribunal de première et de seconde instance). Cependant, l'art. 47 al. 2 CPC nuance l'interdiction (*infra*, p. 63).

215. Les **lettres c, d et e** portent sur les **liens de couple** (mariage, partenariat ou concubinage), de **parenté** (jusqu'au troisième degré, soit oncle/tante – neveu/niece) et d'**alliance**, avec les parties et leur(s) représentant(s).

216. L'art. 47 al. 1 CPC se termine à sa **lettre f** par une **clause générale**, soit tout motif qui pourrait faire objectivement douter de l'impartialité du magistrat, notamment les liens d'amitié ou d'inimitié avec les parties et leurs représentants.

217. Le Tribunal fédéral prend en compte les **principes tirés de l'art. 30 al. 1 Cst.** lorsqu'il examine la portée de cette clause générale (ATF 139 III 433 consid. 2.2 ; ATF 140 III 221 consid. 4.2, JdT 2014 II 425).

218. La clause générale est l'expression de la **méthode objective** d'examen de l'impartialité d'un magistrat, qui vise à déterminer si celui-ci offrait, compte tenu des circonstances de l'espèce, des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime. Les **apparences** ont un poids non négligeable dans cette analyse. On tient compte en particulier des données externes de nature fonctionnelle ou organisationnelle (ATF 124 I 121 consid. 3a, JdT 1999 I 159, et les réf.). Seules les **circonstances constatées objectivement** doivent être prises en considération ; les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives (ATF 128 V 82 consid. 2a ; 126 I 68 consid. 3a).

Jurisprudence. Un juge à temps partiel au Tribunal cantonal est également avocat en parallèle et s'occupe, dans ses deux fonctions, de deux affaires différentes portant toutefois sur la même question de droit. Le Tribunal fédéral précise que la problématique de l'affaire ne porte pas en l'espèce sur le principe de l'admissibilité en tant que telle de la présence d'un avocat à temps partiel au sein d'une juridiction, mais bien sûr une problématique où les deux affaires dont le même homme a à traiter sont très similaires, tant s'agissant des faits que de la question juridique à trancher. Le Tribunal fédéral relève qu'en l'espèce l'affaire que l'avocat traite en tant que mandataire en est à un stade moins avancé de la procédure que celle qu'il traite en tant que magistrat, ce qui, au surplus dans un domaine où la problématique soumise ne se rencontre que rarement, aura sans conteste une influence déterminante sur la deuxième affaire. Constatant que l'issue du premier procès servait les intérêts de la cause qu'il défendait comme avocat, le Tribunal fédéral a estimé qu'il y avait là un motif valable de récusation et a admis le recours (ATF 124 I 121, JdT 1999 I 159). Doit également se récuser le juge qui était encore récemment l'ancien collègue, dans un petit cabinet d'avocats, du mandataire de l'une des parties (TF [17.08.2015] 1B_55/2015, RSPC 2015 478).

La jurisprudence se montre de plus en plus exigeante en matière d'impartialité des **juges suppléants** (pour un résumé : ATF 147 III 89 consid. 4). Ainsi, l'avocat siégeant en qualité de juge doit se récuser lorsqu'il se trouve ou s'est trouvé, dans un autre procès, dans un rapport de représentation avec l'adversaire de l'une des parties (ATF 138 I 406 ; 135 I 14). Doit se récuser un juge suppléant dont un collègue de la même étude est ou a été récemment le mandataire d'une des parties au litige, un client attendant que les membres d'un même bureau soient solidaires à son égard (ATF 139 III 433 consid. 2.1.5). De même, doit se récuser l'avocat ou le conseil en brevets agissant comme juge suppléant au Tribunal fédéral des brevets lorsqu'il y a un mandat en cours entre son étude ou son cabinet et une partie au procès ou une personne étroitement liée à celle-ci (ATF 139 III 433 consid. 2).

219. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Tribunal fédéral applique aussi une **méthode subjective**, qui vise à

déterminer ce que le juge pensait dans son **for intérieur** dans les circonstances d'espèce. Tout indice pertinent doit être pris en considération à cet égard – les déclarations faites en audience par exemple –, compte tenu des difficultés à établir la preuve de l'état d'esprit du magistrat. Seules en revanche des erreurs **particulièrement lourdes** ou **répétées**, qui doivent être considérées comme des violations graves des devoirs du magistrat, permettent de démontrer sa prévention (ATF 116 Ia 135 consid. 3a ; 115 Ia 400 consid. 3b).

220. L'art. 47 al. 1 let. f CPC mentionne les cas dans lesquels le magistrat *pourrait* être prévenu ; il va de soi qu'il couvre les cas où la prévention est avérée, sur la base de la méthode subjective.

Jurisprudence. Le président du Tribunal chargé de trancher un litige de droit de voisinage entre deux propriétaires, relatif à l'usage de servitude et à des émissions s'est, dans le cadre de son engagement de pompier, rendu à proximité du bien-fonds duquel les émissions provenaient. Il a fait un certain nombre de constatations qu'il a ajoutées au dossier, en informant les parties. Le propriétaire du bien-fonds émetteur demanda l'élimination du dossier de ce document et la récusation du président. Le Tribunal fédéral rappelle dans un premier temps que la prévention d'un juge apparaît lorsque des circonstances sont de nature à faire douter de l'impartialité du juge. Elles peuvent soit découler du comportement subjectif du juge par rapport à l'affaire, soit provenir d'éléments objectifs tels que l'organisation, mais ne doivent ni dans l'un ni dans l'autre cas être effectivement réalisées. Il suffit que la prévention du juge apparaisse comme objectivement fondée pour que la récusation soit prononcée. S'agissant de la demande de récusation basée sur la présence au dossier de constatations personnelles du juge, le Tribunal fédéral l'a estimée fondée en retenant que les notes ne contenaient pas que des faits objectifs mais également des appréciations personnelles et que le Tribunal a qualifié de « vision locale » la sortie faite par le président lors d'un exercice de pompiers (ATF 114 Ia 153, JdT 1990 I 179).

221. L'art. 47 al. 2 CPC mentionne certaines **situations** qui, à elles seules, ne **constituent pas des cas de récusation** :

- a) l'octroi de l'assistance judiciaire ;
- b) la conciliation ;
- c) la mainlevée au sens des art. 80 à 84 LP ;
- d) le prononcé de mesures provisionnelles ;
- e) la protection de l'union conjugale.

222. Il faut cependant réserver dans ces cas également les circonstances particulières qui rendent douteuse l'impartialité du magistrat et le contraignent à se récuser en vertu de l'art. 47 al. 1 let. f. CPC.

Exemples. La réunion, dans la même personne, du juge de la mainlevée provisoire et du juge de la libération de dette n'est plus admissible lorsque la demande de mainlevée et celle de libération de dette se fondent sur les mêmes documents (TF [30.09.2005] 1P.509/2005, RSPC 2006 2). Par ailleurs, si la tentative de conciliation n'est pas un motif de récusation, l'est en revanche la proposition de jugement (Message CPC, p. 6887).

4. La procédure

223. **Dès qu'il est saisi** de la cause, avant même de se prononcer sur sa compétence et sur la validité formelle de la demande, le juge doit déterminer s'il ne doit pas se récuser (art. 48 CPC).

224. Faute de récusation spontanée, la partie qui entend obtenir la récusation du juge doit en faire la demande au tribunal **dès qu'elle a eu connaissance** du motif de récusation (art. 49 al. 1 *in initio* CPC ; ATF 139 III 120 consid. 3.2.1 ; 138 I 1 consid. 2.2 ; 140 III 221 consid. 3.1). C'est une expression du principe de la bonne foi (art. 52 CPC ; ATF 139 III 120 consid. 3.2.1 ; 124 I 121 consid. 2, JdT 1999 I 159).

225. Il faut rendre **vraisemblables** les faits qui motivent la demande de récusation (art. 49 al. 1 *in fine* CPC). La question de la récusation est instruite en procédure sommaire (art. 248 ss CPC) et débouche sur le prononcé d'une « autre décision » sujette à **recours** (art. 319 let. b et 50 al. 2 CPC). Etant rendue en procédure sommaire, elle doit être attaquée dans les **dix jours** (art. 321 al. 2 CPC ; ATF 145 III 469 consid. 3., RSPC 2020 7 et note JEQUIER).

226. En même temps qu'elle demande la récusation, mais au plus tard **dix jours après qu'elle a eu connaissance** du motif de récusation, une partie peut demander que les actes de procédure auxquels a participé le juge soient annulés et renouvelés (art. 51 al. 1 CPC). La partie adverse peut en faire de même. Une telle demande peut aussi intervenir lorsque le juge se récuse spontanément, sans requête préalable de l'une ou l'autre des parties.

227. Cependant, les **mesures probatoires** non renouvelables (témoin décédé par exemple, ou vision locale sur des lieux modifiés depuis) peuvent être prises en considération par le tribunal (art. 51 al. 2 CPC).

228. Enfin, si un motif de récusation n'est découvert qu'après la **clôture de la procédure**, les dispositions sur la **révision** sont applicables (art. 51 al. 3 CPC ; *infra*, p. 446).

Jurisprudence. Le recours est ouvert en cas de découverte d'un motif de récusation après la clôture de la procédure, à la notification de la décision ; la révision est subsidiaire (ATF 139 III 466, RSPC 2014 157). Le projet de révision du CPC codifie cette règle jurisprudentielle (art. 51 al. 3 et 328 al. 1 let. d du projet ; critique : BOHNET, Plaidoyer, p. 31-36).

V. La compétence à raison du lieu

A. Notion

229. Les règles de compétence à raison du lieu permettent la **localisation du litige**. Une fois le litige localisé, les lois d'organisation judiciaire et les règles de compétence à raison de la matière (nature de l'affaire et valeur litigieuse) permettent de fixer la juridiction compétente au sein de la catégorie retenue eu égard à son ressort géographique.

B. Les sources

230. Les règles de compétence à raison du lieu peuvent être de **source internationale** ou **fédérale**. Leur portée peut être internationale (règles fixant le pays localement compétent), intercantonale (règles fixant le canton localement compétent) et intracantonale (règles localisant exactement le litige).

231. On parle généralement de **règle de for** lorsque la règle localise exactement le litige et non seulement le pays ou le canton compétent (portée triple : détermine l'Etat, le canton et le lieu dans le canton ; portée double : détermine le canton et le lieu dans le canton).

1. Les règles de compétence à raison du lieu de source internationale

232. Au niveau international, il convient avant tout de citer la **Convention de Lugano** du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1992. La Convention de Lugano a été révisée (FF 2009 1497 ss, 1551) ; la nouvelle mouture est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (*supra*, p. 12). Elle fixe des règles de compétence internationale (portée internationale uniquement) et des règles de for (portée internationale, inter- et intracantonale).

- Exemple de règle de compétence à portée internationale :

Art. 16 ch. 1 CL

L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'Etat lié par la présente convention sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.

- Exemple de règle de for à portée triple :

Art. 5 ch. 3 CL

Une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat lié par la présente convention peut être atraite, dans un autre Etat lié par la présente convention :

en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire.

2. Les règles de compétence à raison du lieu de source fédérale

a. La Constitution fédérale

233. Selon l'art. 30 al. 2 Cst., « La personne qui fait l'objet d'une action civile a droit à ce que sa cause soit portée devant le tribunal de son domicile. La loi peut prévoir un autre for ».

234. Contrairement à l'art. 59 aCst., dont la portée était uniquement intercantonale (il délimitait exclusivement la juridiction des cantons), qui ne s'appliquait qu'aux « réclamations personnelles » à l'exclusion des réclamations relatives à un droit absolu (p. ex. l'action en revendication de

l'art. 641 al. 2 CC) et ne valait que pour les personnes solvables, la nouvelle disposition constitutionnelle s'applique à toutes les actions civiles et acquiert la qualité de **for général** dont la portée est triple (internationale, inter- et intracantonale).

235. La norme constitutionnelle retient expressément que la loi, à savoir les lois fédérales et les traités internationaux, peut prévoir des exceptions au for du juge du domicile. Nous avons mentionné ci-dessus la Convention de Lugano. Au niveau interne, il faut citer le CPC et la LDIP, présentés ci-après.

b. Les lois fédérales

236. La Loi fédérale sur le droit international privé (**LDIP**) du 18 décembre 1987 règle exhaustivement la compétence à raison du lieu lorsque le litige est international (*supra*, p. 20). A son entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1989, les dispositions cantonales sur ce sujet sont devenues sans objet.

- Exemple de règle de for à portée triple :

Art. 129 al. 1 LDIP

Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des actions fondées sur un acte illicite. Sont en outre compétents les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du résultat et, pour connaître des actions relatives à l'activité de l'établissement en Suisse, les tribunaux du lieu de l'établissement.

237. Le **CPC** fixe la compétence à raison du lieu en matière civile lorsque le litige ne présente pas d'élément d'extranéité et n'est donc pas de nature internationale. Il reprend la plupart des dispositions de la Loi fédérale sur les fors (LFors) du 24 mars 2000, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (TF [20.06.2011] 4A_145/2011 consid. 2 non reproduit *in* ATF 137 III 311). Cette loi avait rendu sans objet la quasi-totalité des dispositions cantonales concernant la compétence à raison du lieu. La LFors avait ainsi supprimé les disparités cantonales et réuni en un seul texte les diverses règles de for en matière civile qui avaient été introduites au cours des ans dans la législation fédérale. Ce sont désormais les art. 9 à 46 CPC qui régissent la matière.

- Exemple de règle de for à portée double (inter- et intracantonale) :

Art. 10 al. 1 CPC Domicile et siège

Sauf disposition contraire de la présente loi, le for est :

- a. pour les actions dirigées contre une personne physique, celui de son domicile ;
- b. pour les actions dirigées contre les personnes morales, les établissements de droit public, les corporations ainsi que contre les sociétés en nom collectif ou en commandite, celui de leur siège. (...)

C. Les règles du Code de procédure civile en matière de fors

238. Il convient de consulter le CPC pour localiser le litige lorsque celui-ci relève du droit civil fédéral (affaires contentieuses et gracieuses, art. 1 CPC ; *supra*, p. 17) et qu'il n'est pas de nature internationale (réserve de l'art. 2 CPC).

239. Le CPC prévoit des *règles de for* de portée inter- et intracantonale.

1. La structure du CPC

240. La **section 1** (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 CPC) est consacrée aux **règles générales** en matière de for. Plutôt que de mentionner en premier lieu le for ordinaire du domicile ou du siège du défendeur, elle débute par une disposition sur les fors impératifs (art. 9 CPC), pour traiter ensuite dudit **for ordinaire** du domicile (art. 10 CPC), des **fors subsidiaires** à défaut de domicile (art. 11 CPC) et de diverses autres règles générales (art. 12-19 CPC).

241. Les **sections 2 à 8** (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 CPC) indiquent les **fors à disposition dans divers domaines du droit**, en suivant globalement l'ordre du CC et du CO. Il s'agit tant de fors spéciaux, à savoir des fors que la loi prévoit pour des *actions déterminées et dont le critère de rattachement n'est pas le domicile du défendeur* (p. ex. le for du domicile du demandeur, le for du dernier domicile du défunt, le for du lieu de l'acte illicite) que du for du domicile du défendeur, qui n'est pas un for spécial (for général de l'art. 10 CPC).

242. On oppose les fors spéciaux au for général du domicile du défendeur et à d'autres fors qui ne sont pas prévus pour des domaines spécifiques (for de l'établissement [art. 12 CPC], for des mesures provisoires [art. 13 CPC], for de la demande reconventionnelle [art. 14 CPC], etc.).

2. Les différentes catégories de fors

243. Le CPC distingue trois **espèces** de fors :

- les fors impératifs ;
- les fors partiellement impératifs ;
- les fors dispositifs.

244. Ils peuvent être alternatifs, uniques ou subsidiaires. Ils sont **alternatifs** lorsque la loi prévoit plusieurs fors à disposition du demandeur, **uniques** quand le code ne prévoit qu'un seul for. Un for est **subsidiaire** lorsqu'il n'est à disposition que si le critère de rattachement au for principal n'existe pas.

Jurisprudence. En matière de mesures provisionnelles, il n'est en tout cas pas arbitraire de retenir que le for du lieu où la mesure devra être exécutée n'est pas subsidiaire et donc pas uniquement réservé aux cas d'urgence (art. 13 CPC ; ATF 138 III 555 consid. 2 ; *infra*, p. 410).

a. Les fors impératifs

245. Seul le for impératif est défini noir sur blanc par la loi, à l'art. 9 CPC. Selon cette disposition, les parties ne peuvent déroger à un for impératif et il n'y a for impératif que si la loi le prévoit expressément. Le for impératif s'impose aux parties. Elles ne peuvent convenir d'un autre for ni d'avance, à savoir avant que le litige ne survienne, ni après, soit une fois que le litige est survenu. L'acceptation tacite d'un autre for est également exclue. La loi prévoit des fors impératifs dans des domaines qui relèvent de l'**ordre public**, lorsque la procédure est de nature **gracieuse** (p. ex. art. 19, 29 al. 4, 30 al. 2, 43 al. 1, 2 et 4 CPC) ou qu'elle porte sur l'**exécution** (art. 339 CPC).

246. La loi rend également impératifs les fors qu'elle consacre en matière de **mesures provisionnelles**. Cela s'explique par le besoin de protection dans ce domaine : si une partie pouvait valablement supprimer le for du lieu d'exécution de la mesure à prendre, la sauvegarde des droits invoqués pourrait être mise en péril. Ainsi, serait nulle (art. 13 CPC et 19 al. 2 CO) la clause de conditions générales qui prévoirait que toute prétention, même à titre provisionnel, ne peut être invoquée qu'au for du siège du fournisseur.

247. Un for impératif peut être alternatif ou unique, ce qui signifie que la loi peut prévoir plusieurs fors impératifs entre lesquels les parties devront choisir (for impératif alternatif).

Exemples : les fors **impératifs uniques** sont ceux des art. 21 CPC (déclaration de décès et d'absence), 22 CPC (modification des registres de l'état civil), 23 al. 2 CPC (séparation de biens) et 45 CPC (fonds de placement). Les fors **impératifs alternatifs** sont ceux des art. 13 CPC (mesures provisionnelles), 23 al. 1 CPC, 24-27 CPC (droit de la famille), 339 al. 1 CPC (exécution, *infra*, p. 479).

248. Si un for n'est pas impératif, il est soit partiellement impératif (on peut y déroger à certaines conditions), soit dispositif (on peut toujours y déroger).

b. Les fors partiellement impératifs

249. Un for est partiellement impératif lorsqu'on ne peut y renoncer par avance ou par acceptation tacite. Le CPC prévoit des fors partiellement impératifs en matière contractuelle pour le consommateur, le locataire ou le fermier de locaux d'habitation ou de locaux commerciaux, le fermier agricole, le demandeur d'emploi et le travailleur (art. 35 CPC). Ce sont avant tout des **considérations d'ordre social** qui justifient le caractère partiellement impératif d'un for.

250. Ledit for ne protège que la **partie faible** au contrat. Ainsi, un employeur ou un bailleur n'est pas protégé par l'art. 35 CPC et il peut accepter tacitement la compétence locale du tribunal saisi par l'employé ou le locataire (ATF 137 III 311 consid. 4.1 ; TF [21.03.2006] 4C.29/2006 consid. 4.1, RSPC 2006 240). Une clause de prorogation de for (art. 17 CPC ; *infra*, p. 78) est sans effet pour la partie faible, mais lie l'employeur et le bailleur (mêmes arrêts ; TF [10.01.2019] 4A_291/2018).

Exemples : les fors des art. 32 et 34 CPC sont des fors partiellement impératifs (dans la mesure définie par l'art. 35 CPC) alternatifs. Le for de l'art. 33 CPC (bail à loyer ou à ferme) est un for partiellement impératif unique.

c. Les fors dispositifs

251. Lorsqu'un for n'est ni impératif, ni partiellement impératif, il est dispositif. C'est le cas d'un grand nombre de fors prévus par le CPC. On peut **librement déroger** à un for dispositif alors même qu'il s'agirait d'un for dispositif unique.

Exemples. Les art. 36-38 CPC (actions fondées sur un acte illicite) fondent des fors dispositifs alternatifs. L'art. 29 al. 1 CPC (actions réelles – immeubles) institue un for dispositif unique. Citons également un for dispositif subsidiaire :

le for de la résidence habituelle de l'art. 11 CPC, qui intervient lorsque le défendeur n'a pas de domicile.

d. Le for ordinaire

252. On entend par for ordinaire (ou for général) le for du domicile ou du siège du défendeur (art. 10 CPC). C'est la règle générale du « *actor sequitur forum rei* » (ATF 130 III 285 consid. 4). Ce for est garanti par l'art. 30 al. 2 Cst., qui autorise cependant la loi à y déroger.

253. Il ne faut toutefois pas en déduire que le for du domicile ou du siège du défendeur est ouvert pour toutes les actions. Ainsi, lorsqu'il n'est pas expressément mentionné dans les sections 2 à 8 (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 CPC), le for général n'est pas ouvert. En revanche, lorsque le for du domicile ou du siège du défendeur est mentionné, le for subsidiaire de l'art. 11 CPC (résidence) et le for alternatif de l'art. 12 CPC (établissement) entrent en considération.

e. Le *forum shopping*, *running* et *non conveniens*

254. On parle de ***forum shopping*** lorsqu'une partie dispose de plusieurs fors à sa disposition (fors alternatifs) et qu'elle choisit le for en fonction de ses intérêts (proximité ; procédure applicable ; droit applicable en matière internationale) (ATF 123 III 414, JdT 1999 I 251).

255. Le ***forum running*** est le fait de saisir au plus vite le tribunal de son choix afin d'éviter que la partie adverse opte pour un autre tribunal, également compétent, qu'elle considère plus à son avantage. En matière interne, la jurisprudence nie que le fait de vouloir saisir le tribunal de son choix fonde un intérêt suffisant pour une action en constat négatif, alors même que l'on sait que l'autre partie va agir de son côté (ATF 131 III 319, RSPC 2005 385 ; 123 III 414 consid. 7b). Après avoir retenu la même solution en matière internationale (ATF 136 III 523, RSPC 2011 21), le Tribunal fédéral a admis dans ce cadre l'existence d'un intérêt juridiquement suffisant au demandeur à l'action en constatation en vue de s'assurer le for qui lui est le plus favorable en cas de procédure judiciaire imminente, sous réserve d'abus de droit, tout en laissant la question ouverte en matière interne (ATF 144 III 175 consid. 5.2-5.4).

256. Le **forum non conveniens** est une institution anglo-saxonne qui permet à une partie de faire valoir que le for pour lequel le demandeur a opté (*forum shopping*) n'est pas le plus adapté à la cause et qu'un autre tribunal, également compétent, est plus à même de trancher le litige. Si ce concept n'est pas retenu en droit suisse, ni dans le champ d'application de la CL (ATF 133 III 282 consid. 4. 6 et les réf.), il convient de relever que la **théorie du rattachement prédominant** appliquée par le Tribunal fédéral en matière de concours d'actions (*action à double fondement* ; ATF 137 III 311, RSPC 2011 363 ; TF [26.06.2014] 4A_580/2013 consid. 4.4 ; *infra*, p. 78) présente quelques similitudes avec le concept de *forum non conveniens*.

3. Les règles à caractère général en matière de fors

a. Le domicile, le siège et la résidence (habituelle) du défendeur

257. Selon l'art. 30 al. 2 Cst., le for est en principe celui du **domicile ou du siège du défendeur** (art. 10 CPC). La notion de domicile renvoie à celle du Code civil (art. 10 al. 2 CPC). Toutefois, l'art. 10 al. 2 CPC ne reprend pas la règle du domicile fictif de l'art. 24 CC mais prévoit un for subsidiaire au lieu de la **résidence habituelle** (et à titre plus subsidiaire encore celui de la résidence) du défendeur (art. 11 CPC), en reprenant la règle de la LDIP (voir art. 20 al. 1 let. b LDIP).

258. A notre sens, le for subsidiaire de la résidence habituelle vaut également, faute de domicile du **demandeur**, lorsque ce for est ouvert par une disposition du Code. L'analogie entre les situations le justifie.

b. Le for de l'établissement ou de la succursale du défendeur

259. L'art. 12 CPC prévoit, à côté du domicile ou du siège du défendeur, un for alternatif au lieu dans lequel un établissement ou une succursale est situé, pour les actions portant sur les **activités commerciales ou professionnelles** de cet établissement (*geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung*) ou de cette succursale (*Zweigniederlassung*). Ce for est repris de l'art. 4 LFors. Selon le Message LFors (FF 1999 2591), p. 2608, le for alternatif de l'établissement est fondé sur le principe que la notion de juge ordinaire peut être étendue au lieu où se trouve effectivement l'établissement de la personne qui assume juridiquement la marche de l'entreprise. Ce for vaut également

pour les domaines réglés dans les sections 2 à 8 (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 CPC), lorsque les dispositions légales mentionnent le for du domicile ou du siège du défendeur par exemple en droit du travail (ATF 129 III 31, JdT 2004 I 364, toujours d'actualité selon nous) ou lorsque la prétention est de nature délictuelle (art. 36 CPC).

Exemple. Le patient d'un dentiste pourrait agir contre lui au lieu où il exploite son cabinet, même si ce dentiste est domicilié dans un autre arrondissement judiciaire.

260. Le for au lieu où se trouvent les établissements professionnels ou commerciaux des personnes physiques ou de sociétés en nom collectif ou en commandite a été repris du droit cantonal par la LFors et désormais par le CPC. Le for du lieu où se trouvent des succursales de sociétés commerciales et de sociétés coopératives est issu du droit fédéral antérieur à la LFors (art. 642 al. 3 aCO, 782 al. 3 aCO et 837 al. 3 aCO).

261. L'art. 12 CPC vise les **établissements au sens large** (*Niederlassung* selon la note marginale du texte allemand), qu'il s'agisse d'un établissement professionnel ou commercial (*geschäftlichen oder beruflichen Niederlassung*) ou d'une succursale (*Zweigniederlassung*). Il peut s'agir d'un établissement principal (*Hauptniederlassung*) ou secondaire (*Zweigbetrieb*), tant qu'il remplit les conditions décrites ci-après. L'établissement professionnel vise par exemple les cabinets d'indépendants (médecin, avocat, notaire, architecte, tatoueur), l'établissement commercial, toutes les sortes d'entreprises (p. ex. un établissement agricole, ATF 30 I 662 consid. 3).

262. Les établissements peuvent être exploités tant par des personnes physiques, que des sociétés de personnes, des personnes morales ou des entités de droit public. Contrairement à ce que laisse entendre le Message LFors, FF 1999 2608, non seulement une succursale, mais aussi un établissement professionnel ou commercial d'une personne morale crée un for au lieu d'exploitation à certaines conditions. L'établissement suppose une **certaine autonomie**, sans atteindre cependant pour l'établissement secondaire les exigences de la succursale (ATF 101 Ia 39 consid. 1, JdT 1975 I 34), et des installations ou aménagements matériels fixes au moyen desquels l'entreprise déploie une part importante de son activité technique ou commerciale, du point de vue qualitatif ou quantitatif. Une inscription au registre du commerce n'est pas nécessaire (Message LFors, FF 1999 2608 n. 38).

Exemples. Tel n'est pas le cas d'un stand dans une foire ou d'un chantier (BK ZPO-BERGER, art. 15 N 16 ; ZK ZPO-FELLER/BLOCH art. 12 N 6 : sauf installations fixes de très longue durée), mais bien en revanche généralement d'un magasin (ATF 30 I 657 : magasin d'épicerie fine et de produits coloniaux ; 50 I 121 : pressing) ou d'un commerce (ATF 77 I 121, JdT 1952 I 209), s'il dispose de l'autonomie requise (ATF 129 III 31, JdT 2004 I 364 : tel n'est pas le cas de points de vente d'articles de sport d'une entreprise individuelle, tous gérés depuis son établissement principal).

263. Si une entité est **inscrite comme succursale** alors que les conditions légales ne sont pas remplies, le for de l'art. 12 CPC est cependant ouvert, compte tenu de l'apparence créée par l'inscription (BK ZPO-BERGER, art. 12 N 27 qui renvoie pertinemment aux ATF 62 I 14 consid. 3 et 68 III 146 consid. 2).

264. Il faut également admettre que l'**apparence d'un établissement ou d'une succursale** suffit à fonder un for au lieu où l'activité est déployée, ce en vertu du principe de la confiance (art. 2 CC) (ATF 101 Ia 39, JdT 1975 I 344). Une telle apparence existe lorsque le comportement de l'entreprise laisse entendre qu'elle exerce une activité durable au lieu en question, que cette entité jouit d'une certaine autonomie et qu'elle dispose d'installations ou d'aménagements matériels fixes au moyen desquels l'entreprise déploie une part importante de son activité technique ou commerciale, du point de vue qualitatif ou quantitatif. Ce n'est pas le cas en revanche, si une entreprise mentionne uniquement une adresse ne correspondant pas effectivement à son lieu d'exploitation (ATF 62 I 14 consid. 3, JdT 1936 I 506, avec des réf. à la jurisprudence allemande).

c. Le for de la reconvention

265. Lorsque le défendeur souhaite déposer des conclusions reconventionnelles et que celles-ci ne peuvent en principe pas être formées au même for que la demande principale, ce for est cependant donné par l'art. 14 CPC en cas de **connexité matérielle** avec la demande principale.

Controverse. Selon la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 59 aCst. (voir ATF 93 I 549), un tel lien de connexité est réputé exister lorsque les deux demandes reposent sur une **base factuelle ou juridique identique** (p. ex. le même état de fait, le même contrat) ou encore si elles ont entre elles un **lien juridique étroit** (p. ex. une demande en paiement de travaux de réparation sur un véhicule [contrat d'entreprise ultérieur à la vente] et une demande reconventionnelle en réduction du prix de vente du véhicule). Le Tribunal fédéral (ATF 129 III 230

consid. 3.1, JdT 2003 I 643) a laissé en suspens la question de savoir si le concept restait le même sous l'empire de la LFors ou s'il fallait exiger dans tous les cas une base factuelle et juridique identique, comme le requiert la jurisprudence européenne. La question demeure entière pour le CPC.

Exemples : la personne attaquée en réhabilitation d'un contrat de vente (art. 205 CO) pourrait demander le paiement du solde du prix de l'objet vendu à titre reconventionnel. En revanche, le propriétaire attaqué par son voisin en cessation d'un trouble à la propriété (art. 679 CC) ne pourrait à titre reconventionnel demander que celui-ci lui restitue un bien meuble qu'il lui a prêté, faute de lien de connexité.

266. Le for de l'art. 14 CPC n'est pas donné lorsque la prétention reconventionnelle fait l'objet d'une clause de **prorogation** de for (comp., en matière internationale, ATF 123 III 35 consid. 3c, JdT 1997 I 322) ou qu'elle est soumise à un **for impératif** si l'on interprète strictement l'art. 9 CPC (controversé).

Exemple. A. agit contre B. en remboursement d'un prêt, au lieu où l'argent a été prêté (art. 31 CPC). B ne peut pas agir en entretien sur la base des dispositions sur la dette alimentaire (art. 328 CC) au même lieu s'il ne s'agit pas du lieu de domicile de l'une des parties (art. 26 CPC). Qui plus est, il est douteux que la connexité soit reconnue en l'espèce.

267. En revanche, un **for partiellement impératif** ne devrait pas faire barrage au for de la reconvention. La condition de la connexité protège suffisamment la partie faible : si elle attaque en un lieu donné, elle doit à notre sens se laisser opposer une prétention connexe au même for.

Exemple. Un consommateur agit en réhabilitation d'un contrat de vente au siège du fournisseur. Celui-ci doit pouvoir reconventionnellement agir en paiement du solde du prix, même s'il ne s'agit pas du for de l'art. 32 al. 1 let b (domicile du consommateur).

268. L'objection de **compensation** n'est pas réglée par cette disposition. Comme il s'agit d'un simple moyen de défense (*supra*, p. 98 ; *infra*, p. 331 ss et p. 333), elle peut toujours être soulevée dans le cadre du procès.

Exemple. Le locataire auquel on réclame des dommages-intérêts en fin de bail pour des dommages causés à l'objet loué pourrait contester les dommages et, subsidiairement, invoquer la compensation avec une créance en réduction de loyer en raison de défauts de la chose louée la dernière année du bail.

d. Le cumul d'actions

269. Il faut distinguer le cumul subjectif (consorité active ou passive) du cumul objectif (cumul des prétentions).

270. **Cumul subjectif.** Le demandeur peut souhaiter (ou devoir) agir contre **plusieurs personnes** dans certaines circonstances. On peut également envisager que plusieurs personnes entendent agir ensemble contre un même défendeur. La possibilité d'agir à plusieurs ou d'agir contre plusieurs suppose que l'on se trouve dans un cas de **consorité** (active ou passive) au sens des art. 70 ss CPC (*infra*, p. 131 ss).

271. Aucun problème de for ne se pose à cet égard lorsque les règles de compétence locale applicables au litige aboutissent au même (ou à un même) for pour chaque consort. Lorsque tel n'est pas le cas, l'art. 15 al. 1 CPC vient en aide au demandeur souhaitant attirer **plusieurs défendeurs** au même for en prévoyant que « [...] le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres, à moins que sa compétence ne repose que sur une élection de for ».

Exemples. La victime d'une agression souhaite agir contre ses deux agresseurs à Neuchâtel, lieu de domicile de l'un d'eux. Le maître d'ouvrage entend agir contre son ingénieur et une entreprise au siège de celle-ci.

272. L'art. 15 al. 1 CPC ne s'applique pas en cas de **for impératif**, si l'on interprète strictement l'art. 9 CPC (controversé). La même solution s'applique apparemment en cas de **for partiellement impératif**.

Exemples : A. entend agir en aliments contre ses deux enfants. Il saisit le tribunal du domicile de son fils. Il ne peut pas invoquer le for de l'art. 15 al. 1 CPC à l'encontre de sa fille, domiciliée dans un autre ressort judiciaire. En revanche, il pourrait les attaquer les deux à son propre domicile en vertu de l'art. 26 CPC. Un employeur agit au domicile de l'un de ses employés en violation d'une clause d'interdiction de concurrence. Il ne peut pas agir au même lieu contre un autre employé lui aussi impliqué, domicilié dans un autre arrondissement judiciaire.

273. Le principe de l'art. 15 al. 1 CPC ne vaut pas en cas de **pluralité de demandeurs** (Message LFors, p. 2609). Ainsi, les consorts demandeurs n'ont pas la possibilité d'agir au domicile de l'un d'eux lorsque le for du domicile du demandeur est à disposition.

Exemple. En cas d'acte illicite (art. 36 CPC) survenu à Berne et dont l'auteur est domicilié à Lausanne, les deux victimes ne pourraient pas agir ensemble au domicile d'une seule d'entre elles à Delémont.

274. Il convient encore de préciser que, même si l'art. 15 al. 1 CPC parle de « compétence », il ne concerne que la compétence locale et non la compétence matérielle.

275. **Cumul objectif.** Diverses prétentions peuvent ouvrir des fors différents. Se pose dans ce cas la question de la possibilité de cumuler plusieurs prétentions (elles doivent être soumises à la même procédure, art. 90 let. b CPC) dans une seule demande déposée devant le tribunal matériellement compétent (art. 90 let. a CPC) du lieu ouvert pour l'une d'elles. L'art. 15 al. 2 CPC l'admet en cas de **lien de connexité** entre elles. Sur cette notion, le Message LFors, p. 2610, renvoyait à la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral sous l'empire de l'art. 59 aCst. en matière de demande reconventionnelle. Comme indiqué ci-dessus (*supra*, p. 75), le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir si cette jurisprudence était toujours d'actualité.

Exemple. Celui qui agit en cessation d'une atteinte à sa personnalité à son domicile (art. 20 CPC ; *infra*, p. 85) peut cumuler cette demande avec des conclusions en dommages et intérêts ou tort moral en vertu de l'art. 15 al. 2 CPC (comp. sous l'ancien droit, ATF 126 III 161 consid. 2, JdT 2000 I 292).

276. En revanche, le for de l'art. 15 al. 2 CPC ne peut lui non plus contredire un for impératif ou partiellement impératif en défaveur de la partie au contrat (ATF 137 III 311 consid. 4.2 *a contrario*).

Exemple. Un bailleur qui rembourse par erreur un montant d'acompte de charges en fin de bail ne peut agir au domicile du locataire en enrichissement illégitime (art. 62 CO) et en paiement de dommages et intérêts pour les dégâts causés à la chose louée (à moins d'un accord exprès du locataire).

277. Le cumul d'actions qui ne relèveraient pas de la même procédure ni du même tribunal matériellement compétent est admissible à condition que les prétentions, à elles seules, relèvent de procédures différentes uniquement à raison de leur valeur litigieuse (ATF 142 III 788 consid. 4.2).

Exemple. La femme qui agit en cessation du harcèlement (art. 28b CC) à l'encontre de son concubin (*cf.* art. 243 al. 2 let. b CPC) ne peut saisir l'occasion du procès pour agir en remboursement du prêt de CHF 35 000.– qu'elle lui avait consenti.

e. Le concours d'actions

278. Qu'en est-il lorsqu'une seule et même prétention a **plusieurs fondements** (on parle de concours d'actions ou d'action à double fondement ; *infra*, p. 97, en matière de compétence matérielle). La question est controversée en doctrine. Le Tribunal fédéral a jugé dans un arrêt de principe du 20 juin 2011, ATF 137 III 311, RSPC 2011 363, que si la prétention a un **fondement prépondérant** relevant du droit contractuel du travail, domaine réglementé de manière spécifique en procédure, il se justifie de faire prévaloir les fors prévus dans ce domaine sur ceux de l'acte illicite.

Jurisprudence. Lorsque le travailleur cumule des actions fondées uniquement sur le droit du travail (paiement du solde de vacances, indemnité pour congé abusif et délivrance du certificat de travail) avec d'autres fondées en même temps sur le contrat de travail et sur une atteinte illicite à la personnalité (dommages et intérêts et tort moral découlant d'un harcèlement psychologique), il faut se placer d'un point de vue temporel pour voir si c'est la relation contractuelle qui préexistait à l'atteinte illicite ou le contraire. En l'espèce, le Tribunal fédéral retient que l'acte illicite ne serait jamais intervenu en l'absence de la relation contractuelle préexistante, de sorte que, cette dernière relation étant prédominante, seuls les fors qui en découlent peuvent s'offrir aux plaideurs, à l'exception de ceux résultant de l'acte illicite (ATF 137 III 311, RSPC 2011 363 ; voir aussi TF [26.06.2014] 4A_580/2013 consid. 4.4).

f. L'élection de for

i. La portée

279. L'art. 17 CPC régit le **choix d'un for** par les parties. Il ne porte **pas sur le choix d'un tribunal**, question qui relève en principe de l'organisation judiciaire cantonale, sous réserve de l'art. 8 al. 1 CPC.

Exemples. Si les parties convenaient dans leur contrat de soumettre l'ensemble des litiges en résultant au Tribunal cantonal neuchâtelois, et qu'une partie saisissait la Cour civile d'une demande en paiement de CHF 75 000.– en faisant valoir cette clause d'élection de for et de compétence, il conviendrait de consulter le **droit cantonal neuchâtelois** pour déterminer la compétence à raison de la matière du Tribunal saisi. Or celui-là ne prévoit pas une telle possibilité. Le **droit vaudois** l'admet en revanche pour la compétence des tribunaux d'arrondissement et de leur président : les art. 96b al. 3 et 96d al. 2 LOJV sont de nature dispositive et permettent une acceptation tacite de compétence (TC VD, JdT 2013 III 112).

Jurisprudence. Les parties à un litige comportant un élément d'extranéité conviennent d'élire le Tribunal de commerce de Zurich. Faute d'inscription au registre du commerce de la partie défenderesse et de la possibilité de convenir de la compétence matérielle du tribunal de commerce, la clause d'élection de for est nulle. Le Tribunal fédéral retient une nullité partielle (art. 20 al. 2 CO), et au terme d'une interprétation des volontés hypothétiques, retient que si les parties avaient été conscientes de la nullité partielle, elles auraient tout de même élu les tribunaux suisses. Quant à la compétence interne, il retient que les parties auraient choisi le tribunal du district dans lequel est sis l'immeuble objet du contrat de courtage à l'origine du litige (district de Meilen), et non le Tribunal du district de Zurich, siège du Tribunal de commerce zurichois (ATF 143 III 558 consid. 4).

280. En vertu de l'art. 17 al. 1 CPC, une convention de prorogation de for n'est possible qu'en l'absence de « disposition légale contraire ». En conséquence, on ne peut jamais déroger aux **fors impératifs** (art. 9 al. 2 CPC ; *supra*, p. 69), que ce soit avant ou après la survenance du litige, ni renoncer d'avance au **for partiellement impératif** (art. 35 CPC ; *supra*, p. 70). Une clause de prorogation de for est sans effet pour la partie faible, mais lie l'employeur, le bailleur et le fournisseur (*supra*, p. 70).

281. Dans les autres cas, la prorogation de for est admise, que ce soit avant ou après l'apparition du litige, à condition toutefois que le litige concerne un **rapport juridique déterminé** (TF [25.09.2006], 4C.142/2006, RSPC 2007 6).

Jurisprudence. Il serait inadmissible de conclure une convention de for pour tous les litiges pouvant survenir dans les rapports commerciaux des parties (Message LFors, p. 2611 ; ATF 147 III 153 consid. 7). Une convention d'élection de for qui prévoit de s'appliquer à « tous les litiges » afférents au contrat dans lequel elle se trouve vise au premier chef les prétentions fondées sur ce contrat ; elle vise de plus les prétentions résultant d'actes illicites, quand ces actes constituent simultanément une violation du contrat ou qu'il existe une connexité entre ceux-là et l'objet de celui-ci, par exemple une action pour cause d'entrave illicite dans l'accès à la concurrence (TF [25.09.2006] 4C.142/2006, RSPC 2007 6). Une clause de prorogation de for contenue dans un contrat résilié et qui vise les différends relatifs à sa formation et à sa résiliation ainsi que les droits et obligations en résultant, ne s'étend pas aux litiges relatifs à la conclusion d'un nouveau contrat (ATF 147 III 153 consid. 7).

282. A moins d'un accord contraire, l'art. 17 al. 1 CPC dispose que la prorogation de for crée un **for unique**, ce qui signifie que l'action ne peut être intentée que devant le tribunal choisi. C'est le cas également lorsque la prétention invoquée a plusieurs fondements (concours d'actions ; *supra*, p. 78) ou en cas de cumul d'actions (*supra*, p. 76).

Exemples. Un acte de concurrence peut constituer une violation du contrat et un acte illicite. Sauf restriction de la clause de prorogation de for, elle vaut quel que soit le fondement invoqué dans la demande (comp. TF [25.09.2010] 4C.142/2006 consid. 2 sous l'empire de l'art. 9 LFors). Autre hypothèse : le demandeur invoque la violation d'un contrat muni d'une clause de prorogation de for et d'un autre contrat connexe, mais non muni d'une telle clause. Il peut à notre sens invoquer le cumul objectif (art. 15 al. 2 CPC) pour agir en dommages et intérêts au for prorogé, mais non pour déroger au for prorogé.

283. Lorsque la compétence se fonde sur une clause de prorogation de for, le **cumul subjectif** est exclu par l'art 15 al. 1 CPC.

284. L'art. 9 al. 3 LFors permettait au tribunal choisi de décliner sa compétence si le litige ne présentait pas de **liens suffisants** avec le for élu. Cette disposition était problématique puisque, à défaut d'un lien clair avec le for prorogé, les parties ne pouvaient jamais être certaines de la validité de leur convention de prorogation. Le CPC n'a pas repris cette restriction.

ii. *La forme*

285. L'art. 17 al. 2 CPC prévoit que la prorogation de for doit être convenue **par écrit**, forme définie aux art. 12 ss CO, ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte. Plusieurs **formes simplifiées** sont ainsi admises, entre autres l'échange de fax et d'e-mails.

Jurisprudence. Ne serait pas valable, faute de preuve par un texte, une clause d'élection de for figurant dans des conditions générales accessibles sur Internet lorsque le *contrat est conclu online*, avec l'admission des conditions générales par un simple clic dans une case (TC GR [18.5.2009], ZK2 09 2 consid. 2.2a-d).

286. Qu'en est-il en matière de **conditions générales** ? Le Tribunal fédéral considère les clauses de prorogation de for comme représentant d'ordinaire « [...] une disposition étrangère à l'affaire en cause et, partant, inhabituelle » (ATF 104 Ia 278 consid. 3, JdT 1979 I 154 et les nombreuses réf. ; TF 4A_347/2011 consid. 2, RSPC 2012 35). Elles dérogent de plus à la garantie constitutionnelle de l'art. 30 al. 2 Cst. (TF 4A_347/2011 consid. 2, RSPC 2011 35). Il a ainsi élaboré une **jurisprudence dite typographique**, rattachée à la problématique des clauses insolites (ATF 109 II 213 consid. 2a).

287. En vertu du **principe de la confiance**, l'auteur de la clause ne peut admettre un accord de son cocontractant que s'il est en droit d'inférer des circonstances que celui-ci a effectivement pris connaissance de la clause de prorogation de for et en a compris exactement la signification. Pour que tel

soit le cas, il faut que les conditions générales soient remises au cocontractant, que la clause soit mise en évidence et placée à un endroit bien visible pour celui qui renonce au for (**critère objectif** ; ATF 118 Ia 294 ; 128 I 273 consid. 2.3). De plus, il faut prendre en compte les expériences concrètes de la personne concernée sans se contenter de distinguer entre les personnes expérimentées en affaires et connaissant le droit et les personnes non initiées et sans connaissances juridiques (**critère subjectif** ; ATF 109 Ia 55 consid. 3, JdT 1985 I 66, qui précise l'ATF 104 Ia 278 consid. 3, JdT 1979 I 154).

Controverse. D'après le Message LFors, p. 2612, cette jurisprudence n'est plus d'actualité depuis l'entrée en vigueur de la LFors, dans la mesure où dans les domaines sensibles, en particulier en matière de protection du consommateur, il n'est plus admis de renoncer d'avance au for légal, ce qui constitue une protection efficace de la partie réputée socialement la plus faible (for partiellement impératif). Or la jurisprudence typographique se fonde sur le principe de la confiance tiré de l'art. 2 CC et est à l'origine de la règle de l'insolite. Le principe de la confiance ne saurait à l'évidence être remis en cause en la matière, ce d'autant plus qu'il a désormais trouvé sa consécration légale formelle en procédure civile, à l'art. 52 CPC. Du reste, le Tribunal fédéral a eu plusieurs fois l'occasion, depuis l'entrée en vigueur de la LFors, puis du CPC, de réaffirmer l'application de cette jurisprudence (TF [14.10.2013] 4A_247/2013 consid. 2, RSPC 2014 107 ; TF [10.08.2011] 4A_347/2011 consid. 2, RSPC 2012 35 ; pour des développements : FRANÇOIS BOHNET, Les clauses procédurales abusives, *in* Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Neuchâtel et Bâle 2012, p. 63 ss).

Jurisprudence. Pour être valide, une clause de prorogation de for doit en outre être suffisamment **claire et univoque**. Une clause qui indique que le for est le domicile/siège du défendeur et indique en majuscules en dessous « Lucerne » est contradictoire et ambiguë, donc invalide (TF [09.03.2015] 4A_4/2015 consid. 2-3).

288. La validité des clauses de **prorogation de for** antérieures au 1^{er} janvier 2011 demeure soumise à l'ancien droit (art. 406 CPC ; *supra*, p. 24).

g. L'acceptation tacite

289. Selon l'art. 18 CPC, le tribunal saisi est compétent lorsque le défendeur **procède sans faire de réserve** sur la compétence, sauf disposition légale contraire. Cela signifie qu'il ne peut pas y avoir acceptation tacite en cas de for impératif ou de for partiellement impératif (ce que semble oublier l'arrêt TF [04.07.2002] 5C.110/2002 consid. 2.2). Il convient de préciser que l'art. 18 CPC ne concerne pas la compétence à raison de la matière.

Exemple. T. employé auprès de Z. agit en paiement d'une indemnité pour congé abusif devant le Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers. L'employeur dépose une réponse. Il conteste que le congé soit abusif. Il ne dit rien du for, alors même que son domicile et le lieu de travail sont à La Chaux-de-Fonds. Comme le for est dispositif pour l'employeur (comp. art. 35 CPC ; *supra*, p. 70), on doit admettre une acceptation tacite du for.

290. Il convient de déterminer ce que l'on entend par « **procéder sans faire de réserve** sur la compétence ». Le Message LFors, p. 2612, indiquait seulement que « Le fait de ne pas répondre à la demande ne signifie pas qu'il y a acceptation tacite ». On ne doit admettre une acceptation tacite que si le défendeur entre en matière sur le fond. Ainsi, en cas de **défaut** (*infra*, p. 356), le juge ne peut pas considérer que le for est accepté tacitement.

Exemples. Une simple requête de sûretés (art. 99 CPC) ou de prolongation du délai de réponse (art. 144 al. 2 et 222 al. 1 CPC) ne doit pas être considérée comme une acceptation tacite. Par ailleurs, le fait de discuter le fond devant l'autorité de conciliation ne permet pas de retenir une acceptation tacite du for pour le fond (ATF 10 39 consid. 2 ; 52 I 131 consid. 3), mais exclut la remise en cause du for de la conciliation (ATF 146 III 265 consid. 5.5.3 : art. 18 ou 52 CPC). Il doit être permis à la partie actionnée de soulever l'exception de litispendance devant chacun des tribunaux saisis sans risquer ainsi une déchéance (ATF 123 III 35 consid. 3b, JdT 1997 I 322, en matière internationale).

291. Il sera intéressant de voir si le Tribunal fédéral fera dépendre la notion de procéder sans faire de réserve sur la compétence de la **forme des actes** judiciaires telle que réglementée par le CPC.

Exemple. Pourrait-on, en procédure ordinaire considérer comme une entrée en matière sur le fond une simple lettre du défendeur ne remplissant en aucune manière les conditions de forme de la réponse, telles que fixées à l'art. 221 CPC ?

292. Même si l'on parle d'« acceptation tacite », on considère que l'entrée en matière sur le fond se limite à un **acte objectif** du défendeur. Il est indifférent qu'elle soit entachée d'une erreur de la volonté ou d'une méconnaissance du droit procédural.

h. Les mesures provisionnelles

293. L'art. 13 CPC prévoit un **for impératif alternatif** pour le prononcé de mesures provisionnelles (*infra*, p. 405 ss) : soit le tribunal du lieu dans lequel est donnée la compétence pour connaître de l'action principale (let. a), soit le tribunal du lieu dans lequel la mesure devra être exécutée (let. b). On entend

par là le lieu où les mesures utiles devront être prises (TF [20.08.2008] 5A_95/2008, RSPC 2009 120 : p. ex. le lieu où un bien doit être saisi).

Jurisprudence. Il n'est en tout cas pas arbitraire de retenir que le for au lieu dans lequel la mesure devra être exécutée n'est pas subsidiaire et donc pas uniquement réservé aux cas d'urgence (ATF 138 III 555 consid. 2).

294. Lorsque le for de l'action principale est alternatif, le demandeur peut déposer sa requête à l'**un des fors alternatifs** (ou au lieu d'exécution), puis sa demande principale à un autre for alternatif (BK ZPO-GÜNGERICH, art. 13 N 16 ; KommZPO-SUTTER-SOMM/KLINGLER, art. 13 N 19). En revanche, si la **demande au fond est pendante**, seul ce lieu ou celui du lieu d'exécution est à disposition (BSK ZPO-BERTI, art. 13 N 9 ; BK ZPO-GÜNGERICH, art. 13 N 18 ; KommZPO-SUTTER-SOMM/KLINGLER, art. 13 N 19).

295. Il va de soi que le tribunal saisi de la demande principale pourrait être compétent, suivant les cas, sur la base de l'art. 17 ou de l'art. 18 CPC. Il découle du caractère impératif du for des mesures provisionnelles que le for du lieu d'exécution demeure à disposition alors même que les parties auraient prorogé le for. Le but est de s'assurer que le tribunal du lieu d'exécution, le plus à même d'ordonner en temps utile une mesure immédiatement exécutoire, demeure compétent (comp. en matière internationale : ATF 125 III 451 consid. 3a, JdT 2000 I 163).

Exemple. Celui qui veut obtenir le séquestre d'un bien dont il se prétend propriétaire pourrait agir soit au lieu d'exécution de la mesure (à savoir là où le bien se trouve ; voir RSPC 2009 120), soit au for ouvert pour la demande au fond, par hypothèse le for du domicile du défendeur.

i. Le gracieux

296. Dans diverses hypothèses, le recours au juge s'impose selon la loi pour obtenir une modification juridique, sans nécessaire intervention d'une partie adverse (*supra*, p. 18).

Exemples : relèvent de la juridiction gracieuse la consignation en cas de demeure du créancier (art. 92 al. 2 CO ; art. 250 let. a ch. 3 CPC) et la requête en annulation d'un papier-valeur égaré (art. art. 971 ss, 981 ss CO ; art. 250 let. d ch. 1 CPC).

297. L'art. 19 CPC prévoit un for impératif au domicile ou siège du requérant, à moins d'une disposition contraire de la loi.

Exemples. Alors que l'annulation d'un chèque doit être impérativement requise au lieu du paiement (art. 43 al. 4 CPC), la requête en annulation d'une cédule hypothécaire intervient impérativement au lieu où l'immeuble est (ou devrait être, comp. art. 29 al. 4 CPC) immatriculé au registre foncier (art. 43 al. 2 CPC ; sur la notion de « titres de gages immobiliers » comp. ATF 145 III 133, RSPC 2019 221). L'art. 28 al. 2 CPC en matière successorale prévoit un for impératif au dernier domicile du défunt pour les mesures en rapport avec la dévolution.

4. Les règles spéciales en matière de for

a. Généralités

298. Les sections 2 à 8 (Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 CPC) mentionnent tous les fors à disposition dans les domaines qu'elles énoncent, y compris, le cas échéant, le for ordinaire du domicile ou du siège du défendeur (art. 10 CPC).

299. Les différents domaines sont énumérés en suivant plus ou moins l'**ordre du CC/CO** : droit des personnes (section 2), droit de la famille (section 3), droit successoral (section 4), droits réels (section 5), actions découlant d'un contrat (section 6), actions fondées sur un acte illicite (section 7) et droit commercial (section 8).

300. Le texte de la loi mentionne expressément les fors impératifs ou partiellement impératifs. En l'absence d'indication dans la loi, le for est dispositif. Tous les fors à disposition étant énumérés, le caractère alternatif ou unique d'un for ressort immédiatement du texte légal.

b. Le for du domicile du demandeur

301. Plusieurs dispositions de la partie spéciale prévoient un for alternatif au domicile ou au siège du demandeur. On peut se demander si le for subsidiaire de l'art. 11 CPC (**résidence**) et le for alternatif de l'art. 12 CPC (**établissement**) s'appliquent dans les hypothèses envisagées par ces dispositions, dans la mesure où elles se réfèrent expressément au domicile du défendeur. Tel est le cas, nous l'avons vu (*supra*, p. 72), en matière de for alternatif selon le Tribunal fédéral, qui a tranché en ce sens en droit du travail (ATF 129 III 31, JdT 2004 I 364). On doit également l'admettre à notre sens, par analogie, en matière de résidence.

c. Le droit des personnes

302. En matière d'atteinte à la personnalité, de droit de réponse, de protection du nom, de contestation de changement de nom et de protection des données (art. 20 al. 1 let. a à d CPC), le for est le **domicile** ou le siège **de l'une des parties**. Le for est dispositif.

Exemple. Celui qui veut agir en cessation de violence au sens de l'art. 28b CC peut saisir le tribunal compétent de son domicile.

303. Les déclarations de décès et d'absence (art. 34-38 CC) doivent être impérativement requises au for du dernier domicile connu de la personne disparue (art. 21 CPC).

304. Les requêtes en modification du registre de l'état civil doivent impérativement être déposées au lieu où les données de l'état civil à modifier ont été ou auraient dû être enregistrées (art. 22 CPC).

Exemple. La demande en changement de sexe doit être introduite audit for (comp. TF [27.11.2009] 5A_613/2009).

d. Le droit de la famille

305. En principe, les actions relatives au droit de la famille (filiation ; mariage ; partenariat enregistré ; entretien et dette alimentaire ; prétentions de la mère non mariée ; art. 23-27 CPC) peuvent être introduites au for du **domicile du demandeur ou du défendeur**. Comme ces fors relèvent de l'ordre public, ils sont impératifs.

306. Les mesures provisionnelles en matière matrimoniale et de partenariat doivent être introduites aux mêmes fors (art. 23 al. 1, 24 CPC).

307. Le for de l'avis au débiteur est celui des art. 23 (entretien du conjoint, art. 132 CC), respectivement 26 (entretien de l'enfant, art. 291 CC) CPC, et non celui de l'exécution (art. 339 CPC) (ATF 145 III 255 consid. 5.4, 5.5).

e. Le droit des successions

308. En matière successorale, le for est au **dernier domicile du défunt** (art. 28 al. 1 CPC). Ce for vaut également pour les actions en liquidation du régime

matrimonial faisant suite au décès de l'un des conjoints ou de l'un des partenaires enregistrés (art. 28 al. 1 *in fine* CPC). Il est dispositif. Il devient en revanche impératif pour les mesures en rapport avec la dévolution (art. 28 al. 2 CPC). L'autorité du lieu du décès communique le fait à l'autorité du domicile et prend les mesures nécessaires pour assurer la conservation des biens sis au lieu du décès (art. 28 al. 2 *in fine* CPC).

Jurisprudence. Le for successoral est prévu pour les actions en rapport étroit avec la succession, sauf convention contraire des parties. C'est le cas de l'action en constatation de droit lorsque celle-ci concerne un titre successoral et soulève une question en relation étroite avec une succession ouverte. C'est aussi le cas d'une action en annulation des dispositions à cause de mort sur une succession ouverte (art. 519 CC) (TF [04.05.2012] 5A_92/2012, RSPC 2012 383).

309. Les actions indépendantes relatives à l'attribution successorale d'une exploitation ou d'un immeuble agricole peuvent aussi être portées devant le tribunal du lieu où l'objet est situé (art. 28 al. 3 CPC).

f. Les droits sur les immeubles

310. Le for des **actions réelles** se situe au lieu où l'immeuble est ou devrait être **immatriculé au registre foncier** (art. 29 al. 1 let. a CPC). Il en va de même du for des actions intentées contre des communautés de propriétaires par étage et en constitution de droits de gages légaux (art. 29 al. 1 let. b et c CPC). Ce for unique est de nature dispositive.

Exemples. Sont réelles les actions en revendication (art. 641 CC) et en cessation du trouble à la propriété (art. 679 CC) ou à la possession (art. 928 CC). L'action en inscription d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs (art. 837 al. 1 ch. 3 CC) tombe sous la lettre c.

Controverse. Les arrondissements judiciaires et ceux du registre foncier peuvent ne pas correspondre, si bien que le for de l'art. 29 al. 1 CPC, dont le texte est clair, n'équivaut pas nécessairement au lieu de situation de l'immeuble (*contra* : BSK ZPO-TENCHIO, art. 29 N 27, qui privilégie le for de la situation de l'immeuble dans cette hypothèse).

311. Les autres demandes portant sur des droits (personnels ou réels ; voir ATF 134 III 16, RSPC 2008 121) sur des immeubles peuvent être introduites à ce for ou au domicile ou au siège du défendeur (art. 29 al. 2 CPC). Ce for alternatif est aussi de nature dispositive.

Exemples. Constitue une telle action, la demande en exécution d'une vente immobilière (art. 665 al. 1 CC) ou en constitution d'un droit réel limité. En revanche, tel n'est pas le cas d'une demande relative à des défauts sur un immeuble, la prétention en paiement d'honoraires d'un architecte pour des prestations concernant l'immeuble (ATF 134 III 16, RSPC 2008 121) ou encore en dommages et intérêts en raison d'un trouble à la propriété.

g. Les droits sur les meubles

312. En matière de droit réel mobilier, de possession sur un bien meuble et de créances garanties par gage mobilier, le for est au domicile ou au siège du défendeur ou, alternativement, au lieu où le bien est situé (art. 30 al. 1 CPC). Il est dispositif.

313. En matière gracieuse, le tribunal du domicile ou du siège du requérant ou celui du lieu de situation du bien est impérativement compétent (art. 30 al. 2 CPC).

Exemple. Requête visant la vente aux enchères d'une chose trouvée (art. 721 al. 2 CC).

h. Les actions découlant d'un contrat

314. Concernant les actions découlant d'un contrat, l'art. 31 CPC prévoit que le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où la prestation caractéristique doit être exécutée est compétent pour statuer sur les actions découlant d'un contrat.

315. Le CPC introduit un for au **lieu d'exécution** et prévoit ainsi un for dispositif alternatif en matière de contrat. La disposition s'inspire du droit international privé, en particulier de l'art. 5 ch. 1 CL. Cela constitue une nouveauté en matière de for qui, en pratique, ne va pas sans poser quelques difficultés.

316. Le demandeur qui entend agir au for du lieu d'exécution doit tout d'abord se demander si l'objet de son action relève du **champ d'application** de l'art. 31 CPC. Liberté contractuelle oblige, le champ d'application de la disposition doit être interprété largement.

317. Sont toutefois **exclus** les contrats conclus avec des **consommateurs** (art. 32 CPC), le contrat de **bail** à loyer ou à ferme portant sur un immeuble

(art. 33 CPC : lieu de situation de l'immeuble) et le contrat de **travail** (art. 34 CPC : domicile ou siège du défendeur ou lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle).

318. La théorie de la **relativité des conventions** constitue une limite au champ d'application de l'art. 31 CPC. On peut ainsi se demander ce qu'il en est de l'art. 399 al. 3 CO : le mandant peut-il agir au lieu d'exécution contre le substitué ?

319. L'action peut concerner tant les **obligations principales** qu'**accessoires** du contrat et porter sur l'exécution du contrat comme sur une demande en dommages-intérêts ou encore en résolution du contrat en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une prestation. On admet que lorsque la validité même du contrat est contestée, le for du lieu d'exécution est également ouvert au demandeur. Savoir ce qu'il en est des prétentions découlant de la *culpa in contrahendo* est controversé.

320. En présence d'une relation contractuelle, il convient par ailleurs de déterminer quelle est la **prestation caractéristique** du contrat en cause. La notion étant reprise du droit international privé, on peut se référer à l'art. 117 al. 3 LDIP et à la jurisprudence y relative. En principe, un contrat ne comprend qu'une seule prestation caractéristique. Dès lors, la prestation caractéristique d'un contrat bilatéral est celle qui n'est **pas pécuniaire**. En présence de plusieurs prestations jugées équivalentes, la prestation caractéristique est souvent celle qui est la plus complexe, nécessite une réglementation plus détaillée et implique un plus grand risque ou une plus grande responsabilité.

321. En cas de **pluralité de prestations caractéristiques**, comme il s'en trouve dans certains contrats d'architecte, une pluralité de fors du lieu d'exécution sont à disposition (ATF 145 III 190, RSPC 2009 228). Si la détermination de la prestation caractéristique demeure incertaine, le demandeur serait bien inspiré de renoncer à agir au for du lieu d'exécution pour agir au for traditionnel du domicile du défendeur.

Exemples. Dans le contrat de vente, la prestation du vendeur est la prestation caractéristique ; dans le contrat d'entreprise la prestation de l'entrepreneur ; dans le contrat de *franchising*, la prestation du franchisé (controversé) et dans le contrat de distribution exclusive, celle du distributeur (ATF 100 II 450, JdT 1976 I 89).

322. Une fois la prestation caractéristique du contrat déterminée, il faut encore examiner **où l'exécution** de cette prestation **est intervenue** ou **doit intervenir**. Le CPC étant muet sur ce point, il y a lieu de se référer à la partie

générale du CO (art. 19 et 74 CO). Dès lors, il faut en premier lieu examiner si le lieu d'exécution a été déterminé par les parties. Le lieu d'exécution peut résulter des conditions générales préformulées intégrées au contrat ou encore des usages commerciaux auxquels les parties se sont référées expressément ou tacitement. Au besoin, la volonté des parties sera interprétée selon le principe de la confiance. Les dettes d'argent étant présumées portables (art. 74 al. 2 ch. 1 CO), le for du lieu d'exécution au sens de l'art. 31 CPC évite la création d'un for au domicile du demandeur. La partie forte au contrat peut cependant imposer un lieu d'exécution à son domicile ou à son siège, et partant, s'aménager un for à ce lieu.

i. La consommation courante

323. En cas de litige concernant des contrats portant sur des prestations de consommation courante pour les besoins personnels et familiaux, l'art. 32 CPC prévoit un for au domicile ou au siège de l'une des parties lorsque l'action est intentée par le **consommateur**. De plus, le for est partiellement impératif pour lui (il ne peut y renoncer à l'avance ou par acceptation tacite, art. 35 let. a CPC, alors que le fournisseur le peut en revanche, TF [21.03.2006] 4C.29/2006 consid. 4.1, RSPC 2006 240 ; TF [20.06.2011] 4A_145/2011 consid. 4.1).

324. Par prestations de **consommation courante**, on vise des prestations qui demeurent objectivement courantes pour la population en général. Le type de contrat est en principe sans influence directe, mais c'est le cas en revanche l'importance de l'affaire ou sa nature.

Exemples. Un contrat de vente portant sur un véhicule d'une valeur de CHF 190 000.- n'entre pas dans la notion de consommation courante (ATF 134 III 218, RSPC 2008 230). Un contrat d'assurance peut relever de la consommation courante (TF [04.11.2003] 5C.181/2003, RSPC 2005 6). Un contrat d'investissement ou de placement financier n'est pas, par sa nature, un objet de consommation courante selon le Tribunal fédéral (ATF 132 III 268, JdT 2006 I 564), de même, à notre sens, qu'un mandat donné à un avocat pour sa défense, dans la mesure où il suppose un lien de confiance privilégié.

325. Quant à l'affectation aux **besoins personnels** ou **familiaux**, elle doit selon nous être appréciée de manière objective et non en fonction de la connaissance du cocontractant, à moins que le consommateur mentionne sans nuance qu'il contracte à titre professionnel alors que tel n'est pas le cas. En se prévalant du for de la consommation courante et de son caractère

partiellement impératif dans un tel cas, il violerait le principe de la bonne foi inscrit à l'art. 52 CPC.

j. Les actes illicites

i. En général

326. L'art. 36 CPC prévoit **quatre fors alternatifs** pour les actions fondées sur un acte illicite :

- le domicile ou le siège du défendeur ;
- le domicile ou le siège du demandeur ;
- le lieu de l'acte ;
- le lieu du résultat.

Exemple. Les odeurs nauséabondes proviennent d'une usine située dans un autre arrondissement judiciaire.

327. Le for de l'acte illicite couvre les comportements visés par l'art. 41 CO, les responsabilités objectives ou causales, les cas de responsabilité extracontractuelle en matière de propriété intellectuelle, de concurrence déloyale ou de cartels.

Exemples. La responsabilité du maître de l'ouvrage de l'art. 58 CO relève de l'art. 36 CPC, tout comme celle découlant de la Loi sur la responsabilité du fait des produits. En revanche, la rémunération due pour la photocopie d'une œuvre protégée en vertu de la LDA relève directement de la LDA et le défaut de paiement ne constitue pas un acte illicite (ATF 134 III 214, JdT 2008 I 383).

Controverse. La nature juridique de la *culpa in contrahendo* est controversée (ATF 121 III 350 consid. 6 et les réf.). Le for de l'art. 36 CPC n'est probablement ouvert que lorsque le comportement reproché constitue comme tel un acte illicite (BK ZPO-MARTI, art. 36 N 6 ; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, art. 36 N 12 ; conception plus large : DIKE ZPO-SCHMID/WEBER, art. 36 N 10 ; KUKO ZPO-HAAS/STRUB, art. 36 N 8). Quant à la responsabilité fondée sur la **confiance** (dont la *culpa in contrahendo* représente pour certains aspects un cas particulier, ATF 121 III 350 consid. 6c) et qui ne résulte ni de la violation d'un devoir contractuel, ni de la violation d'un devoir ou d'une interdiction légale (ATF 134 III 390 consid. 4.3.3, SJ 2008 I 361), il est plus sage de la faire valoir au domicile ou siège du défendeur (art. 10 CPC), pour éviter de se voir dénier le for de l'acte illicite (art. 36 CPC ; for retenu par ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, art. 36 N 12) ou du contrat (art. 31 CPC ; for retenu en principe par BK ZPO-MARTI art. 36 N 6, sous réserve des mauvais renseignements donnés, relevant de l'acte illicite, ATF 124 III 363 consid. 5, JdT 1999 I 402).

328. En revanche, la gestion d'affaires sans mandat ou l'enrichissement illégitime ne sont pas couverts (Message LFors, p. 2627).

ii. Les mesures provisionnelles injustifiées

329. Les prétentions consécutives à des mesures provisionnelles injustifiées doivent être soulevées au for, dispositif alternatif (CR CPC-HALDY, art. 37 N 1), du domicile (respectivement au siège) du défendeur ou au lieu où les mesures ont été ordonnées (art. 37 CPC ; *infra*, p. 413).

iii. Les accidents de véhicules à moteur ou de bicyclettes

330. En cas d'action découlant d'accidents de véhicules à moteur ou de bicyclettes, le for, dispositif alternatif, est au domicile (ou siège) du défendeur ou au lieu où s'est produit l'accident (art. 38 CPC).

iv. Les conclusions civiles

331. En matière de conclusions civiles prises dans un **procès pénal**, le for du tribunal pénal est réservé (art. 39 CPC). Si le tribunal pénal renvoie le plaignant à l'action civile, le for se détermine selon les règles du CPC (CR CPC-HALDY, art. 39 N 1).

v. Le concours d'actions

332. Un demandeur pourrait être tenté d'agir à son domicile en invoquant à la fois la violation du contrat et l'acte illicite (p. ex. la concurrence déloyale) pour la même prétention (*supra*, p. 78 en matière de droit du travail). En principe, si l'acte illicite ne peut pas être écarté d'emblée, il peut agir de la sorte, et faire le cas échéant condamner le défendeur sur la base de la seule violation du contrat (fait de double pertinence, *infra*, p. 105). Cependant, si l'acte illicite n'est manifestement pas au cœur du litige, le for est celui du contrat (*action à double fondement* ; ATF 137 III 311, RSPC 2011 363 ; TF [26.06.2014] 4A_580/2013 consid. 4.4).

k. Le droit commercial

333. En matière d'**actions en responsabilité** fondées sur le droit des sociétés (art. 753 ss, 769, 827 et 916 ss CO) le for est au domicile ou au siège du défendeur ou au siège de la société (art. 40 CPC).

334. Le Code prévoit également une réglementation particulière en matière de :

- **fusions**, scissions, transformations et transferts de patrimoine (art. 42 CPC) ;
- **annulation de papiers-valeurs** et de polices d'assurance et interdiction de payer (art. 43 CPC) ;
- emprunt par obligations (art. 44 CPC) ;
- fonds de placement (art. 45 CPC).

335. Il n'y a pas en revanche de disposition spéciale pour les **autres actions relevant du droit commercial**, par exemple les actions en annulation (ou en nullité) du droit de la société anonyme (art. 10 CPC : siège de la société défenderesse) ou de dissolution des sociétés.

1. Le droit des poursuites

336. Le CPC s'applique aux affaires judiciaires relevant du droit des poursuites (art. 1 let. c CPC ; *supra*, p. 19). Les dispositions du Code en matière de fors s'appliquent dans les (rares) cas où la LP ne prévoit pas de for (art. 46 CPC).

Exemples. L'art. 84 LP retient le for de la poursuite pour la mainlevée d'opposition ; l'art. 83 al. 2 LP en fait de même pour l'action en libération de dette.

D. Synthèse : la détermination du for

337. Le for se détermine de la manière suivante :

- Examen de la **nature civile** du litige ou de la question réclamant l'intervention du juge (art. 1 CPC ; *supra*, p. 17).
- Examen de la **nature interne** ou internationale du litige (art. 2 CPC ; *supra*, p. 68).
- Examen d'une éventuelle clause de **prorogation de for** et de sa validité (art. 17 CPC ; *supra*, p. 78).
- Examen de la matière civile concernée pour déterminer l'existence d'un **for spécial** (art. 20 ss CPC ; *supra*, p. 84) ; à défaut, for du

domicile ou du siège du défendeur (art. 10 CPC, *supra*, p. 72 ; domicile du requérant pour le gracieux, art. 19 CPC, *supra*, p. 83).

- Si le for du domicile ou du siège du défendeur est à disposition, examen de l'alternative de l'**établissement** ou de la **succursale** (art. 12 CPC ; *supra*, p. 72) ; à défaut de domicile du défendeur, for subsidiaire de la résidence habituelle (art. 11 CPC ; *supra*, p. 72).
- Si plusieurs prétentions sont cumulées, examen du for du **cumul** d'actions (art. 15 al. 2 CPC, *supra*, p. 76 ; à distinguer du concours d'actions, *supra*, p. 78).
- Si la demande doit être introduite contre plusieurs défendeurs, examen du for de la **consorité** (art. 15 al. 1 CPC ; *supra*, p. 76).

VI. La compétence à raison de la matière

A. Notion

338. La compétence à raison de la matière détermine les causes qui sont attribuées à un tribunal en fonction de l'objet du litige (*nature de l'affaire*) et de l'importance de l'affaire (*valeur litigieuse*).

B. La nature de l'affaire

1. Le principe

339. La nature du litige peut justifier d'attribuer la cause à un tribunal spécifique, soit en raison du caractère hautement technique du domaine (concurrence déloyale et propriété intellectuelle), de sa composante sociale (droit du travail et du bail) ou de l'importance des usages dans la matière considérée (affaires entre commerçants). La question relève avant tout de la politique juridique.

340. Au niveau fédéral, l'art. 5 CPC impose la compétence du Tribunal cantonal supérieur en matière de propriété intellectuelle ou de droit des cartels par exemple. Il fixe par ailleurs les critères pertinents pour les tribunaux de commerce (art. 6 CPC ; de tels tribunaux n'ont pas été institués en Suisse

romande). Pour le reste, les cantons sont libres d'organiser leurs tribunaux, en particulier selon la matière envisagée.

Exemples : à Neuchâtel, les tribunaux régionaux ont plénitude de juridiction en matière civile, quelle que soit la nature de l'affaire, sous réserve des causes attribuées à la Cour civile du Tribunal cantonal en vertu de l'art. 5 CPC. Dans les cantons de Vaud et Genève en revanche, des tribunaux spéciaux existent en matière de droit du bail et de droit du travail.

2. Les affaires commerciales

a. Le principe

341. L'art. 6 al. 2-5 CPC détermine la compétence à raison de la matière des tribunaux de commerce institués librement par les cantons (ATF 140 III 155 consid. 4.3).

342. Le tribunal de commerce est compétent lorsque le **litige est commercial**. Cela suppose que les conditions énumérées de manière exhaustive à l'art. 6 al. 2 CPC soient réunies (ATF 138 III 694 consid. 2.7) :

- l'activité commerciale d'une partie au moins doit être concernée (let. a),
- la valeur litigieuse du recours en matière civile doit être atteinte (CHF 30 000.– en principe ; CHF 15 000.– en matière de bail et de travail ; art. 74 al. 1 LTF) (let. b) (ATF 139 III 67 consid. 1.2, JdT 2014 II 320),
- les parties doivent être inscrites au registre du commerce suisse ou dans un registre étranger équivalent (let. c).

Jurisprudence. Le tribunal de commerce n'est pas compétent pour les actions de droit des poursuites avec effet réflexe de droit matériel, y compris pour l'**action révocatoire** des art. 285 ss LP (ATF 141 III 257 consid. 2, JdT 2015 II 403 ; 140 III 355 consid. 2).

Une inscription en qualité de simple **organe d'une société** commerciale n'est pas pertinente (ATF 140 III 409 consid. 2). En revanche, l'inscription d'une personne physique en qualité d'entreprise individuelle suffit à ouvrir la compétence du tribunal de commerce. Celle-ci est d'ailleurs donnée même dans le cadre d'une affaire privée pour la personne physique inscrite, dès lors que l'autre partie est inscrite également et agit dans le cadre de son activité commerciale (ATF 142 III 96 consid. 3.3.3, RSPC 2016 185).

Le tribunal de commerce est compétent pour trancher une **demande reconventionnelle connexe** dirigée contre un demandeur non inscrit au registre du commerce (ATF 143 III 495, RSPC 2017 491).

Projet de révision du CPC. L'art. 6 al. 2 let. b du projet retient une valeur litigieuse minimale de CHF 30 000.– et instaure une exclusion en droit du travail, de l'égalité, de la location de services et du bail à loyer ou à ferme portant sur des habitations ou des locaux commerciaux (art. 6 al. 2 let. b-d du projet).

343. Si seul le défendeur est inscrit au registre du commerce, le demandeur peut **opter** pour ce tribunal (*Klägerwahlrecht* ; art. 6 al. 3 CPC).

Jurisprudence. Contrairement à l'avis d'une partie de la doctrine (voir RJB 2014 6), le Tribunal fédéral a retenu que ce demandeur peut être un **consommateur**, travailleur ou locataire (ATF 138 III 694, RSPC 2013 190 avec note HEINZMANN). Un accord sur la compétence matérielle, **conclu avant la survenance du litige**, n'est pas valable lorsque s'applique l'art. 6 al. 3 CPC (ATF 142 III 623 consid. 2.4, RSPC 2017 101).

344. Les cantons peuvent également attribuer au tribunal de commerce les litiges relevant de l'**instance cantonale unique** de l'art. 5 al. 1 CPC (propriété intellectuelle ; concurrence déloyale dès CHF 30 000.–, etc.) et les litiges relevant du **droit des sociétés** commerciales et coopératives (art. 6 al. 4 CPC). Le droit fédéral ne pose pas de limite de valeur litigieuse dans ces deux cas, mais le droit cantonal peut en prévoir une (ATF 139 III 67 consid. 1.2, JdT 2014 II 320).

Jurisprudence. Une demande de **renseignements** formulée à l'égard du gérant d'une société à responsabilité limitée ne relève pas de l'art. 812 CO et donc du droit des sociétés mais bien du droit du travail et n'entre donc pas dans la compétence du tribunal de commerce (ATF 140 III 409 consid. 3).

Projet de révision du CPC. L'art. 6 al. 4 let. c du projet permet aux cantons d'élargir encore la juridiction des tribunaux de commerce dans des affaires internationales où au moins une partie se trouve à l'étranger.

345. Le Tribunal de commerce est compétent en matière de **mesures provisionnelles** (art. 6 al. 5 CPC).

Jurisprudence. Le tribunal de commerce est compétent en matière d'inscription à titre provisoire d'une **hypothèque légale des artisans et entrepreneurs** lorsque les conditions générales de l'art. 6 CPC sont remplies, puisqu'il s'agit d'une mesure provisionnelle (ATF 137 III 563, JdT 2013 II 459). Par ailleurs, un litige qui porte sur l'inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est de nature commerciale (ATF 138 III 471 consid. 4).

346. La compétence résultant de l'art. 6 CPC ne peut être limitée que par d'autres dispositions du droit fédéral (consortité simple ; procédure simplifiée). Hormis ces cas, le droit cantonal ne peut pas donner une compétence alternative à un autre tribunal spécialisé, par exemple le tribunal des baux, lorsque la cause entre dans le champ d'application de l'art. 6 CPC et que le droit cantonal a institué un tribunal de commerce (ATF 140 III 155 consid. 3).

b. La procédure applicable

347. La procédure simplifiée ne s'applique pas devant le tribunal de commerce (art. 243 al. 3 CPC). Il ne connaît que les procédures sommaires (ATF 140 III 155 consid. 3) et ordinaires. Dès lors, il n'est pas la juridiction compétente dans les cas où le litige est commercial au sens de l'art. 6 al. 2 CPC mais que la procédure simplifiée s'applique en matière de bail (art. 243 al. 2 let. c), celle-ci visant à protéger la partie faible (ATF 139 III 457). Le raisonnement vaut pour l'ensemble des causes visées par l'art. 243 al. 1 et 2 CPC (ATF 143 III 137, consid. 2).

c. La consortité

348. Lorsque seul un consort simple défendeur est inscrit au registre du commerce, il est seul à pouvoir être attaqué devant le tribunal de commerce. Le cumul subjectif (*supra*, p. 76) est donc exclu dans cette hypothèse (ATF 138 III 471 consid. 4). Les autres défendeurs doivent être attirés devant le juge ordinaire.

349. Le droit cantonal peut le cas échéant (éventuellement implicitement, mais ce point est discutable) autoriser dans cette hypothèse un cumul subjectif devant un autre tribunal spécialisé ou devant le tribunal ordinaire. Si tel est le cas, l'ensemble des consorts passifs seront donc attirés devant le même tribunal, qui ne sera cependant pas le tribunal de commerce (ATF 138 III 471 consid. 4 ; TF [09.09.2013] 4A_239/2013).

Projet de révision du CPC. L'art. 6 al. 6 du projet exclut la compétence du tribunal de commerce en présence de consorts n'étant pas tous inscrits au registre du commerce (voir le Message, FF 2020 2640 s., qui parle d'attraction de compétence des tribunaux ordinaires).

3. Les collisions de compétences matérielles

a. Le concours d'actions

350. Lorsque, au vu de la nature de l'affaire, deux tribunaux sont **partiellement compétents** à raison de la matière (concours d'actions), le droit fédéral impose qu'une seule et même prétention soit attribuée à la compétence d'un seul et même tribunal, à déterminer par le canton. En effet, les instances de recours, y compris le Tribunal fédéral, appliquant le droit d'office (art. 57, 310 let. a, 320 let. a CPC ; art. 106 al. 1 LTF ; *infra*, p. 468), il est exclu qu'une prétention ne puisse pas faire l'objet d'un examen complet par le premier juge.

Jurisprudence. Les autorités cantonales, tout comme le Tribunal fédéral, ont le pouvoir et le devoir d'appliquer le droit d'office dans son entier, notamment en ce qui concerne l'examen de leur compétence, et ne sont pas liées par les moyens des plaideurs. Les autorités ne peuvent ainsi imposer au demandeur de diviser en deux demandes distinctes à porter devant deux juridictions différentes une seule et même prétention. Le droit fédéral impose à l'autorité saisie soit de se prononcer sur tous les aspects du litige avec une pleine cognition, soit de ne pas entrer en matière sur la contestation qui lui est soumise en renvoyant le plaideur à agir devant l'autorité compétente (ATF 91 II 63).

b. Le cumul d'actions

351. Le même principe (compétence d'un seul et même tribunal) ne s'applique pas lorsque la demande porte sur **diverses prétentions indépendantes l'une de l'autre** (cumul d'actions) relevant de divers tribunaux.

Exemple. A Genève, où il existe un Tribunal de Prud'hommes, une prétention en paiement de trois mois de salaire (qui entre dans le champ d'application de l'art. 1 de la Loi sur le Tribunal des prud'hommes du 11 février 2010) et une prétention en remboursement d'un prêt accordé à titre privé par un employé à son employeur ne peuvent pas être cumulées.

Projet de révision du CPC. L'art. 90 al. 2 du projet admet le cumul d'actions lorsque la différence de compétences matérielles résulte uniquement de la valeur litigieuse. Cette disposition prête à confusion puisque l'art. 93 al. 1 CPC prévoit que les prétentions sont cumulées pour déterminer la valeur litigieuse.

c. La compensation

352. Lorsque le défendeur fait valoir une objection de compensation dans le cadre d'une procédure introduite auprès d'un premier tribunal (moyen de défense par lequel le débiteur nie l'existence du droit invoqué par le créancier en invoquant son extinction [art. 120 CO] ; *infra*, p. 333), mais que la créance compensante relève de la compétence d'un tribunal d'un autre ordre situé dans le même canton, la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 132 I 134 consid. 2.3 ; 85 II 103 ; 76 II 43 ; 63 II 133, JdT 1937 I 566) exige que le tribunal saisi suspende la cause et fixe au défendeur un délai pour faire valoir sa créance devant le tribunal compétent du canton, ou suspende l'exécutabilité de son jugement jusqu'au prononcé du tribunal du canton saisi au principal de la créance invoquée en compensation. Il n'est en revanche pas arbitraire, sous l'empire du CPC, de refuser de suspendre le caractère exécutoire, lorsque l'objection de compensation est dénuée de chance de succès (TF [04.10.2016] 5A_100/2016 consid. 6.3).

353. Si le Tribunal compétent pour se saisir au principal de la créance invoquée en compensation est extérieur au canton en vertu des règles de compétence locale, le tribunal saisi de l'objection de compensation doit admettre sa compétence (TC NE, RJN 1988 35). Cette jurisprudence n'est pas remise en cause par l'adoption d'une seule loi de procédure pour toute la Suisse puisqu'elle fonde l'obligation des juridictions spéciales de traiter d'exceptions sortant de leur compétence sur le for général du domicile du débiteur.

354. Lorsque le défendeur invoque l'objection de compensation à titre éventuel dans **plusieurs procédures pendantes** contre la même partie, il importe de veiller à éviter des jugements contradictoires, même si la compensation n'emporte pas litispendance au sens de l'art. 62 CPC concernant la créance compensante. Pour parer à ce risque, un renvoi pour cause de connexité (art. 127 al. 1 CPC), une jonction de causes (art. 125 let. c CPC), voire une suspension de la seconde procédure (art. 126 CPC) sont envisageables (ATF 141 III 549 consid. 6.5, RSPC 2016 99).

C. La valeur litigieuse

1. Le principe

355. Le montant en jeu est parfois pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer la juridiction compétente, souvent selon l'idée qu'un tribunal supérieur, en principe collégial, s'impose pour les affaires d'une certaine valeur, ou à l'inverse qu'une composition paritaire ne se justifie que pour les causes sociales d'un montant limité.

Exemples : le CPC prévoit la prise en compte de la valeur litigieuse pour fixer la compétence des tribunaux en matière de concurrence déloyale (art. 5 al. 1 let. d CPC) : les affaires jusqu'à CHF 30 000.– sont, à Neuchâtel, de la compétence du Tribunal civil ; au-delà, c'est la Cour civile du Tribunal cantonal qui statue en instance unique (art. 41 OJN). Dans le canton de Vaud, les causes relevant du droit du travail sont de la compétence du Tribunal de Prud'hommes jusqu'à CHF 30 000.–, puis du Tribunal d'arrondissement localement compétent jusqu'à CHF 100 000.– et, au-delà, de la Chambre patrimoniale cantonale (art. 2 de la Loi vaudoise sur la juridiction du travail du 12 janvier 2010).

356. Il convient également de relever que la valeur litigieuse est souvent déterminante en matière de **procédure applicable** (*infra*, p. 251) et d'ouverture à **recours** (lorsque la cause est patrimoniale, art. 308 al. 2 CPC ; *infra*, p. 429, 441, 457). Le calcul des **frais** en dépend également (*infra*, p. 181).

2. Le calcul

357. La valeur litigieuse est traitée aux art. 91 ss CPC, y compris lorsque la compétence des tribunaux en dépend (art. 4 al. 2 CPC). Le cadre général est le suivant :

- La valeur litigieuse est celle de l'**objet du litige exprimée en somme d'argent** (les intérêts et les frais de la procédure ne sont pas comptés, mais bien les frais de mise en demeure : TF [08.05.2017] 5D_23/2017 consid. 4.3.3 ; voir art. 91 al. 1 *in fine* CPC). L'objet du litige se détermine par les conclusions de la demande (voir art. 91 al. 1 *in initio* CPC). C'est le principe de base.
- Si la demande contient plusieurs conclusions, leur valeur est **additionnée** (art. 91 al. 1 CPC, *a contrario*). En revanche, la valeur

résultant des conclusions subsidiaires n'est pas prise en compte (art. 91 al. 1 CPC). Il n'y a pas de pluralité de conclusions lorsqu'une prétention est invoquée en même temps contre plusieurs débiteurs solidaires (ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328).

- Les revenus et **prestations périodiques** ont la valeur du capital qu'ils représentent ; si la durée des revenus et prestations périodiques est indéterminée ou illimitée, le capital est constitué du montant annuel du revenu ou de la prestation multiplié par vingt (art. 92 CPC).
- En cas de **consortité simple** ou de **cumul d'actions**, les prétentions sont additionnées, à moins qu'elles ne s'excluent (art. 93 CPC). Cependant, la valeur n'est pas cumulée pour déterminer la procédure applicable à l'encontre de consorts simples (art. 93 al. 2 CPC ; en présence de codébiteurs solidaires, comp. ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328 ; sur la notion de consorts simples, *infra*, p. 131).
- S'il y a une **demande reconventionnelle** (*infra*, p. 314), la valeur de celle-ci ne s'ajoute pas à la valeur de la demande principale ; on tient compte de la prétention la plus élevée (voir art. 94 CPC ; ceci sauf pour la fixation des frais, lorsque demande et demande reconventionnelle ne s'excluent pas, à savoir lorsqu'elles peuvent être admises ou rejetées indépendamment l'une de l'autre).
- En cas d'**appel en cause**, on calcule séparément la valeur litigieuse des prétentions élevées dans la procédure principale et celle des conclusions prises dans le cadre de l'appel en cause. La valeur litigieuse de l'appel en cause comprend le poste chiffré des frais et dépens de la procédure principale que l'appelant en cause veut mettre à la charge de l'appelé en cause à titre de dommage (ATF 145 III 506 consid. 2.3, 2.4.1 s., RSPC 2020 40).
- Lorsque l'objet du litige n'est **pas une somme d'argent**, le tribunal saisi apprécie librement la valeur après avoir entendu les parties. Le critère d'évaluation est la **valeur objective** (art. 91 al. 2 CPC ; TC NE, RJN 4 I 161).
- Si l'**estimation** objective du droit litigieux s'avère **difficile**, voire impossible, en particulier parce qu'il aurait une valeur relative pour l'une ou l'autre des parties, on peut retenir comme critère l'intérêt des parties, l'intérêt le plus grand déterminant la valeur litigieuse

(p. ex. pour une demande en cessation de trouble). La jurisprudence est toutefois fluctuante.

Jurisprudence. En cas de litige entre deux propriétaires de biens-fonds voisins portant sur une privation de lumière et d'ensoleillement et sur un maintien artificiel d'humidité excessive (**immission excessive**), la valeur litigieuse se calcule en déterminant la diminution de la valeur du terrain perturbé en raison de l'immission ou, si elle est plus élevée, l'augmentation de la valeur du terrain perturbateur induite par l'immission (TF [21.10.2005] 5C.200/2005, RSPC 2006 8). Lorsque la contestation porte sur l'**existence d'une servitude**, on retiendra l'augmentation de valeur qu'elle procurerait au fonds dominant ou, si elle est plus élevée, la diminution de valeur du fonds servant (TF [15.04.2011] 5D_10/2011). Pour l'évaluation de la valeur litigieuse d'un objet, seule est prise en compte la **valeur vénale**, qui peut être déterminée à dire d'expert, sans prendre en considération d'éventuelles offres d'achat de tiers ou la valeur affective des objets (ATF 94 II 51, JdT 1969 I 62). Lorsque le principe du congé est contesté par le locataire en **procédure d'expulsion** par la voie du cas clair, il convient de prendre en compte l'éventuelle durée de protection qui résulterait de l'invalidité du congé, mais non en revanche la durée envisageable de la procédure. Lorsque le congé est lui-même objet du litige et que son invalidité déclenche le délai de protection, la valeur litigieuse correspond donc dans la règle à trois ans de loyer (ATF 144 III 346, RSPC 2018 359). En revanche, en droit du travail, il n'y a pas lieu d'attribuer une valeur litigieuse forfaitaire aux actions en constatation de la **nullité d'une résiliation des rapports de travail**. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'application par analogie de la jurisprudence concernant le calcul de la valeur litigieuse en cas de contestation de la résiliation d'un bail à loyer, car en l'occurrence la valeur litigieuse dépassait en tout état de cause CHF 30 000.– (ATF 141 III 137).

3. La date déterminante

358. La valeur litigieuse est appréciée au jour du dépôt de la demande, à tout le moins pour déterminer la compétence matérielle (ATF 141 III 137). Pour les autres conséquences, la question est ouverte (CR CPC-TAPPY, art 91 N 69-69b). Il conviendrait de retenir la date du dépôt de la demande dans ces hypothèses également (comp. ZR 2014 223 N 66 : date de la demande si le montant est différent depuis la conciliation).

D. La nature des règles de compétence matérielle

359. Les règles de compétence matérielle sont en principe de **nature impérative** (art. 59 al. 2 let. b CPC ; *supra*, p. 8). Il n'est généralement pas possible d'y déroger, expressément ou tacitement (voir ATF 138 III 471 consid 3.1, RSPC 2012 377). La loi, fédérale ou cantonale, peut prévoir des exceptions (ATF 141 III 137 consid. 3.1-3.2).

Exemples. A Neuchâtel, il n'existe pas de règle permettant de déroger à la compétence matérielle des tribunaux en matière civile. La jurisprudence vaudoise l'admet en revanche pour la compétence des tribunaux d'arrondissement et de leur président : les art. 96b al. 3 et 96d al. 2 LOJV sont de nature dispositive et permettent une acceptation tacite de compétence (TC VD, JdT 2013 III 112).

360. Au niveau fédéral, l'art. 8 CPC prévoit cependant une exception : si la valeur litigieuse d'un litige patrimonial est de CHF 100 000.– au moins, le demandeur peut, avec l'accord (éventuellement tacite) du défendeur, porter l'action directement devant le tribunal supérieur.

361. Le juge **examine d'office** sa compétence matérielle (art. 59 al. 2 let. b et 60 CPC).

E. Synthèse : la détermination du tribunal matériellement compétent

362. Le tribunal matériellement compétent se détermine de la manière suivante :

- Détermination du for (*supra*, p. 68 ss) afin de connaître le droit cantonal applicable.
- Examen de la matière pour savoir si elle relève d'une instance cantonale unique (en vertu du droit fédéral [art. 5 CPC] ou cantonale [art. 6, 7 CPC]) et détermination de celle-ci.
- Examen d'une éventuelle prorogation de compétence et de sa validité (art. 8 CPC).
- Examen de l'existence d'un tribunal spécial selon le droit cantonal applicable, le cas échéant détermination de la valeur litigieuse, si la compétence du tribunal spécial en dépend.

- Faute de tribunal spécial, examen de la nature économique ou non de la prétention, puis fixation de la valeur litigieuse si la compétence du tribunal en dépend selon le droit cantonal applicable.

Exemples. A Neuchâtel, un litige en matière de droit du travail relève, quelle que soit sa valeur litigieuse, des Tribunaux régionaux en première instance. Dans le canton de Vaud, un tel litige relève du Tribunal des prud'hommes jusqu'à CHF 30 000.–, du Tribunal d'arrondissement si le montant dépasse CHF 30 000.– mais ne dépasse pas CHF 100 000.–, et de la Chambre patrimoniale cantonale au-delà. Dans cette dernière hypothèse, les parties peuvent convenir de saisir le tribunal cantonal (art. 8 CPC). Si le for est dans le canton de Vaud et que le litige présente une valeur litigieuse de CHF 40 000.–, il relève du Tribunal d'arrondissement, mais les parties peuvent convenir expressément, ou le défendeur accepter tacitement, que soit saisi le Président du Tribunal d'arrondissement (art. 96b al. 3 et 96d al. 2 LOJV VD). Si le litige concerne la titularité ou la cession d'un brevet, le litige relèvera alternativement de l'instance cantonale unique (art. 5 al. 1 let. a CPC) ou du Tribunal fédéral des brevets (art. 26 al. 2 LTFB).

VII. La compétence fonctionnelle

A. Notion

363. Par compétence fonctionnelle, on entend, relativement à une même cause, la compétence d'un tribunal ou d'une cour au sein d'une organisation judiciaire : conciliation, 1^{re} instance, instance de recours (ATF 138 III 558 consid. 1.3 ; 123 III 67 consid. 1, JdT 1997 I 601).

Exemple. A Neuchâtel, un litige en matière de contrat d'entreprise portant sur une valeur litigieuse de CHF 50 000.– relève, pour la conciliation préalable, du juge d'instance, pour la première instance, d'un autre juge d'instance (à moins d'un accord contraire des parties, art. 15 al. 2 OJN), pour l'appel, de la Cour civile, pour le recours en matière civile de la I^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral.

Jurisprudence. Savoir si une conciliation préalable doit intervenir dans les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale, lorsque les cantons ont prévu une instance cantonale unique selon l'art. 7 CPC, est une question qui relève de la compétence fonctionnelle des tribunaux (ATF 138 III 558 consid. 3 : le Tribunal fédéral a tranché par la négative). Il en va de même de la décision par laquelle un tribunal considère que la conciliation préalable est valablement intervenue, décision incidente qui peut faire l'objet d'un recours

immédiat au Tribunal fédéral, en vertu de l'art. 92 al. 1 LTF (TF [03.06.2013] 4A_28/2013 consid. 1.1. non reproduit *in* ATF 139 III 273 ; TF [17.02.2014] 4A_387/2013 consid. 1 non reproduit *in* ATF 140 III 70). Le fait de refuser de juger séparément la question de la compétence fonctionnelle du tribunal ne constitue pas encore un prononcé sur ladite compétence (TF [16.06.2014] 5A_427/2014 consid. 1.2).

En revanche, la question de savoir si l'acte d'un demandeur constitue ou non une requête de conciliation ne relève pas de la compétence fonctionnelle (TF [13.11.2012] 4A_479/2012 consid. 1.2).

364. L'art. 4 CPC différencie la compétence matérielle et la compétence fonctionnelle. Celle-ci est souvent examinée avec la compétence matérielle. Elle s'en distingue par le fait qu'elle ne concerne pas la compétence du tribunal eu égard à la cause, mais la fonction d'un tribunal à l'égard d'une cause.

Jurisprudence. En principe, le recours en matière civile n'est ouvert qu'à l'encontre des décisions de dernière instance cantonale rendues par des tribunaux supérieurs (voir art. 75 LTF). Il existe certaines exceptions inscrites à l'art. 75 al. 2 LTF et d'autres encore résultant du fait que le CPC confère parfois au tribunal supérieur la compétence fonctionnelle de rendre une décision, ainsi aucune carence dans l'organisation judiciaire ne peut être reprochée au canton. Il en va ainsi des décisions incidentes d'assistance judiciaire rendues par le tribunal supérieur, des décisions incidentes sur récusation ou sur effet suspensif prises dans le cadre de la procédure de recours ou encore des décisions de mesures provisionnelles rendues par l'instance supérieure saisie d'un appel dans une procédure contre le jugement de divorce (ATF 143 III 140 consid. 1.2, et les réf.).

B. Les sources

365. La compétence fonctionnelle des tribunaux est en principe réglementée par l'organisation judiciaire (cantonale ou fédérale) dont ils dépendent.

366. L'art. 4 al. 1 CPC retient que le **droit cantonal** détermine la compétence fonctionnelle des tribunaux, **sauf disposition contraire** de la loi.

367. L'art. 5 CPC impose une instance cantonale unique, entre autres en matière de propriété intellectuelle (*supra*, p. 39), ce qui a une influence manifeste sur la compétence fonctionnelle des tribunaux des cantons.

368. Il en va de même de l'art. 6 CPC selon lequel si un canton institue un tribunal de commerce, il est une instance cantonale unique (*supra*, p. 40), et

de l'art. 7 CPC qui autorise les cantons à instituer un tribunal qui statue en tant qu'instance cantonale unique sur les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie.

Jurisprudence. Lorsqu'un canton institue un tribunal statuant en instance cantonale unique sur la base de l'art. 7 CPC, il doit lui soumettre tous les litiges portant sur les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale. Un transfert partiel de compétences à l'instance unique désignée par le droit cantonal ne serait pas admissible (ATF 141 III 479).

369. L'art. 8 CPC prévoit que lorsque la valeur litigieuse d'un litige patrimonial est de CHF 100 000.– au moins, le demandeur peut, avec l'accord du défendeur, porter l'action directement devant le tribunal supérieur, qui intervient en tant qu'instance cantonale unique.

370. L'art. 200 CPC impose des autorités de conciliation paritaires en matière de litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux et dans les litiges relevant de la Loi du 24 mars 1995 sur l'égalité, dont les tâches sont inscrites à l'art. 200 CPC.

VIII. L'examen de la compétence et les faits de double pertinence

371. Il résulte des art. 59 al. 2 let. b et 60 CPC que le tribunal **examine d'office** la compétence à raison de la matière et du lieu. Pour la compétence locale, ces dispositions doivent être lues en parallèle avec l'art. 18 CPC (*supra*, p. 81). Le tribunal vérifie s'il est incompétent en raison de l'existence d'un for impératif ou partiellement impératif. Si tel n'est pas le cas, et à défaut de for dispositif à son siège, il examine si le défendeur a accepté tacitement sa compétence en entrant en matière sur le fond. En l'absence d'acceptation tacite (p. ex. en cas de défaut du défendeur), le juge décline sa compétence.

372. Certains faits peuvent être déterminants tant sur le fond que sur la compétence (matérielle ou locale). Il en va ainsi si le défendeur conteste l'existence du contrat de bail ou de travail sur lequel le demandeur se fonde. En effet, dans la mesure où le fait dont l'existence est contestée (ici, le contrat) est déterminant tant pour définir la compétence de l'autorité que pour l'adjudication des conclusions au fond (on parle de **faits de [à] double pertinence** ou faits doublement pertinents), les tribunaux doivent renoncer à

une instruction séparée et admettre leur compétence sur la base des seuls allégués, moyens et conclusions du demandeur, sans pouvoir ensuite remettre en cause leur compétence, même si la prétention se révèle mal fondée (ATF 141 III 294 consid. 5.2 ; 147 III 159 consid. 2.2.2).

373. Le principe s'applique à moins que les allégués, les moyens et les conclusions de la demande apparaissent d'**emblée spécieux** ou **incohérents** ou s'ils sont **réfutés immédiatement** et sans équivoque par la réponse et les pièces produites à son appui (ATF 141 III 294 consid. 5.3 ; 136 III 486, consid. 4, RSPC 2011 91).

Références. La théorie des faits de double pertinence vient d'Allemagne. On l'attribue à EKKEHARD SCHUMANN (Internationale Zuständigkeit : Besonderheiten, Wahlfeststellungen, doppelrelevante Tatsachen, in Walter J. Habscheid/Karl Heinz Schwab (éd.), Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag, Münster 1987, p. 414 ss). Lorsqu'un fait est pertinent tant pour l'entrée en matière que pour trancher le fond du litige, il est alors logique, selon la théorie des faits de double pertinence, de trancher les deux questions avec le fond, afin que le défendeur puisse se prévaloir de l'autorité de la chose jugée (ATF 122 III 249, JdT 1997 I 25). Cependant, le juge se devant d'appliquer le droit d'office, la prétention doit être examinée selon tous ses fondements dans un même jugement, et le tribunal pourrait arriver à la conclusion que la prétention se justifie en réalité sur la base d'une autre norme juridique (l'enrichissement illégitime par exemple) et admettre la demande sur ce fondement, alors que sa compétence a été retenue sur la base d'une appréciation juridique non fondée de la prétention (contra : GULDENER, p. 106 n. 103). En d'autres termes, le demandeur pourrait par exemple, lorsque sa prétention trouve plusieurs fondements, choisir le for lui étant le plus favorable, quand bien même finalement le fondement justifiant ce for ne serait pas donné

Jurisprudence. Il en va ainsi en matière de droit du travail, lorsque le Tribunal des prud'hommes rejette au fond la prétention résultant du droit du travail : il lui revient d'examiner la prétention qui lui est présentée sous tous ses fondements, selon le principe *iura novit curia* : TF [10.12.2019] 4A_484/2018, RSPC 2020 105 avec note de BOHNET ; voir aussi TAPPY, Principe, exceptions et conséquences de la théorie des faits de double pertinence : à propos de l'arrêt 4A_484/2018, RSPC 2020 195-206).

La question de savoir si une prétention est de nature civile et relève de la compétence des tribunaux civils, ou d'une autre nature (p. ex. publique) est de nature juridique et n'est donc pas un fait de double pertinence (TF [18.01.2018] 4A_305/2017 consid. 4.1 non reproduit in ATF 144 III 111, JdT 2018 I 181).

En matière internationale, la théorie de la double pertinence n'est pas régie par la Convention de Lugano, mais par la loi du for, ce que confirme la jurisprudence

de la CJUE (ATF 141 III 294 consid. 5). Que les développements du demandeur sur le lieu d'exécution soient inscrits dans sa partie en faits ou en droit est sans conséquence, les conditions de recevabilité étant examinées d'office conformément à l'art. 60 CPC (même arrêt, consid. 6).

§ 3 Qui va agir ?

374. Diverses questions se posent lorsqu'une personne entend en attirer une autre en justice. Est-elle dotée de la *capacité d'être partie* (le pendant procédural de la jouissance des droits civils) et de la *capacité d'ester* (le pendant procédural de l'exercice des droits civils) ? A-t-elle la *qualité pour agir*, en d'autres termes est-elle titulaire du droit d'action, à savoir du droit à obtenir un jugement au fond ? Se pose encore la question de la titularité sur le droit invoqué (*légitimation*), celle des pouvoirs de *représentation*, ainsi que la problématique de l'*intervention* de tiers au procès et de la *substitution* des parties au litige.

I. Le droit d'accès au juge

375. Notre ordre juridique garantit l'accès à la justice (art. 6 CEDH, 14 Pacte ONU II, 29, 29a et 30 Cst.). C'est un principe fondamental de l'Etat de droit. Toute personne qui affirme un droit peut saisir le juge, qui devra l'entendre, ainsi que son adversaire, et se prononcer – que cela soit par un jugement au fond ou d'irrecevabilité – dans un délai raisonnable (*Justizgewährungsanspruch*).

376. L'art. 29a Cst. retient ainsi que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire » (ATF 138 III 471 consid. 6). Ce droit d'accès au juge, qui assure le droit d'être entendu en justice et un procès équitable, ne doit pas être confondu avec le droit d'action, qui vise à déterminer à quelles conditions le juge doit entrer en matière sur la demande et statuer au fond. La doctrine contemporaine se concentre essentiellement sur le droit d'accès au juge, laissant en retrait l'action, dont la portée est plus conceptuelle. Elle est cependant centrale à la bonne compréhension de l'objet du procès civil.

Jurisprudence. Une partie qui saisit un juge se déclarant matériellement incompétent, puis qui se voit déboutée pour le même motif par le tribunal pourtant désigné comme compétent par le premier juge, et qui est donc privée d'un accès au juge, ne peut pas se voir reprocher de ne pas avoir recouru contre le prononcé du premier juge, qui n'acquiert pas autorité de la chose jugée une fois entrée en

force (ATF 138 III 471 consid. 6). Une violation du droit à la justice ne pourrait être reconnue en matière d'**avance de frais** que si celle-ci empêchait matériellement l'accès au tribunal (TF [17.08.2007] 2C_69/2007, RSPC 2008 31).

II. L'action en justice

377. Il existe une théorie classique et une théorie moderne de l'action en justice (droit d'action ; *Klagerecht*).

378. Selon la **théorie classique**, qui trouve sa source dans une certaine conception de l'*actio* du droit romain, l'action est la manifestation judiciaire du droit invoqué. L'action est un aspect du droit substantiel. C'est le fait de faire valoir son droit en justice, « le droit à l'état de guerre » ou « le droit en mouvement ».

379. Certains textes légaux sont encore empreints de cette conception, p. ex. l'art. 28 al. 1 CC qui indique que « Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe » (voir également les art. 47 et 513 CO).

380. L'approche classique souligne le lien étroit entre le droit substantiel et sa sanction judiciaire. Comme nous l'avons vu dans la partie introductive, la procédure civile permet aux particuliers d'obtenir la protection juridique des droits privés qu'ils affirment en justice. L'efficacité du droit substantiel dépend pour une large part de la possibilité d'en appeler au juge. Cependant, dans notre système de droits subjectifs, il faut réfléchir en droits (pour reprendre l'exemple de l'art. 28 al. 1 CC, le droit de ne pas subir une atteinte à sa personnalité) et non en actions (la saisine du juge pour sa protection).

BERNHARD WINDSCHEID a permis l'essor en Allemagne de la notion d'*Anspruch* (la prétention matérielle: droit d'obtenir une prestation d'un tiers) qui se distingue fondamentalement de l'*actio* du droit romain : « *Wie sollen die Ansprüche inter privatos bezeichnet werden, dadurch, dass man sagt : sie werden vom Gerichte anerkannt, oder : sie werden vom Rechte anerkannt? Wer sich nicht für die erstere Alternative entscheiden will, muss die römische Actionensprache aufgeben* » (Die Actio: Abwehr gegen Dr. Theodor Muther, Düsseldorf 1857, p. 26).

381. La **théorie moderne**, élaborée en Allemagne à la fin du 19^e siècle, se fonde sur une analyse plus fine des notions de prétention au fond

([*Sach*]*Anspruch*), de droit d'action (*Klagerecht*) et de demande (*Klage*). En effet, si le droit d'action a pour fondement le droit affirmé par celui qui l'exerce, il n'est toutefois pas un appendice de ce droit et partant, ne se confond pas avec lui. De même, la demande, par laquelle on exerce son droit d'action et tente d'obtenir la consécration de la prétention au fond affirmée, ne se confond avec ni l'une, ni l'autre de ces notions. La prétention au fond, l'action et la demande sont des éléments autonomes.

382. Ainsi, certaines prétentions sont, de par le droit matériel, démunies de droit d'action, en particulier les obligations naturelles (dette de jeu, art. 513 CO, voir toutefois art. 515a CO ; dette d'auberge, art. 186 CO en lien avec l'art. 67 de la Loi jurassienne sur l'hôtellerie, la restauration et le commerce de boissons alcooliques du 18.03.1998, RSJU 935.11 ; courtage matrimonial, art. 416 aCO).

383. Le droit d'action existe ou n'existe pas. S'il n'existe pas, la demande est déclarée irrecevable ; s'il existe, la demande, à défaut de vices relatifs à l'instance (incompétence du tribunal, irrégularité formelle, etc. ; *infra*, p. 281 ss), en tant que recevable, est déclarée bien fondée ou mal fondée, suivant que la prétention au fond invoquée est consacrée ou non. Le droit d'action n'est donc pas identique au droit subjectif dont le plaideur tente d'obtenir la reconnaissance en justice. Il s'agit du **droit à l'obtention d'un jugement au fond**, ce qui le distingue du simple droit d'accès au juge (*supra*, p. 109).

384. Il revient au législateur de déterminer si un droit d'action existe ou non dans une situation donnée. Celui-ci suppose l'**affirmation d'un droit à la protection juridique méritant d'être protégée** (*eine schutzwürdige Rechtsschutzanspruchbehauptung* : BOHNET/DROESE, L'action selon le CPC suisse, RSPC 2021 à paraître). On l'admet en principe quand l'intéressé invoque un droit propre.

Références. En **Allemagne**, on sait depuis DEGENKOLB que le droit d'agir en justice n'est pas une émanation du droit matériel, puisque le demandeur qui agit ne fait qu'affirmer un droit (HEINRICH DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, Leipzig 1877, p. 9-15). WACH opposera à ce droit d'action « abstrait », un droit d'action « concret », qu'il qualifie de droit du demandeur à obtenir du juge, lorsque les conditions légales sont remplies, un jugement en sa faveur (*Rechtsschutzanspruch* ; ADOLF WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 1^{er} [et unique] vol., Leipzig 1885, § 2 V-VI). Pour WACH, si le demandeur gagne, c'est qu'il a un droit à l'égard de l'Etat d'obtenir un jugement en sa faveur. Le droit privé se double en quelque sorte d'un droit public à obtenir la protection du juge. Cette théorie deviendra dominante en Allemagne au début du siècle passé, avec des auteurs incontournables comme HELLWIG et

GOLDSCHMIDT (KONRAD HELLWIG, Anspruch und Klagrecht, Leipzig 1900, p. 145 ; JAMES GOLDSCHMIDT, Materielles Justizrecht : Rechtsschutzanspruch und Strafrecht, in Festgabe für Hübler, Berlin 1905, p. 75 ss). Mais les contradicteurs ne manquent pas. BÜLOW relève que le seul droit du demandeur à l'égard de l'Etat est de voir la procédure suivie conformément à ses règles, le jugement visant à déterminer qui du demandeur ou du défendeur a un droit (OSKAR BÜLOW, Klage und Urteil, ZZP 31 [1903], p. 191 ss). ROSENBERG, auteur majeur ayant écrit tant avant qu'après la Seconde Guerre mondiale, nie lui aussi la théorie du *Rechtsschutzanspruch* (LEO ROSENBERG, Handbuch des Deutschen Zivilprozessrechts 1^{re} éd. Berlin 1927, § 89 I 1). Nul doute en revanche que le droit d'agir en justice n'est pas déduit du droit matériel.

Sur la base des réflexions allemandes, la **doctrine italienne** s'intéressa elle aussi à la notion d'action. Pour CHIOVENDA, auteur de référence du début du 20^e siècle, l'action est le pouvoir juridique de mettre en œuvre le processus de réalisation de la loi par le juge (GIUSEPPE CHIOVENDA, Principii di diritto processuale civile, 3^e éd., Naples 1923, p. 43–58).

En **France**, HENRY VIZIOZ critique dans un célèbre article de 1927 (Observations sur l'étude de la procédure civile, reproduit in HENRY VIZIOZ, Etudes de procédure, Paris 2011) l'approche purement exégétique du droit de procédure civile, plaide pour une réflexion scientifique dans ce domaine et met en relief le concept d'action, demeuré attaché jusqu'alors à la théorie classique du « droit sur le pied de guerre », en se référant aux auteurs allemands et italiens. L'apport de MOTULSKY sera déterminant : il distingue le droit d'accès aux tribunaux et l'action, qui ne se confond pas avec le droit matériel, mais ne donne pas plus le droit à un jugement en sa faveur (HENRI MOTULSKY, Le droit subjectif et l'action justice, 1964, reproduit in Ecrits, Etudes et notes de procédure civile, Paris 2010). L'action, c'est la faculté d'obtenir du juge une décision sur le fond de la prétention. Cette approche, qui était déjà celle de CORNU et FOYER (GERARD CORNU/JEAN FOYER, Procédure civile, 1^{re} éd., Paris 1958, p. 275) a été consacrée à l'art. 30 CPC français de 1975, dont la teneur est la suivante : « L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention ».

En **Suisse**, la notion de droit d'action est demeurée longtemps méconnue. Bien des auteurs l'écartent en reprenant sans autre développement la conclusion de GULDENER, auteur majeur de la seconde moitié du siècle passé, qui rejetait la théorie sans nuance (MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich 1979, p. 194 : « *Entgegen einer verbreiteten Lehre gibt es weder einen sog. Rechtsschutzanspruch noch ein sog. Klagrecht* »). Pourtant, KUMMER, autre auteur de référence de la même époque, était parvenu à la bonne analyse : le droit d'action n'est autre que le droit prétendu digne de protection (MAX KUMMER, Das Klagrecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Berne 1954,

p. 18). La doctrine récente s'intéresse à nouveau à cette problématique (pour une présentation détaillée : BOHNET/DROESE, op. cit.).

385. En faisant de l'**intérêt** une condition de recevabilité de la demande (art. 59 al. 2 let. a CPC), le CPC se rattache implicitement à la théorie moderne. Le Tribunal fédéral a lui-même évolué dans son approche et adopté cette théorie, puisqu'il distingue désormais le *prozessuale Anspruch* (l'affirmation du droit à la protection juridique) de l'*Anspruch* (la prétention au fond), celui-là étant l'objet du litige (ATF 139 III 126 consid. 3.2.3), et qu'il retient que l'action en reconnaissance négative de dette ne met pas en œuvre un droit matériel (ATF 144 III 175).

III. La classification des actions

386. L'action est un droit, le droit de voir un juge statuer au fond sur le droit affirmé et de dire la prétention bien ou mal fondée. L'action est donc toujours identique à elle-même : elle existe ou n'existe pas, suivant le droit substantiel invoqué et le prononcé requis. L'action peut ainsi être précisée selon son *fondement* et son *objet*.

A. Le fondement

387. On classe en premier lieu l'action suivant son fondement, à savoir le droit substantiel invoqué.

388. L'action est **patrimoniale** ou **non patrimoniale** selon qu'elle a pour fondement une atteinte ou une menace d'atteinte à un droit patrimonial ou non patrimonial. L'expression « patrimonial » se réfère aussi, et c'est la terminologie du CPC, à l'objet de la demande, et vise alors tout objet dont la valeur peut être exprimée en argent (art. 243 al. 1, 308 al. 2 CPC : affaires patrimoniales et non patrimoniales).

Exemples. Est patrimoniale une action fondée sur la violation d'une obligation contractuelle (art. 97 CO) ; est non patrimoniale une action fondée sur une atteinte à la personnalité (art. 28 CC).

Jurisprudence. Les parties ne peuvent pas convenir de la nature patrimoniale ou non patrimoniale du litige. La prétention du travailleur visant à interdire la transmission de ses données à la justice américaine est en principe de nature non

patrimoniale. La procédure ordinaire s'applique dans un tel cas (ATF 142 III 145 consid. 6, RSPC 2016 199).

389. L'action patrimoniale peut être **réelle** (comp. art. 29 al. 1 let. a CPC) ou **personnelle**, suivant qu'elle a pour fondement la violation d'un droit réel ou l'inexécution d'une créance.

Exemples. La demande tendant à l'inscription d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est un droit de nature personnelle ; l'action en exécution du mandat découle de l'obligation personnelle du mandataire d'exécuter la prestation promise ; l'action tendant à l'inscription au registre foncier du transfert de propriété d'un immeuble (art. 665 al. 1 CC) est également une action personnelle. L'action tendant à la rectification du registre foncier (art. 977 al. 1 CC) est une action réelle, de même que l'action en cessation du trouble en matière de propriété foncière (art. 679 CC).

390. L'action patrimoniale réelle peut être **possessoire** ou **pétitoire**, suivant qu'elle a pour fondement une atteinte à la possession ou une atteinte à un droit de propriété ou à un autre droit réel.

Exemples. La réintégrande (art. 927 CC) est une action possessoire ; l'action en revendication (art. 641 al. 2 CC) est une action pétitoire.

B. La protection requise

391. Lorsque l'action, patrimoniale ou non patrimoniale, a pour fondement la seule menace d'une atteinte (art. 28a al. 1 ch. 1 CC ; art. 9 al. 1 let. a LCD), on parle d'**action préventive**. L'action en cas d'atteinte n'a pas de dénomination spécifique.

C. L'objet

392. Une fois le fondement examiné, il faut s'intéresser à l'objet de l'action, à savoir le **prononcé requis**.

393. Suivant qu'elle a pour objet une somme d'argent ou autre chose, l'action est **pécuniaire** ou **non pécuniaire**. A noter cependant que « pécuniaire » qualifie souvent un objet de nature patrimoniale, à savoir un objet qui peut être estimé en argent (dans ce sens, art. 52, 74 al. 1 LTF).

Exemples. La demande en délivrance d'un certificat de travail est une action pécuniaire (RSPC 2011 294). La demande tendant à la diffusion d'une réponse

dans un média à caractère périodique (art. 28g ss CC) est non pécuniaire, tandis que la demande en remise du gain obtenu du fait d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 28a al. 3 CC) est pécuniaire.

394. L'action non pécuniaire peut, entre autres, être **mobilière** ou **immobilière**, si elle a pour objet un droit sur un meuble ou un immeuble.

Exemples. L'action tendant à la délivrance d'un véhicule loué (art. 256 al. 1 CO) est une action mobilière ; celle tendant à la rectification du plan ou du bornage (art. 669 CC) est une action immobilière.

395. L'action, tant pécuniaire que non pécuniaire, peut tendre à une prestation ou une abstention (action **condamnatoire** ; art. 84 CPC), tendre à la modification d'une situation juridique (action constitutive ou **formatrice** ; art. 87 CPC) ou tendre à la seule constatation de l'existence ou l'inexistence d'un droit ou d'une situation juridique (action déclaratoire ou **en constatation de droit** ; art. 88 CPC).

Exemples. L'action en paiement de dommages et intérêts au sens de l'art. 41 CO est une action condamnatoire ; l'action en divorce et l'action en annulation d'un congé en matière de bail sont des actions formatrices ; l'action en constatation du caractère illicite de l'atteinte (art. 28a al. 1 ch. 3 CC) est, comme son nom l'indique, constatatoire.

396. Certaines actions peuvent être expressément mentionnées par la loi, au vu de leur fondement et/ou de leur objet ; on parle d'**actions nommées**. L'énumération légale n'est qu'exemplative. Il existe de nombreuses **actions innommées**.

397. Les actions formatrices, qui visent à la modification d'une situation juridique, sont naturellement nommées : lorsque la modification d'une situation juridique exige l'exercice d'une action, le législateur l'indique expressément.

Exemples. Sont des actions nommées : l'action en responsabilité des organes de la SA (art. 753 ss CO) ; l'action pour cause d'enrichissement illégitime (art. 62 CO) ; l'action en paternité (art. 261 CC) ; l'action en annulation de mariage (art. 107 CC) ; l'action en revendication (art. 641 CC). Sont des actions innommées : l'action tendant à la délivrance des marchandises achetées ; l'action tendant à la réfection de l'ouvrage.

IV. La capacité d'être partie

A. La jouissance des droits civils

398. La capacité d'être partie est le **pendant procédural** de la jouissance des droits civils (art. 66 CPC, 1^{re} hypothèse), comme le retient depuis longtemps le Tribunal fédéral (ATF 42 II 553, JdT 1917 I 304). Elle est incluse dans la jouissance des droits civils et résulte dès lors du droit matériel, privé ou public. Aussi, toute personne physique ou morale a la capacité d'être partie.

399. Seules les **personnes vivantes** disposent de la jouissance des droits civils (art. 31 al. 1 CC) et donc de la capacité d'être partie. Le Tribunal s'est penché sur la question de savoir s'il fallait admettre en Suisse la théorie allemande de la **protection post mortem** de la personnalité, qui donne un droit propre au défunt d'agir, par le biais d'un représentant conventionnel. Il a clairement rejeté cette théorie, l'art. 31 al. 1 CC disposant expressément que la personnalité finit avec la mort, et, avec elle, la jouissance des droits civils et la qualité pour agir (ATF 129 I 302, JdT 2005 I 214). Les proches peuvent cependant, dans certaines limites, se réclamer de la protection de leur propre personnalité afin de faire cesser des atteintes à celle du défunt (protection de la mémoire, *Andenkensschutz* ; ATF 109 II 353 consid. 4a, JdT 1985 I 99 ; 104 II 225 consid. 5b, JdT 1979 I 546 ; 101 II 177 consid. 5a, JdT 1976 I 363). Certes, cette protection est indirecte et ne résout pas le problème des atteintes par les proches eux-mêmes, les cas où ceux-ci n'agissent pas ou les situations dans lesquelles il n'y a pas de proches. Mais la théorie allemande soulève d'importants problèmes dogmatiques et pratiques : titularité du droit, représentation, durée des pouvoirs.

400. Pour les personnes physiques **étrangères**, on consultera l'art. 34 al. 1 LDIP, pour les personnes morales étrangères, les art. 21 et 154 LDIP.

B. La qualité de partie en vertu du droit fédéral

401. Le droit fédéral reconnaît également la capacité d'être partie à **certaines communautés ou certains organes** dépourvus de la personnalité morale (art. 66 CPC, seconde hypothèse).

Exemples. Société en nom collectif (art. 562 CO) ; société en commandite (art. 602 CO) ; communauté des copropriétaires par étages (art. 712I CC), dans le cadre de ses attributions patrimoniales ; masse en faillite (art. 240 LP).

402. En revanche, la **société simple** et la **communauté héréditaire** (hoirie) n'ont en principe pas qualité de partie faute de personnalité (voir ATF 140 III 175 consid. 4.1 ; 130 III 248 consid. 4.1 et 131 I 153 consid. 5.3 pour la société simple ; TF [02.05.2014] 5A_82/2014 consid. 1 pour la communauté héréditaire), tout comme les fonds de placement contractuels (ATF 140 III 175 consid. 4.1 ; 121 III 319 consid. 5.b.aa ; 115 III 11 consid. 2).

403. De même, la **succursale** n'a pas la capacité d'être partie (voir art. 641 CO ; ATF 120 III 11 consid. 1a ; TF [26.11.2001] 7B.249/2001). Il ne faut donc pas confondre la question du for avec celle de la capacité d'être partie. Ainsi, s'il est possible d'attaquer une société anonyme au for de sa succursale pour les activités industrielles ou commerciales de celle-ci (art. 12 CPC), c'est bien la société anonyme que l'on doit attaquer et non sa succursale.

C. Les faits de double pertinence

404. Il faut préciser que lorsque l'existence d'une personne morale est au **centre du procès**, la capacité d'être partie doit être reconnue à l'entité prétendue. Il s'agit d'un fait de double pertinence (sur cette notion, *supra*, p. 105).

Jurisprudence. La demande en constatation de la nullité d'une fondation doit être dirigée contre celle-ci (ATF 96 II 73, JdT 1972 I 162). Le fondateur d'une fondation dont on met en cause le discernement ou encore la fondation elle-même dont l'autorité de surveillance déplore la carence dans son organisation ont la capacité d'être parties ainsi que la capacité d'ester pour la durée du procès (voir TF [13.06.2018] 5A_856/2016, 5A_865/2016 consid. 1.4 non reproduit *in* ATF 144 III 264. Lorsque l'objet du procès vise à déterminer qui est l'organe représentant valablement une association, cette question en tant qu'elle représente le centre de la contestation, doit faire l'objet du procès au fond (TC NE [06.06.1917], TC VIII 30).

D. La conséquence du défaut de capacité

405. Le défaut de capacité d'être partie conduit à l'**irrecevabilité** de la demande (art. 59 al. 2 let. c CPC).

V. La qualité pour agir et pour défendre

A. Notion

406. La qualité pour agir et pour défendre est relative au **droit d'action** : c'est la titularité active ou passive du droit à l'obtention d'un jugement au fond, en d'autres termes la qualité pour affirmer (*behaupten*) un droit en justice (*prozessführungsbefugnis*).

407. La qualité pour agir et pour défendre dépend évidemment de la capacité d'être partie : pour être un titulaire d'un droit d'action, il faut exister. La notion d'« existence » est prise ici dans un sens large, des communautés non personnalisées, de même que des organes non personnalisés ayant parfois la capacité d'être parties (*supra*, p. 116).

408. Le droit fédéral détermine qui peut faire valoir un droit en justice. D'une manière générale, la qualité est reconnue **à qui prétend un droit propre**, à qui prétend être légitimé.

Exemple. Si X prétend que Y lui doit CHF 1000.–, il a qualité pour agir, quand bien même il pourrait ne pas être légitimé, par exemple s'il a cédé sa créance. En revanche, celui qui ne se prétend pas locataire ne peut pas agir en annulation du congé, faute de qualité pour agir, tout comme celui qui ne se prétend pas héritier ne peut pas agir en réduction en matière successorale.

Controverse. Il convient de distinguer la qualité pour agir de la **légitimation**. La légitimation relève du droit matériel invoqué ; elle définit simplement le titulaire du droit matériel invoqué. La jurisprudence peine à distinguer qualité pour agir et légitimation (voir p. ex. TF [05.04.2011] 5A_875/2010 consid. 4 ; ATF 128 III 191 ; 126 III 59 ; 25 III 82). Bien des auteurs ne font pas la distinction. Le CPC ne la mentionne pas expressément.

Pourtant, le Tribunal fédéral reconnaît sans discussion que la **qualité pour recourir** est une condition de recevabilité du recours (p. ex. ATF 133 III 421 consid. 1.1, RSPC 2008 45). Le recours n'est que le prolongement du droit d'action. La problématique est identique, même si elle s'inscrit dans le cadre prédéfini par le lien d'instance en matière de recours. En d'autres termes, la loi définit la qualité pour recourir comme elle le fait pour la qualité pour agir. En disposant que le locataire peut agir en annulation du congé devant l'autorité de conciliation dans un délai de trente jours dès sa réception (art. 273 al. 1 CO), la loi définit la qualité pour agir selon le même mécanisme que lorsqu'elle prescrit qu'un recours en matière civile peut être formé par quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire,

qui est particulièrement touchée par la décision attaquée et qui a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (art. 76 al. 1 LTF). Pour des développements, voir FRANÇOIS BOHNET, Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessesstandschaft, Sachlegitimation et qualité pour agir ; Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique, RSPC 2017 465.

B. Les actions formatrices

409. En matière d'actions formatrices (*supra*, p. 115), la loi réserve la possibilité d'agir en justice à certains sujets de droit déterminés. Il faut dans ce cas démontrer être en droit de faire valoir la prétention.

Exemples. La loi définit qui peut prétendre à la rupture du lien conjugal ou du lien de filiation. Un enfant, alors même qu'il serait capable d'ester en justice, ne peut agir en divorce de ses parents. Sa demande en ce sens devrait être jugée irrecevable, faute de qualité pour agir (et non mal fondée). Le simple créancier n'a pas qualité pour agir en annulation d'une décision de l'assemblée générale d'une société anonyme (art. 706 CO). Sa demande est irrecevable.

C. La *Prozessesstandschaft*

410. Il existe des cas où la personne légitimée n'a pas qualité, et dans certaines hypothèses à l'inverse, la qualité pour agir est attribuée à des personnes que le droit matériel ne légitime pas (*Prozessesstandschaft* : *qualité pour affirmer en son nom personnel le droit d'autrui*).

411. Dans le procès en **divorce** (art. 111 ss CC), le parent détenteur de l'autorité parentale fait valoir, en son propre nom et à la place de l'enfant mineur, les contributions d'entretien dues à celui-ci. Lorsque l'enfant devient majeur en cours de procédure, cette faculté du parent (*Prozessesstandschaft*) perdure pour les contributions postérieures à la majorité, pour autant que l'enfant désormais majeur y consente ; cette jurisprudence s'applique par analogie à un procès en modification du jugement de divorce (TF [31.01.2020] 5A_230/2019 consid. 3.1). En revanche, après la majorité de l'enfant, le parent, autrefois détenteur de l'autorité parentale, n'est pas légitimé à intenter une poursuite en son propre nom, ni à requérir la mainlevée de l'opposition, relativement à des contributions d'entretien pour la période de la minorité de l'enfant (ATF 142 III 78 consid. 3.3 et chapeau).

412. La **mère** a qualité pour agir en **contestation de la reconnaissance** de l'enfant, alors même qu'elle n'est pas titulaire du rapport de droit en cause (art. 260a al. 1 CC ; ATF 138 III 537 consid. 2.2.1 ; 116 II 253 consid. 3).

413. L'**autorité compétente** a, dans certaines circonstances (art. 261 al. 2 CC), qualité pour défendre à l'action en paternité, alors qu'elle n'est pas le sujet du rapport juridique invoqué.

414. L'**exécuteur testamentaire** (art. 517 s. CC) auquel l'administration des biens successoraux a été confiée est seul habilité à intenter des actions en paiement ; il a qualité à la place de ceux qui sont, sur le fond, les sujets actifs ou passifs du droit contesté et auxquels la qualité est retirée (voir ATF 116 II 131 ; TF [19.09.2012] 4A_145/2012 consid. 4.2 ; TF [29.10.2013] 5A_40/2013 consid. 3).

415. L'art. 756 CO prévoit que l'**actionnaire** peut agir en son propre nom pour obtenir le paiement de dommages et intérêts à la société pour le préjudice causé par ses ditrigeants (ATF 132 III 342 consid. 4.3, JdT 2007 I 51).

416. En cas de **faillite**, seule la masse a, dans un premier temps, qualité pour continuer le procès en cours, même si le failli reste titulaire des prétentions portées au procès et demeure ainsi légitimé (voir art. 207 LP ; ATF 68 III 162 ; TF [16.12.2008] 5A_417/2008 consid. 3.1). Si la masse renonce à agir, elle peut céder ses droits aux créanciers (art. 261 LP ; ATF 113 III 135 ; 109 III 27).

417. La seule qualité pour agir ne peut **pas faire l'objet d'une cession** en droit suisse (*gewillkürte Prozessstandschaft*). La créance ne peut pas être scindée en une prétention au fond et un droit d'action ; le droit civil fédéral ne connaît que la cession de créance comme telle, qui fait passer au cessionnaire la qualité pour intenter action (ATF 78 II 265 consid. 3 ; 130 III 417 consid. 3.4 ; 132 III 155 consid. 6 ; 137 III 293 consid. 3.2 ; TF [12.10.2009] 5A_578/2009 consid. 2.5).

D. L'action sociale

418. L'art. 89 al. 1 CPC prévoit que les **associations** et les autres organisations (société coopérative, fondation) d'importance **nationale** ou **régionale** qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, **en leur propre nom**, agir (en interdiction, cessation ou constat, art. 89 al. 2 CPC ; mais non en dommages-intérêts ;

Message CPC, FF 2006 6902) pour l'**atteinte à la personnalité** des membres de ce groupe.

419. L'action sociale (« action des organisations ») était prévue par la jurisprudence tirée de l'art. 28 CC (ATF 73 II 65, JdT 1948 I 11 ; 86 II 18 ; 114 II 345 ; 125 III 82) et a été renforcée par le CPC, puisque l'organisation n'a plus à démontrer qu'une personne directement concernée pourrait agir. De plus, le droit d'agir n'est plus limité à la défense des seuls intérêts économiques (Message CPC, p. 6902). Certaines lois spéciales la réglementent de manière spécifique : protection des biens immatériels (art. 56 al. 1 let. b LPM), concurrence déloyale (art. 10 al. 2 let. b LCD) et égalité entre femmes et hommes (art. 7 al. 1 LEg).

Controverse. L'action sociale permet à l'organisation de faire valoir en son nom personnel le droit collectif de ses membres, si bien qu'il s'agit à notre sens d'un type de *Prozessstandschaft* (CR CPC-BOHNET, Intro art. 89 N 9 ; dans ce sens également : ISABELLE CHABLOZ/MICHEL HEINZMANN, *Actio pro socio* : une approche procédurale, in : Amstutz /Chabloz/Heinzmann/Hochreutener [éd.], *Mélanges en l'honneur de Walter A. Stoffel avec un accent sur la société simple*, Berne 2014, p. 245 n. 77 ; PC CPC-HEINZMANN/ MANGUAY BENKHEDIM, art. 89 N 21 s). La doctrine majoritaire y voit cependant un droit de fond et non un droit d'agir (parmi d'autres : KUKO ZPO-WEBER, art. 89 N 4 ; BSK ZPO-KLAUS, art. 89 N 6 ; CR CPC-JEANDIN, art. 89 N 15 ; CORDULA LÖTSCHER, *Die Prozessstandschaft im schweizerischen Zivilprozess*, thèse Bâle 2016, N 559 ss, 568-571, au terme d'une analyse détaillée).

E. La conséquence du défaut de qualité pour agir

420. Le défaut de qualité pour agir conduit à notre sens à l'**irrecevabilité** de la demande, tout comme le défaut de qualité pour recourir à l'irrecevabilité du recours. Le Tribunal fédéral l'admet pour le recours, mais ne distingue pas la légitimation active de la qualité pour agir et retient que leur défaut conduit au rejet de la demande (ATF 130 III 417 consid. 3.1 ; 126 III 59 consid. 1a ; 125 III 82 consid. 1a ; pour des développements : FRANÇOIS BOHNET, *Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis, Prozessstandschaft, Sachlegitimation et qualité pour agir* ; Plaidoyer pour un réexamen conceptuel et terminologique, RSPC 2017 465).

Exemples. La demande en divorce d'un couple déposée par le concubin ou la concubine de l'un des époux est irrecevable faute de qualité pour agir ; la demande en cessation d'un trouble à la propriété formée par une partie seulement des copropriétaires sans que les autres soient attirés en justice doit être écartée

sans entrée en matière ; une action sociale formée par une association d'importance locale est irrecevable.

VI. La capacité d'ester

A. Notion

421. Si la capacité d'être partie est le corollaire de la jouissance des droits civils, la capacité d'ester est le **corollaire de l'exercice des droits civils** (art. 67 CPC).

422. La capacité d'ester relève de la procédure en ce sens qu'elle est une condition de régularité du procès, mais elle découle du droit matériel, dans la mesure où elle appartient à quiconque dispose de l'exercice des droits civils (art. 12 CC pour les personnes physiques, art. 54 CC pour les personnes morales). Selon l'art. 13 CC, toute personne majeure et capable de discernement a l'exercice des droits civils. Selon l'art. 54 CC, les personnes morales ont l'exercice des droits civils dès qu'elles possèdent les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet.

423. La capacité pour ester est relative à l'instance (concrétisée par le procès), alors que la qualité pour agir ou pour défendre est relative au droit d'action.

Exemples. Un enfant de douze ans a qualité pour agir en annulation d'un testament, mais il n'a pas la capacité d'ester en justice ; l'exécuteur testamentaire n'a pas qualité pour agir en son nom, pour le compte d'un héritier, en réduction de dispositions à cause de mort, même s'il peut ester en justice.

B. La capacité restreinte

424. L'art. 67 al. 3 CPC précise, en accord avec la jurisprudence (ATF 120 Ia 369 consid. 1a) et sur la base de l'art. 19 CC, que la personne qui n'a pas l'exercice des droits civils peut, pour autant qu'elle soit capable de discernement :

- a) exercer ses **droits strictement personnels** de manière indépendante. On pense en particulier aux droits intimement liés à la personne et à sa vie affective, protégés par les actions défensives en matière

d'atteinte à la personnalité, mais non aux droits patrimoniaux, sous réserve du tort moral (ATF 127 IV 193 consid. 5b/ee) ;

- b) accomplir **provisoirement** les actes nécessaires s'il y a péril en la demeure. Cela signifie que ces actes devront ensuite être ratifiés par le représentant légal (art. 19a CC).

C. La conséquence du défaut de capacité d'ester

425. Le défaut de capacité d'ester aboutit, à moins que le vice ne soit réparé par la ratification du représentant (*infra*, p. 290), à la **nullité des actes accomplis** (art. 59 al. 2 let. c CPC). La partie qui se voit dénier la capacité d'ester peut recourir contre ce prononcé jusqu'au Tribunal fédéral (TF [07.03.2013] 5A_841/2012).

VII. Les représentants légaux et statutaires

A. Notion

426. Les **personnes privées** dépourvues de la capacité d'ester en justice (*supra*, p. 122) agissent par l'intermédiaire de leurs représentants légaux (art. 67 al. 2 CPC).

427. Quant aux **personnes morales** et entités ayant qualité pour agir sous leur raison sociale, elles expriment leur volonté par leurs organes (art. 55 al. 1 CC ; comp. art. 159 CPC).

Jurisprudence. Les personnes morales exercent leurs droits civils par l'intermédiaire de leurs organes exécutifs, soit par un ou plusieurs membres du conseil d'administration, ou par des tiers (directeurs), auxquels le conseil d'administration a délégué son pouvoir de représentation. Peuvent aussi représenter la société en justice les fondés de procuration (art. 458 CO) ainsi que les mandataires commerciaux (art. 462 CO), qui eux ne sont pas inscrits au registre du commerce, à condition qu'ils aient reçu le pouvoir exprès de plaider (ATF 141 III 80, RSPC 2015 125). La question de la comparution personnelle de la personne morale est encore différente (*infra*, p. 269).

428. Les représentants légaux et statutaires doivent être **distingués** des **représentants conventionnels**, désignés en principe volontairement par les parties.

B. La conséquence du défaut de légitimation des représentants

429. Faute de légitimation des prétendus représentants, les actes accomplis sont réputés inaccomplis, à moins que le véritable représentant légal ou statutaire ne les ratifie (art. 132 al. 1 CPC, *infra*, p. 291). Les frais sont à la charge de celui qui a agi (comp. art. 108 CPC ; ATF 129 I 302 consid. 2, JdT 2005 I 214).

VIII. Les représentants conventionnels

A. Notion

430. Selon l'art. 68 CPC, toute personne **capable d'ester en justice** (capacité pleine ou restreinte) peut désigner un représentant. Faute de capacité d'ester en justice de l'intéressé, il revient à son représentant légal de désigner l'éventuel représentant conventionnel.

431. Le CPC ne prévoit **aucune exception** au droit de se faire représenter en procédure. La règle vaut à tous les stades du procès, même dans la phase de conciliation. Les parties peuvent toutefois **devoir comparaître personnellement**, de par la loi (en particulier en conciliation, art. 204 al. 1 CPC ; *infra*, p. 269) ou sur ordre du juge.

B. La représentation à titre non professionnel

432. Le **choix** du représentant est **libre** lorsque celui-ci porte sur une personne agissant à titre non professionnel (art. 68 al. 1 CPC). Dès lors, une « personne de confiance » a, en principe, vocation à représenter une partie en justice, et ce dans n'importe quel procès devant les tribunaux des cantons (Message CPC, p. 6893). Le CPC est particulièrement libéral sur ce point.

C. La représentation à titre professionnel

1. L'avocat

433. Parmi les représentants agissant à **titre professionnel**, seul l'**avocat** inscrit à un registre cantonal peut représenter les parties dans toutes les procédures soumises au CPC (art. 68 al. 2 let. a CPC).

434. Les Chambres fédérales ont adopté le 23 juin 2000 (entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002) une **Loi fédérale** sur la **libre circulation des avocats** (LLCA, RS 935.61) qui régit la profession des avocats pratiquant la représentation en justice dans le cadre d'un monopole.

435. L'art. 4 LLCA pose le principe que « Tout avocat inscrit à un registre cantonal des avocats peut pratiquer la représentation en justice en Suisse sans autre autorisation ». Les art. 7 et 8 LLCA indiquent à quelles conditions l'avocat peut être inscrit à un registre cantonal.

Jurisprudence. Les règles sur la représentation professionnelle visent la protection du public. Il convient dès lors d'interpréter avec une certaine retenue les exceptions prévues par le CPC au monopole de l'avocat, dont la réglementation de la profession assure la qualité des services. Le critère de la rémunération de l'activité ou du but lucratif n'est donc pas seul déterminant. Une telle protection doit aussi intervenir lorsqu'un représentant est prêt à intervenir dans un nombre indéterminé de cas, sans qu'il existe de lien de proximité particulier avec la personne représentée (ATF 140 III 555, RSPC 2015 13).

436. Les cantons peuvent également prévoir d'autoriser les avocats titulaires de leur brevet, mais non inscrits au registre, de représenter devant les autorités du canton (art. 3 al. 2 LLCA ; TF [01.02.2013] 5A_461/2013 consid. 3.3-3.4, RSPC 2013 227).

Exemple. Art. 7 LI-CO NE : « Toute personne capable d'ester en justice peut se faire représenter au procès par un mandataire professionnel titulaire d'un brevet d'avocat neuchâtelois, remplissant les conditions personnelles de l'art. 8 al. 1 let. a, let. b et let. c de la Loi fédérale sur la libre circulation des avocats, du 23 juin 2000, employé par une organisation représentative qui défend les intérêts des bailleurs ou des locataires au sens de l'art. 3 al. 1 let. a de la Loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale, du 23 juin 1995, pour tous les **litiges en matière de contrat de bail** soumis à la procédure devant l'autorité de conciliation, à la procédure simplifiée et à la procédure sommaire ».

2. L'agent d'affaires et l'agent juridique breveté

437. Les agents d'affaires et les agents juridiques brevetés peuvent, si le droit cantonal le permet, intervenir comme représentants devant l'autorité de conciliation et dans les affaires patrimoniales soumises à la procédure simplifiée et dans les affaires soumises à la procédure sommaire (art. 68 al. 2 let. b CPC).

438. Le droit cantonal leur reconnaît aussi en principe le rôle de représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP.

Exemples. Voir la Loi vaudoise sur la profession d'agent d'affaires breveté, du 20 mai 1957 (LPag, RS/VD 179.11) et la Loi genevoise réglementant la profession d'agent d'affaires, du 2 novembre 1927 (LPAA, RSG E 6 20).

3. Le représentant professionnel (art. 27 LP)

439. Les représentants professionnels au sens de l'art. 27 LP sont autorisés à pratiquer la représentation professionnelle dans les affaires soumises à la procédure sommaire en vertu de l'art. 251 CPC (art. 68 al. 2 let. c CPC). On pense en particulier à la procédure de mainlevée, au séquestre ainsi qu'aux requêtes de faillite et de sursis concordataire.

440. La représentation est largement admise désormais, puisque l'art. 27 al. 1 LP prévoit dans sa teneur au 25 septembre 2015 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018) que « Toute personne ayant l'exercice des droits civils est habilitée à représenter une autre personne dans une procédure d'exécution forcée. Cela vaut également pour la représentation professionnelle. Les cantons peuvent interdire la représentation professionnelle à une personne pour de justes motifs ».

4. Le mandataire professionnellement qualifié

441. Dans bien des cantons, il existait une exception au monopole des avocats en matière de **procès sociaux**, en particulier dans le domaine du bail et du travail. Le projet du Conseil fédéral ne prévoyait rien à cet égard (Message CPC, p. 6894 et 7033 *a contrario*). Les Chambres ont assoupli le régime (BO CN 2008 648 s. ; BO CE 2008 726).

442. Dès lors, sont désormais autorisés à représenter les parties à titre professionnel « les mandataires professionnellement qualifiés » devant les **juridictions spéciales** en matière de contrat de bail et de contrat de travail, si le droit cantonal le prévoit (art. 68 al. 2 let. d CPC). Il faut l'admettre également devant l'autorité de conciliation.

443. A **Neuchâtel**, selon l'art. 17a OJN, « Le Tribunal civil est juridiction spéciale en matière de contrat de bail et de contrat de travail ». L'unique but de cette disposition est de permettre la représentation par des mandataires professionnellement qualifiés. Elle détourne la règle de son but et est sans portée à notre avis. En effet, l'art. 68 al. 2 let. d CPC vise à permettre une représentation élargie lorsque le tribunal est composé de manière paritaire en bail et en travail, ce qui n'est en aucun cas la solution neuchâteloise. L'autorité de recours en a jugé différemment (RJN 2016 221).

Jurisprudence. L'art. 68 al. 2 let. b et d CPC contient une réserve de type fédéraliste qui permet aux cantons d'adopter des dispositions particulières qui ne s'appliquent que sur leur propre territoire. Les cantons qui n'ont rien prévu ou qui n'ont adopté que des règles allant moins loin que l'art. 68 al. 2 let. b et d CPC, sont tenus de respecter l'art. 68 al. 2 let. a CPC qui prévoit un monopole des avocats. Ces règles de droit fédéral l'emportent sur la Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI, RS 943.02) en tant que dispositions spéciales plus récentes (ATF 141 II 280).

444. Sont essentiellement visés les **associations de locataires** et celles de propriétaires immobiliers ou de gérants d'immeubles d'une part, ainsi que les **syndicats** et les associations patronales d'autre part.

D. La procuration

445. Le représentant conventionnel doit se légitimer à l'aide d'une **procuration** lorsqu'il agit au nom de son client (art. 68 al. 3 CPC). A défaut, le juge lui fixe un délai pour réparer le vice (art. 132 al. 1 CPC ; 42 al. 5 LTF).

Jurisprudence. L'absence de pouvoirs peut être guérie par une ratification postérieure, au sens de l'art. 38 al. 1 CO, des actes déjà intervenus. L'art. 132 al. 1 CPC n'est pas à disposition en cas d'absence de pouvoirs et que tant le représentant que le représenté ont en connaissance ou que le vice formel est volontaire, afin d'obtenir une prolongation du délai (TF [24.04.2018] 5D_142/2017 consid. 3.1, RSPC 2018 357). Si la procuration est ancienne, trop générale ou au contraire concerne une autre affaire, le juge peut demander qu'une nouvelle procuration soit déposée (TF [22.09.2016] 5A_561/2016 consid. 3.3).

E. La conséquence du défaut de pouvoir de postuler

446. Les actes accomplis par un mandataire sans pouvoirs ou qui, en matière professionnelle, ne remplit pas les conditions de l'art. 68 al. 2 CPC sont **nuls**, à moins d'être ratifiés dans le délai fixé par le juge (art. 132 al. 1 CPC ; 42 al. 5 LTF ; *infra*, p. 291). Les frais sont à la charge du *falsus procurator* (ATF 129 I 302 consid. 2, JdT 2005 I 214).

Jurisprudence. Au stade du recours, le juge peut, par économie de procédure, lorsque le signataire n'entre pas dans l'une des catégories fixées par la loi mais qu'il dispose d'une procuration, retenir que la partie contresignerait elle-même l'acte et que dès lors il est inutile de lui fixer formellement un délai pour ce faire. En revanche, la partie ne saurait prétendre à l'indemnisation de ses frais d'avocat, dans la mesure où elle n'est pas valablement représentée (ATF 139 III 249 consid. 1 ; TF [26.02.2013] 4A_609/2012 consid. 1).

Controverse. Selon l'ancienne jurisprudence bernoise, la signature d'un recours par un avocat-stagiaire, qui n'est pas autorisé par le droit cantonal (art. 8 al. 4 de la Loi bernoise sur les avocats), ou par un avocat non inscrit au registre employé d'un avocat inscrit, entraîne l'irrecevabilité de l'acte (OGer BE [19.04.2012] ZK 12 51 consid. 2). L'art. 132 al. 1 CPC ne saurait s'appliquer puisque l'erreur ne serait pas involontaire. A notre avis, l'erreur n'est pas intentionnelle dans un tel cas : si le stagiaire ou l'avocat employé avaient su qu'ils n'étaient pas autorisés, ils n'auraient pas signé le recours eux-mêmes. Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte (TF [01.02.2013] 5A_461/2013 consid. 4, RSPC 2013 227). La jurisprudence bernoise récente (OGer BE [29.11.2016] ZK 16 449) accorde un délai supplémentaire en s'inspirant de l'ATF 142 I 10.

447. L'**avocat** qui n'est pas indépendant ou qui se trouve dans un **conflit d'intérêts** ne bénéficie pas de la capacité de postuler et doit se démettre. Faute de disposition particulière, il appartient au juge qui conduit le dossier et qui constate un conflit d'intérêts d'en tirer d'office les conséquences et de dénier à l'avocat la capacité de postuler en l'obligeant à renoncer à la défense en cause (ATF 138 II 162 consid. 2.5.1). Le juge fixe un délai à la partie pour qu'elle désigne un représentant satisfaisant aux conditions légales (TF [10.04.2012] 4A_87/2012 consid. 3.2.2, SJ 2012 I 443). A Genève, l'art. 14 LPAV attribue cette compétence à la commission du barreau (même arrêt). L'avocat risque par ailleurs une sanction disciplinaire en vertu de l'art. 17 LLCA (même arrêt).

IX. La légitimation

448. La légitimation relève du **droit matériel** (*supra*, p. 118). C'est la titularité active ou passive de la prétention invoquée en justice. La légitimation doit être distinguée de la qualité pour agir qui est donnée à toute personne qui prétend un droit propre, qui prétend être légitimée (*supra*, p. 118). Le Tribunal fédéral ne fait pas la distinction (ATF 130 III 417 consid. 3.1 ; 126 III 59 consid. 1a ; 125 III 82 consid. 1a).

449. Le défaut de légitimation relevant du fond, il aboutit au **mal fondé** de la demande.

X. Les parties principales au procès

A. Le lien d'instance

450. On distingue les **parties principales** au procès des **tiers** qui, à certaines conditions, peuvent être amenés à participer au procès (*infra*, p. 145).

451. Les parties principales sont le(s) demandeur(s) et le(s) défendeur(s). Le demandeur est celui qui demande au juge de lui accorder ses conclusions, le défendeur est la personne contre qui est dirigée cette demande. Le Code ne l'exprime qu'implicitement, aux art. 66 s. et 73 al. 1 CPC. Le demandeur détermine librement qui il entend attirer en justice.

Jurisprudence. Dans le contexte d'un appel en garantie, le donneur d'ordre a demandé au garant de verser le montant de la garantie au bénéficiaire, celui-ci invoquant avoir subi un dommage du fait d'une livraison non conforme au contrat de base qui le liait avec un tiers. Le tiers a ouvert action uniquement contre le bénéficiaire de la garantie, en demandant notamment au juge d'interdire au garant de lui verser la garantie. Si plusieurs relations contractuelles existent entre les trois personnes intervenant dans le contexte de l'appel en garantie, elles ne sont toutefois pas déterminantes pour la désignation des parties à la procédure. En effet, le champ des parties intervenant à la procédure est uniquement l'affaire du demandeur, qui choisit seul le cercle de participants. S'il se trompe, il devra en subir les conséquences en termes d'issue de la procédure et des frais et dépens, mais un tiers à la procédure ne peut réclamer du juge, même s'il est cité nommément dans les conclusions, de pouvoir y participer et exercer son droit

d'être entendu. Le juge ne peut pas non plus de son propre chef étendre le cercle des parties à la procédure (CJ GE [12.09.1985] SJ 1985 609).

452. Un rapport juridique spécifique se crée entre les parties au procès, le **lien d'instance** (*Prozessrechtsverhältniss* ; ATF 130 III 396 consid. 1.2.3, JdT 2005 II 87), qui se distingue de l'action (*supra*, p. 110) et du rapport de droit matériel invoqué par le demandeur.

453. Un lien d'instance existe entre le demandeur et son adversaire même si celui-ci se révèle être totalement étranger au rapport juridique invoqué par le demandeur et si la demande se révèle être dénuée d'action. C'est de ce lien, qui résulte de la litispendance (*infra*, p. 255), que naissent les divers droits et obligations des parties au procès, en particulier le devoir de se comporter de **bonne foi** (art. 52 CPC ; *infra*, p. 230).

454. L'instance est un **rapport légal** provoqué unilatéralement par le demandeur. La demande, qui donne naissance à l'instance, doit être distinguée du droit substantiel et de l'action (*supra*, p. 110).

Références. La théorie du lien d'instance, sur laquelle le Tribunal fédéral se fonde pour expliquer l'obligation des parties de faire en sorte que les actes puissent leur être notifiés en cours de procédure, est empruntée à la doctrine allemande du dernier tiers du 19^e siècle. On lui doit l'analyse du procès en tant que rapport juridique. Comme le relève OSKAR BÜLOW sur la base de son examen du droit romain (*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen 1868, p. 1-4, 296), le procès n'est pas un simple processus, mais bien plus un rapport juridique né de la *litis contestatio*, l'engagement formel des deux parties au procès au fond, dont celles-ci tirent leurs droits et leurs obligations. ADOLF WACH, (*Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 1^{er} [et unique] vol., Leipzig 1885, p. 37), montrera que celui-ci est initié en droit moderne dès que le tribunal est saisi d'une demande. Les auteurs de cette période vont se pencher en détail sur la question, mais de nombreuses controverses surgissent (JOSEF KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim 1888 ; JAMES GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens*, 2^e éd. Berlin 1925). Le concept fait aussi son chemin en Italie au début du 20^e siècle, où GIUSEPPE CHIOVENDA, chef de file de la *scuola sistematica*, le place au centre de toute son analyse du procès civil (*Principii di diritto processuale civile*, 3^e éd., Naples 1923, p. 83-100). Le lien d'instance est plus tard aussi étudié en France, suite à la critique de VIZIOZ, (*Observations sur l'étude de la procédure civile* [1927], reproduit in HENRY VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Paris 2011, p. 20 s., 45 ss ; voir p. ex., sur la base de cette réflexion, GERMAIN BRUILLARD, *Procédure civile*, Paris 1944, p. 218, GERARD CORNU/JEAN FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris 1996, puis tous les auteurs modernes). En Suisse, la notion

demeure peu analysée (voir HABSCHEID, p. 6-9), à n'en pas douter en raison de son peu d'impact sous un angle strictement pratique.

B. La consorité

455. Une partie au procès civil est nécessairement demanderesse ou défenderesse. Un procès peut toutefois réunir plusieurs demandeurs et/ou plusieurs défendeurs. La consorité s'entend de la **pluralité** de demandeurs ou de défendeurs. La consorité est *active* en cas de pluralité de demandeurs ; elle est *passive* en cas de pluralité de défendeurs. On distingue la **consorité simple** (aussi intitulée *volontaire* ou *facultative*) de la **consorité nécessaire**.

456. En matière de représentation conventionnelle, l'art. 72 CPC précise que les consorts (simples ou nécessaires) peuvent commettre un **représentant commun**. Tant qu'aucun représentant n'est désigné, les notifications sont adressées à chaque consort.

1. La consorité simple

457. La consorité simple (art. 71 CPC), active ou passive, réunit des plaideurs qui auraient qualité pour agir ou pour être actionnés seuls mais qui actionnent ou sont actionnés en commun pour des motifs d'opportunité, le droit dont on entend obtenir la consécration ayant le même fondement (**consorité simple matérielle**) ou un fondement semblable (**consorité simple formelle**). Le CPC ne distingue pas expressément consorité simple matérielle et formelle. En parlant de « faits ou de fondements juridiques semblables » à l'art. 71 CPC, il couvre cependant les deux notions. Plusieurs exemples fournis par le Message CPC, p. 6895, relèvent d'ailleurs de la consorité simple formelle.

458. La consorité simple offre aux plaideurs la faculté de participer en commun à la même instance alors qu'aucune raison n'empêche qu'ils agissent ou défendent séparément.

459. La consorité simple se distingue de la consorité nécessaire par l'indépendance des consorts qui peuvent chacun procéder indépendamment des autres (art. 71 al. 3 CPC) et ainsi exposer séparément leurs moyens particuliers d'attaque ou de défense, acquiescer, se désister ou recourir chacun pour ce qui le concerne. Les conclusions prises à l'égard de chaque consort peuvent différer. Par ailleurs, la consorité simple peut être dissoute

par le tribunal : aux termes de l'art. 125 let. b CPC, le juge peut prononcer la **division de cause**, pour simplifier le procès.

Jurisprudence. Les faits doivent être **individualisés pour chaque consort simple**, lorsque les prétentions contre chacun d'eux diffèrent (ATF 147 III 166 consid. 3.4 : détermination du litige en matière d'appel en cause).

a. La consorité simple matérielle

460. La consorité simple matérielle réunit des plaideurs dont les prétentions sont communes ou en connexité étroite et qui ont le même fondement en fait et en droit.

Exemples. Une demande peut être dirigée contre les codébiteurs solidaires d'une obligation contractuelle (art. 143 CO) ou contre plusieurs responsables d'un même acte illicite (art. 50 CO). Deux créanciers solidaires peuvent également agir de concert contre leur débiteur (art. 150 CO ; voir ATF 140 III 150 consid. 2.2.1 ; 94 II 167 consid. 3, JdT 1969 I 549 : compte joint).

b. La consorité simple formelle

461. Contrairement à la consorité simple matérielle, la consorité simple formelle ne réunit pas des plaideurs dont les prétentions ont le même fondement en fait et en droit, mais dont les prétentions ont simplement un fondement semblable : les prétentions sont fondées sur des titres juridiques analogues et soulèvent les mêmes questions. Ainsi, le fondement de la consorité simple formelle est **plus lâche** que celui de la consorité simple matérielle. La similarité requise est donnée lorsqu'une consorité simple semble adéquate au vu de l'objet du procès, que ce soit pour des motifs d'économie de procédure ou dans le but d'éviter des jugements contradictoires (ATF 142 III 581 consid. 2.1, RSPC 2016 486).

Exemples. La victime d'un accident actionne en dommages-intérêts l'auteur direct du dommage et l'employeur de l'auteur (art. 51 et 55 CO) ; une personne agit contre deux cocontractants en constat de la nullité de deux ventes distinctes en raison de son incapacité de discernement temporaire ; un entrepreneur agit en paiement et en inscription définitive d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs contre trois sociétés avec qui il a, individuellement et séparément, conclu trois contrats portant sur la construction, respectivement, d'une station de lavage pour véhicules et chiens (défenderesse 1), de boxes de lavage en extérieur (défenderesse 2) ainsi que d'un restaurant contigu (défenderesse 3) ; le tout sur le

terrain appartenant à la défenderesse 1. La consorité simple formelle peut également être active : des travailleurs poursuivent par exemple leur ancien employeur en paiement d'arriérés de salaire ; des locataires agissent en contestation d'une hausse de loyer ; des lésés actionnent l'auteur d'un même événement dommageable.

Jurisprudence. Il n'y pas de connexité suffisante ni factuelle, ni juridique, en présence de prétentions en tort moral résultant de deux coups du lapin dans deux accidents de la route intervenus indépendamment l'un de l'autre, de différentes façons, à différents lieux et à différents moments (ATF 145 III 460 consid. 4.3.1-4.3.2).

c. La consorité simple subsidiaire

462. Une consorité à titre subsidiaire, admise par la jurisprudence pour des motifs pratiques (ATF 61 II 7 consid. 6 ; 62 II 89, JdT 1937 I 239 ; TC NE [07.10.1941], TC VIII 487), n'est pas exclue sous le régime du CPC.

Exemple. Le demandeur pourrait ainsi agir contre son cocontractant et contre son représentant pour l'hypothèse où le premier parviendrait à prouver qu'il s'agit d'un *falsus procurator* (art. 39 CO).

2. La consorité nécessaire

463. Il y a consorité nécessaire lorsque les consorts sont liés par une **relation matérielle** exigeant un **jugement au fond unique** (art. 70 CPC)

Jurisprudence. Afin d'éviter la perte de la possibilité d'obtenir la protection juridique, le Tribunal fédéral retient qu'un colocataire, consort nécessaire matériel, a qualité pour agir seul pour autant qu'il assigne aux côtés du bailleur le ou les locataires réticents à demander une baisse de loyer (ATF 146 III 346).

464. On distingue en bonne doctrine la consorité nécessaire matérielle de la consorité nécessaire formelle. Notons toutefois que cette terminologie est sujette à controverse, le critère de distinction entre consorité nécessaire matérielle et consorité nécessaire formelle – contrairement à la consorité simple (matérielle ou formelle) – n'étant pas le fondement de la consorité.

465. Les principaux cas de consorité nécessaire (matérielle ou formelle) découlent du droit privé fédéral (art. 70 CPC). Certains cas de consorité nécessaire peuvent résulter du droit privé cantonal, dans la mesure où il peut soumettre certaines communautés de droit cantonal à la propriété commune.

466. Les consorts nécessaires procèdent par essence en commun (art. 71 al. 3 CPC *a contrario*). Les consorts nécessaires peuvent éventuellement faire valoir des moyens particuliers d'attaque ou de défense, mais ils dépendent les uns des autres : ils ne peuvent acquiescer et se désister ou recourir séparément. L'art. 70 al. 2 CPC précise que les actes (en cours) de procédure accomplis en temps utile par l'un des consorts valent pour ceux qui n'ont pas agi, à l'exception des déclarations de recours.

Jurisprudence. Les demandes en justice sont également des actes devant être accomplis par l'ensemble des consorts (ATF 142 III 782 consid. 3.1.2, RSPC 2017 8).

Le **projet de révision du CPC** précise *texto* que l'appel doit également être exercé par tous les consorts (art. 70 al. 2 du projet), mais néglige de mentionner la demande.

a. La consorité nécessaire matérielle

467. La consorité nécessaire matérielle réunit des plaideurs qui n'ont pas qualité pour agir ou être actionnés seuls parce que le droit litigieux leur **appartient** ou qu'ils en **répondent en commun**. L'action doit être exercée par tous les consorts car ils n'ont pas individuellement le droit de disposition sur l'objet du litige. Dès lors, la demande qui n'est pas intentée par ou contre tous les consorts est irrecevable faute de qualité.

468. La consorité nécessaire matérielle peut être active ou passive. Il y a consorité nécessaire matérielle **active** lorsque plusieurs personnes forment, en vertu de la loi ou d'un contrat, une communauté régie par les règles sur la propriété en main commune (art. 652 CC ; ATF 140 III 150 consid. 2.2.2).

Exemples. C'est en particulier le cas de l'indivision (art. 336 CC), de la communauté héréditaire (art. 602 al. 2 CC), sauf démarches d'urgence (ATF 144 III 277, RSPC 2018 352) et de la société simple (art. 544 CO ; ATF 142 III 782 consid. 3, RSPC 2017 8 ; ATF 130 III 248 consid. 4.1), sauf pour l'action possessoire, vu l'urgence. En revanche, les copropriétaires d'un bien sont des créanciers partiels en cas de vente de ce bien et chacun peut réclamer sa part (ATF 140 III 150 consid. 2.2.2). Ils seraient des consorts simples en cas de procès entamé en commun.

469. La consorité nécessaire matérielle peut également être **passive**.

Exemple. C'est le cas pour l'action en désaveu qui doit être dirigée par le père contre la mère et l'enfant (art. 256 al. 2 CC). Cependant, la mère peut recourir

seule contre le jugement de désaveu, tout comme l'enfant (ATF 138 III 737, JdT 2013 II 379).

470. En cas de **prétention de nature réelle** à l'encontre d'une communauté régie par les règles sur la propriété en main commune (communauté héréditaire ; société simple), les membres de celle-ci seront des consorts passifs nécessaires, la prétention portant sur une prestation devant être effectuée au moyen d'un patrimoine commun.

471. En revanche, une **prétention de nature personnelle** n'a pas à être dirigée contre l'ensemble des consorts, dans la mesure où les indivis, les héritiers ou les associés sont **solidairement responsables** des dettes de l'indivision, du défunt ou des engagements contractés par la société simple (art. 342 al. 2, 603 CC ; 544 al. 3 CO ; TF [05.04.2011] 5A_875/2010 consid. 4.1). Dans un tel cas, il y a seulement consorité simple matérielle.

472. Il y a également consorité nécessaire matérielle active ou passive lorsque plusieurs personnes sont liées par un rapport juridique déterminé et que l'une ou certaines d'entre elles entendent obtenir la **cessation de ce rapport juridique**, par exemple l'action en dissolution d'une communauté, telle que l'action en partage (art. 604 CC) ou l'action en dissolution d'une société simple (art. 545 ch. 7 CO).

473. Il en va de même en cas d'**action formatrice**, par exemple une demande en annulation du congé portant sur des locaux d'habitation loués par des colocataires ou mis en location par des cobailleurs (le TF n'a pas tranché, voir TF [30.05.2001] 4C.37/2001).

Jurisprudence. Les colocataires forment une consorité nécessaire dans l'action en annulation du congé ou en contestation du loyer. Cependant, le droit de s'opposer à un congé abusif ou de contester le loyer répondant à un besoin de protection sociale particulièrement aigu lorsqu'un **local d'habitation** est en jeu, il faut **reconnaître au colocataire le droit d'agir seul**, mais il doit assigner aux côtés du bailleur le ou les colocataires qui n'entendent pas agir, sous peine de se voir dénier la qualité pour agir (ATF 140 III 598 consid. 3, RSPC 2015 128 ; 146 III 346 consid. 2.3.2.1). La même règle vaut pour le conjoint-colocataire du **logement de famille** qui souhaite contester le congé ; la possibilité d'agir seul (sans assigner aussi son colocataire) qu'offre l'art. 273a CO n'est ouverte qu'au membre du logement de famille qui n'est pas titulaire du bail (ATF 145 III 281).

Controverse. Lorsque le locataire décède, ses héritiers lui succèdent en commun dans sa position de locataire (art. 602 al. 2 CC), et forment donc une consorité nécessaire matérielle (art. 70 al. 1 CPC). Le Tribunal fédéral considère toutefois que le colocataire qui n'habite pas ou plus l'appartement loué ne saurait bénéficier

de la protection sociale contre les congés, ancrée aux art. 271 ss CO et l'assouplissement de jurisprudence correspondant (cf. § *supra*). Il ne peut donc pas agir en annulation du congé faute d'intérêt, et un autre colocataire ne doit pas l'assigner aux côtés du bailleur pour que la qualité pour agir lui soit reconnue. Le Tribunal fédéral a toutefois fluctué concernant le degré de proximité requis entre le colocataire et le logement pour que son intérêt à agir ou à défendre lui soit reconnu (TF [06.01.2020] 4A_539/2019 et note RÜBLI in Newsletter Droit du bail mai 2020).

b. La consorité nécessaire formelle

474. Lorsqu'une action conjointe n'est pas exigée mais que le **jugement doit être unique**, les demandeurs sont contraints d'agir en qualité de consorts nécessaires formels. On peut donc dire que la consorité nécessaire formelle « devient » une consorité nécessaire lorsque plusieurs des consorts – chacun d'eux ayant, seul, qualité pour agir ou être poursuivi en justice pour obtenir une décision judiciaire au profit de tous – décident d'agir.

Exemple. Il y a consorité nécessaire formelle entre la mère et l'enfant formant une action en paternité (art. 261 CC).

3. La consorité et les règles de compétence

475. En matière de compétence à raison du **lieu**, l'art. 15 CPC indique à l'al. 1 que « Lorsque l'action est intentée contre plusieurs consorts, le tribunal compétent à l'égard d'un défendeur l'est à l'égard de tous les autres, à moins que sa compétence ne repose que sur une élection de for ».

476. Comme le précise le Message LFors, p. 2609, la loi retient la même règle pour toutes les sortes de consorités, nécessaires ou simples, mais uniquement passives ; la consorité active n'est pas évoquée dans cette disposition, ni auparavant par la LFors.

Exemple. Deux personnes agressées ne pourraient pas agir ensemble au for du domicile de l'une d'elles, à moins qu'il ne s'agisse par exemple également du lieu de l'acte illicite, for ouvert selon l'art. 36 CPC.

477. La compétence à raison de la **matière** relève essentiellement du droit cantonal (*supra*, p. 93). La consorité simple suppose la compétence matérielle du tribunal à l'égard de chaque consort (art. 71 CPC, implicitement ATF 138 III 471 consid. 4).

478. Cependant, lorsque la compétence matérielle dépend de la valeur litigieuse, les art. 91 ss CPC sont déterminants en vertu de l'art. 4 al. 2 CPC. L'art. 93 CPC prévoit qu'en cas de consorité simple, les prétentions sont additionnées, à moins qu'elles ne s'excluent (conclusions alternatives ; les conclusions subsidiaires ne sont pas comptées : art. 91 al. 1 CPC ; *supra*, p. 100). En cas de consorité nécessaire, la question ne se pose pas, les mêmes conclusions étant prises contre tous les consorts.

Exemple. Le demandeur, qui hésite sur la personne de son débiteur, réclame CHF 10 000.– au défendeur I, et alternativement la même somme au défendeur II. Dans ce cas, la valeur litigieuse s'élève à CHF 10 000.–. En revanche, si deux locataires différents demandent chacun une indemnité de CHF 10 000.– à leur bailleur pour des défauts de la chose louée, la valeur litigieuse sera alors de CHF 20 000.–.

4. La procédure applicable

479. L'attraction de plusieurs consorts simples n'est possible que lorsque les causes relèvent de la **même procédure** (art. 71 al. 2 CPC ; ordinaire, simplifiée, sommaire). L'art. 93 al. 2 CPC prévoit que les valeurs de chaque cause ne sont **pas cumulées** pour déterminer le type de procédure applicable, si bien que les possibilités d'agir contre des consorts simples sont limitées.

Exemples. Si les prétentions à l'encontre du défendeur 1 portent sur CHF 28 000.– et celles à l'encontre du défendeur 2 sur CHF 37 000.–, la procédure simplifiée est en principe applicable dans le premier cas et la procédure ordinaire dans le second. Ainsi, le demandeur aura peut-être intérêt à ramener à CHF 30 000.– ses prétentions à l'encontre du défendeur 2 de façon à pouvoir attirer les deux défendeurs dans un seul et même procès, qui plus est en procédure simplifiée. En revanche, ce problème ne se pose pas lorsque le demandeur agit contre deux codéfendeurs solidaires, la prétention étant unique (comp. ATF 139 III 24, JdT 2013 II 328).

C. Les actions de groupe

1. La situation en Suisse

480. L'action de groupe n'existe pas en Suisse ; le CPC ne les prévoit pas. Selon le Message CPC, p. 6902, l'exercice de droits d'un grand nombre de

personnes par une seule, sans leur accord et avec effet obligatoire pour elles, est étranger à la tradition juridique européenne.

481. Cependant, suite en particulier à la crise de 2008, à l'évolution du contexte international et à une certaine pression politique, le Conseil fédéral a publié le 3 juillet 2013 un rapport détaillé consacré à l'exercice collectif des droits en Suisse, présenté sous forme d'état des lieux, d'analyse comparatiste et de catalogue de propositions (Exercice collectif des droits en Suisse : état des lieux et perspectives). Selon le Conseil fédéral, de nouveaux instruments sont particulièrement nécessaires dans le domaine de la responsabilité en droit des sociétés anonymes, mais aussi dans les domaines des marchés financiers, de la protection des consommateurs, du droit des cartels, du droit du travail, de la protection de l'environnement et de la protection de la personnalité.

482. L'avant-projet de révision du CPC du 2 mars 2018 prévoyait de développer l'action des organisations en l'étendant aux prétentions en réparation des dommages collectifs et, dans une certaine mesure, des dommages dispersés, en autorisant une organisation – souvent une association – à faire valoir en son propre nom les prétentions financières de personnes appartenant à un groupe déterminé, à condition d'avoir leur accord exprès (*opting in* ; art. 89 de l'avant-projet). Il envisageait également d'introduire un nouvel instrument, la transaction de groupe (art. 352a ss de l'avant-projet). Le projet de révision du CPC du 26 février 2020 (Message CPC, FF 2020 2612 ss) ne traite pas de ce volet de la révision, qui sur cet aspect a été remise à plus tard.

2. Le modèle américain

483. Le modèle américain, la *Class Action*, est bien connu, suite aux procès intentés ces dernières décennies aux Etats-Unis contre les grandes banques suisses et les actions retentissantes contre les industries américaines du tabac, du silicone et de l'amiante qui les ont rendues célèbres. Les *Class Actions* américaines, sont réglementées au niveau fédéral par la *Rule 23* des « *Federal Rules of Civil Procedure* » (voir en particulier sur la *Rule 23*, *ORTIZ vs FIBREBOARD CORP.*, 527 U.S. 815 [1999]).

484. Les *Class Actions* ont plusieurs **buts** :

- Elles permettent la protection des intérêts communs d'un grand nombre de personnes lorsque leur **préjudice individuel** est **minime**.

Exemples. Tous les acheteurs californiens d'une marque de blue jeans se plaignent d'un défaut et allèguent subir un dommage de quelques dollars. Les utilisateurs d'une carte de paiement considèrent avoir versé une commission injustifiée pour quelques centimes.

- Elles permettent également le **traitement commun de litiges de masse** de responsabilité civile (*Mass Tort Litigation*), afin d'éviter la multiplication de demandes reposant sur un état de fait semblable et d'assurer une certaine égalité de traitement des lésés. Ce type de *Class Action* est également dans l'intérêt des défendeurs, qui peuvent concentrer leurs forces sur une seule procédure.

Exemple. Les personnes ayant subi de graves atteintes à leur santé suite à une intoxication de l'eau agissent contre les responsables présumés.

485. Les *Class Actions* sont fondées sur un **élargissement de la qualité pour agir** d'un plaideur unique (ou de consorts) qui va rassembler derrière lui les réclamations individuelles similaires à la sienne, après qu'il en a reçu l'autorisation du juge. La procédure réunira toutes les personnes (*Class*) ne se désolidarisant pas de l'instance engagée (*opting out*). Le plaideur « représente » la *Class* sans être au bénéfice d'un mandat de sa part. Les membres de la *Class* seront liés, à certaines conditions, par le futur jugement.

486. Les *Class Actions* **modifient** profondément la **nature du procès**. Vu l'ampleur prise par une seule et même procédure, le rôle des avocats, qui représentent de fait la *Class*, est primordial. Le coût de la procédure – en particulier des avocats – est également un élément central dans toute *Class Action*. Vu les frais qu'elle engendre, son importance et sa complexité, la *Class Action* se conclut quasi naturellement par une transaction.

3. Les développements envisageables

487. L'avant-projet de révision du CPC, dont la concrétisation est sur ce point remise à plus tard, ne propose pas, à raison, l'introduction de la *Class action* avec *opting-out*, trop éloignée de notre système judiciaire, puisqu'elle suppose que le membre de la *class* déclare sa « sortie » s'il ne souhaite pas participer à la procédure. C'est donc le modèle de l'*opting-in*, développé dans différents pays européens (p. ex. l'Italie), qui est discuté. Il permet de réunir derrière le représentant de la *class* (souvent une organisation soutenue par des

avocats spécialisés dans ce type de procédure) un nombre important ou relativement important de personnes ayant subi un dommage identique du fait d'un même responsable.

488. Son organisation demeure cependant complexe. Une *Class action* suppose dans tous les cas une importante organisation du côté des demandeurs et des ressources judiciaires non négligeables, compte tenu du processus à mettre en place (certification de la *class*) puis à suivre (organisation du procès, en particulier des preuves). Il en va de même pour le règlement des prétentions spécifiques une fois les principes généraux tranchés.

489. On peut s'interroger sur la pertinence de cette voie judiciaire dans un petit pays fédéraliste comme la Suisse. Le fait que le mécanisme du cumul objectif de demandes après cession des droits (rapport, p. 19), qui aboutit, de fait, à un résultat proche de la *class action* avec *opting-in*, ne soit pratiquement pas utilisé dans notre pays tend plutôt à démontrer que la *class action* n'est pas nécessaire (FRANÇOIS BOHNET, Kollektiver Rechtsschutz in der Schweiz : The Seven-Year Itch, RSPC 2013 439). Il faudrait à tout le moins débiter par une phase de tests, afin de pouvoir préparer une loi qui s'intégrerait correctement dans notre système juridique et, surtout, qui serait praticable (BOHNET/SCHALLER, p. 218 ss).

D. La substitution des parties au procès

490. Par substitution des parties, on entend le **remplacement d'une partie** au procès (substituant) par un tiers qui prend sa place (substitué), en raison de circonstances diverses (TF [20.05.2016] 4A_560/2015 consid. 4.2). Cette institution se différencie en particulier de l'intervention principale (art. 73 CPC) et accessoire (art. 74 ss CPC), de l'appel en cause (art. 81 s. CPC), de la dénonciation d'instance (art. 78 ss CPC), de la consorité simple (art. 71 CPC), ou encore de la rectification de la désignation inexacte d'une partie (TF [06.08.2009] 4A_215/2009 consid. 3.1).

491. Le CPC est très succinct sur la question de la substitution des parties au procès. Il n'y consacre qu'une seule disposition (art. 83 CPC).

492. Il convient de distinguer la substitution en raison du transfert du droit invoqué de celle intervenant indépendamment de tout transfert.

1. La substitution en raison du transfert du droit invoqué

a. Le transfert du droit litigieux à titre singulier

493. Que se passe-t-il si un demandeur **cède** à un tiers **la créance** qu'il fait valoir au procès, ou si un défendeur **vend le bien** dont le demandeur revendique la propriété ou sur lequel il demande un **droit de passage** nécessaire ?

494. Aux termes de l'art. 83 al. 1 CPC, « Lorsque l'objet litigieux est aliéné en cours d'instance, l'acquéreur peut reprendre le procès en lieu et place de la partie qui se retire ». La notion d'objet litigieux doit être prise dans un sens large : il peut s'agir d'une chose (p.ex. dans l'action en revendication d'un tableau), d'un droit (p. ex. une créance dont le créancier agit en paiement), ou d'un rapport de droit (p. ex. un contrat de bail). L'objet litigieux peut directement faire l'objet du procès, mais il peut aussi s'agir de la chose dont dépendent les droits et obligations qui font l'objet du procès, tel l'immeuble dans une action fondée sur les art. 684 et 694 CC (TF [08.08.2018] 4A_635, 637/2017 consid. 4.1.3.2). Quant à l'aliénation, elle vise **tout changement de situation juridique** quant à la propriété du bien ou à la titularité du droit invoqué.

495. Ainsi, sont également visés selon nous les cas dans lesquels une personne extérieure au procès **succède dans les droits et obligations** d'une partie par un acte singulier entre vifs.

Exemples. On pense à l'acquéreur d'actions dont l'ancien titulaire avait agi en annulation d'une décision de l'assemblée générale (art. 706 CO), au nouveau propriétaire d'un terrain à l'origine d'un trouble faisant l'objet d'une action en cessation (art. 679 CC ; comp. ATF 94 I 312), à la vente du terrain pour lequel le vendeur réclamait un droit de passage nécessaire (RSPC 2009 255), à l'acquéreur d'un immeuble en location dont l'un des preneurs a consigné le loyer pour obtenir la réparation de défauts (art. 259g CO), ou encore à l'acquéreur d'une part d'étage dont le propriétaire fait l'objet, comme perturbateur, d'une action négatoire visant à interdire un trouble provenant de son locataire (TF [13.12.2019] 5A_353/2019 consid. 3).

496. La substitution est **facultative**. Elle peut concerner tant le demandeur que le défendeur. Elle suppose l'**accord** de l'acquéreur et de l'aliénateur partie au procès, mais non de la partie adverse.

497. La partie adverse est **protégée** à double titre. En premier lieu, par l'art. 83 al. 2 CPC qui prévoit d'une part que la partie qui se substitue répond de l'ensemble des frais et d'autre part que la partie qui se retire du procès répond **solidairement** des frais encourus jusqu'à la substitution. En second lieu, par l'art. 83 al. 3 CPC qui lui permet de requérir du juge qu'il ordonne en cas de nécessité au reprenant de constituer des **sûretés** en garantie de l'exécution de la décision. On pense au cas où le reprenant a des difficultés financières ; la partie adverse devrait rendre celles-ci vraisemblables, par le dépôt d'un extrait des poursuites par exemple.

498. Lorsque l'acquéreur et l'aliénateur **ne conviennent pas** d'une substitution, il faut distinguer les deux situations suivantes :

- en cas de transfert du côté demandeur, le procès est perdu si la partie adverse allègue le transfert des droits conformément aux possibilités qui sont les siennes (art. 221 ss et 229-230 CPC) et donc la perte de légitimation (c'est la solution retenue par la CJ GE, telle qu'exposée dans l'arrêt TF [07.06.2012] 4A_282/2012) ;
- en cas de transfert du côté défendeur, si celui-ci fait valoir son défaut de légitimation, le demandeur peut modifier sa demande (art. 229-230 CPC) et prétendre le cas échéant à des dommages-intérêts (Message CPC, p. 6899).

Controverse. Pour le Message CPC, p. 6899, et une partie minoritaire de la doctrine (voir les réf. in BK ZPO-GROSS/ZUBER, art. 83 N 16 et ZK ZPO-SCHWANDER, art. 83 N 25), ce en accord avec la solution connue dans différents cantons et à l'art. 21 al. 2 PCF (procédure civile fédérale, applicable dans les procès directs devant le Tribunal fédéral, *supra*, p. 17), l'aliénateur conserve la qualité pour agir (comp. ATF 94 I 312 et TF [05.05.2009] 5A_91/2009, RSPC 2009 255) faute de reprise par l'acquéreur. Il s'agirait d'un cas de *gewillkürte Prozessstandschaft* autorisé par la loi. Le Code ne l'admettant pas expressément, et cette solution n'allant pas de soi, il faut retenir qu'elle n'a pas été voulue par le législateur (pour des développements : CORDULA LÖTSCHER, Die Veräusserung des Streitobjekts während der Rechtshängigkeit, RSPC 2019 89).

b. La succession d'un tiers aux droits ou obligations des parties en vertu d'une disposition spéciale de la loi

499. L'art. 83 al. 4 CPC réserve les dispositions spéciales prévoyant la succession d'un tiers aux droits ou obligations des parties.

500. La substitution découle de la loi en cas de **succession universelle entre vifs** : la succession intervient *ex lege*, sans égard à la forme prescrite pour le transfert des divers éléments du patrimoine.

Exemples. C'est le cas, entre autres, en matière de fusion et scission de sociétés (art. 22, 52 de la Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 [LFus, RS 221.301] ; voir TF [09.06.2017] 5A_256/2019 consid. 3.2 ; TF [15.07.2003] 1P.128/2003), de transfert de patrimoine (art. 69 ss LFus ; pour autant que le procès ait pour objet un élément patrimonial attribué dans l'inventaire au reprenant, voir TC VD [25.02.2020], JdT 2020 III 216, consid. 3.2.2.3-3.2.3), d'expropriation et de liquidation des régimes matrimoniaux. Il faut admettre que la cession d'un patrimoine ou d'une entreprise avec actif et passif au sens de l'art. 181 CO est aussi une succession universelle, en tout cas pour les conséquences procédurales de l'acte (voir ATF 106 II 346, JdT 1982 I 77 pour l'application de l'art. 17 al. 3 PCF ; selon l'ATF 115 II 415 consid. 2b, JdT 1991 I 130 cependant, il ne s'agit pas d'une succession universelle).

501. La substitution découle également de la loi à notre sens en cas de **subrogation légale**.

Exemples. Voir les art. 72 al. 1 de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 [LCA, RS 221.229.1], 70, 110, 148, 149 al. 1, 401, 497 al. 2, 507, 1062 et 1098 CO.

Controverse. D'après le Tribunal fédéral, l'**art. 29 al. 2 LACI** (Loi sur l'assurance chômage du 25 juin 1982, RS 837.0) n'a pas de portée procédurale. On ne pourrait pas déduire de cette disposition une obligation de la caisse d'intervenir dans le procès entre le travailleur et l'employeur. On ne pourrait pas non plus en déduire une substitution immédiate des parties comme en cas de faillite d'une partie (TF [14.01.2010] 4A_192/2009 consid. 5.3, RSPC 2010 127 et note DIETSCHY). A notre sens, il convient d'admettre une substitution découlant de la loi, l'employé perdant la qualité pour agir. Pour une critique détaillée, voir PATRICIA DIETSCHY, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Thèse, Neuchâtel et Bâle 2011, N 353 ss.

502. Il y a également succession d'un tiers aux droits ou obligations des parties en cas de **transfert par le juge** du droit de propriété (art. 665 al. 1 CC). En revanche, le jugement sur la titularité d'une créance n'opère pas de transfert : le juge constate que le demandeur ou le défendeur est titulaire de la créance.

503. La substitution découle également de la loi en cas de **succession universelle à cause de mort**. Au jour du décès, les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession (art. 537 al. 1, 560 al. 1 CC). Selon l'art. 560 al. 2 CC, ils sont saisis des créances et actions, des droits de

propriété et autres droits réels, ainsi que des biens qui se trouvaient en la possession du défunt, et ils sont personnellement tenus de ses dettes.

504. Cet alinéa réserve les **exceptions** prévues par la loi. Il en va ainsi des **droits intransmissibles**, parce que de caractère personnalissime. Dans ces cas, le procès devient **sans objet**, sous réserve des frais (art. 107 al. 1 let. e CPC).

Exemples. Le divorce (ATF 93 II 151) et la requête d'assistance judiciaire (TF [23.12.2003] 5P.220/2003).

505. A relever toutefois que les héritiers peuvent être titulaires d'un droit propre à la **sauvegarde de la considération** dont jouissaient de proches parents (ATF 104 II 225, JdT 1979 I 546, et les réf. ; *supra*, p. 116).

506. Les effets de la **faillite** sur les procès en cours auxquels le failli est partie sont réglementés à l'art. 207 al. 1 LP : sauf dans les cas d'urgence, les procès civils auxquels le failli est partie et qui influent sur l'état de la masse en faillite sont suspendus. Ils ne peuvent être continués, en cas de liquidation ordinaire, qu'après les dix jours qui suivent la seconde assemblée des créanciers et, en cas de liquidation sommaire, qu'après les vingt jours qui suivent le dépôt de l'état de collocation.

507. Si la masse renonce, les créanciers peuvent procéder individuellement, en demandant la « cession des droits » (art. 260 al. 1 LP ; *supra*, p. 120). Si la masse et les créanciers renoncent, le failli peut reprendre le procès relatif à un élément de l'actif (art. 260 al. 3 LP). En revanche, la renonciation de la masse et des créanciers à un procès portant sur un élément du passif (donc sur une créance pouvant participer à la faillite) entraîne l'acceptation de cette créance à la liquidation.

2. La substitution sans succession au droit invoqué

508. Selon l'art. 83 al. 4 CPC, en l'absence d'aliénation de l'objet du litige, la substitution de parties est subordonnée au consentement de la partie adverse (TF [20.05.2016] 4A_560/2015 consid. 4.2 ; sous l'ancien droit : TF [19.12.2005] 4P.231/2005, RSPC 2006 148 ; ATF 118 Ia 129 consid. 2b, JdT 1993 I 398). Cette disposition permet donc la substitution même sans succession au droit invoqué en cas d'**accord** de l'adversaire et, bien entendu, du substitué.

509. Si la substitution, sans transfert du droit invoqué, n'était pas admise par la loi, la demande devrait être retirée puis renouvelée, soit par un nouveau demandeur, soit contre un nouveau défendeur. L'accord des parties n'empêcherait pas que la procédure doive être reprise dès son début, ce qui ne serait évidemment pas dans leur intérêt.

Exemple. Le demandeur constate qu'il a agi en son nom personnel alors que c'est sa société qui est titulaire du droit invoqué. Les parties peuvent convenir d'une substitution au sens de l'art. 83 al. 4 CPC.

XI. La participation des tiers à la procédure

A. Généralités

510. Les lois de procédure civile accordent en principe aux tiers intéressés au procès la possibilité d'y participer à certaines conditions et selon des modalités diverses. On parle d'**intervention** ; l'on distingue suivant son caractère volontaire ou forcé, et suivant qu'elle est accessoire ou principale. Notons que, sauf précision, on vise généralement l'intervention volontaire lorsque l'on parle d'intervention. C'est le cas du CPC, qui connaît les deux institutions (intervention volontaire et forcée) et qui distingue l'intervention (au sens étroit), au chapitre 4 du titre 5, de la dénonciation d'instance et de l'appel en cause au chapitre 5 du même titre.

511. Dans certains cas – on pense en particulier à l'intervention principale et à l'appel en cause –, l'intervenant devient partie au procès, si bien que l'on ne peut plus à proprement parler le qualifier de tiers une fois son intervention admise. C'est avant tout dans le cas de l'intervention accessoire, volontaire ou forcée (on parle dans ce second cas de dénonciation d'instance), qu'un tiers prend une position spécifique dans le cadre du procès, en appuyant les conclusions de l'une ou l'autre des parties ou, éventuellement, en procédant à sa place. Nous examinons ci-après les diverses formes d'intervention, telles qu'elles sont réglementées dans le CPC.

B. L'intervention volontaire

512. Il convient de distinguer l'intervention principale (ou agressive) de l'intervention accessoire (ou conservatoire).

1. L'intervention principale

a. Notion

513. L'intervention principale (art. 73 CPC) permet à un tiers, qui prétend à un droit faisant l'objet d'un procès, de profiter du débat déjà ouvert en initiant devant le même juge une procédure contre les parties initiales.

514. Cette institution est inscrite à l'art. 73 CPC. Elle existait dans de nombreux cantons suisses, par exemple dans les cantons de Vaud (art. 80 CPC), de Zurich (art. 43 ZPO) et du Tessin (art. 50 CPC), mais pas à Neuchâtel.

515. L'intervenant principal prétend un **droit** sur le bien objet du procès **qui exclut**, totalement ou partiellement, celui des parties au procès principal. Les prétentions de l'intervenant principal supposent qu'il puisse agir de manière autonome contre les parties originaires. L'intervention principale multiplie le nombre de parties principales.

Exemples. L'intervenant se prétend propriétaire du bien meuble revendiqué par le demandeur ou cessionnaire de la créance invoquée en justice. Ainsi, la caisse chômage qui a versé des indemnités avant le procès entamé par le travailleur fait valoir qu'elle est titulaire d'une partie des créances de salaire invoquées à l'encontre de l'employeur.

b. Les conditions

516. L'intervenant doit faire valoir un **droit propre**, excluant en tout ou en partie les conclusions des parties au procès principal.

517. Si son but est exclusivement de soutenir l'une des parties au procès principal, comme dans une intervention accessoire (art. 74 ss CPC), son intervention principale est irrecevable (TF [25.10.2013] 5A_603/2013 consid. 4.2, RSPC 2014 116).

518. L'intervention n'est possible qu'en **première instance** (art. 73 al. 1 CPC ; et non devant l'autorité de conciliation, art. 198 let. g CPC). Elle doit intervenir avant le prononcé final (BK ZPO-GROB/ZUBER, art. 73 N 5 et CR CPC-HALDY, art. 73 N 4).

c. La procédure

519. L'intervention principale du tiers suppose une **demande** de sa part, formée directement devant le tribunal saisi, sans procédure de conciliation (art. 198 let. g CPC).

520. La procédure applicable dépend de la prétention soulevée. Elle n'est donc pas nécessairement soumise à la **même forme** procédurale que le procès initial dans lequel elle s'inscrit.

Exemple. Le travailleur réclame CHF 40 000.– à son employeur (procédure ordinaire). La caisse de chômage prétend que CHF 7000.– lui reviennent. Elle peut intervenir, et son procès sera soumis à la procédure simplifiée.

521. Le tribunal saisi de la demande principale est également **compétent localement** pour se prononcer sur la demande de l'intervenant, comme il ressort de l'art. 73 al. 1 CPC (comp. art. 16 CPC).

Exemple. A. revendique un bien et des dommages-intérêts contre B. au for de son domicile en invoquant un vol (acte illicite, art. 36 CPC). C. prétend être le véritable propriétaire et intervient à titre principal dans le procès. S'il avait dû agir directement contre B., le for du domicile de A. ne serait pas ouvert.

Controverse. Selon BK ZPO-GROB/ZUBER, art. 73 N 10 et CR CPC-HALDY, art. 73 N 2, le for du premier procès n'est pas à disposition si l'intervenant est lié par une clause de prorogation de for à l'une des parties principales. Cette restriction ne nous semble pas en accord avec le but de l'institution, à savoir éviter des prononcés contradictoires.

d. Les effets

522. Le procès entamé par l'intervention principale est **indépendant** du premier procès. Il continue quel que soit le sort réservé à celui-ci (BK ZPO-GROB/ZUBER, art. 73 N 11).

523. L'art. 73 al. 2 CPC prévoit deux solutions. Le Tribunal peut décider de débiter par le procès initié par la demande d'intervention et **suspendre** le

procès initial (art. 126 CPC) jusqu'à droit connu sur la prétention de l'intervenant. Il peut aussi **joindre** les procédures (art. 125 let. c CPC). Dans ce cas, le contentieux de l'instance est étendu.

2. L'intervention accessoire

a. Notion

524. L'intervenant accessoire (art. 74 CPC) participe à l'instance dans le but d'aider l'une des parties principales à obtenir gain de cause.

525. L'intervention accessoire se distingue de l'intervention principale par le fait qu'elle n'étend pas le contentieux de l'instance. L'intervenant accessoire **soutient la cause** d'une des parties.

Exemples. Pourrait intervenir comme intervenant accessoire, dans la mesure où elle dispose d'un intérêt, la compagnie d'assurances en responsabilité civile en ce qui concerne le procès en responsabilité, ou la caution en ce qui concerne le procès sur l'obligation principale. Le Message CPC, p. 6896, mentionne également le fabricant de produits défectueux participant au côté du vendeur au procès en dommages-intérêts intenté par l'acheteur. On peut encore citer le cas de l'actionnaire qui entend intervenir dans le procès en annulation d'une décision de l'assemblée générale d'une société anonyme (art. 706 CO) introduit par un autre actionnaire. Tel est également le cas de la mère qui entend soutenir son enfant dans le cadre d'un procès en paternité (art. 261 CC).

Jurisprudence. La mère peut intervenir à titre accessoire au côté de l'enfant défendeur à l'action en contestation de la reconnaissance de paternité (ATF 138 III 537 consid. 2.2.2).

b. Les conditions

526. L'intéressé doit **rendre vraisemblable son intérêt juridique** à ce qu'un litige pendant soit jugé en faveur de l'une des parties (art. 74 CPC).

Jurisprudence. Le titulaire du compte bloqué dans une procédure de mesures provisionnelles en matière de divorce doit être admis à intervenir, car il subit une atteinte à son patrimoine en étant temporairement privé de la libre disposition des avoirs rendus indisponibles dans la procédure (ATF 143 III 140 consid. 4, RSPC 2017 232).

527. Un intérêt **purement économique** ne suffit pas.

Exemple. Un créancier ne pourrait pas intervenir dans le procès de son débiteur uniquement afin d'éviter que le patrimoine de celui-ci ne soit diminué.

528. L'intervention peut avoir lieu **en tout temps** de la procédure, même en deuxième instance (art. 74 CPC).

c. La procédure

529. L'intervention accessoire suppose une **requête** de l'intéressé mentionnant le motif de l'intervention et la partie en faveur de laquelle elle est déposée (art. 75 al. 1 CPC).

530. Le tribunal statue sur la requête après avoir **entendu les parties** (art. 75 al. 2 CPC).

d. Les effets

531. L'intervenant accessoire **suit le procès en l'état** où il se trouve et ne peut accomplir que des actes en accord avec ceux du plaideur principal (art. 76 al. 2, 1^{re} phr., CPC).

532. Dans ces limites, il peut accomplir tous les **actes de procédure compatibles** avec l'état du procès qui sont utiles à la partie principale dont il soutient la cause. En particulier, il peut faire valoir tous les moyens d'attaque et de défense ainsi qu'interjeter recours (art. 76 al. 2, 2^e phr., CPC).

533. Le **jugement** est rendu au nom des parties principales. En cas de désistement, d'acquiescement ou de renonciation à recourir de la partie qu'il soutient, l'intervenant accessoire ne peut pas continuer le procès. Il s'agit d'une **intervention dépendante**.

Exemple. Le défendeur peut acquiescer, partiellement ou entièrement, alors même que l'intervenant accessoire a conclu au rejet pur et simple de la demande (comp. Message CPC, p. 6896). Le demandeur débouté peut déclarer retirer le recours interjeté à son profit par l'intervenant accessoire (comp. Message CPC, p. 6896 ; ATF 138 III 537 consid. 2.2.2 *in fine*).

Jurisprudence. Une partie principale peut certes renoncer implicitement au recours, ce qui exclut un tel acte de l'intervenant accessoire, mais les circonstances concrètes du cas sont déterminantes pour établir s'il y a eu ou non une telle renonciation implicite. Le fait qu'une partie principale ne recoure pas

n'emporte pas à lui seul une renonciation excluant un recours de l'intervenant accessoire (ATF 142 III 271, RSPC 2016 473).

534. Le **résultat** du procès est **opposable** à l'intervenant.

Exemple. Dans l'hypothèse où la responsabilité du défendeur est reconnue au procès, la compagnie d'assurances étant intervenue ne peut pas ensuite prétendre que son assuré s'est mal défendu.

535. Cependant, le principe ne vaut que dans la mesure où l'état du procès au moment de l'intervention, respectivement les actes ou omissions de la partie que l'intervenant soutenait, ne l'ont pas empêché de faire valoir des moyens d'agir et de défendre (art. 77 let. a CPC). Il ne vaut pas non plus lorsque la partie soutenue a omis, intentionnellement ou par grave négligence, de faire valoir des moyens d'agir ou de défendre que l'intervenant ne connaissait pas (art. 77 let. b CPC).

Exemple. Le défendeur ne se prévaut pas d'une quittance dont il connaît pourtant l'existence.

e. L'intervention accessoire indépendante

536. Lorsque, de par le droit matériel, le jugement a un effet direct (force de chose jugée, effet formateur ou caractère exécutoire) sur la situation juridique de l'intervenant, celui-ci peut mener le procès de manière indépendante et donc se mettre en contradiction avec la position de la partie principale soutenue, contrairement à ce que retient l'art. 76 CPC. Le Tribunal fédéral le déduit d'une interprétation du CPC conforme aux art. 29 al. 2 Cst. et 6 § 1 CEDH. Le CPC admet donc de manière implicite l'existence d'un droit d'intervention accessoire indépendant (*streitgenössische Nebenintervention*) dans des situations particulières (ATF 142 III 629 consid. 2.3.6, JdT 2020 II 116, RSPC 2017 14).

537. Le Tribunal fédéral le retient en matière de carence dans l'organisation de la société (art. 731b CO) entraînant l'éventuelle vente aux enchères des actions de la société, d'annulation des décisions en droit de la SA (art. 706 CO) et de dissolution de la société (art. 736 al. 4 CO). Dans ces situations, l'actionnaire intervenant peut accomplir des actes de procédure même s'ils sont en contradiction avec ceux de la partie principale et donc recourir contre l'avis de la partie principale qu'il soutient (ATF 142 III 629 consid. 2.3.7, JdT 2020 II 116, RSPC 2017 14).

538. Un recours suppose par définition qu'il existe une intervention accessoire indépendante au moment du jugement. En d'autres termes, une personne qui n'est pas intervenue ne peut pas recourir.

C. L'intervention forcée

539. L'intervention forcée **principale** s'intitule généralement *appel en cause*. Elle était connue dans les cantons de Genève (art. 104 LPC GE), Vaud (art. 83 CPC VD) et Valais (art. 53 CPC VS). A Neuchâtel, elle a été biffée du Code en 1906 (voir RJN 2 I 198). Elle est désormais inscrite aux art. 81-82 CPC.

540. Il s'agit de l'une des seules institutions typiquement romandes – son origine est française – qui ait été inscrite dans le Code.

541. L'intervention forcée **accessoire** la plus répandue s'intitule dénonciation d'instance ou du litige. Le Code la régit aux art. 78-80 CPC.

1. L'appel en cause

a. Notion

542. L'appel en cause est un moyen à disposition des parties principales pour **contraindre un tiers** à participer au procès en y prenant la position de partie. L'appel en cause, en tant qu'intervention principale, étend le contentieux. Il est ainsi statué dans un même procès sur les prétentions des diverses parties, plutôt que par plusieurs procès consécutifs (ATF 139 III 67 consid. 2.1, JdT 2014 II 320).

543. En cas d'*appel en cause au sens étroit*, le demandeur étend ses prétentions à une personne jusque-là étrangère au procès : la demande en paiement dirigée contre B. l'est ensuite contre C. à titre de codébiteur solidaire. En cas d'*évocation en garantie*, le défendeur fait valoir au procès le recours qu'il prétend avoir contre un tiers en cas de condamnation. L'appel en cause du CPC recouvre les deux notions.

b. Les avantages et les inconvénients

544. Les **avantages** de l'appel en cause sont (Message CPC, p. 6897 s. ; ATF 139 III 67 consid. 2.2, JdT 2014 II 320) :

- d'éviter le risque de jugements contradictoires pouvant résulter de deux procès consécutifs ;
- d'épargner aux parties les inconvénients liés à des fors différents ;
- de favoriser les synergies procédurales, la connaissance des faits par le juge pouvant être utilisée aussi bien pour l'action principale que pour l'appel en cause. Les mesures probatoires, se rapportant à un même complexe de faits, n'ont pas à être répétées dans une procédure distincte.

545. Ses **inconvénients** sont (Message CPC, p. 6897 s. ; ATF 139 III 67 consid. 2.2, JdT 2014 II 320) :

- de priver le tiers de son for naturel ;
- de compliquer et ralentir le procès principal ;
- en cas de rejet de la demande principale, la prétention récursoire est mal fondée, si bien que l'appelant en cause doit être condamné aux frais judiciaires et dépens en vertu du principe de la succombance (ATF 143 III 106 consid. 5.3, RSPC 2017 125).

c. Les conditions

i. *La compétence matérielle*

546. Les conclusions prises contre l'appelé en cause doivent entrer dans la compétence matérielle du tribunal saisi. L'art. 81 al. 1 CPC ne le mentionne pas, mais le principe va de soi (comp. art. 90 let. a CPC sur le cumul d'actions ; ATF 139 III 67 consid. 2.4.2, JdT 2014 II 320). En effet, l'ensemble des prétentions étant jugées dans une seule et même procédure, le juge saisi doit être compétent pour leur totalité.

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit expressément cette condition à l'art. 81 al. 1 let. b.

ii. La procédure ordinaire

547. L'appel en cause est **exclu** en procédure simplifiée ou sommaire (art. 81 al. 3 CPC ; ATF 139 III 67 consid. 2.4.1, JdT 2014 II 320).

548. Même si l'art. 81 al. 1 CPC ne l'indique pas expressément, l'appel en cause suppose que cette **même procédure ordinaire** soit applicable aux conclusions récursoires (comp. art. 90 let. b CPC sur le cumul d'actions ; ATF 139 III 67 consid. 2.4.2, JdT 2014 II 320).

Controverse. Par souci d'efficacité et d'économie de procédure, il faut admettre cependant que des conclusions qui relèveraient de la procédure simplifiée en vertu de la valeur litigieuse soient malgré tout admises dans un procès soumis à la procédure ordinaire.

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit expressément que tant la demande principale que la prétention récursoire doivent relever de la procédure ordinaire (art. 81 al. 1 let. c du projet).

iii. Les délais

549. L'appel en cause doit être formé avec la réponse ou au plus tard avec la **réplique** (art. 82 al. 1 CPC ; ATF 139 III 67 consid. 2.4.1, JdT 2014 II 320). Il est exclu au stade de la conciliation (ATF 144 III 526 consid. 3.3, RSPC 2019 33).

iv. Pas d'appel en cause en chaîne

550. L'appelé en cause ne peut pas à son tour appeler un tiers en cause (art. 81 al. 2 CPC ; ATF 139 III 67 consid. 2.4.1, JdT 2014 II 320).

v. La connexité

551. L'appel en cause **suppose** selon l'art. 81 al. 1 CPC une **prétention à l'encontre du tiers** dans l'hypothèse où il succomberait contre la partie adverse. Les droits du tiers doivent en tout cas être étroitement liés à la solution du litige en cours.

552. Cela signifie que la prétention à l'encontre du tiers doit être **matériellement connexe** à celle objet du procès principal, telles des prétentions récursoires ou en garantie (ATF 139 III 67 consid. 2.4.3, JdT 2014 II 320 ; TF [08.01.2014] 4A_51/2013, SJ 2014 I 243).

vi. Pas de pouvoir d'appréciation du juge

553. Le juge ne peut **pas refuser** l'appel en cause parce que celui-ci **compliquerait** la procédure (ATF 139 III 67 consid. 2.3, JdT 2014 II 320). Il doit l'admettre lorsque les conditions légales sont remplies.

554. Son pouvoir d'appréciation lui permet uniquement d'**organiser la procédure**, et de par exemple ordonner la division des causes pour simplifier le procès (art. 125 let. b CPC) ou de limiter la procédure à des questions ou des conclusions déterminées (art. 125 let. a CPC) (même arrêt).

d. La procédure

555. La partie – demandeur ou défendeur – qui entend appeler un tiers en cause doit en faire la **requête**, à l'appui de sa réponse ou de sa réplique dans la procédure principale.

556. L'appelant en cause énonce les **conclusions** qu'il entend prendre contre l'appelé en cause et les **motifs** succinctement afin de démontrer son **intérêt potentiel** et de permettre au juge de vérifier que la condition de la **connexité matérielle** entre la créance qui est l'objet de l'appel en cause et la demande principale est bien remplie (art. 82 al. 1 CPC ; ATF 147 III 166 consid. 3.3.1 ; 139 III 69 consid. 2.4.3, JdT 2014 II 320 ; TF [23.01.2014] 4A_467/2013, RSPC 2014 216 ; TF [08.01.2014] 4A_51/2013, SJ 2014 I 243).

Jurisprudence. Il doit résulter de la motivation que la prétention invoquée dépend de l'existence de la prétention principale. Il n'est en revanche pas nécessaire de fournir à ce stade des explications circonstanciées, ni de démontrer le bien-fondé ou la vraisemblance de la prétention invoquée dans l'appel en cause pour le cas où le requérant succomberait (ATF 139 III 69 consid. 2.4.3 ; TF [23.01.2014] 4A_467/2013, RSPC 2014 216 ; TF [08.01.2014] 4A_51/2013, SJ 2014 I 243 : cas de refus justifié par l'absence d'allégation de l'existence d'une prétention connexe contre le tiers).

L'appel en cause est soumis aux conditions de recevabilité valables pour toutes les demandes, notamment celles tenant au **chiffrement** des conclusions – sous réserve de l'art. 85 CPC, notamment parce que seules des conclusions chiffrées sont susceptibles d'interrompre la prescription, et ce pour le montant qui y est réclamé (ATF 147 III 166 consid. 3.3.2). La conclusion tendant à ce que l'appelé en cause soit condamné au paiement de la moitié de la somme que la défenderesse sera condamnée à payer, par suite de la demande principale, est non chiffrée et est en l'occurrence inadmissible, dès lors que la demande principale était chiffrée (TF [18.10.2016] 4A_64/2016 consid. 3). Inversement, lorsque la demande

principale est non chiffrée – de manière conforme à l’art. 85 CPC – il peut en aller de même de l’appel en cause (ATF 142 III 102, RSPC 2016 230).

Les faits doivent être **individualisés pour chaque consort simple** (détermination de l’objet du litige), lorsque les prétentions récursoires contre chacun d’eux diffèrent (ATF 147 III 166 consid. 3.4 :).

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit que 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. du projet). La disposition vise à éviter que le dénonçant doive prendre des conclusions trop importantes et se voie par la suite mettre des frais à sa charge de manière injustifiée (FF 2020 2645).

557. Le tribunal donne l’occasion à la partie adverse et à l’appelé en cause de s’exprimer (art. 82 al. 2 CPC ; un recours est possible, art. 82 al. 4 CPC). Il rend une décision partielle s’il refuse l’appel en cause, et une décision incidente s’il l’admet (TF [29.03.2017] 4A_145/2017 consid. 2).

e. Les effets

558. Si l’appel en cause est admis, le tribunal fixe le **moment** et l’**étendue de l’échange d’écritures** qui s’y rapporte (art. 82 al. 3 CPC). Il n’y a pas de conciliation préalable (art. 198 let. g CPC). L’admission de l’appel en cause ne signifie pas que la demande à l’encontre de l’appelé en cause serait de ce fait déclarée recevable (ATF 146 III 290 consid. 4.3, RSPC 2020 521).

Jurisprudence. Le fait que le juge ait admis l’appel en cause ne signifie pas qu’il ne pourrait pas ultérieurement le déclarer irrecevable faute de conclusion chiffrée (ATF 146 III 290 consid. 4.3, RSPC 2020 521).

559. Le juge peut cependant décider de **disjoindre** les causes (art. 125 let. b CPC, expressément réservé à l’art. 82 al. 3 CPC).

2. La dénonciation d’instance

a. Notion

560. La dénonciation d’instance (*Streitverkündung* ; *denuncia di lite* ; il serait préférable de parler en français de *dénonciation du litige*, traduction de la *litis denunciatio* du droit commun) est l’**invitation** faite à un tiers par l’une des

parties au procès à prendre part à celui-ci. Contrairement à l'appel en cause, elle n'oblige pas le tiers à participer (art. 79 al. 2 CPC).

561. Le dénonçant avertit le dénoncé de l'existence du procès de telle manière à le lui rendre opposable, et en lui laissant l'initiative de mesures à prendre pour sauvegarder ses droits.

b. Les conditions

562. La dénonciation d'instance suppose que le dénonçant **estime avoir** à sa disposition **un droit** de recours contre le dénoncé, ou une action en garantie ou en dommages-intérêts (art. 78 al. 1 CPC).

Exemples. A agit en dommages-intérêts contre B, qui dénonce le litige à son assurance responsabilité civile ou son sous-traitant. X procède contre Y en exécution d'un contrat signé avec Z, le représentant de Y ; Y allègue que Z n'est pas son représentant ; X dénonce le litige à Z, de telle manière à lui opposer le jugement pour le cas où la version de Y prévaudrait et qu'il entendrait actionner Z en réparation du préjudice. Si X avait déjà des doutes sur la qualité de représentant de Z au moment d'entamer le procès, il devrait alors agir à la fois contre Y, à titre principal, et contre Z, à titre subsidiaire (consortité simple formelle).

563. A notre sens, la dénonciation est **privée d'effets** lorsqu'une prétention du dénonçant est d'emblée exclue, à savoir quand le sort du procès est manifestement sans incidence juridique sur les droits ou obligations éventuels du dénonçant à l'égard du dénoncé. Une dénonciation ne permet dès lors au destinataire d'intervenir ou d'agir à la place du dénonçant (art. 79 al. 1 CPC) que si les conditions d'une intervention accessoire sont remplies. A défaut, la dénonciation d'instance permettrait à une partie de faire intervenir à sa place n'importe quel tiers prêt à le faire, alors que la *gewillkürte Prozessstandschaft* n'est pas admise en droit suisse (*supra*, p. 120).

564. La dénonciation peut intervenir à **tout moment** (Message CPC, p. 6897), y compris au stade de la conciliation préalable, en mesures provisionnelles ou en preuve à futur et en deuxième instance. Cependant, l'opposabilité du résultat de procès au dénoncé dépendra de la question de savoir si l'état du procès au moment de la dénonciation ne l'a pas empêché de faire valoir des moyens d'agir et de défendre (art. 77 let. a CPC ; *infra*, p. 157).

565. Le dénoncé peut à **son tour dénoncer** l'instance à un tiers (art. 78 al. 2 CPC).

c. La procédure

566. La dénonciation peut être formée par **simple courrier**, adressé au juge ou directement au dénoncé.

567. Lorsqu'elle est adressée au juge, la dénonciation est déposée en nombre d'exemplaires suffisants (art. 131 CPC), puis est notifiée au dénoncé par le tribunal (art. 136 let. c CPC) avec fixation à celui-ci d'un délai pour se prononcer (art. 79 CPC, implicitement). On peut envisager une dénonciation mentionnée dans un autre acte, une réponse par exemple, ou annoncée oralement à l'audience pour être ensuite notifiée par le juge.

568. Le dénoncé ne peut pas consulter le dossier avant d'avoir accepté la dénonciation, faute d'être alors partie à la procédure, mais peut demander de **connaître l'objet du litige** et les conclusions prises afin de se prononcer en connaissance de cause.

d. Les effets

569. La dénonciation produit en principe des effets comparables à ceux de l'intervention volontaire accessoire. Elle ne confère pas au tiers la qualité de partie.

570. Le dénoncé peut soit **intervenir** sans autre condition **en faveur** de la partie qui lui a dénoncé l'instance (art. 79 al. 1 let. a CPC) soit **procéder à sa place** si celle-ci y consent (art. 79 al. 1 let. b CPC). Dans ce cas, le dénoncé devient partie à la place du dénonçant ; il acquiert qualité pour agir alors que le dénonçant demeure titulaire du droit matériel invoqué. Il s'agit d'un cas de *Prozessstandschaft* (*supra*, p. 119).

571. On devrait également retenir avec la doctrine que le dénoncé puisse simplement **représenter** la partie dénonçante (art. 68 al. 1 CPC : représentation non professionnelle).

572. Si la dénonciation est une invitation faite à un tiers et ne l'oblige pas à participer, le Code lui accorde des **effets spécifiques** et ce, que le dénonçant y donne suite ou non (art. 79 al. 2 CPC). L'art. 80 CPC prévoit en effet que l'art. 77 CPC est applicable par analogie.

573. Le **résultat** du procès est donc **opposable** au dénoncé. Cela ne vaut cependant que dans la mesure où l'état du procès au moment de la

dénonciation ou les actes ou omissions de la partie qu'il soutenait ne l'ont pas empêché de faire valoir des moyens d'agir et de défendre (art. 77 let. a CPC). Le principe ne vaut pas non plus lorsque la partie soutenue a omis, intentionnellement ou par grave négligence, de faire valoir des moyens d'agir ou de défendre que le dénoncé ne connaissait pas (art. 77 let. b CPC).

Développements. Les grandes règles sur ce thème ont été définies par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Halilovic, dont les enseignements ont été codifiés à l'art. 77 CPC : un principe général de droit civil veut qu'un jugement défavorable prononcé contre le dénonçant déploie ses effets à l'égard du dénoncé, si celui-ci était obligé de soutenir la partie principale en vertu d'un rapport juridique ou selon les règles de la bonne foi, pour autant du moins que la dénonciation a eu lieu en temps utile et que l'issue défavorable du procès n'est pas imputable au dénonçant (ATF 90 II 404, JdT 1965 I 269).

D. La représentation de l'enfant dans le divorce de ses parents

574. Depuis le nouveau droit du divorce du 26 juin 1998, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000, on accorde à l'enfant une position particulière dans la procédure de divorce de ses parents, en vue d'assurer la meilleure sauvegarde possible de ses intérêts dans ce cadre (voir FF 1996 I 149 ; art. 144 ss aCC).

575. Les règles du Code civil ont été reprises dans le CPC. Celui-ci prévoit **si nécessaire**, outre l'audition de l'enfant par le juge ou un tiers nommé à cet effet (art. 298 CPC), une sorte de mise en cause de l'enfant, par l'intermédiaire d'un curateur (art. 299 CPC), dans les hypothèses suivantes (al. 2) :

- a) les parents déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale, de la garde, des questions importantes concernant leurs relations personnelles avec l'enfant, à la participation à la prise en charge ou encore à la contribution d'entretien ;
- b) l'autorité de protection de l'enfant ou l'un des parents le requiert ;
- c) le tribunal, sur la base de l'audition des parents ou de l'enfant ou pour d'autres raisons :
 - 1. doute sérieusement du bien-fondé des conclusions communes des parents concernant les points énoncés à la let. a ;
 - 2. envisage d'ordonner une mesure de protection de l'enfant.

Jurisprudence. Le curateur de représentation ne sera dans la règle pas un avocat, mais une personne disposant de compétences sociales, pédagogiques, voire psychologiques. Il doit en effet rechercher le bien objectif de l'enfant, et non honorer ses souhaits, comme un avocat devrait le faire (ATF 142 III 153, JdT 2017 II 202). Le curateur n'a donc pas à désigner un avocat (art. 68 CPC) pour le représenter (OGer ZH [10.03.2020] ZR 2020 57 N 11).

576. Le représentant de l'enfant peut déposer des conclusions et interjeter recours lorsqu'il s'agit (art. 300 CPC) :

- a) de décisions relatives à l'attribution de l'autorité parentale ;
- b) de décisions relatives à l'attribution de la garde ;
- c) de questions importantes concernant les relations personnelles ;
- d) de la participation à la prise en charge ;
- e) de la contribution d'entretien ;
- f) de mesures de protection de l'enfant.

Jurisprudence. Le seul fait que le parent agisse en entretien pour l'enfant n'est pas constitutif d'un conflit d'intérêts, quand bien même il réclame par ce biais une contribution de prise en charge (ATF 145 III 393).

577. L'art. 299 al. 3 CPC retient que le tribunal doit (et non « peut » dans cette hypothèse, TF [31.01.2014] 5A_744/2013, RSPC 2014 213) désigner un représentant sur **demande de l'enfant** capable de discernement. L'enfant peut former un recours contre le rejet de sa demande.

§ 4 Comment agir ?

578. De quelle manière procède-t-on en justice ? C'est la question abordée dans ce chapitre. Il débute par une brève réflexion sur la fonction des formes judiciaires, se poursuit par quelques remarques sur la forme des actes en général, pour ensuite se pencher sur les vices de forme et enfin sur la limite du formalisme excessif.

I. Le rôle de la forme

579. En tant que processus, le procès civil n'est autre qu'une **succession d'actes**, de l'introduction de l'instance à la décision finale, en passant par les diverses écritures des parties, les ordonnances de procédure et les incidents de l'instance. Ces actes, aux fonctions diverses, sont soumis à des règles de forme dont le but est d'assurer un déroulement harmonieux de l'instance.

580. La forme est un élément central du processus juridictionnel. Elle détermine la manière dont les parties font valoir leurs droits en justice, comment elles communiquent entre elles et avec les tribunaux, comment ceux-ci organisent le procès, l'instruisent et prononcent leurs décisions. Se faisant, elle garantit la **prévisibilité du processus** judiciaire, assure un équilibre entre les parties, qui doivent respecter les règles de l'instance au moment de faire valoir leurs moyens et protège de l'arbitraire du juge.

581. La CourEDH retient que « La réglementation relative aux formalités et aux délais à respecter pour former un recours vise à assurer la bonne administration de la justice et le respect, en particulier, du principe de la sécurité juridique » (arrêts *Rodriguez Valin c. Espagne*, n° 47792/99, § 22, 11 octobre 2001 ; *Cañete de Goñi c. Espagne*, n° 55782/00, § 36, 15 octobre 2002, CEDH 2002-VIII).

Référence. Selon la célèbre formule de JHERING (L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, 3^e éd., traduit par O. de Meulenaere, t. III, Paris, 1877, p. 158), que l'on cite aujourd'hui encore tant en Suisse, en France qu'en Allemagne, « *Ennemie jurée de l'arbitraire, la forme est la sœur jumelle de la liberté* ».

Exemples. L'indication des preuves sous chaque allégué de la demande en procédure ordinaire (art. 221 al. 1 let. e CPC) a pour but de renseigner le juge et la partie adverse sur les preuves dont dispose le demandeur. L'exigence d'un appel motivé (art. 311 al. 1 CPC) a pour but de permettre à la Cour et à la partie adverse de connaître les raisons pour lesquelles le demandeur se plaint du prononcé.

II. Les règles générales

582. Le CPC prévoit que les actes de procédure peuvent être globalement accomplis selon trois formes : la forme **écrite**, la forme **électronique** et la forme **orale** (pour des développements, *infra*, p. 243). La forme orale (l'acte est dicté au procès-verbal) n'est possible que lorsque le Code le prévoit expressément (p. ex. : art. 244 al. 1, 252 al. 2 CPC). Elle n'est pas mentionnée à l'art. 130 CPC, qui traite pourtant des généralités en matière de forme des actes des parties. En **audience** en revanche, la règle est celle de l'oralité, avec dictée des éléments essentiels au procès-verbal (art. 235 al. 1 let. d, al. 2 CPC).

583. Selon l'art. 130 CPC, les actes sont adressés au tribunal sous forme de documents papier ou électroniques ; ils doivent être **signés** (al. 1). Lorsqu'ils sont transmis par voie électronique, le document contenant l'acte et les pièces annexées doit être certifié par la signature électronique reconnue de l'expéditeur (al. 2). Le tribunal ne peut plus exiger que l'acte et les pièces annexées transmis par voie électronique soient produits sur support papier (abrogation de l'al. 3), ce qui représente un pas en faveur de l'expansion de ce mode de communication (*infra* p. 163 s.).

Jurisprudence. La réplique déposée sous forme d'un CD-ROM est irrecevable et n'entraîne pas la fixation d'un délai pour rectifier l'informalité, celle-ci n'étant pas due à une erreur (TF [15.12.2017] 5D_94/2017).

584. L'art. 130 CPC ne traite que du support et de l'exigence de la signature. Pour le reste, les conditions formelles de l'acte dépendent de la **nature** de celui-ci (demande ; requête ; recours ; etc.) et du **type de procédure** dans lequel il s'inscrit (ordinaire, simplifiée, sommaire ; *infra*, p. 249).

585. Le **nombre** d'exemplaires de l'**acte** (accompli par écrit) et de ses annexes (**pièces**) est fixé par l'art. 131 CPC : un exemplaire pour le juge et un exemplaire pour chaque partie adverse et ce même si elles ont commis le

même avocat. Lorsque l'acte est déposé en un seul exemplaire, le tribunal peut accorder à la partie fautive un délai supplémentaire ou faire les copies utiles aux frais de celle-ci. L'**avocat** adresse le plus souvent une copie de l'acte à son confrère, même si les règles déontologiques ne l'imposent pas nécessairement (en particulier, l'art. 25 du Code suisse de déontologie, qui prévoyait une telle communication, a été abrogé le 22 juin 2012 pour éviter que celle-ci ne fasse courir un éventuel délai pour son destinataire).

III. La forme électronique

586. Les exigences liées à la signature électronique d'un acte sont réglées par la Loi fédérale sur la signature électronique du 18 mars 2016 (SCSE, RS 943.03) (art. 130 al. 2 CPC).

587. La communication électronique des actes par les parties et les tribunaux n'en est qu'à ses balbutiements en Suisse, toutes procédures confondues (civile, pénale, administrative). Le projet et groupe de réflexion **Justitia 4.0** vise à combler le retard pris dans ce domaine. Lancé par les tribunaux fédéraux, les autorités judiciaires cantonales et les autorités cantonales chargées de l'exécution des peines, il prévoit que les dossiers juridiques électroniques seront utilisés par toutes les parties prenantes à tous les niveaux des procédures de droit civil, pénal et administratif (ou procédures devant les tribunaux administratifs) et feront l'objet d'échanges sans changement de support. Toutes les communications, ainsi que la consultation du dossier, devraient intervenir par le biais d'un portail en ligne unique à l'adresse justitia.swiss. Le but est ainsi d'instaurer le principe de la communication des écrits, avec consultation des actes, sur l'ensemble du territoire, à tous les niveaux et instances de la Confédération, et de gérer de manière électronique les tâches des autorités judiciaires, du début de la procédure à l'archivage des actes, afin d'établir de manière générale le dossier juridique électronique comme déterminant et juridiquement valable (comp. www.justitia40.ch).

588. La plateforme devra être accompagnée de modifications légales rendant obligatoire la communication des actes par la voie électronique en tous cas pour les avocats. La mise en œuvre et le déploiement à l'échelle nationale sont prévus en plusieurs étapes de 2022 à 2026 (comp. www.justitia40.ch).

Assouplissement. Dans cette perspective, le Conseil fédéral a assoupli les exigences relatives aux plateformes dont l'emploi est autorisé pour faire parvenir

des actes au tribunal en modifiant l'Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite du 18 juin 2010 (OCEI-PCPP, RS 272.1). Les adaptations permettront aux cantons de recourir, avec l'autorisation du DFJP, à des systèmes de communication autres que les plateformes reconnues (p. ex. plateformes de téléchargement sécurisées). Différentes conditions devront être réunies pour que l'autorisation soit accordée, l'une d'elles étant que le système de communication serve à tester des solutions techniques. L'utilisation de systèmes de communication autres que les plateformes reconnues est facultative (communiqué de presse du 23.10.2019 sur ejpd.admin.ch).

Etranger. En **France**, l'appel ne peut être signifié que par la voie électronique depuis le 1^{er} janvier 2011 (art. 930-1 CPC fr.). En **Italie**, la voie électronique, jusqu'alors facultative, est imposée aux professionnels depuis le 30 juin 2014 (PCT, *Processo Civile Telematico* ; art. 16-bis de la Loi 179/2012, introduit par la Loi 228/2012). En **Allemagne** également, la généralisation progressive des transactions juridiques électroniques entre les mandataires professionnels et les juridictions est en marche, avec un agenda précis d'unification fédérale effective au plus tard au 1^{er} janvier 2022 (voir FördElRV, *Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10. Oktober 2013*, en particulier l'art. 26 pour un calendrier d'entrée en vigueur des différentes mesures prévues) (CR-CPC BOHNET, art. 130 N 7).

IV. Les vices de forme

A. Les critères

589. Le Code ne donne pas de définition du vice de forme. L'art. 132 CPC énumère quelques exemples :

- l'absence de signature ou de procuration (al. 1), ou encore :
- l'acte illisible, inconvenant, incompréhensible ou prolix (al. 2).

590. On peut en déduire qu'il faut entendre par vice de forme une **irrégularité formelle** entachant un acte procédural des parties. Elle résulte de la violation d'une règle régissant la forme des actes et sa notification. Ces règles sont en particulier violées lorsque l'acte ne remplit plus sa double fonction d'identification et de praticabilité.

1. L'identification

591. En vertu du critère de l'identification auquel se rattache l'art. 132 al. 1 CPC, il convient de retenir que l'acte doit permettre de déterminer de qui il émane et contre qui il est dirigé ; sur quoi la prétention se fonde et en quoi elle consiste. Si tel n'est pas le cas, l'acte est formellement vicié.

Jurisprudence. Il convient de distinguer la **désignation inexacte** des parties (simple problème d'identification) et la substitution des parties. La désignation d'une partie permet à chacune d'entre elles de connaître exactement son adversaire. Il ne peut y avoir rectification que lorsqu'une erreur affecte la dénomination d'une partie. Il ne s'agit ainsi pas d'une modification du lien d'instance. Il faut toutefois pour ce faire que l'erreur soit aisément décelable et rectifiable, tant pour la partie adverse que pour le juge et qu'aucun risque de confusion n'existe. En d'autres termes, il faut que la rectification soit purement rédactionnelle et avoir la certitude que l'autre partie n'a pas été trompée par l'erreur de plume (TF [17.10.2004] 4P.200/2004, RSPC 2005 145). Tel est par exemple le cas, en présence d'un objet du litige clair (résiliation de bail), d'une demande visant manifestement les bailleurs, mais dans laquelle la locataire désigne par mégarde la régie immobilière les représentant (TF [29.06.2016] 4A_17/2016, RSPC 2017 24) ou en cas de mention de la succursale à la place de l'établissement principal, qui seul détient la capacité d'être partie (TF [29.01.2017] 4A_510/2016, RSPC 2017 225).

Conclusions chiffrées. Le Tribunal fédéral considère apparemment que l'absence de conclusions chiffrées n'est pas un vice de forme donnant droit à l'octroi d'un délai pour rectification au sens de l'art. 132 al. 1 CPC. Si les conditions d'une demande non chiffrée ne sont pas réunies, la demande est irrecevable (ATF 140 III 409, consid. 4.3.2, RSPC 2014 408 ; 4A_375/2015, consid. 7.2).

2. La praticabilité

592. Quant au critère de la praticabilité, auquel se rattache l'art. 132 al. 2 CPC, il est rempli lorsque l'acte en cause permet un déroulement clair et ordonné de l'instance et garantit aux parties le droit de prendre position sur les allégations de leur adversaire.

Exemples. Une demande présentée comme un torrent de récriminations désordonné ne serait pas praticable. Dans les cantons exclusivement francophones, un mémoire doit être rédigé en français (art. 129 CPC : **langue** officielle du canton ; pour la situation à Fribourg, voir ATF 136 I 149 et 145 I 297), et « En règle générale, le juge retournera à son auteur un acte rédigé en une

autre langue en lui impartissant un délai pour refaire son acte » (TC NE RJN VI I 227). Ne serait pas non plus praticable un acte ne remplissant que les conditions de la demande en **procédure simplifiée** alors que la procédure ordinaire s'applique (ATF 139 III 368 ; TC NE, RJN 2013 240). Est **prolix** un recours de 73 pages à l'encontre d'une décision de onze pages (TF [05.06.2013], 5A_837/2012 consid. 3.2), de même une réplique de 648 pages alors que la demande (modifiée et déjà très détaillée) comprenait 142 pages et que la réponse et demande reconventionnelle tenait sur 60 pages, sans que les prétentions encore en jeu le justifient. Fixation d'un délai pour la reformuler sur 180 pages (HGer ZH [05.12.2019], ZR 2020 39 N 4).

B. La sanction

593. Que se passe-t-il lorsqu'un acte est **vicié en la forme** ? Selon l'art. 132 al. 1 CPC, le tribunal fixe un délai pour sa **rectification** et, à défaut, l'acte n'est pas pris en considération.

594. A notre sens, un acte pourrait être considéré comme **d'emblée irrecevable** lorsque le tribunal ne peut pas le considérer comme tel. Si le vice est mineur, une rectification d'office est en revanche envisageable.

Exemples. Une simple lettre de protestation sans destinataire adressée au tribunal peut être écartée d'emblée. Une demande dont trois pages seraient interverties pourrait être rectifiée d'office par le tribunal, de même qu'une simple erreur de plume. Si une demande formée en procédure ordinaire ne comprend pas de preuve sous les allégués (art. 221 al. 1 let. e CPC), un délai est imparti au demandeur pour rectifier l'acte. Si l'acte n'est toujours pas amélioré à satisfaction après rectification, il n'est pas pris en considération (TC NE, RJN 2013 240). En revanche, la transmission d'une réplique sous forme d'un CD-ROM n'est pas susceptible de rectification, faute d'erreur de la partie (TF [15.12.2017] 5D_94/2017, RSPC 2018 96).

Controverse. L'art. 132 al. 1 CPC ne s'applique-t-il qu'en cas de vice de forme, ou également lorsque les allégués d'un acte présentent des lacunes ? Il faut en effet distinguer l'acte vicié de l'acte formellement valable, mais qui, faute de satisfaire à l'ensemble des règles de procédure applicables ou aux principes reconnus en matière de motivation et de preuves (ATF 115 II 187 consid. 3b, JdT 1989 I 586 et ATF 116 II 738 consid. 2b), engendrera le rejet de la prétention. A notre avis, seuls les vices de forme sont couverts. C'est la solution retenue par le Tribunal fédéral pour les lacunes dans un appel et une réponse à appel (ATF 137 III 617 consid. 6.4, JdT 2014 II 187 ; TF [07.12.2011] 4A_659/2011 consid. 5, RSPC 2012 128 ; TF [27.08.2012] 5A_438/2012, RSPC 2013 29) et, sous l'angle de l'arbitraire, pour une demande simplifiée (TF [02.12.2013] 4D_57/2013 consid. 3.4, RSPC 2014 144), ainsi que par la jurisprudence

zurichoise (OGer ZH, ZR 2012 N 76). La doctrine est partagée (dans ce sens, FRANÇOIS BOHNET, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II 274 ; ZK ZPO-LEUENBERGER, art. 221 N 7 ; BSK ZPO-BORNATICO, art. 132 N 18 ; DIKE ZPO-KRAMER/KUBAT ERK, art. 132 N 2 ; *contra* : KommZPO-NÄGELI, art. 221 N 2 ; CR CPC-TAPPY, art. 221 N 18).

C. Le formalisme excessif

595. La notion de formalité essentielle doit être interprétée conformément à la Constitution fédérale, qui sanctionne le **formalisme excessif**. Il y a formalisme excessif, et donc **déni de justice** contraire à l'art. 29 al. 1 Cst. (art. 4 aCst.), lorsqu'une autorité applique une prescription formelle avec une rigueur exagérée qui ne se justifie par aucun intérêt digne de protection et devient une fin en soi, ou pose des conditions excessives quant à la forme d'actes juridiques, empêchant ainsi un citoyen d'utiliser une voie de droit (voir p. ex. ATF 130 V 177 consid. 5.4.1 ; 128 II 142 consid. 2a ; 125 I 166 consid. 3a ; 124 II 265 consid. 4a ; 121 I 177 consid. 2b/aa, JdT 1996 I 563).

596. Dans la mesure où elle sanctionne un comportement répréhensible de l'autorité dans ses relations avec le justiciable, la règle a la même fonction que le principe de la **bonne foi** (art. 5 al. 3 et 9 Cst. ; ATF 125 I 166 consid. 3a ; TF [21.01.2013] 5A_812/2011), principe inscrit pour la procédure civile à l'art. 52 CPC.

Référence. Comme le relevait déjà MONTESQUIEU, si la forme assure le bon déroulement du procès, (« *Les formalités de la justice sont nécessaires à la liberté* »), elle ne doit pas devenir une fin en soi : « *Mais le nombre en pourrait être si grand qu'il choquerait le but des lois mêmes qui les auraient établies : les affaires n'auraient point de fin ; la propriété des biens resterait incertaine ; on donnerait à l'une des parties le bien de l'autre sans examen, ou on les ruinerait toutes les deux à force d'examiner* » (De l'esprit des lois, Livre 29, chapitre premier).

Jurisprudence. En matière d'action en **cessation du trouble** des art. 679 et 684 CC, le demandeur peut formuler ses conclusions de manière générale, en alléguant les causes et les effets du trouble. Le plaideur a le droit de s'en remettre au juge pour déterminer, au besoin sur la base d'expertises, les mesures à prendre dans le cas particulier. Est excessivement formaliste la décision qui annule une demande dont les conclusions ne définissent ni les nuisances ni les mesures propres à les éliminer (ATF 102 Ia 96).

En cas de dépôt d'un recours avec une **signature en copie**, il y a vice reconnaissable, que l'autorité a le devoir de signaler à son auteur pour lui donner

l'occasion de le corriger à temps. Si elle ne le fait pas, elle doit souffrir que l'acte concerné soit régularisé hors délai. Peu importe à cet égard que l'autorité ait effectivement remarqué le vice, seul est déterminant son caractère objectivement reconnaissable (TF [12.06.2001] 4P.71/2001). De même, le fait de refuser l'octroi d'un délai pour le dépôt d'une **procuration** lorsque les instances précédentes n'ont pas remis en cause les pouvoirs est constitutif de formalisme excessif (TF [01.05.2013] 4D_2/2013, RSPC 2013 293).

En matière d'inscription définitive de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, il est excessivement formaliste de rejeter la demande d'inscription au motif que la propriétaire du bien-fonds objet de l'hypothèque n'a **pas été désignée expressément comme défenderesse** en première page de la demande, alors qu'elle y est nommée à la suite d'une partie désignée « défenderesse 1 » et que le bien-fonds dont elle est propriétaire fait l'objet de ses conclusions (TF [20.10.2017] 5A_723/2016 consid. 3, RSPC 2018 1 et note TREZZINI).

§ 5 Quand agir ?

597. Le procès est inséparable de la notion de temps : en tant que *processus*, la procédure suppose l'accomplissement d'actes et de formalités dans le respect de certains délais. De plus, il est fréquent qu'une demande doive être introduite au plus tard à une certaine date. Nous examinerons dans ce chapitre les délais à respecter au moment d'agir en justice. Les délais à respecter au cours de l'instance seront étudiés dans la seconde partie de l'ouvrage (*infra*, p. 347).

I. Les principes

598. Le plaideur qui entend obtenir la consécration de son droit en justice devra souvent respecter un délai pour agir en justice. En effet, suivant les cas, son inaction peut entraîner l'irrecevabilité de sa demande ou permettre à la partie adverse de s'opposer, au fond, à la prétention invoquée. En d'autres termes, si l'instance n'intervient pas dans certains délais, le plaideur peut être *déchu* de son droit ou sa prétention peut être *prescrite*.

599. Nous distinguerons ci-après deux types de délais : les délais de *déchéance* et les délais de *prescription*. Cette distinction est importante dans la mesure où le non-respect de la plupart des délais de déchéance (ATF 119 II 429 consid. 3b) entraîne l'irrecevabilité de la demande, prononcée d'office par le juge, alors que la prescription doit être invoquée par la partie qui s'en prévaut et conduit au mal fondé de la demande.

II. Les délais de déchéance

A. La distinction entre délai de déchéance et délai de péremption

600. Le non-respect de la plupart des délais de déchéance entraîne l'extinction de l'action (*supra*, p. 110). La déchéance provient de ce qu'une instance n'a pas été engagée à temps (*Verwirkungsfrist*).

601. Il est fréquent que l'on parle en Suisse romande de délai de *péremption* plutôt que de délai de *déchéance*. Notons toutefois que la péremption, au sens étroit, est l'anéantissement d'une procédure parce qu'elle n'a pas été poursuivie dans les délais fixés (voir EMILE THILO, JdT 1939 I 190 ; comp. TF [16.06.2014] 4A_616/2013 consid. 1.2, non reproduit in ATF 140 III 227). La péremption de l'instance est une ancienne institution de droit français, qui figure désormais à l'art. 386 CPC fr.

B. Les délais de déchéance en matière de demandes formatrices

602. Dans diverses situations, la loi prévoit qu'une personne peut obtenir une **modification juridique** dans une situation donnée, par le biais d'une demande judiciaire. Des délais sont parfois fixés.

Exemples. Si un actionnaire entend attaquer en justice une décision de l'assemblée générale qui violerait la loi ou les statuts, il doit le faire dans les deux mois qui suivent l'assemblée générale (art. 706a CO), l'action s'éteignant si elle n'est pas exercée dans ce délai. La loi impose également des délais pour la demande en nullité des enchères volontaires (art. 230 al. 1 CO), pour la demande en annulation du congé en matière de bail (art. 273 CO), pour la demande en paternité (art. 263 CC) et pour la demande en réduction (art. 533 CC), entre autres. Il ne faut pas dans ce domaine se fier à la terminologie des codes : dans de nombreux cas, les codes parlent de prescription mais visent en fait la déchéance (voir entre autres art. 521 et 533 CC).

Jurisprudence. Au terme d'une interprétation tant historique, systématique que téléologique de l'art. 779 al. 4 CO, le Tribunal fédéral considère qu'il n'est pas arbitraire de considérer que le délai en question, un délai de déchéance de droit matériel, n'est pas sauvegardé par le dépôt d'une requête de mesures

provisionnelles et qu'il faut donc procéder au fond pour assurer la sauvegarde du délai (TF [04.09.2017] 4A_230/2017 consid. 2, RSPC 2018 35).

603. On parle de demande formatrice dans la mesure où le demandeur fait valoir, par la voie judiciaire, un **droit formateur**, à savoir le droit de produire, par un acte unilatéral de volonté, une modification juridique (p. ex. ATF 127 III 543). Certains droits formateurs s'exercent par un acte privé exclusivement (voir les cas visés aux art. 21, 38, 107 al. 2 et 124 CO), d'autres par une demande en justice seulement (voir les exemples mentionnés au paragraphe précédent).

C. Les délais de déchéance de nature procédurale

604. Le droit fédéral fixe de nombreux délais de déchéance pour saisir une autorité dans le cadre d'une procédure préexistante. Entrent dans cette catégorie les délais pour agir suite à une opposition à une **proposition de jugement** dans certaines causes en matière de baux d'habitations ou de locaux commerciaux (art. 211 al. 3 CPC : consignation du loyer ou du fermage, protection contre les loyers ou les fermages abusifs, protection contre les congés ou prolongation du bail à loyer ou à ferme), les délais pour **appeler** (art. 311, 314 CPC) ou **recourir** (art. 321 CPC) ou encore agir en **libération de dette** (art. 83 al. 2 LP) par exemple.

605. Le délai expiré, le plaideur ne peut plus être entendu sur le fond de sa prétention, même si celle-ci était peut-être bien fondée. Il est déchu de son action ou de son recours.

III. Les délais de prescription

606. La prescription concerne les créances, ce qui n'est pas le cas des délais de déchéance mentionnés ci-dessus. D'une manière générale, les créances sont soumises à un délai de prescription de **dix ans** (art. 127 CO). Certaines créances se prescrivent par **cinq ans** (p. ex. les créances de loyer et les salaires, voir art. 128 CO), d'autres sont soumises à un délai relatif de **trois ans** et absolu de dix ans (p. ex. la créance née de l'enrichissement illégitime, voir art. 67 CO ; la créance née de l'acte illicite, voir art. 60 CO).

607. Suite à une révision du droit de la prescription entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 (RO 2018 5343 ; FF 2014 221), en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles, la prescription en réparation du dommage et du tort moral est soumise à un délai relatif de trois ans et un délai absolu de **vingt ans**, dans un contexte tant délictuel (art. 60 al. 1^{bis} CO ; art. 83 al. 1 de la Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958, RS 741.01) que contractuel (art. 128a CO).

608. La prescription **n'emporte pas l'extinction de la créance**, mais seulement la perte de la possibilité de faire valoir cette créance contre la volonté du débiteur (voir ATF 99 II 185, JdT 1974 I 46, qui ne retient toutefois pas le concept moderne d'action [*supra*, p. 110]). La créance prescrite n'est pas dépourvue d'action. Il revient au défendeur de s'opposer au droit en soulevant l'exception de prescription (art. 142 CO ; ATF 123 III 213, JdT 2001 I 208 ; 119 II 368, JdT 1996 I 274).

609. La prescription s'exerce par **exception de droit civil**, que l'on définit comme le droit de refuser une prestation due en raison d'un motif spécial (*infra*, p. 336). Dans le cadre de la prescription, le motif est l'échéance d'un délai. A l'échéance du délai, la créance demeure mais le débiteur peut refuser de s'exécuter. L'exception de prescription permet de **paralyser** définitivement le droit de l'adversaire (qui n'est plus *durchsetzbar*).

610. La grande **différence** entre, d'une part, les délais de déchéance en matière de demandes formatrices et les délais de déchéance procéduraux, et, d'autre part, les délais de prescription, est que le juge déclare la demande irrecevable d'office uniquement en cas de déchéance. En cas de prescription, une exception doit être soulevée par le défendeur, pour que, le cas échéant, la demande soit déclarée mal fondée (art. 142 CO ; ATF 118 II 447 ; TF [31.01.2003] 4C.366/2002).

611. Notons encore que les délais de déchéance ne peuvent être respectés que par l'introduction d'une instance, alors que les délais de prescription peuvent être interrompus de diverses manières, entre autres par une **poursuite** (voir art. 135 CO). Ces derniers ne sont donc pas des délais d'ouverture d'action (inexact sur ce point : ATF 140 III 244 consid. 5.2).

IV. Les délais de déchéance de fond

612. Il convient à notre avis de distinguer les délais de déchéance en matière de demandes formatrices et les délais de déchéance procéduraux d'une troisième catégorie de délais de déchéance : les délais de déchéance de fond.

613. Tout comme les délais de prescription, les délais de déchéance de fond concernent des créances. Mais contrairement aux délais de prescription, les délais de déchéance de fond emportent l'**extinction de la créance** et ne peuvent pas être interrompus ou suspendus, si bien qu'ils ne peuvent logiquement être respectés que par l'introduction d'une instance. On parle à cet égard de *péremption de la créance*.

Exemples. La péremption des prétentions à l'égard de l'exploitant d'une **installation nucléaire** (voir art. 10 de la Loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire du 18 mars 1983) ou la péremption des prétentions en dommages-intérêts prévue par la loi sur la **responsabilité du fait des produits** (voir art. 10 de la Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du 18 juin 1993).

614. Dans de tels cas, la péremption acquise, la créance est éteinte, comme elle le serait en cas de paiement, mais l'action demeure. Contrairement au droit formateur qui doit être exercé par une demande en justice, la créance est indépendante de toute sanction judiciaire, d'où la différence de régime : dans le premier cas, le respect du délai est une condition de l'entrée en matière, dans le second cas, seul le bien-fondé de la prétention dépend du respect du délai.

615. Ainsi, si un demandeur fait valoir une créance périmée, il reviendra au défendeur de soulever non pas une exception de droit civil, mais une **objection** (*infra*, p. 333) afin que le juge déclare la demande mal fondée.

V. Le calcul des délais

A. Les délais de prescription

1. Le départ

616. Le début du délai de prescription est le moment à partir duquel celui-ci commence à courir (*dies a quo*).

617. Aux termes de l'art. 130 al. 1 CO, « La prescription court dès que la créance est devenue exigible ». Il s'agit de la règle générale. Pour déterminer à quelle date une créance est **exigible**, il convient de se référer aux art. 75 ss CO.

618. Dans de nombreux cas, le moment à partir duquel le délai de prescription commence à courir est déterminé par des **règles spéciales**.

Exemples. Le délai ordinaire de prescription des créances en responsabilité civile commence à courir « [...] à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation » (art. 60 al. 1 CO) ; le délai de prescription des créances pour enrichissement illégitime commence à courir « [...] à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance de son droit [...] » (art. 67 al. 1 CO).

2. La computation

619. Pour la computation du délai, il convient de se référer à l'art. 132 CO, qui retient que le jour à partir duquel court la prescription n'est pas compté et que celle-ci n'est acquise que lorsque le dernier jour du délai s'est écoulé sans avoir été utilisé.

620. L'art. 132 al. 2 CO renvoie aux art. 77 et 78 CO qui indiquent de manière détaillée comment calculer un délai fixé en jours, en semaines, en mois ou en années (art. 77 CO) et précisent le sort des délais échéant un dimanche ou un jour férié, à savoir qu'ils sont reportés au premier jour non férié qui suit (art. 78 CO). L'article premier de la Loi fédérale sur la supputation des délais comprenant un samedi du 21 juin 1963 (RS 173.110.3) précise que « Pour les délais légaux de droit fédéral et pour les délais fixés par des autorités

conformément au droit fédéral, le samedi est assimilé à un jour férié reconnu officiellement ».

3. L'interruption et la suspension

621. Les délais de prescription peuvent être **interrompus**. C'est le cas lorsque le créancier introduit des poursuites (art. 135 ch. 2 CO) ou que le débiteur reconnaît la dette (art. 135 ch. 1 CO).

622. En cas de requête de conciliation, « d'action » et d'« exception » en justice », le délai de prescription est désormais non seulement interrompu (art. 135 ch. 2 CO ; TF [04.03.2013] 4A_592/2013 consid. 3.2, RSPC 2014 322) mais **ne recommence à courir** (art. 138 al. 1 CO dans sa teneur en vigueur au 1^{er} janvier 2011) qu'à la **clôture de la procédure** par la juridiction saisie, à savoir l'acte qui met fin au procès devant l'instance saisie, en principe le jugement, la transaction ou l'acquiescement (art. 236, 241 CPC).

623. En cas d'instances successives, la prescription est à chaque fois interrompue (par la demande ou le recours, à notre sens « action » au sens large) et suspendue jusqu'à la clôture de la procédure (pour des développements, voir STEPHEN V. BERTI, Gedanken zur Unterbrechung der Verjährung durch Rechtsschutzgesuch im Sinne von Art. 138 Abs. 1 revOR, RSPC 2011 521 ; FRANÇOIS BOHNET, La prescription en procédure civile, in Bohnet/Dupont [éd.], Le nouveau droit de la prescription, p. 157 ss, 174-176).

Exemple. A. dépose le 28 mars 2021 une requête de conciliation portant sur une demande en paiement de CHF 4000.– à titre de dommages et intérêts tirés de l'acte illicite. L'accident remonte au 30 avril de l'an précédent. L'envoi par la poste interrompt la prescription (délai de *trois ans*, pour le droit transitoire, voir art. 49 al. 1 Tit. fin. CC), qui recommence à courir le jour de l'autorisation de procéder (art. 209 CPC) ou de la notification de la proposition de jugement (art. 210 al. 1 let. c CPC). Ce délai est à nouveau interrompu par le dépôt de la demande simplifiée. Il recommence à courir à la notification de la décision (art. 239 CPC) et est à nouveau interrompu par le recours (art. 319 CPC), pour recommencer à courir au prononcé sur recours et être à nouveau interrompu par le recours au Tribunal fédéral et suspendu jusqu'au prononcé (art. 61 LTF) de la décision dudit tribunal.

624. L'interruption de la prescription n'intervient que si l'acte qui ouvre l'instance en cause (requête de conciliation ; demande ; *infra*, p. 255) est **valable formellement** et intervient devant une **autorité compétente**

(ATF 132 V 404 consid. 4.1 ; 130 III 202 consid. 3.3.2 ; 85 II 504, JdT 1960 I 231). Si tel n'est pas le cas, le demandeur peut bénéficier du délai de l'art. 63 CPC (*infra*, p. 259 ; TF [04.03.2013] 4A_592/2013 consid. 3.2, RSPC 2014 322).

B. Les délais de déchéance

625. Les art. 134 ss CO, qui réglementent l'empêchement, la suspension et l'interruption de la prescription, ne s'appliquent pas aux délais de déchéance (ATF 119 II 429 consid. 3b). Les délais de déchéance ne peuvent être respectés que par l'introduction d'une instance (*supra*, p. 172).

1. Les délais de déchéance en matière de demandes formatrices

626. Lorsque la loi prévoit qu'une personne peut obtenir une modification juridique dans une situation donnée, par le biais d'une demande judiciaire introduite dans un certain délai, elle indique le moment à partir duquel le délai commence à courir.

Exemples. Art. 273 CO : « [...] dans les trente jours qui suivent la réception du congé » (le Tribunal fédéral retient que la réception intervient selon la théorie absolue de la réception, ATF 140 III 244 ; art. 706a CO : « [...] dans les deux mois qui suivent l'assemblée générale » ; art. 533 al. 1 CC : « L'action en réduction se prescrit par un an à compter du jour où les héritiers connaissent la lésion de leur réserve et, dans tous les cas, par dix ans, qui courent, à l'égard des dispositions testamentaires, dès l'ouverture de l'acte et, à l'égard d'autres dispositions, dès que la succession est ouverte ».

627. Pour la computation, les art. 132 CO et 77 ss CO s'appliquent par analogie.

2. Les délais de déchéance de nature procédurale

628. Le calcul des délais fixés pour saisir une autorité dans le cadre d'une procédure préexistante relève du CPC devant les autorités cantonales et de la LTF devant le Tribunal fédéral (*infra*, p. 347).

3. Les délais de déchéance de fond

629. Les lois prévoyant un délai de déchéance pour une créance indiquent à quel moment le délai commence à courir (voir, p. ex., l'art. 10 de la Loi fédérale sur la responsabilité civile en matière nucléaire, du 18 mars 1983). Quant à la computation, les art. 132 CO et 77 ss CO s'appliquent par analogie.

§ 6 Pourquoi agir ?

I. La durée et les aléas du procès

630. Dans la mesure où le procès civil vise à permettre aux particuliers d'obtenir la protection juridique à laquelle ils affirment avoir droit (*supra*, p. 1), il doit être conduit de manière à garantir les droits de celui qui fait valoir une prétention et de celui qui la défend. Par nature, le procès prend du temps puisque chaque partie doit pouvoir faire valoir ses arguments, présenter ses preuves et se prononcer sur les moyens invoqués par la partie adverse.

631. Le procès prend la forme d'une succession d'actes échelonnés dans le temps (*infra*, p. 347) : échange des mémoires ; débats d'instruction et débats principaux ; administration des preuves ; plaidoiries orales ou écrites ; décision ; recours. La durée de chacune des phases d'une instance dépend du type de procédure en cause (ordinaire, simplifiée, sommaire, etc.), de l'objet du procès, de l'attitude du juge et des parties et éventuellement du comportement de tiers (témoins et experts, entre autres). Des prolongations de délai sont souvent demandées et divers moyens de procédure peuvent être soulevés durant l'instance ; l'administration des preuves peut se révéler longue et compliquée, en particulier lorsque la nomination d'experts s'avère nécessaire. En cas de surcharge du tribunal saisi, de nombreux mois peuvent s'écouler entre les audiences et entre la clôture des débats et le prononcé de la décision.

632. La durée du procès est augmentée en cas de recours, qui peuvent parfois être immédiatement interjetés contre les décisions rendues en cours d'instance (p. ex. : appel contre un jugement d'un tribunal de première instance rejetant un moyen tiré de son incompétence ; voir art. 308 al. 1 let. a CPC). L'arrêt de l'autorité de recours peut dans certains cas faire l'objet d'un recours à une autorité supérieure.

633. Il est souvent difficile, au moment d'introduire une procédure, d'estimer avec précision la durée de celle-ci, ainsi que ses chances de succès. L'administration des preuves, entre autres, peut réserver des surprises aux plaideurs : pronostiquer le résultat d'une expertise se révèle généralement

délicat, et connaître à l'avance la déposition des témoins est simplement impossible. Autant dire que de nombreux éléments doivent être pris en compte avant d'agir en justice.

634. Les **complications** et les **lenteurs** du procès civil ont entraîné de nombreuses remises en question. Le Message CPC, p. 6850, relève sur ce point : « Les problèmes centraux de la procédure suscitent des critiques désabusées. On déplore son coût, sa lenteur croissante, la surcharge des tribunaux et la perte de qualité des jugements qui en résultent, ainsi que le formalisme proverbial ». Tout en relativisant les critiques, le Code entend pour sa part garantir au justiciable une procédure simple et adaptée aux besoins de la pratique. Cette problématique n'est **pas nouvelle** et il est probable qu'elle demeurera centrale.

Référence. Voici l'avis de MOLIERE sur la question, en 1671 : « Argante. Non ! J'aime mieux plaider. Scapin. Eh ! Monsieur, de quoi parlez-vous là, et à quoi vous résolvez-vous ? Jetez les yeux sur les détours de la justice ; voyez combien d'appels et de degrés de juridiction, combien de procédures embarrassantes, combien d'animaux ravissants par les griffes desquels il vous faudra passer, sergents, procureurs, avocats, greffiers, substituts, rapporteurs, juges et leurs clercs. Il n'y a pas un de tous ces gens-là qui, pour la moindre chose, ne soit capable de donner un soufflet au meilleur droit du monde. Un sergent baillera de faux exploits, sur quoi vous serez condamné sans que vous le sachiez. Votre procureur s'entendra avec votre partie, et vous vendra à beaux deniers comptants. Votre avocat, gagné de même, ne se trouvera point lorsqu'on plaidera votre cause, ou dira des raisons qui ne feront que battre la campagne, et n'iront point au fait. Le greffier délivrera par contumace des sentences et arrêts contre vous. Le clerc du rapporteur soustraira des pièces, ou le rapporteur même ne dira pas ce qu'il a vu. Et quand, par les plus grandes précautions du monde, vous aurez paré tout cela, vous serez ébahi que vos juges auront été sollicités contre vous, ou par des gens dévots, ou par des femmes qu'ils aimeront. Eh ! Monsieur, si vous le pouvez, sauvez-vous de cet enfer-là. C'est être damné de ce monde que d'avoir à plaider ; et la seule pensée d'un procès serait capable de me faire fuir jusqu'aux Indes » (MOLIERE, Les fourberies de Scapin).

II. Le coût du procès

A. Les frais

635. Avant d'entamer un procès, il faut être attentif aux frais qu'il faudra engager pour soutenir sa cause. Le tribunal n'est en principe pas gratuit. L'administration des preuves (expertise, audition de témoins) peut également être onéreuse. En cas de perte du procès, la partie adverse a droit à des dépens, en particulier pour ses frais de mandataire. Le plaideur doit aussi payer son avocat, s'il choisit d'être représenté. Même s'il gagne le procès, ses frais de mandataire ne seront souvent pas entièrement couverts.

Référence. « Argante. Je veux plaider. Scapin. Mais, pour plaider, il vous faudra de l'argent : il vous en faudra pour l'exploit ; il vous en faudra pour le contrôle ; il vous en faudra pour la procuration, pour la présentation, conseils, productions, et journées du procureur ; il vous en faudra pour les consultations et plaidoiries des avocats, pour le droit de retirer le sac, et pour les grosses d'écritures ; il vous en faudra pour le rapport des substituts, pour les épices de conclusion, pour l'enregistrement du greffier, façon d'appointement, sentences et arrêts, contrôles, signatures et expéditions de leurs clerks, sans parler de tous les présents qu'il vous faudra faire » (MOLIERE, Les fourberies de Scapin).

Depuis MOLIERE, la justice est devenue un **service public**. Les plaideurs ne rémunèrent plus leur juge. Mais l'intégralité du budget de la justice civile n'est pas supportée par les contribuables. Une partie des frais est mise à la charge des parties au procès. Ainsi, la Confédération et les cantons prélèvent des émoluments et des débours auprès des plaideurs.

1. Les principes constitutionnels en matière de perception de frais

636. Toute contribution fiscale, qu'il s'agisse d'un impôt ou d'une taxe, est soumise au **principe de la légalité**, érigé en matière fiscale en droit constitutionnel indépendant (art. 127 al. 1 Cst). Ainsi, les principes généraux régissant le régime fiscal, notamment la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul, doivent être définis par la loi (ATF 143 I 227 consid. 4.2).

637. Si le CPC prévoit la perception de frais par le canton auprès des parties pour l'activité de ses tribunaux en matière civile (art. 95 CPC), il ne donne en revanche pas d'indication concernant le **mode de calcul**, qui relève des **cantons** (art. 96 CPC). Ceux-ci doivent-ils adopter une loi en la matière ou un règlement suffit-il ? Longtemps, la jurisprudence a retenu qu'une ordonnance suffisait dès l'instant où le principe de l'émolument était inscrit dans la loi (ATF 106 Ia 249 consid. 3b, JdT 1982 I 335 ; 120 Ia 171 consid. 5). En effet, dans le domaine des taxes causales, un assouplissement au principe de légalité est admis si la réglementation respecte les deux principes de couverture de frais et d'équivalence.

- En vertu du principe de la **couverture des frais**, l'ensemble des ressources provenant d'un émolument ne doit pas être supérieur à l'ensemble des dépenses de la collectivité pour l'activité administrative en cause (ATF 106 Ia 249 consid. 3a, JdT 1982 I 335 ; ATF 120 Ia 171 consid. 3 ; 139 III 334 consid. 3.2.3 ; 143 I 227 consid. 4.2.2).
- En vertu du principe de l'**équivalence**, l'émolument ne doit pas aboutir à une disproportion évidente avec la valeur objective de la prestation et doit se tenir dans des limites raisonnables. Les taux des émoluments doivent être fixés uniquement selon des critères objectifs et ne doivent pas créer des différences qui ne se justifieraient pas par des motifs raisonnables. En particulier, le montant de l'émolument ne doit pas empêcher ou rendre difficile à l'excès l'utilisation de certaines institutions (ATF 106 Ia 249 consid. 3a, JdT 1982 I 335 ; ATF 120 Ia 171 consid. 2a ; 139 III 334 consid. 3.2.4 ; 143 I 227 consid. 4.2.2).

638. Cependant, dans sa dernière jurisprudence (ATF 143 I 227 consid. 4.2.2.3-4.2.2.4), le Tribunal fédéral a modifié sa position et retient que cet assouplissement ne vaut que si ces principes permettent d'encadrer de manière suffisante la contribution en cause, ce qui suppose que la totalité des coûts de la prestation de l'Etat soit mis à la charge de ses bénéficiaires. Or tel n'est pas le cas en matière d'émolument judiciaire. Il faut une loi au sens formel, à tout le moins pour **imposer des limites** quant à la détermination des émoluments, limites qui prendront la forme d'un cadre ou d'un plafond, voire préciseront les bases de calcul des émoluments judiciaires en cause. Pour des raisons pratiques, le Tribunal fédéral ne remet cependant pas en cause une nouvelle réglementation qui reprend une approche durable et les montants qui avaient cours jusqu'à lors (ATF 143 I 227 consid. 4.5).

Exemple. Suite à cet arrêt, le Grand conseil neuchâtelois a adopté le 6 novembre 2019 une Loi fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (LTFrais ; RSN 164.1), et non plus un décret, non soumis au référendum facultatif. Il faut dire que le nouveau tarif, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020, augmente les frais de manière sensible.

2. Les frais judiciaires

a. Notion

639. Aux termes de l'art. 95 CPC, les frais judiciaires comprennent :

- a) l'émolument forfaitaire de conciliation ;
- b) l'émolument forfaitaire de décision ;
- c) les frais d'administration des preuves ;
- d) les frais de traduction ;
- e) les frais de représentation de l'enfant (art. 299 et 300 CPC).

640. Les **émoluments** représentent une contribution que le justiciable paie pour l'intervention de l'autorité.

641. Les frais d'administration de preuves, de traduction (qui comprennent les frais d'interprète, le cas échéant en langage des signes, TC VD, JdT 2019 III 109) et de représentation de l'enfant sont des **frais effectifs de tiers** engagés à l'occasion du procès.

642. Les frais judiciaires sont **fixés** par les **cantons** (art. 96 CPC),

Jurisprudence. Application arbitraire du **tarif zurichois** en retenant un émolument de CHF 12 000.– pour une décision de non-entrée en matière faute de paiement de l'avance de frais (valeur litigieuse : CHF 1,5 million, réduction du tarif de CHF 35 700.– à 1/3 insuffisante, d'autant plus que le non-paiement se justifiait par le non-octroi de l'assistance judiciaire ; cependant, un émolument peut bien être fixé et il peut tenir compte de la valeur litigieuse) (ATF 139 III 334).

TF [18.03.2020] 5A_779/2019, RSPC 2020 350. Les cantons peuvent prévoir un émolument plus élevé pour la **motivation écrite ultérieure** de la décision (*infra*, p. 398).

Exceptions. Sont réservées les dispositions du droit fédéral, p. ex. en matière de décisions judiciaires rendues dans une procédure sommaire en matière de poursuites (ATF 139 III 195, JdT 2014 II 360).

Projet de révision du CPC. Le projet codifie cette réserve dans un article 96, 2^e phr. du projet : « Les dispositions relatives aux émoluments adoptées en vertu de l'art. 16, al. 1, de la Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite sont réservées ».

b. L'avance des frais

643. Le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés (art. 98 CPC : Kann-Vorschrift). En principe, le tribunal demandera dès l'introduction de l'instance l'avance de l'**émolument** de conciliation et dès le dépôt de la demande au fond l'avance de l'émolument forfaitaire de décision.

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit que le tribunal ne puisse exiger du demandeur une avance qu'à hauteur de la moitié des frais judiciaires présumés (art. 98 al. 1 du projet), sous réserve d'exceptions (art. 98 al. 2 du projet), dans le but de faciliter l'accès à la justice. Cela signifie que l'Etat devra supporter l'indigence d'une partie à concurrence de la moitié des frais, risque qui devrait plutôt incomber au demandeur (BOHNET, Plaidoyer, p. 31-36).

644. Cependant, il n'existe pas de disposition expresse qui impose de ne pas progresser dans l'avancement du procès avant l'échéance du délai de paiement de l'avance de frais et un tel devoir ne résulte pas plus implicitement du Code. Certes, attendre le paiement est la règle, mais la décision appartient au juge qui décide avec une grande marge de manœuvre de la conduite du procès (ATF 140 III 159 consid. 4, JdT 2020 II 131).

645. Le paiement des avances d'émolument est une **condition de recevabilité** de la demande (art. 59 al. 2 let. f CPC). Faute de paiement de l'émolument, le tribunal, à l'échéance d'un délai supplémentaire, déclare la demande ou la requête irrecevable (art. 101 al. 3 CPC ; *infra*, p. 292). Cela signifie que le droit matériel n'est pas atteint par le prononcé. Le demandeur peut agir à nouveau sans que l'autorité de la chose jugée du premier prononcé lui soit opposée (ATF 140 III 159 consid. 4.2.2, JdT 2020 II 131 ; comp. sur le principe, ATF 104 Ia 105 consid. 4-5, JdT 1980 I 322).

646. En cas de requête d'**assistance judiciaire**, la décision fixant l'avance est **suspendue** jusqu'à droit connu sur la demande d'assistance judiciaire. Si cette demande est rejetée, le tribunal saisi doit prolonger le délai déjà imparti ou impartir un nouveau délai ; il n'est pas autorisé à prendre aussitôt une décision de refus d'entrer en matière (ATF 138 III 163 consid. 4). Il en va de même en cas de requête de **provisio ad litem** (ATF 138 III 672).

647. Chaque partie avance les **frais d'administration des preuves** qu'elle requiert (art. 102 al. 1 CPC). L'avance est répartie par moitié lorsque les parties requièrent les mêmes moyens de preuve (art. 102 al. 2 CPC). Si l'avance n'est pas fournie par une partie, elle peut l'être par l'autre partie, faute de quoi les preuves ne sont pas administrées. L'administration des preuves dans les affaires dans lesquelles le tribunal doit établir les faits d'office est réservée (art. 102 al. 3 CPC).

3. Les dépens

648. Les dépens visent à couvrir tout ou partie des frais, spécialement de représentation, du plaideur qui obtient gain de cause. Les dépens comprennent (art. 95 al. 3 CPC) :

- a) les débours nécessaires ;
- b) le défraiement d'un représentant professionnel ;
- c) lorsqu'une partie n'a pas de représentant professionnel, une indemnité équitable pour les démarches effectuées, dans les cas où cela se justifie.

Jurisprudence. Lors de la détermination des dépens, il ne faut en principe pas vérifier si la représentation professionnelle était **nécessaire** en tant que telle (ATF 144 III 164, RSPC 2018 232).

Le défendeur, auquel un délai a été fixé pour répondre et qui dépose **un projet de réponse** et une note d'honoraires une fois informé du retrait du recours par le demandeur en raison du montant de l'avance de frais qui lui a été demandée, a droit à des dépens (ATF 140 III 159 consid. 4, JdT 2020 II 131).

Une **action en dommages-intérêts** séparée ou ultérieure est exclue de manière générale pour tous les frais qui s'incorporent aux dépens d'un procès selon l'art. 95 al. 3 CPC. Un plaideur ne saurait pas plus obtenir par une action en dommages-intérêts les dépens que le juge du procès s'est abstenu d'allouer en application de l'art. 107 CPC (ATF 139 III 190, RSPC 2013 308).

Des dépens ne sont dus qu'en cas de **représentation admissible** selon le CPC ou la loi de procédure applicable (p. ex. LTF, voir TF [16.12.2014] 4A_209/2014, RSPC 2015 136).

649. Les honoraires de l'avocat sont fixés selon les principes applicables au **mandat**. A Neuchâtel, ils sont généralement compris entre CHF 265.– et CHF 300.– de l'heure, CHF 350.– à Lausanne (voir TF [12.06.2013] 4A_2/2013) et CHF 450.– à Genève (voir TF [10.06.2014] 6B_1026/2013).

650. Notons que selon l’art. 12 LLCA (*supra*, p. 125), qui fixe les **règles professionnelles** de l’avocat, l’avocat « [...] informe son client des modalités de facturation et le renseigne périodiquement ou à sa demande sur le montant des honoraires dus ». A défaut, il risque une sanction disciplinaire (art. 12 let. i LLCA ; TF [13.08.2004] 2A.18/2004).

651. L’art. 97 CPC prévoit que le **tribunal informe** la partie qui n’est pas assistée d’un avocat sur le montant probable des dépens et sur l’assistance judiciaire.

652. Sur les **conclusions** à prendre en matière de dépens, voir p. 187.

653. Contrairement à divers codes cantonaux, le CPC ne prévoit pas de mécanisme de **distraction** des dépens au profit de l’avocat qui lui conférerait le droit de poursuivre directement, en son propre nom et pour son propre compte, ladite créance. Le procédé était utile en cas d’insolvabilité du client ou lorsqu’une partie entendait compenser les dépens avec une créance qu’elle possédait contre l’autre partie. En revanche, l’avocat d’une partie au bénéfice de l’assistance judiciaire dispose d’un droit propre non seulement au droit subsidiaire à l’indemnité d’office, mais également à la créance en dépens elle-même (TF [04.02.2014] 5A_754/2013 consid. 5, RSPC 2014 229, qui reprend la doctrine majoritaire). Ce droit déduit de l’art. 122 al. 2 CPC lui est reconnu dans la mesure où les dépens remplacent son indemnisation par l’Etat.

Jurisprudence. Le droit fédéral ne réserve aux cantons que la fixation du tarif des frais. Sauf à violer le principe de la force dérogatoire du droit fédéral, le droit cantonal ne peut pas modifier la légitimation active de la créance de dépens par le biais de l’institution de la distraction des dépens, laquelle se heurte au surplus aux dispositions du droit fédéral sur la cession de créance (Cour des poursuites et faillites VD, JdT 2020 III 3).

B. La gratuité

654. **Exceptionnellement**, la procédure peut être **gratuite** (absence de frais judiciaires) ou ne **pas prévoir** l’allocation de **dépens** :

- le CPC impose la gratuité pour la procédure de conciliation pour les litiges portant sur des **baux à loyer** ou à ferme **d’habitations ou de**

locaux commerciaux ou des baux à ferme agricoles (art. 113 al. 2 let. c CPC) ;

- il en va de même, entre autres, pour la procédure de conciliation et pour la procédure au fond pour les litiges en matière de **Loi sur l'égalité** (art. 113 al. 2 let. a CPC), de même pour les litiges portant sur un **contrat de travail** lorsque la valeur litigieuse n'excède pas **CHF 30 000.–** (art. 113 al. 2 let. d CPC) ;
- les **cantons** peuvent prévoir des dispenses de frais plus larges (art. 116 al. 1 CPC ; p. ex. en matière de baux d'habitation à Neuchâtel et devant le tribunal des baux dans les cantons de Vaud et de Genève). Cette possibilité existe tant pour les frais judiciaires que pour les dépens (ATF 139 III 182 consid. 2) ;
- les frais judiciaires peuvent, même dans les procédures gratuites, être mis à la charge de la partie qui a procédé de façon **téméraire** ou de mauvaise foi (art. 115 CPC) ;
- le CPC exclut les **dépens** en procédure de conciliation (art. 113 al. 1 CPC).

Jurisprudence. L'art. 113 CPC s'oppose à l'allocation de dépens « en » procédure de conciliation, et non pas « pour » la procédure de conciliation. Le texte légal ne fait nullement obstacle à l'allocation de dépens pour cette phase procédurale dans un jugement au fond rendu par le juge ordinaire (ATF 141 III 20, RSPC 2015 230).

C. La répartition des frais judiciaires et des dépens

1. Le principe

655. Le juge se prononce sur les frais judiciaires **même à défaut de conclusions** des parties sur ce point (art. 105 CPC). En revanche, les dépens ne sont accordés qu'en cas de conclusions en ce sens (ATF 139 III 334 consid. 4.3). Les parties peuvent produire une **note de frais** (art. 105 al. 2 CPC).

Jurisprudence. En cas de **recours** contre le prononcé sur frais judiciaires et dépens, les conclusions doivent être **chiffrées** (ATF 143 III 111 consid. 1.2 ; TF [25.02.2014] 4A_89/2014, RSPC 2014 228).

Lorsque le mandataire dépose une **note de frais**, le tribunal doit, pour respecter le **droit d'être entendu**, exposer brièvement les motifs pour lesquels il tient

certaines prétentions pour injustifiées, afin que l'intéressé puisse attaquer la décision à bon escient (TF [26.05.2014] 5D_28/2014 consid. 2.2, et les réf.).

656. La charge définitive des frais payés à l'Etat est déterminée par le tribunal à l'issue du procès (art. 104 al. 1 CPC). La règle générale est fixée à l'art. 106 CPC : les frais sont mis à la charge de la **partie ayant succombé**. Il est en effet présumé que c'est elle qui les a occasionnés (ATF 145 III 143 consid. 3.3.1)

Jurisprudence. En cas d'admission d'un recours pour retard injustifié au sens de l'art. 319 let. c CPC, le canton doit supporter des dépens en application de l'art. 106 al. 1 CPC, à moins que, conformément à l'art. 116 CPC, le droit cantonal ne l'en ait exonéré (ATF 139 III 471 consid. 3, RSPC 2014 113).

657. Le demandeur succombe lorsque le tribunal n'**entre pas en matière** et en cas de **désistement** (d'instance ou d'action, TF [11.03.2013] 4A_602/2012, SJ 2013 I 501, RSPC 2014 305). En cas d'**acquiescement**, c'est le défendeur.

Jurisprudence. La partie demanderesse qui, en raison d'un vice de forme (en l'occurrence l'absence de tentative préalable de conciliation) décide de **retirer son action**, doit supporter les frais de la cause, y compris une pleine indemnité aux défendeurs à titre de dépens. Dans le calcul de ces derniers, il est admissible de tenir compte de la valeur litigieuse (TF [11.03.2013] 4A_602/2012, SJ 2013 I 501, RSPC 2014 305 : conclusions à hauteur de CHF 5 000 000.– à titre solidaire ; dépens fixés suite à appel à CHF 8800.–, admis par le TF). En cas de **retrait de la demande en divorce**, la règle de l'art. 106 al. 1 CPC, qui mentionne expressément l'hypothèse du désistement, s'applique en principe, compte tenu du fait que l'art. 107 CPC est une « *Kannvorschrift* » (ATF 139 III 358).

658. C'est en principe les **conclusions des parties**, comparées au dispositif du jugement, globalement, sur la recevabilité et le fond, qui déterminent la mesure de la succombance et donc la répartition des frais judiciaires (et dépens), sans qu'il y ait lieu de prendre en compte les arguments ou moyens particuliers des parties, ceux-ci pouvant toutefois justifier un ajustement (TF [28.07.2017] 5A_924/2016 consid. 6.2 ; TF [10.10.2005] 5P.270/2005 consid. 3, RSPC 2006 177).

659. Lorsqu'aucune des parties n'obtient **entièrement gain de cause**, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106 al. 2 CPC). Le juge peut ainsi tenir compte de l'importance de chaque conclusion et du fait qu'une partie a obtenu gain de cause sur une question de principe (TF [05.07.2019] 5A_140/2019 consid. 5.1.1).

Jurisprudence. Si la demande est entièrement rejetée et que le tribunal n'entre pas en matière sur la conclusion reconventionnelle visant à faire constater l'inexistence de la même créance, cette conclusion est simplement inexistante car redondante, si bien qu'il est juste que le demandeur ait les frais entièrement à sa charge (TF [30.07.2013] 4A_80/2013 consid. 6.4, RSPC 2014 20, avec note TAPPY).

660. Si **plusieurs personnes participent au procès** en tant que parties principales ou accessoires, le tribunal détermine la part de chacune aux frais du procès et il a la faculté de les tenir pour solidairement responsables (art. 106 al. 3 CPC).

Jurisprudence. Si les prétentions des consorts sont jugées de manière différente, ceux-là ne peuvent simplement être condamnés solidairement aux frais (TF [12.04.2018] 4A_444/2017 consid. 6.3).

Projet de révision du CPC. L'art. 106 al. 3 du projet précise que la répartition intervient en fonction de la participation au procès. La solidarité n'est admise qu'en cas de consorité nécessaire.

2. Les exceptions

661. Les art. 107 à 109 CPC prévoient les **exceptions** nécessaires à la règle. L'art. 107 al. 1 CPC permet au juge de s'écarter des règles générales et de répartir les frais selon sa **libre appréciation** dans les cas suivants :

- a) le demandeur obtient gain de cause sur le principe de ses conclusions mais non sur leur montant, celui-ci étant tributaire de l'appréciation du tribunal ou difficile à chiffrer ;
- b) une partie a intenté le procès de bonne foi ;
- c) le litige relève du droit de la famille ;
- d) le litige relève d'un partenariat enregistré ;
- e) la procédure est devenue sans objet et la loi n'en dispose pas autrement ;
- f) des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable.

Jurisprudence. Il est arbitraire de mettre les frais de justice par moitié à charge des parties, sans motivation, alors qu'il ressort par ailleurs de la motivation du jugement attaqué qu'une partie avait, de bonne foi, des **raisons solides d'agir** en justice, même sans succès (sous l'empire du droit zurichois, mais citant l'art. 107 al. 1 let. b CPC) (TF [23.05.2011] 4A_166/2011, RSPC 2011 471).

La préparation du procès

Le comportement d'une partie qui incite l'autre à agir en justice peut justifier une dérogation au critère de la succombance pour la répartition des frais judiciaires et dépens (TF [03.10.2007] 5D_43/2007, RSPC 2008 551).

Le Tribunal peut prendre en compte le fait qu'une partie est à l'origine de la **perte d'objet du procès**. Il peut aussi tenir compte du résultat probable de la cause en se référant à une autre procédure devant elle (TF [26.10.2012] 5D_126/2012, RSPC 2013 111, avec note DROESE).

La répartition des frais en équité ne peut être faite qu'entre les parties à la procédure. En revanche, les frais peuvent être mis à la **charge d'un tiers** lorsque celui-ci les a engendrés, à tout le moins lorsque son comportement est reprochable. Cela vaut également lorsqu'il est à l'origine d'une **procédure inutile** (ATF 141 III 426 consid. 2.3, 2.4).

Une répartition en équité qui s'avère appropriée en première instance peut être niée pour les **frais de l'appel**, puisque les parties ont déjà obtenu une première réponse quant à leurs droits (ATF 143 III 261, SJ 2017 I 417).

662. L'art. 107 al. 2 CPC prévoit que les frais judiciaires qui ne sont pas imputables aux parties ni aux tiers peuvent être mis à la charge du **canton** si l'équité l'exige.

Jurisprudence. Si l'autorité de recours admet le recours contre le refus de l'assistance judiciaire et octroie l'assistance judiciaire pour la procédure devant elle, l'avocat désigné avocat d'office a droit à une pleine indemnité, de manière à replacer le requérant dans la situation qui serait la sienne si l'assistance avait été accordée en première instance (ATF 140 III 501, RSPC 2015 25).

663. Quant aux **frais causés inutilement**, ils sont mis à la charge de la personne qui les a engendrés (art. 108 CPC). Tel serait le cas des frais de tenue d'une audience devant être répétée en raison de l'absence d'une partie.

Jurisprudence. En matière de juridiction gracieuse, le recourant a droit à des dépens à charge de l'Etat lorsque, suite à une fausse application de la loi, l'instance de recours statue en sa faveur dans une procédure gracieuse (ATF 142 III 110, RSPC 2016 115).

3. La transaction

664. En cas de transaction judiciaire (*infra* p. 403), les règles suivantes s'appliquent (art. 109 CPC) :

- le juge alloue les frais conformément à l'accord des parties (al. 1) ;
- à défaut, le juge applique les principes généraux (al. 2) (art. 106-108 CPC) ;
- si la transaction défavorise de manière unilatérale la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire, le juge applique les principes généraux (al. 2).

4. Le règlement des frais

665. Le règlement des frais est fixé par l'art. 111 CPC : les frais judiciaires sont compensés avec les avances fournies par les parties. La personne à qui incombe la charge des frais verse le montant restant (al. 1). La partie à qui incombe la charge des frais restitue à l'autre partie les avances que celle-ci a fournies et lui verse les dépens qui lui ont été alloués (al. 2).

Projet de révision du CPC. Le projet confirme cette règle lorsque la partie doit avancer la totalité des frais judiciaires (art. 111 al. 1 du projet *cum* art. 98 al. 2 du projet). Lorsque celle-ci n'a dû avancer que la moitié des frais et qu'elle est victorieuse, son avance lui est restituée par l'Etat (art. 111 al. 1 du projet *cum* art. 98 al. 1 du projet). Le montant non couvert par les avances est versé par la partie qui supporte la charge des frais (art. 111 al. 1 du projet). La partie qui supporte la charge des frais verse à l'autre partie les dépens qui lui ont été alloués et les avances que celle-ci a faites et qui ne lui ont pas été restituées (art. 111 al. 2 du projet).

666. Le tribunal peut accorder un **sursis** ou, lorsque la partie est durablement dépourvue de moyens, **renoncer aux créances** en frais judiciaires (art. 112 al. 1 CPC). Ces créances se **prescrivent** par dix ans à compter de la fin du procès (al. 2) ; l'intérêt moratoire est de 5 % (al. 3).

5. Le recours

667. Le recours est ouvert contre les prononcés sur frais (art. 110 CPC). L'exigence de **conclusions chiffrées** (*infra*, p. 324) au recours contre la décision sur les frais, sous peine d'irrecevabilité, ne constitue pas un formalisme excessif (TF [26.20.2011] 4D_61/2011 consid. 2.3, RSPC 2012 92).

668. Dans la mesure où la décision sur la **répartition des frais** relève du **pouvoir d'appréciation** du juge (art. 4 CC), l'examen de l'instance cantonale

supérieure est limité à l'abus dudit pouvoir (critères dénués de pertinence ; omission d'éléments essentiels ; résultat manifestement inéquitable ou heurtant de manière choquante le sentiment de la justice (TF [05.07.2019] 5A_140/2019 consid. 5.1.3).

Controverse. Est-ce le recours ou l'appel qui est ouvert en cas de contestation de la décision au fond se prononçant sur les frais ? A notre sens, l'ensemble des moyens d'une partie doit pouvoir être réuni dans l'appel lorsque cette voie est ouverte contre le prononcé au fond (détaillé : CR CPC-TAPPY, art. 110 N 3 ss).

D. Les sûretés

1. Le but

669. La fourniture de sûretés (*cautio judicatum solvi*) vise à assurer la partie qui n'a pas pris l'initiative du procès du paiement des dépens en cas de perte du procès par la partie demanderesse, lorsque des circonstances particulières font craindre pour leur paiement.

2. Les conditions

670. L'art. 99 al. 1 CPC prévoit l'octroi de sûretés lorsque le **demandeur** :

- n'a pas de **domicile** (au sens de l'art. 23 CC, l'art. 24 CC étant exclu, TF [16.11.2012] 5A_733/2012, RSPC 2012 114) ou de siège en Suisse (let. a) ;
- paraît **insolvable**, notamment en raison d'une mise en faillite, d'une procédure concordataire en cours ou de la délivrance d'actes de défaut de biens (let. b) ;
- est **débiteur de frais** d'une procédure antérieure (let. c), par quoi il faut entendre que les frais ou dépens d'une procédure close (TF [06.02.2017] 5A_506/2016, RSPC 2017 336) n'ont pas été

versés au moment de la décision sur requête de sûretés (TF [07.07.2017] 5A_916/2016) ;

- ou si d'autres raisons font apparaître un risque considérable que les **dépens** ne soient pas versés (let. d).

671. Les demandeurs **consorts nécessaires** ne sont tenus de fournir des sûretés que si l'une des conditions qui précède est réalisée pour chacun d'eux (art. 99 al. 2 CPC).

672. Le Code ne prévoit pas l'octroi de sûretés pour les **frais judiciaires**, même lorsque ceux-ci doivent être avancés par le défendeur (pour une expertise p. ex. ; art. 95 al. 2 let. c, 102 al. 1 CPC).

3. La procédure

673. Les sûretés sont accordées sur **requête** (formulée par écrit ou oralement à l'audience), et non d'office. Les conclusions n'ont **pas à être chiffrées**. Cas échéant, le tribunal fixe leur montant selon son appréciation en prenant en considération l'activité rendue nécessaire justifiant l'octroi de dépens éventuels (ATF 140 III 444 consid. 3.2).

674. La requête peut être formulée par le **défendeur** ou l'**intimé** à un recours (TF [05.09.2013] 4A_26/2013 consid. 2.2, RSPC 2014 30).

Controverses. On peut aussi s'interroger sur le **moment** de la requête. Le défendeur doit-il en faire la demande avant qu'il ne déploie l'activité pour laquelle il aura droit à des dépens (devant le TF : TF [03.04.2002] 4P.282/2002 consid. 1a non reproduit *in* ATF 128 III 191 ; ATF 118 II 87 consid. 2 ; 79 II 295 consid. 3) ? La doctrine répond plutôt négativement (CR CPC-TAPPY, art. 99 N 14 ; BK ZPO-STERCHI, art. 99 N 5). Il faut en tout cas réserver un éventuel abus de droit (art. 52 CPC) à les réclamer en cours de procédure. En tous les cas, elles ne peuvent être exigées au stade de l'appel pour les dépens de première instance (TF [05.09.2013] 4A_26/2013 consid. 2.3, RSPC 2014 30). A tout le moins, si la partie qui obtient totalement ou partiellement gain de cause en première instance veut être sûr de bénéficier de sûretés avant de rédiger sa réponse, elle doit anticiper un éventuel recours de son adversaire et adresser sa requête en fourniture de sûretés à l'autorité supérieure dans le délai de recours, qui reportera la notification de l'appel faisant partir le délai de réponse (ATF 141 III 554 consid. 2.5.3).

Est aussi ouverte la question des **sûretés** à fournir par le demandeur reconventionnel. Il faut les admettre, le demandeur reconventionnel ayant une position identique à celle du demandeur (CR CPC-TAPPY, art. 99 N 7 ; SHK ZPO-KUSTER, art. 99 N 2).

4. Les effets

675. Si le juge accorde des sûretés, leur versement conditionne la **recevabilité** de la demande (art. 59 al. 2 let. f CPC). Le juge impartit un **délai** pour le versement (art. 101 al. 1 CPC). Faute de paiement à l'échéance d'un délai supplémentaire, la demande est déclarée irrecevable (art. 101 al. 3 CPC).

Jurisprudence. L'art. 100 al. 1 CPC énumère de façon exhaustive les manières possibles de fournir des sûretés. En particulier, une créance envers la partie défenderesse, à l'encaissement de laquelle la demanderesse renoncerait en cas de perte du procès, ne saurait constituer une telle sûreté (ATF 141 III 155 consid. 4).

676. Des **mesures provisionnelles** peuvent cependant être ordonnées avant la fourniture des sûretés (art. 101 al. 2 CPC).

677. Les sûretés peuvent être fournies par le demandeur en **espèces** ou sous forme de **garantie** d'une banque établie en Suisse ou d'une société d'assurances autorisée à exercer en Suisse (art. 100 al. 1 CPC).

5. Les modifications

678. Les sûretés peuvent être **augmentées** (p. ex. en cas de modification des conclusions ou du tarif des frais), **réduites** (p. ex. en cas de réduction de la demande) ou **supprimées** (p. ex. en cas de prise de domicile en Suisse) par le tribunal (art. 100 al. 2 CPC).

6. Les exclusions

679. Les sûretés, lorsqu'elles ne résultent que du domicile à l'étranger, sont exclues par divers **traités internationaux**.

Exemples. Convention relative à la procédure civile conclue à la Haye le 1^{er} mars 1954, entrée en vigueur pour la Suisse 5 juillet 1957 (RS 0.274.12), art. 17-19 ; Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice, entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1995 (RS 0.274.133), art. 14-17. Il n'y a pas d'exclusion pour les **Etats-Unis** (ATF 121 I 108, JdT 1996 I 86) et la **Grande-Bretagne** (sauf s'il existe des biens en Suisse, art. 3 de la Convention entre la Suisse et la Grande-Bretagne en matière de procédure civile du 3 décembre 1937 [RS 0.274.183.671]).

680. L'art. 99 CPC exclut les sûretés :

- dans la procédure simplifiée, à l'exception des affaires patrimoniales visées à l'art. 243 al. 1 CPC ;
- dans la procédure de divorce ;
- dans la procédure sommaire, à l'exception de la procédure applicable dans les cas clairs.

E. L'assistance judiciaire

1. La garantie constitutionnelle

681. Aux termes de l'art. 29 al. 3 Cst., « Toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert ».

682. Le droit à l'assistance judiciaire pour les procès civils avait été déduit très tôt de l'art. 4 aCst. (voir déjà ATF XIII 251), en vertu du principe de l'**égalité de traitement** et de la **prohibition du déni de justice**. La jurisprudence a peu à peu élargi le droit à l'assistance judiciaire à l'ensemble des procédures (pénale, administrative, du droit des poursuites, contentieuses ou gracieuses) pour finalement retenir le principe suivant : « Le droit constitutionnel à l'assistance judiciaire ne dépend ni de la nature juridique ou du fondement de la décision, ni de celle de la procédure en question. L'assistance judiciaire peut être accordée pour toutes les procédures officielles dans lesquelles le requérant est engagé ou qu'il va engager pour protéger ses droits » (ATF 119 Ia 264, JdT 1994 I 603). Ainsi, le droit fédéral garantit également, à certaines conditions, l'assistance judiciaire pour la procédure de conciliation devant les autorités de conciliation en matière de baux immobiliers (TF [19.05.1995] 4P.316/1994, RSJ 1995 338 ; OGer ZH 30.11.2011, mietrecht praxis 1/12 60).

683. Les conditions de l'assistance judiciaire devant le Tribunal fédéral sont fixées à l'art. 64 LTF, repris de l'art. 152 OJ. La jurisprudence du Tribunal fédéral sur la garantie constitutionnelle s'est inspirée des principes déduits de cette disposition (voir ATF 115 Ia 325 consid. 3a, JdT 1992 I 671 ; 121 I 314).

2. Le CPC

684. L'assistance judiciaire pour les procédures civiles devant les autorités cantonales est désormais garantie par le CPC. Il se calque, comme la plupart des législations cantonales avant lui, sur les principes tirés de l'art. 4 aCst. en matière d'assistance judiciaire (art. 117 ss CPC). Les détails sont réglés dans la **législation cantonale**, dans des lois sur l'assistance judiciaire.

a. Les conditions de l'assistance

i. *L'indigence*

685. L'assistance judiciaire doit permettre l'accès à la justice aux **personnes indigentes** (art. 117 let. a CPC), à savoir celles dont les revenus ou la fortune ne permettent pas d'assumer les frais nécessaires à la défense de leur cause, sans avoir recours à des moyens qui leur sont nécessaires pour subvenir à leurs besoins élémentaires et à ceux de leur famille (ATF 128 I 225 consid. 2.5.1, JdT 2006 IV 47 ; 127 I 202 consid. 3b). L'assistance judiciaire est subsidiaire aux devoirs découlant du droit de la famille, en particulier à la possibilité pour un conjoint d'obtenir une **provisio ad litem** (ATF 127 I 202 consid. 3b ; 119 Ia 11 consid. 3a ; 85 I 1 consid. 3). Le concubin n'a pas d'obligation de soutenir une partie pour le paiement d'une avance de frais (ATF 142 III 36, JdT 2016 II 444).

686. L'autorité peut partir du **minimum vital du droit des poursuites** selon les directives de la Conférence des préposé-e-s aux poursuites et faillites (qui comprend un montant de base [pour la nourriture, les vêtements, le téléphone, etc.], ainsi que le loyer effectif du logement, les primes d'assurances maladie et accident, les frais d'acquisition du revenu et, entre autres, les frais de garde), mais elle évitera de procéder de manière trop schématique, pour tenir compte de manière suffisante de toutes les données individuelles (ATF 120 Ia 179 ; 108 Ia 108, JdT 1983 I 610 ; 106 Ia 82, SJ 1981 240).

687. L'assistance judiciaire est accordée si le disponible du requérant ne lui permet pas d'amortir les frais judiciaires et d'avocat en **une année** pour les procès relativement simples et en **deux ans** pour les autres (5P.441/2005, RSPC 2006 184 ; 5P.492/2006, RSPC 2007 280).

688. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, à laquelle le Message CPC, p. 6912, renvoie, l'assistance judiciaire n'est en principe pas accordée aux

personnes morales, puisque celles-ci peuvent tout au plus se trouver dans une situation de surendettement qui les expose le cas échéant à une déclaration de faillite. La seule exception admise à ce jour est le cas d'une société dont le seul actif fait l'objet du procès, à la condition que tous les intéressés soient sans moyens financiers. Par « intéressée », on comprend toute personne dont les intérêts financiers sont en jeu, sont donc visés les organes et actionnaires, mais aussi les créanciers, etc. (ATF 131 II 306 consid. 5.2.2 ; 124 I 241 consid. 4d ; 119 Ia 337, SJ 1994 221 ; 116 II 651, JT 1991 I 381 ; TC VD, JdT 2013 III 47).

ii. Les chances de succès

689. D'après l'art. 117 let. b CPC, l'octroi de l'assistance exige également que la cause n'apparaisse **pas d'emblée dénuée de toute chance de succès**. Le Tribunal fédéral applique la jurisprudence développée sur la base de l'art. 29 al. 3 Cst. (ATF 138 III 217). Le procès est dépourvu de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre et qu'elles ne peuvent guère être considérées comme sérieuses de sorte qu'une **personne raisonnable** et de condition aisée **renoncerait à s'y engager** en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter. Une demande ne doit pas être considérée comme dépourvue de toute chance de succès lorsque les **perspectives de gain** et les risques d'échec s'équilibrent à peu près, ou lorsque les premières sont seulement **un peu plus faibles** que les seconds (ATF 133 III 614 consid. 5 ; 129 I 129 ; 128 I 225 consid. 2.5.3).

Jurisprudence. Si la **valeur litigieuse** ne constitue pas un critère permettant de juger les perspectives de succès d'un recours, le Tribunal fédéral retient qu'elle influence indirectement la décision du plaideur amené à décider s'il introduit action : une personne raisonnable, qui dispose de ressources financières suffisantes, ne se lancera pas dans une procédure lorsqu'elle sait que le montant en jeu (en l'occurrence CHF 1000.– en matière de droit de la famille) ne lui permettra peut-être pas de couvrir les coûts que celle-ci est susceptible d'entraîner (TF [11.09.2012] 5D_76/2012, SJ 2013 I 177).

L'absence de chances de succès peut résulter des **faits** ou du **droit**. L'assistance sera refusée s'il apparaît d'emblée que les faits pertinents allégués sont invraisemblables ou ne pourront pas être prouvés. Cette hypothèse est réalisée lorsque la thèse du requérant ne tient pas debout ; l'assistance peut aussi être refusée s'il apparaît d'emblée que la démarche est irrecevable ou que la position du requérant est juridiquement infondée ; sur le fond, on peut imaginer l'hypothèse où les faits allégués ne correspondent pas aux conditions de l'action (TF [01.12.2008] 4A_454/2008, RSPC 2009 171).

Au stade de la **conciliation**, c'est l'absence de chances de succès des conclusions au fond qui est déterminante dans l'examen de l'octroi de l'assistance judiciaire et non celle des chances de transaction, qui du reste peuvent également exister dans une procédure au fond dénuée de chances de succès (TF [22.11.2017] 4D_67/2017, RSPC 2018 108).

En instance de **recours**, l'examen consiste en un pronostic quant au sort du recours (TF [31.07.2009] 5A_417/2009, RSPC 2010 55).

L'examen des chances de succès se fait de manière indépendante du rôle du requérant dans le procès. Au stade du recours, l'intimé a en principe des chances de succès, vu qu'il a gagné en première instance. Il convient de réserver l'hypothèse d'une grave erreur de procédure rendant manifeste le bien-fondé du recours. Tel est le cas d'une violation du droit d'être entendu du recourant qui n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur une requête d'assistance judiciaire de la partie adverse alors qu'il avait requis des sûretés (art. 119 al. 3 ch. 3 CPC) (ATF 139 III 475, RSPC 2014 26).

Lorsqu'il n'y a qu'un seul chef de conclusions (rejet total des prétentions du demandeur), l'assistance judiciaire en raison des chances de succès ne peut en principe pas être partielle. Si la partie indigente maintient sa prétention exagérée ou persiste à s'opposer de manière excessive, l'assistance judiciaire peut être entièrement refusée, bien que le requérant dispose de chances de succès pour un faible pourcentage de ses conclusions (ATF 142 III 138 consid. 5).

690. Dans la mesure où elle vise à garantir l'accès à la justice, l'assistance judiciaire ne se justifie pas dans une procédure de **preuve à futur** visant à déterminer les chances de succès du procès, puisque cet examen se fait au moment du prononcé sur l'octroi de l'assistance judiciaire (art. 158 let. c CPC ; ATF 140 III 12 ; *infra*, p. 416).

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit que l'assistance judiciaire peut aussi être accordée pour l'administration d'une preuve à futur (art. 118 al. 2 2^e phr. du projet).

b. La procédure d'octroi et de retrait

691. L'assistance judiciaire est accordée sur **requête** et non pas d'office. Cependant le tribunal doit **informer** la partie qui n'est pas assistée d'un avocat sur l'assistance judiciaire (art. 97 CPC).

692. Le **juge saisi de la cause** ou que le requérant entend saisir est en principe compétent. Par exemple, à Neuchâtel, les requêtes d'assistance judiciaire sont instruites et tranchées par le président du Tribunal d'instance ou le juge

chargé de l'administration des preuves lorsqu'elles sont adressées à une section du Tribunal d'instance siégeant en collège ou à une cour du Tribunal cantonal (art. 6 LAJ NE).

Jurisprudence. Les règles cantonales d'organisation judiciaire peuvent valablement attribuer cette compétence à un autre tribunal, pour autant que cela ne se fasse pas au détriment des plaideurs (TF [02.03.2017] 5A_710/2016 consid. 4.2 ; TF [18.01.2013] 4A_541/2012, SJ 2013 I 499).

Controverse. L'assistance judiciaire est-elle ou peut-elle être accordée en même temps pour la procédure préalable de conciliation et la première instance ? Une partie de la doctrine (DANIEL WUFFLI, *Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Zurich/St. Gall 2015, N 619 ; CLAUDE SCHRANK, *Das Schlichtungsverfahren nach der Schweizerischen ZPO*, Bâle 2015, N 311) considère que l'autorité de conciliation ne peut l'accorder que pour la procédure devant elle. Un autre courant (CR CPC-TAPPY, art. 118 N 23 ; DIKE ZPO-HUBER, art. 118 N 13 ; BK ZPO-BÜHLER, art. 119 N 133) retient que l'octroi se fait ou peut se faire pour la conciliation préalable et la procédure au fond, car le CPC ne prévoit de procédure spécifique que pour l'instance de recours. On peut ajouter que l'examen des chances de succès est le même (TF [22.11.2017] 4D_67/2017, RSPC 2018 108) et que la nécessité d'un avocat d'office ne diffère pas si l'on accorde une place sérieuse au préalable de conciliation. Le Tribunal fédéral semble avoir tranché dans ce sens en rappelant que l'art. 119 al. 1 CPC permet de requérir l'assistance judiciaire avant litispendance également pour les prestations qui suivent l'introduction de l'instance (TF [19.01.2021] 4A_492/2020, RSPC 2021 313 avec note de ECKLIN).

693. La procédure **sommaire** (art. 248 ss CPC) s'applique (art. 119 al. 3 CPC).

694. Si la **maxime inquisitoire** vaut en première instance (TF [27.09.2011] 5A_405/2011 consid. 4.5.3), il revient cependant au requérant de justifier de sa situation de fortune et de ses revenus et d'exposer l'affaire et les moyens de preuve qu'il entend invoquer, en particulier lorsque la requête est déposée avant la demande. Il peut indiquer dans sa requête le nom du conseil juridique qu'il souhaite (art. 119 al. 2 CPC). L'examen se fait sur la base de la situation au moment de la requête (ATF 138 III 217 consid. 2.2.3 ; 133 III 614 consid. 5).

Jurisprudence. On peut exiger du requérant qui exerce une **activité lucrative indépendante** qu'il fournisse spontanément, en sus des indications habituelles, les comptes des années précédentes et ses états financiers actuels si nécessaire et qu'il démontre ainsi sa situation financière réelle (TF [23.08.2006] 5P.246/2006, RSPC 2007 47).

Lorsque l'**indigence** est **manifeste**, il est excessivement formaliste d'exiger le dépôt de documents et d'attestations (TF [05.04.2007] 5A_72/2007, RSPC 2007 382).

695. La **partie adverse** peut être entendue, mais elle n'a pas la qualité de partie dans la procédure d'octroi, si bien qu'il ne peut pas lui être alloué de dépens (ATF 139 III 334). Elle doit être entendue si l'assistance judiciaire porte sur la fourniture des **sûretés** en garantie du paiement des dépens. Cela s'explique par le fait que l'octroi de l'assistance judiciaire fera échec à cette requête en vertu de l'art. 118 al. 1 let. a CPC. Cette règle s'applique, à tout le moins par analogie, également en deuxième instance (TF [13.03.2014] 4A_585/2013, RSPC 2014 357).

696. La requête peut être présentée **avant** ou **pendant** la litispendance (art. 119 al. 1 CPC). En principe cependant, elle n'a **pas d'effet rétroactif**, sauf situation le justifiant (art. 119 al. 4 CPC ; TF [18.01.2013] 4A_541/2012 consid. 8, SJ 2013 I 499).

697. Elle peut être introduite jusqu'à l'échéance du délai ou du délai supplémentaire disponible pour le versement de l'**avance de frais**. Dans ce cas, la décision fixant l'avance est **suspendue** jusqu'à droit connu sur la demande d'assistance judiciaire. Si cette demande est rejetée, le tribunal saisi doit prolonger le délai déjà imparti ou impartir un nouveau délai ; il n'est pas autorisé à prendre aussitôt une décision de refus d'entrer en matière (ATF 138 III 163 consid. 4). La décision sur l'octroi ou le refus de l'assistance judiciaire peut être rendue avec le prononcé au fond, si au moment où la requête est formulée, les parties n'ont plus de nouvelles démarches à effectuer dans la cause (TF [22.06.2016] 5D_98/2016 consid. 4, RSPC 2016 501 ; TF [20.03.2017] 4A_602/2016 consid. 5-6).

698. L'assistance judiciaire doit faire l'objet d'une nouvelle requête pour la **procédure de recours** (art. 119 al. 5 CPC).

Controverse. Le fait de devoir déposer un recours avant que l'autorité saisie ne se prononce sur la requête d'assistance judiciaire ne paraît pas conforme à l'art. 6 § 1 CEDH. En effet, le requérant peut avoir des difficultés à trouver un mandataire prêt à rédiger un recours sans savoir si l'assistance va être accordée au vu des chances de succès de l'acte (pour des développements, avec des références à la jurisprudence de la CourEDH, voir VALENTIN RETORNAZ, Le formalisme excessif en procédure civile, Neuchâtel et Bâle 2014, N 921 ss).

699. Il n'est pas perçu de **frais judiciaires** pour la procédure d'assistance judiciaire, sauf en cas de mauvaise foi ou de comportement téméraire

(art. 119 al. 6 CPC). En cas de **recours** contre un refus, des frais sont en revanche perçus (ATF 137 III 470).

700. Le tribunal **retire** l'assistance judiciaire lorsque les conditions d'octroi ne sont plus remplies ou qu'il s'avère qu'elles ne l'ont jamais été (art. 120 CPC). Le droit d'être entendu du bénéficiaire (art. 53 al. 1 CPC) doit être respecté.

Jurisprudence. La décision d'octroi de l'assistance judiciaire n'est assortie que d'une force de chose jugée très limitée : il s'agit d'une ordonnance d'instruction, qui n'entre en force de chose jugée que formelle, et non matérielle (ATF 141 I 241 consid. 3, 4 ; TF [20.03.2018] 5A_886/2017 consid. 3.3.2, RSPC 2018 281).

c. Les effets de l'assistance

701. L'assistance judiciaire **dispense** le bénéficiaire d'avoir à avancer et à prendre en charge les **frais judiciaires** et à fournir des **sûretés** (art. 118 al. 1 let. a et b CPC).

702. En revanche, l'assistance judiciaire ne dispense pas du versement des **dépens** à la partie adverse (art. 118 al. 3 CPC).

703. Elle implique, en cas de nécessité, la commission d'office d'un **conseil juridique** (art. 118 al. 1 let. c CPC, par quoi on entend un avocat). En vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 130 I 180 consid. 2.2), la nécessité de désigner un avocat d'office dépend en particulier de la **difficulté de la cause** pour l'intéressé, de la **portée du jugement** ou de la décision à rendre ainsi que de la **représentation** de la partie adverse par un avocat (ce dernier critère est expressément mentionné à l'art. 118 al. 1 let. c CPC).

704. L'assistance d'un conseil juridique peut déjà être accordée pour la **préparation** du procès (art. 118 al. 1 let. c CPC).

705. L'avocat d'office, même s'il exerce une tâche d'intérêt public, n'est pas un agent public. L'art. 49 Cst. interdit donc au droit cantonal de déroger au droit privé fédéral en excluant la **responsabilité civile** personnelle de l'avocat d'office (ATF 143 III 10, RSPC 2017 135).

706. L'assistance judiciaire peut être accordée **totale**ment ou **partiellement**. Cela signifie qu'elle peut porter sur les frais et non sur la commission d'un conseil juridique, sur une partie seulement des frais (Message CPC, p. 6013),

ou encore que sur la partie de la demande non dénuée de chances de succès (Message CPC, p. 6013 ; ATF 139 III 396).

Jurisprudence. Lorsque plusieurs conclusions autonomes, qui peuvent être jugées indépendamment l'une de l'autre, sont prises dans le recours, la partie indigente peut aussi se voir octroyer l'assistance judiciaire que partiellement en lien avec les conclusions qui ne paraissent pas vouées à l'échec pour la procédure de recours devant le Tribunal fédéral. En l'occurrence ne paraissait pas vouée à l'échec la conclusion visant à refuser des dépens à la partie adverse dans la procédure d'octroi de l'assistance judiciaire (ATF 139 III 396).

Il est admissible d'exonérer la partie partiellement indigente d'avances et de sûretés au sens de l'art. 118 al. 1 let. a CPC, mais également de lui refuser la désignation d'un avocat d'office. En revanche, il est inadmissible d'octroyer entièrement à la partie partiellement indigente l'assistance judiciaire quant aux sûretés en garantie des dépens de la partie adverse (art. 99 CPC), tout en lui imposant le versement d'une avance pour les frais de procès (ATF 141 III 369).

d. Le règlement des frais

707. L'art. 122 CPC traite du règlement des frais, en distinguant le cas où le bénéficiaire succombe de celui où il obtient gain de cause.

708. Si le bénéficiaire **succombe**, il est procédé comme suit (al. 1) :

- a) le conseil juridique commis d'office est rémunéré équitablement par le canton ;
- b) les frais judiciaires sont à la charge du canton ;
- c) les avances que la partie adverse a fournies lui sont restituées ;
- d) la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire verse les dépens à la partie adverse.

709. Si le bénéficiaire **obtient gain de cause**, les règles suivantes s'appliquent (al. 2) :

- le conseil juridique commis d'office est rémunéré équitablement par le canton si les dépens ne peuvent être obtenus de la partie adverse ou qu'ils ne le seront vraisemblablement pas.
- Le canton est subrogé à concurrence du montant versé à compter du jour du paiement.

710. La **rémunération** de l'avocat est **équitable**. Cela signifie qu'une pleine indemnisation n'est pas imposée par le droit fédéral. Les principes dégagés

par la jurisprudence en application de l'art. 29 al. 3 Cst. demeurent d'actualité (ATF 137 III 185). Ainsi, il convient que la rémunération permette à l'avocat de réaliser un **gain modeste** et non uniquement symbolique. Le Tribunal fédéral a estimé qu'il fallait partir d'un tarif horaire de l'ordre de CHF 180.– comme règle de base (ATF 132 I 201, JdT 2008 I 116).

Jurisprudence. On peut inférer de la cherté notoire de la vie à Genève que l'indemnité litigieuse, d'un montant de **CHF 200.–**, constitue un minimum si l'on tient compte du montant de CHF 180.– préconisé par l'ATF 132 I 201 en 2006 (moyenne nationale) et de l'augmentation des prix intervenue depuis lors (entre 3 et 4 %). La réduction de 15 % du tarif horaire qui était prévue à l'art. 16 al. 3 RAJ/GE pour le montant de l'indemnité qui dépasse CHF 5000.– est contraire au principe d'une indemnité équitable (TF [31.10.2011] 2C_725/2010, SJ 2012 I 172). Une indemnisation à hauteur de CHF 180.– est admissible à Lausanne (ATF 137 III 185).

711. En cas de gain du procès, les **dépens** remplacent en principe l'indemnité (art. 122 al. 2 CPC). Le Tribunal devra dès lors faire en sorte que ceux-ci correspondent au minimum à une indemnité équitable, en se fondant sur le tarif applicable aux affaires plaidées par un avocat de choix (TF [01.07.2014] 5D_54/2011 consid. 2.1 ; ATF 140 III 167 consid. 2.3). Il revient à l'avocat de réclamer les dépens en question, qui lui sont alloués personnellement (TF [04.02.2013] 5A_754/2013 consid. 5, RSPC 2014 229).

Controverse. A notre avis, dès l'instant où il devrait entamer des poursuites, l'avocat doit pouvoir exiger du canton qu'il intervienne. Il ne lui revient pas d'avancer les frais de recouvrement.

712. L'art. 28 LAJ NE prévoit que « L'avocat-e peut demander au pouvoir judiciaire, au moins une fois par an, le versement d'un acompte en justifiant son activité. Il doit le faire, au moins une fois par an, si l'indemnité prévisible est supérieure à 25 000 francs ». On peut se demander si cette règle est compatible avec le mécanisme de l'art. 122 CPC.

713. L'assistance judiciaire garantit l'**accès à la justice** mais **non sa gratuité**. Ainsi, le canton peut réclamer le **remboursement** des honoraires versés à l'avocat d'office de même que le paiement des frais judiciaires dès que le bénéficiaire est en mesure de le faire (art. 123 al. 1 CPC ; art. 33 al. 2 LAJ NE : « Il tient compte notamment des charges prises en considération pour l'octroi de l'assistance ainsi que de la situation personnelle et familiale du bénéficiaire » ; ATF 122 I 322 consid. 2c, JdT 1998 I 284). Le droit du canton se **prescrit** par dix ans à compter de la fin du procès (art. 123 al. 2 CPC).

III. Les alternatives au procès

A. L'arbitrage

1. Généralités

714. Comme nous l'avons mentionné dans la partie introductive (*supra*, p. 1), la justice étatique n'est pas le seul moyen d'obtenir la résolution d'un litige civil. Les parties peuvent souhaiter que leur conflit soit jugé mais préférer, plutôt que de soumettre leur litige aux instances étatiques, s'en remettre au prononcé d'un ou plusieurs arbitres désigné(s) selon leur volonté. L'arbitrage est fréquent dans le domaine contractuel. Il est apprécié pour sa **souplesse**, son caractère **confidentiel** et son **efficacité**, vu la possibilité qu'il offre de choisir comme « juges » des **personnes** spécifiquement **qualifiées** dans le domaine concerné.

715. Dans sa finalité, l'arbitrage se rapproche beaucoup de la justice civile : la **sentence** arbitrale déploie pratiquement les mêmes effets que le jugement rendu par un tribunal étatique.

716. Comme tout procès, un arbitrage prend du temps : l'arbitrage n'est pas toujours plus rapide que la justice étatique. Et il **coûte relativement cher** : la relation arbitres-parties est un mandat onéreux. En plus de leurs avocats, les parties doivent rémunérer leurs juges. Notons que jusqu'à présent, le Tribunal fédéral n'a pas reconnu le droit à l'assistance judiciaire dans ce domaine : « l'Etat n'a pas à faciliter l'accès aux tribunaux qui ne dépendent pas de lui » (ATF 99 Ia 325, JdT 1974 I 253 ; en matière interne : art. 380 CPC).

717. La procédure arbitrale trouve son fondement dans un **accord des parties**. Il peut prendre la forme d'un **compromis**, par lequel les parties soumettent à l'arbitrage une contestation existante, ou d'une **clause compromissoire** se rapportant aux contestations futures pouvant naître d'un rapport de droit déterminé (art. 357-358 CPC).

718. Les parties peuvent par exemple insérer dans leur contrat la clause d'arbitrage suivante : « Tout différend découlant du présent contrat ou en relation avec celui-ci sera tranché par un tribunal arbitral de trois membres dont le siège est à Genève. La procédure sera fixée par les parties, à défaut par le tribunal arbitral ; elle se déroulera en français ».

719. L'arbitrage est rattaché à la justice officielle. Il ne déploie ses effets que dans la mesure où il est reconnu par le droit positif et en respecte les **règles impératives**.

2. L'arbitrage interne

a. La réglementation

720. L'arbitrage interne était régi par le Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969. Le CPC le réglemente dans sa troisième partie, aux art. 353 ss. Il s'agit d'une **réglementation spécifique**, inscrite dans le CPC par commodité, mais qui ne peut pas être interprétée par référence aux autres parties du code.

721. L'art. 353 CPC prévoit que les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention conclue ultérieurement, **exclure l'application du CPC** et convenir que les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont applicables (*opting out*).

Jurisprudence. Les parties ne peuvent pas éluder la soustraction à l'arbitrage interne des prétentions de l'employé qui ne sont pas à sa libre disposition (art. 354 CPC) en recourant à l'*opting out* prévu à l'art. 353 al. 2 CPC (ATF 144 III 235. JdT 2018 II 323).

b. L'objet

722. L'art. 354 CPC définit les causes pouvant être soumises à l'arbitrage. D'après cette disposition, il peut porter sur toute prétention matérielle relevant de la **libre disposition** des parties.

723. Ne sont pas à la libre disposition des parties et ne peuvent dès lors pas être arbitrés : les litiges relatifs à l'état des personnes, le statut familial et le contentieux de strict de droit des poursuites, entre autres.

Exemple. Les créances en **droit du travail** résultant de dispositions impératives ou semi-impératives de la loi, par exemple les heures supplémentaires (ATF 136 III 467), l'indemnité pour vacances non prises ou travail effectué les jours fériés ou encore le salaire pour l'activité déjà effectuée (TF [14.12.2017] 4A_96/2017 consid. 4.1) ainsi que l'indemnité fondée sur l'art. 337c al. 1 et 3 CO (ATF 144 III 235, JdT 2018 II 323). Dans la détermination des prétentions issues d'un

contrat de travail dont les parties ne peuvent disposer, il convient de se référer à l'art. 341 CO ; ce qui signifie que les parties peuvent soumettre toutes les prétentions issues des rapports de travail à un tribunal arbitral si elles en conviennent un mois après leur fin (ATF 144 III 235 consid. 2.3, JdT 2018 II 323 ; voir FRANÇOIS BOHNET/CATALINA CONSTANTINA, L'arbitrabilité des conflits individuels de travail, *in* Dunand/Mahon/Bohnet [éd.], Les procédures en droit du travail, Neuchâtel/Bâle 2020, p. 138 ss).

724. En matière de **baux à loyer ou à ferme d'habitations**, l'art. 361 al. 4 CPC prévoit que seule l'autorité de conciliation peut être désignée comme tribunal arbitral.

725. En toute hypothèse, la compétence des tribunaux étatiques demeure, parallèlement à celle du tribunal arbitral, pour prendre toutes les **mesures provisionnelles** requises par l'une ou l'autre des parties (art. 374 al. 1 CPC). Compte tenu de l'urgence et du temps nécessaire à la constitution du tribunal, il sera d'ailleurs généralement préférable de saisir le juge étatique.

c. L'organisation

726. Le CPC accorde une **grande liberté** aux parties pour l'**organisation de la procédure**. Selon l'art. 373 al. 1 let. a-c CPC, elles peuvent régler elles-mêmes la procédure arbitrale (arbitrage dit *ad hoc*), l'organiser en se référant à un règlement d'arbitrage (p. ex. celui des Chambres suisses du commerce, *Swiss Rules*) ou encore soumettre la procédure arbitrale à la loi de procédure de leur choix. Une solution mixte est fréquente : certains points sont réglés, les autres l'étant par exemple selon les dispositions du CPC. Faute pour les parties d'avoir réglé la procédure, celle-ci est fixée par le tribunal arbitral (al. 2).

727. Comme devant les tribunaux étatiques, le **droit d'être entendu** revêt une importance cruciale. L'art. 373 al. 4 CPC rappelle la règle.

728. L'alinéa 5 pose le principe de la **représentation**, qui n'est pas limitée aux catégories de l'art. 68 CPC.

729. La **bonne foi** est aussi de mise (al. 6) : toute violation des règles de procédure doit être immédiatement invoquée, faute de quoi elle ne peut plus l'être par la suite.

d. Le contrôle étatique

730. L'arbitrage étant rattaché à la justice étatique, il est placé sous le **contrôle des autorités judiciaires** cantonales compétentes, ainsi que le prévoit le CPC.

731. Un tribunal supérieur doit être compétent (art. 356 al. 1 CPC) pour statuer sur les **recours** et les demandes en révision (let. a) et recevoir la sentence en dépôt et attester son caractère exécutoire (let. b).

732. Les cantons doivent prévoir un tribunal, différent ou composé différemment du tribunal prévu pour les recours, statuant en instance unique, chargé (art. 356 al. 2 CPC) :

- de nommer, récuser, destituer ou remplacer des arbitres (let. a) ;
- de prolonger la mission du tribunal arbitral (let. b) ;
- d'assister le tribunal arbitral dans l'accomplissement de tout acte de procédure (let. c), en particulier en matière probatoire (art. 375 al. 2 CPC).

733. On parle de *juge d'appui*. La procédure à suivre est la **procédure sommaire**, compte tenu de la nature gracieuse de l'intervention judiciaire (art. 248 let. e CPC).

e. Les effets

734. Selon l'art. 387 CPC, dès qu'elle a été communiquée, la sentence déploie les **mêmes effets** qu'une décision judiciaire entrée en force et exécutoire.

3. L'arbitrage international

735. Vu l'envergure et la complexité factuelle des **litiges commerciaux** en matière internationale, les parties se sont naturellement tournées vers l'arbitrage, la justice étatique n'étant souvent pas à même de répondre à leurs attentes. L'arbitrage est devenu le mode ordinaire de résolution des conflits dans ce domaine. La grande majorité des contrats commerciaux internationaux sont munis d'une clause compromissoire.

736. En Suisse, l'arbitrage international est régi par les **art. 176 ss LDIP** (chapitre 12 de la loi). Ces dispositions s'appliquent lorsque le siège du tribunal se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse (art. 176 al. 1 LDIP).

737. Conformément à l'art. 176 al. 2 LDIP, les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, exclure l'application du des art. 176 ss LDIP et convenir de l'application des art. 353 ss CPC (*opting out*).

B. La médiation

738. Si elle suppose un processus, la résolution d'un litige en matière civile ne passe en revanche pas nécessairement par un jugement. Une discussion, voire des négociations entre les intéressés ou même parfois le simple écoulement du temps peuvent leur permettre de trouver une solution. Et le tiers auquel les parties auront éventuellement recours n'aura pas nécessairement pour mission de trancher leur litige : le tiers **médiateur** cherchera en particulier à rétablir le dialogue entre les intéressés.

1. Notions

739. La médiation est une mode amiable de résolution des conflits (MARC) qui voit un tiers neutre, indépendant et impartial – la médiatrice ou le médiateur – aider les parties en les amenant à renouer le dialogue afin qu'elles trouvent elles-mêmes et sous leur propre responsabilité une solution à leur litige. C'est un mode **amiable**, **ternaire** et **extrajudiciaire** de gestion et de prévention des conflits.

740. Ce MARC est **amiable** car les parties sont libres autant dans la participation au processus que dans le choix de la solution (comp. art. 215 CPC). Cet aspect volontaire est marqué par le droit de chaque partie de quitter la médiation à tout moment (comp. art. 213 al. 3 CPC).

741. L'élément **ternaire** se trouve dans l'implication d'un tiers. Le médiateur n'est pas qu'une troisième personne, il doit être neutre (ne se prononçant pas dans le choix de la solution [ni pour l'un ni pour l'autre]), indépendant (à l'égard du juge, des parties et des entités extérieures) et impartial (en agissant

selon des règles préétablies et sans préjugés). Le médiateur est librement choisi par les parties (TF [05.02.2021] 2C_283/2021 consid. 5.7 destiné à la publication).

742. La médiation est **extrajudiciaire**, car son organisation et son déroulement incombent aux parties en accord avec le médiateur, sans intervention de l'Etat (comp. art. 215 CPC).

743. Le **médiateur** est étranger au conflit et sans pouvoirs. Il ne rend pas de décision. Il ne donne en principe pas de conseils juridiques autres que des informations et ne fait pas non plus de proposition (contrairement au conciliateur). Il n'est ni juge ni arbitre. Son rôle est de faciliter le dialogue entre les parties à l'aide d'outils spécifiques de communication afin de créer une atmosphère de coopération permettant la création d'une solution mutuellement satisfaisante. L'indépendance et l'impartialité du médiateur sont garanties lorsqu'il n'a aucun intérêt direct ou indirect au différend, qu'il n'a aucune relation ou lien avec les parties qui soit assez fort pour mettre en doute son impartialité et qu'il n'exprime pas de préférence envers l'une ou l'autre des parties ou leurs positions. Il n'y a pas de rapport hiérarchique entre le médiateur et les parties ; le rapport est horizontal.

744. La médiation est particulièrement **adaptée à certaines situations** de conflit. Elle paraît appropriée en particulier lorsque les parties entretiennent des relations durables de fait (p. ex. voisinage, relations familiales ou de travail) ou de droit (p. ex. conflits de bail, de copropriété, associations, contrats commerciaux) :

- lorsque le conflit contient une composante émotionnelle, en présence d'intérêts économiques convergents ou complémentaires ;
- lorsque le conflit visible en cache un autre, quand le coût du procès est disproportionné par rapport aux enjeux, etc.

745. A l'inverse, en présence d'une **partie faible**, dans la mesure où les parties n'ont aucun lien quelconque ou qu'une partie est de mauvaise foi, la médiation n'est probablement pas adéquate.

746. Une des spécificités de la médiation par rapport aux autres modes de règlement des litiges est qu'elle permet de **sortir du traditionnel syllogisme juridique** (faits + droit = conclusions ; *infra*, p. 395). Au lieu d'appliquer le droit à un état de fait passé pour déterminer les droits et obligations de chacun dans une situation donnée, la médiation permet de choisir non seulement la solution, mais également les règles applicables afin d'y arriver. En d'autres

termes, le cadre de référence de la médiation n'est pas le droit objectif, mais les règles que les parties établissent elles-mêmes sans référentiel extérieur imposé (dans les limites du droit impératif). Cela permet entre autres d'axer la solution du différend sur les intérêts et besoins futurs des parties plutôt que de se limiter aux problèmes passés.

2. Les sources

a. La loi

747. **Historique.** Avant l'adoption du CPC, la médiation civile n'était que très sommairement réglementée en Suisse. Au niveau fédéral, l'art. 139 al. 3 CC (introduit suite à l'adoption du nouveau droit du divorce le 26 juin 1998, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000) prévoyait que les médiateurs en matière familiale n'avaient pas qualité de témoins ou de personnes appelées à fournir des renseignements. Cette disposition était l'une des seules du droit privé fédéral à traiter de la médiation. Le projet de nouveau droit du divorce du 15 novembre 1995 prévoyait certes une disposition spécifique sur la médiation en matière de divorce (voir FF 1996 I 218), mais elle avait été biffée par les Chambres, entre autres en raison de l'opposition des mouvements féministes, estimant que les femmes, de par leur situation et les tâches qu'elles ont assumées pendant la durée du mariage, avaient moins d'expérience dans le domaine de la négociation, la médiation devenant un instrument de pouvoir pour les hommes (voir FF 1996 I 154).

748. Quelques **cantons** avaient réglementé certains aspects de la médiation civile. Genève était le seul à disposer d'une réglementation complète en la matière (depuis l'introduction de la Loi sur la médiation civile adoptée par le Grand Conseil genevois le 28 octobre 2004 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005).

749. **Le CPC.** Le droit fédéral réglemente l'articulation et les points de passage possibles entre procédure civile et médiation aux art. 213 à 218 CPC. Les règles prévues sont les suivantes :

- Possibilité de remplacer la conciliation préalable par une médiation (art. 213 CPC) ;
- Possibilité de **suspendre la procédure** en cours pour effectuer une médiation, recommandée par le juge (art. 214 CPC) ;
- L'**organisation** et le déroulement de la médiation sont **libres** (art. 215 CPC) ;
- Libre choix du **médiateur**. Les parties peuvent opter pour une personne formée ou non dans cette matière. L'exercice de la médiation n'est du reste ni réglementé ni limité en Suisse et le terme de « médiateur » n'est pas protégé. Dès lors, il est interdit aux cantons de limiter, par principe, l'exercice de la fonction de médiateur civil dans le cadre judiciaire aux seules personnes au bénéfice d'une autorisation officielle attestant leurs qualifications pour ce genre de mandats (TF [05.02.2021] 2C_283/2021 consid. 5.7 destiné à la publication) ;
- La **confidentialité** de la médiation est garantie, les déclarations des parties ne peuvent pas être prises en compte dans la procédure judiciaire et le médiateur dispose d'un droit de refus de collaborer restreint lorsqu'il est amené à faire des déclarations au sujet de faits qu'il a appris dans l'exercice de sa fonction (art. 166 al. 1 let. d ; 216 CPC) ;
- Sur demande des parties, le juge peut **ratifier l'accord** ; celui-ci acquiert alors les effets d'une décision entrée en force (art. 217 CPC) ;
- Lorsque l'affaire concerne le droit des **enfants**, les parties ont droit à la **gratuité** de la médiation, à condition qu'elles ne disposent pas des moyens nécessaires et que le **juge recommande** le recours à la médiation (art. 218 CPC).

b. Les règles privées

750. Des **institutions privées** ont créé des règles visant à garantir le niveau de qualification de leurs médiateurs et le respect d'une éthique forte. Les principales institutions d'envergure nationale sont la Fédération Suisse des Associations de Médiation (FSM), la Chambre Suisse de Médiation Commerciale (CSMC) et la Fédération Suisse des Avocats (FSA). Ces trois institutions mettent à disposition des personnes en conflit des **médiateurs**

accrédités, soumis à un code de déontologie et formés spécifiquement à la médiation.

751. Le nouveau Swiss Arbitration Centre a édicté les Swiss Rules of Mediation (dernière mouture 2021), qui offrent aux entreprises en litige une sorte de code de procédure de médiation réglant les questions de la saisine du médiateur, de la confidentialité du processus, des coûts, etc. Les médiateurs agissant en application de ces Rules sont soumis au code de conduite européen du médiateur.

752. Il existe par exemple à Neuchâtel une association pour la médiation familiale (ANMF, depuis 1989). La médiation familiale peut porter sur tous les problèmes touchant à l'organisation pratique du couple et de la famille. Elle aboutit à des décisions sans perdant ni gagnant et permet d'examiner tous les choix possibles. La **Maison neuchâteloise de la médiation** (organisée par l'association *MédiaNE* née en 1997) propose une approche interdisciplinaire de la médiation en matière institutionnelle, dans les domaines pénal, carcéral, du voisinage et des relations de travail, entre autres.

3. Le processus

753. La médiation est souvent décrite comme un **processus formel** dans un **cadre informel** (privé), à l'opposé de la conciliation qui est une procédure informelle dans un cadre formel (judiciaire). Le processus de médiation est formel car il comprend, dans le modèle présenté, **six phases** prédéfinies.

754. Phase 1 : **La prémédiation**

Rencontre individuelle de chaque partie avec le médiateur

Objectifs :

- Clarifier la démarche et les attentes ;
- Informer sur le processus et ses règles ;
- Informer sur le rôle du médiateur.

755. Phase 2 : **Le récit**

Rencontre entre les parties avec le médiateur

Objectifs :

- Récit de chaque partie (le médiateur rappelle les règles de conduite [pas d'interruption de la parole, pas d'insultes, etc.]) ;

- Reformulation par le médiateur (faire ressortir l'essentiel) ;
- Clarification des enjeux par et pour chaque partie ;
- Création d'un espace de confiance.

756. Phase 3 : **L'échange**

Objectifs :

- Mise en évidence des sentiments et des besoins sous-jacents ;
- Compréhension mutuelle du problème et du conflit.

757. Phase 4 : **La recherche de solutions**

Brainstorming

Objectifs :

- Démarche coopérative (nécessite un espace de confiance) ;
- Exploration des solutions permettant au mieux de satisfaire les besoins de chaque partie ;
- Travail sur les alternatives (et vérification de la faisabilité des solutions).

758. Phase 5 : **L'accord**

- Ecrit ou oral ;
- A la valeur d'un contrat ;
- L'accord n'a pas toujours un contenu juridique ;
- Le respect de cet accord dépend de l'engagement et de la conviction des parties que cet accord est juste et respecte leurs besoins respectifs.

759. Phase 6 : **Le suivi**

- Vérification de l'équilibre et de la viabilité de l'accord ;
- Intégration d'éléments nouveaux si nécessaire ;
- Phase facultative.

Deuxième partie :

Le déroulement du procès

§ 7 Les garanties générales et principes de procédure

I. Les garanties générales de procédure

760. Si le procès civil permet aux particuliers d'obtenir un prononcé sur les prétentions qu'ils affirment et est ainsi garant de leurs droits privés, l'ordre juridique leur assure également l'équité et la légalité de ce processus. En d'autres termes, pour que le résultat soit conforme au droit, il faut que le procès soit conduit d'une manière conforme au droit.

Jurisprudence. Le droit d'être entendu n'est pas qu'un moyen d'élucider les faits, mais c'est aussi un droit de la partie, lié à sa personnalité, de participer à la préparation d'une décision touchant à sa situation juridique (TF [25.01.2013] 5A_832/2013 consid. 4.1 et les réf. ; ATF 105 Ia 193 consid. 2b/cc, JdT 1981 I 162 ; 106 Ia 4 consid. 2b/bb, JdT 1982 I 130).

761. Les garanties générales de procédure posent des exigences fondamentales pour toute procédure. Elles sont énoncées dans des **textes supérieurs** (*supra*, p. 10 ss) : la Constitution fédérale (art. 5 al. 3, 9, 29, 29a et 30), la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6 § 1) et le Pacte ONU II (art. 14 § 1) :

- Droit de voir sa cause jugée par un tribunal ;
- Tribunal indépendant et impartial ;
- Procès équitable, conduit dans le respect du droit d'être entendu, de l'égalité des parties ;
- Droit à l'assistance judiciaire ;
- Bonne foi en procédure ;
- Publicité de l'audience et du jugement ;
- Décision motivée, prise dans un délai raisonnable.

762. Les lois d'organisation judiciaire et le code de procédure civile concrétisent ces garanties générales :

- L'indépendance et l'impartialité du juge sont exprimées dans les lois d'organisation judiciaire (compositions des tribunaux, etc.) et dans le CPC (règles sur la récusation) ;
- le droit d'être entendu et le principe d'égalité des parties sont énoncés à l'art. 53 CPC et sont concrétisés dans l'ensemble du Code (voir p. ex. l'art. 155 al. 3 CPC sur l'administration des preuves et les art. 221 ss CPC sur le déroulement de la procédure ordinaire) ;
- Le droit à l'assistance judiciaire est concrétisé aux art. 117 ss CPC ;
- le respect des règles de la bonne foi est inscrit à l'art. 52 CPC ;
- la publicité des audiences fait l'objet de l'art. 54 CPC ;
- le principe de célérité se lit aux art. 124, 125 et 319 let. c CPC ;
- le droit à une décision motivée est fixé aux art. 238 et 239 CPC.

A. Le droit à un tribunal indépendant et impartial

763. Le droit à un tribunal indépendant et impartial est garanti par les art. 14 Pacte ONU II, 6 § 1 CEDH et 30 al. 1 Cst.

764. Ce droit a fait l'objet de développements lors de l'examen des organisations judiciaires (*supra*, p. 58). Il garantit au citoyen d'être jugé par un tribunal dont on peut **objectivement considérer** qu'il est indépendant des autres pouvoirs ou de toute influence extérieure et qu'il est impartial, à savoir qu'il n'a aucun parti pris.

765. Cette garantie est sanctionnée par les règles sur la **récusation**, qui obligent le juge dont on peut raisonnablement douter de l'impartialité à se démettre, et qui, à défaut, permettent d'obtenir sa récusation par demande, puis recours devant l'autorité cantonale supérieure (art. 49 ss CPC ; *supra*, p. 64). Un recours au Tribunal fédéral est ouvert contre la décision incidente rejetant, sur recours, la demande de récusation (art. 92 LTF). Les juges du Tribunal fédéral peuvent eux-mêmes être récusés, pour des motifs (art. 34 LTF) et selon un processus (art. 36 s. LTF) similaires.

766. En cas de **violation** des règles sur la récusation, les opérations auxquelles a participé une personne tenue de se récuser sont annulées si une partie le demande au plus tard cinq jours (art. 38 al. 1 LTF) ou dix jours (art. 51 CPC) après avoir eu connaissance du motif de récusation. Cette **limite temporelle** est l'expression d'une autre garantie de procédure : l'obligation de bonne foi, qui empêche une partie de ne pas se prévaloir immédiatement d'un vice de

procédure afin de garder l'argument au cas où la procédure ne tournerait pas à son avantage. Le principe de bonne foi justifie également que le juge puisse prendre en compte les mesures probatoires non renouvelables (art. 51 al. 2 CPC ; 38 al. 2 LTF) si elles demeurent probantes.

767. La voie de la **révision** est ouverte lorsque le motif n'est découvert qu'après la fin de la procédure (art. 51 al. 3 CPC ; 38 al. 3 LTF), au-delà du délai de recours. Si le motif de récusation est découvert avant l'écoulement du délai de recours, autrement dit avant que la décision litigieuse soit revêtue de la force de chose jugée formelle, il doit être invoqué dans le cadre de ce recours (ATF 139 III 120 consid. 3.1.1 ; 138 III 130 consid. 2.1).

B. Le droit au procès équitable et d'être entendu

768. Le droit à un procès équitable est garanti par les art. 14 Pacte ONU II, 6 § 1 CEDH et 29 al. 1 et 2 Cst.

769. Le procès doit être équitable, à savoir conduit dans le respect du principe du **contradictoire** et du **droit d'être entendu** des parties. En d'autres termes, chaque partie doit pouvoir s'exprimer sur chaque élément apporté par l'autre partie et par le juge. Elle doit pouvoir participer à l'ensemble des opérations du procès, et ce de manière égale à l'autre partie. Par ailleurs, le **formalisme excessif** est prohibé (*supra*, p. 167).

770. On déduit du droit d'être entendu de l'art. 29 al. 2 Cst., les prérogatives suivantes (TF [25.01.2013] 5A_832/2013 consid. 4.1 et les réf. ; ATF 126 I 15 ; 124 I 49 ; 122 I 109) :

- Droit de prendre connaissance des pièces du **dossier** (droit de consulter les pièces au siège de l'autorité, de prendre des notes et de faire des photocopies, pour autant qu'il n'en résulte pas un surcroît de travail excessif pour l'autorité) ;
- Droit de faire **administrer des preuves** sur des faits importants pour la décision envisagée et d'obtenir la verbalisation des éléments essentiels ;
- Droit de **participer à l'administration** de l'ensemble des preuves ;
- Droit de **faire valoir ses arguments** ; mais le fait que le juge interrompe une partie dans ses premières plaidoiries pour obtenir des

explications des parties ne constitue pas une violation du droit d’être entendu (TF [23.09.2014] 4A_78, 80/2014 consid. 10) ;

- Droit de se faire **représenter** et **assister** en justice (ATF 119 Ia 261, SJ 1994, 219 ; ATF 105 Ia 288, JdT 1980 I 189) ;
- Droit de **répliquer** de manière inconditionnelle. Ce droit permet à une partie de se prononcer sur toute détermination de l’autorité ou de son adversaire (ATF 133 I 100 consid. 4.6, JdT 2008 I 368, 137 I 195 consid. 2.3.1) ;

Exemple. Si une partie peut invoquer des faits nouveaux (nova ou pseudo-nova ; art. 229 CPC) suite à la production de pièces par la partie adverse qui y a été contrainte par ordonnance du juge, celle-ci est en droit de se prononcer sur ces faits nouveaux, en vertu de son droit de réplique inconditionnel (TF [17.12.2013] 4A_531/2013, RSPC 2014 240). Face aux nova de la duplique, la partie demanderesse ne peut invoquer à son tour des faits nouveaux que s’ils n’ont pu être suscités que par les nova de la duplique (et non déjà par les écritures antérieures de l’adversaire) et que la nouvelle allégation proposée se rapporte sous l’angle technique ou thématique aux nova de la duplique (ATF 146 III 55 consid. 2.5, RSPC 2019 514).

- Droit à une **décision motivée**.

771. La portée du droit d’être entendu se détermine en fonction de la **situation concrète des intérêts en présence**. Le besoin d’être entendu du justiciable est particulièrement important lorsqu’il risque d’être frappé par un acte de la puissance publique. L’urgence et la portée de la décision à prendre sont aussi des critères déterminants (ATF 111 Ia 273, JdT 1987 I 134).

772. L’**art. 53 al. 1 CPC** est une **concrétisation** du droit d’être entendu dans le procès civil. L’alinéa 2 précise que les parties ont notamment le droit de consulter le dossier et de s’en faire délivrer copie, pour autant qu’aucun intérêt prépondérant public ou privé ne s’y oppose.

C. Le droit à l’assistance judiciaire

773. Expression du principe de l’égalité de traitement et de la prohibition du déni de justice, le droit à l’assistance judiciaire pour les personnes sans ressources est garanti par les art. 6 § 1 CEDH (voir arrêt CourEDH *Airey c. Irlande*, requête n° 6289/73, 9 octobre 1979, §§ 24-28, série A n° 32) et 29 al. 3 Cst.

774. Ce droit est concrétisé en matière civile par les art. 117 ss CPC et 64 LTF. Il assure l'exonération des avances et des sûretés et des frais judiciaires ainsi que la commission d'office d'un conseil juridique par le tribunal lorsque la défense des droits du requérant l'exige (art. 118 al. 1 CPC ; pour des développements, *supra*, p. 195).

Controverse. Le fait de devoir déposer un recours avant que l'autorité saisie ne se prononce sur la requête d'assistance judiciaire ne paraît pas conforme à l'art. 6 § 1 CEDH. En effet, le requérant peut avoir des difficultés à trouver un mandataire prêt à rédiger un recours sans savoir si l'assistance va être accordée au vu des chances de succès de l'acte (pour des développements, avec des références à la jurisprudence de la CourEDH, voir VALENTIN RETORNAZ, *Le formalisme excessif en procédure civile*, Neuchâtel et Bâle 2014, N 921 ss).

D. La garantie de la publicité

1. Le principe

775. La garantie de la publicité des audiences et du jugement est inscrite aux art. 14 Pacte ONU II, 6 § 1 CEDH et 30 al. 3 Cst. Elle est concrétisée en matière civile par les art. 54 CPC et 59 LTF.

776. Cette garantie assure aux personnes participant au procès **un traitement correct**. Elle permet également à tout un chacun (public, médias) de s'assurer que la justice est correctement rendue, en toute **transparence**. Elle s'oppose à la justice de cabinet et est centrale pour le contrôle de l'indépendance et l'impartialité des tribunaux. Elle permet aussi de prévenir un sentiment de défiance à l'égard des tribunaux, auxquels on reprocherait d'être dans une « tour d'ivoire » et renforce la confiance dans les institutions judiciaires (ATF 133 I 106, JdT 2008 I 429 ; 135 I 198).

777. La publicité n'est donc pas uniquement dans l'intérêt des parties au procès, mais représente un **intérêt public** (ATF 133 I 106 consid. 8.1 ; 135 I 198 consid. 3.1).

778. Les parties n'ont donc **pas un droit** à obtenir le huis clos sur requête (ATF 119 Ia 99 consid. 2a, en procédure pénale ; 135 I 198 consid. 3.1).

2. La portée

779. La publicité vaut en principe pour toutes les **audiences** et pour le **prononcé des jugements** (art. 54 al. 1 CPC ; 59 al. 1 LTF). Ces dispositions n'indiquent cependant pas quand le juge doit tenir une audience.

a. Les audiences

780. Devant le **Tribunal fédéral**, des débats sont tenus si le président de la cour l'ordonne (art. 57 LTF).

781. Devant les **tribunaux des cantons**, une audience est assurée en procédure ordinaire (art. 228 ss CPC) et simplifiée (art. 245 s. CPC) (ATF 140 III 450 consid. 3), mais non en procédure sommaire (art. 256 al. 1 CPC).

782. L'art. 6 § 1 CEDH exige cependant que le justiciable soit entendu publiquement au moins devant une instance judiciaire dotée d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (ATF 135 I 198 consid. 2.4). Mais le droit à la tenue d'une audience publique ne s'applique que lorsque la procédure en cause aboutit à une **décision définitive**, ce qui n'est pas la règle en procédure sommaire. Tel n'est en particulier pas le cas en matière de mesures provisionnelles (ATF 129 I 103 consid. 2.1 ; TF [09.07.2004] 5P.188/2004, RSPC 2005 65) ou de mainlevée définitive, dès lors que le juge ne se prononce pas sur la justification de la créance (ATF 141 I 97, RSPC 2015 207). Lorsque la décision prise en procédure sommaire n'a pas un caractère provisoire, la partie qui entend se prévaloir du droit à des débats devra le demander expressément, faute de quoi on pourrait conclure à une renonciation implicite aux débats.

783. L'obligation de la tenue de débats n'est de plus pas absolue. La Cour européenne des droits de l'homme admet que l'on y renonce lorsque le litige ne soulève aucune question de fait ou de droit qui ne pourrait pas être liquidée de manière adéquate sur la base des actes écrits des parties (arrêt CourEDH *Allan Jacobsson c. Suède* (n° 2), 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, p. 168-169). Il pourra en particulier être renoncé à des débats publics pour des motifs d'économie du procès lorsque seules des questions juridiques ou techniques sont à trancher (ATF 132 III 668).

Jurisprudence. Il n'y a pas de violation du droit d'une journaliste accréditée à la publicité de l'audience lorsqu'elle n'est exclue que de la phase de conciliation et de liquidation du procès mais non du reste des débats principaux (TF [24.09.2019] 4A_179/2019 consid. 2.4 destiné à la publication, RSPC 2020 17 avec note BOHNET).

784. La publicité de l'audience ne signifie pas que celle-ci puisse être **filmée** ou **enregistrée** ou que les débats puissent être transmis par SMS ou e-mail à des tiers. La question relève de la police de l'audience (art. 128 CPC) et de l'organisation judiciaire.

785. La plupart des cantons romands ont interdit explicitement les enregistrements audio et vidéo des audiences.

Exemples. **Fribourg** : art. 5 al. 4 Règlement du Tribunal cantonal sur l'information du public en matière judiciaire du 21 juin 2012 (RSF 17.53) ; **Jura** : art. 22 Règlement sur la diffusion de l'information par les autorités judiciaires du 31 mars 2004 [RSJU 170.801.1] ; **Genève** : art. 34 al. 1 Règlement de la Cour de justice du 20 juin 2014 (RS GE E 2 05.47) ; **Berne** : art. 23 Règlement sur l'information par les autorités judiciaires civiles, pénales et des mineurs du 12 novembre 2010 [RI CPM BE, RSB 162.13]. Voir aussi art. 68 al. 2 **Convention intercantonale** relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel du 9 mai 2012 (CPDT-JUNE ; RSN 150.30) : « Pour les audiences et prononcés de jugement des autorités judiciaires, les prises de vue et de son ou leur retransmission ne sont autorisées qu'aux conditions fixées par le Tribunal cantonal de chaque canton ».

786. Le canton de **Fribourg** interdit par ailleurs toute forme de communication en direct des actes de procédure en audience (art. 5 al. 4 Règlement du Tribunal cantonal de Fribourg sur l'information du public en matière judiciaire).

787. Certains cantons ont explicitement interdit les enregistrements audio et vidéo à l'intérieur des bâtiments des autorités judiciaires ou des salles d'audience.

Exemples. Le canton de **Vaud** soumet les enregistrements, prises de vues et films en relation avec une procédure civile à l'autorisation préalable du magistrat en charge du dossier et interdit de réaliser des enregistrements, prises de vues et films des parties, de leurs mandataires ou de toute autre personne à l'intérieur des locaux des autorités judiciaires, sauf autorisation de la Cour administrative (Art. 6 al. 2 et 4 Règlement de l'ordre judiciaire sur l'information (ROJI VD [RS/VD 170.21.2])). Le canton du **Jura** interdit les enregistrements sonores et visuels des audiences publiques, sauf autorisation exceptionnelle du juge pour les enregistrements à des fins didactiques particulièrement dignes d'intérêt (Art. 22

Règlement sur la diffusion de l'information par les autorités judiciaires [RSJU 170.801.1]. A **Genève**, l'art 12 LIPAD GE (loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles [RSG A 2 08] prévoit que : « Les audiences des juridictions et autres autorités judiciaires sont publiques dans la mesure définie par les lois régissant ces institutions », et l'art. 34 al. 1 Règlement de la Cour de justice de Genève que « Les prises de vue et de son pendant les débats et les délibérations sont interdites ». Pour **Berne** : art. 23 Règlement sur l'information par les autorités judiciaires civiles, pénales et des mineurs (RI CPM BE, RSB 162.13) : « Les prises de vue et de son dans le bâtiment du tribunal ou aux abords de ses entrées, de même que lors d'actes de procédure en dehors du bâtiment sont interdites. Voir aussi, à **Zurich**, § 132 GOG ZH, et à **Fribourg**, art. 5 al. 4 Règlement du Tribunal cantonal de Fribourg sur l'information du public en matière judiciaire.

Jurisprudence. Seul le juge peut décider d'autoriser l'enregistrement des débats, même lorsque l'audience est publique. Il est donc illicite d'enregistrer secrètement les débats publics d'un tribunal, et incorrect pour un avocat d'invoquer et de déposer un tel enregistrement en justice (TC NE, RJN VI I 187).

b. Les délibérations

788. Les délibérations du tribunal peuvent intervenir publiquement si la loi le prévoit.

789. Devant le **Tribunal fédéral**, la règle est inscrite à l'art. 59 LTF, qui indique que les éventuels débats ainsi que les délibérations et votes en audience ont lieu en séance publique. Les délibérations interviennent en audience si le président de la cour l'ordonne, si un juge le demande ou s'il n'y a pas unanimité entre les juges (art. 58 LTF).

790. Devant les **tribunaux des cantons**, la règle relève du droit cantonal, compte tenu de la réserve de l'art. 54 al. 2 CPC.

Exemples. Les délibérations ne sont pas publiques à **Fribourg** (128 LJ FR), en **Valais** (art. 8 LaCPC VS), à **Neuchâtel** (art. 10 LI-CPC NE), à **Genève** (art. 9 LaCC GE) et au **Jura** (art. 9 LICPC JU). A **Berne**, les délibérations sont publiques (art. 16 al. 1 LiCPM BE). Dans le canton de **Vaud**, les délibérations d'un tribunal de première ou de seconde instance ont lieu à huis clos ; en deuxième instance, et en cas de requête conjointe de toutes les parties, les délibérations sont publiques (art. 35 CDPJ VD).

c. Le jugement

791. La garantie de publicité est assurée lorsque le prononcé du jugement intervient en audience publique. Lorsque tel n'est pas le cas, la publicité est assurée par le fait de rendre l'arrêt public (ATF 133 I 106, JdT 2008 I 429 ; 122 V 47 consid. 2c).

792. Devant le **Tribunal fédéral**, il est prévu que le dispositif des arrêts qui n'ont pas été prononcés lors d'une séance publique est mis à la disposition du public pendant trente jours à compter de la notification (art. 59 al. 3 LTF ; ATF 133 I 106, JdT 2008 I 429).

793. Devant les **tribunaux des cantons**, la règle est posée à l'art. 54 al. 1 CPC : une éventuelle communication orale du jugement est publique. Les décisions doivent être accessibles au public. Les détails sont réglés par les cantons

Exemples. Le canton de **Fribourg** prévoit la mise à disposition du dispositif des jugements qui mettent fin à l'instance pendant trente jours (art. 13 al. 1 Règlement du Tribunal cantonal de Fribourg sur l'information du public en matière judiciaire). Le canton de **Vaud** renvoie au CPC (art. 14 al. 2 ROJI VD). A **Neuchâtel**, l'art. 3 OJN renvoie à « [...] la loi, en particulier les codes de procédure ». Pour **Genève**, l'art. 20 al. 4 LIPAD GE dispose que « Les arrêts et décisions définitifs et exécutoires des juridictions de jugement, du conseil supérieur de la magistrature et des autres autorités judiciaires doivent être accessibles au public auprès d'un service central dépendant du pouvoir judiciaire ou du greffe des institutions dont ils émanent, dans une version ne permettant pas de connaître les données personnelles des parties et des tiers qui y sont mentionnés. ». Pour le **Jura** : art. 19 al. 1 Règlement sur la diffusion de l'information par les autorités judiciaires : « Les jugements (arrêts, jugements, décisions) peuvent être consultés au greffe du tribunal sur demande préalable ». Pour **Berne** : art. 11 al. 1 RI CPM BE : « La page de garde et le dispositif de toutes les décisions mettant fin à l'instance du mois précédent peuvent être consultés par le public à partir du quinzième jour du mois, pendant quinze jours ouvrables, au secrétariat du tribunal, à moins que des dispositions légales contraires ou des intérêts prépondérants ne s'y opposent ».

Jurisprudence. Le principe de la publicité des débats inscrit à l'art. 30 al. 3 Cst. garantit le **droit à la consultation de tous les jugements** après leur prononcé, même s'ils ont été prononcés il y a longtemps, sans regard au fait que la demande concerne un jugement spécifique ou un grand nombre de décisions. Toutefois, si le droit d'accès nécessite l'annotation d'un grand nombre d'arrêts, il est soumis à la condition que ce travail ne représente pas une charge excessive pour l'autorité judiciaire. Le droit de consulter les jugements après qu'ils ont été prononcés n'est

pas absolu et peut être limité, notamment pour protéger la vie privée des parties au procès (art. 13 Cst.). Cette restriction est conforme au principe de proportionnalité. D'une manière générale, la protection des droits des parties à la procédure peut être prise en compte par l'anonymisation. Si nécessaire, le caviardage partiel du jugement peut se justifier. Lorsque la vie privée des personnes concernées ne peut être suffisamment protégée ni par l'anonymisation ni par le caviardage, par exemple parce qu'il est demandé de consulter des jugements qui concernent des personnes connues des requérants, une pesée des intérêts doit être effectuée entre le droit à la consultation et la protection de la personnalité. D'une part, il faut noter que certains intérêts spécifiques en matière d'accès – tels que ceux des professionnels des médias, des chercheurs et du ministère public – sont généralement plus importants. D'autre part, l'importance de la protection de la vie privée des personnes impliquées dans la procédure – notamment en matière de droit pénal – augmente avec le temps passé depuis la procédure. A relever que le justiciable doit se rendre au greffe pour consulter les décisions et établir des copies s'il le souhaite (TF [16.06.2021] 1C_307/2020 consid. 6.4.2, 8.2 destiné à la publication ; ATF 139 I 129, JdT 2014 I 147).

3. Restrictions

794. L'art. 6 § 1 CEDH, précise que « Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

795. L'art. 30 al. 3 Cst. indique quant à lui que la loi peut **prévoir des exceptions** au principe de la publicité. Le CPC et la LTF font usage de cette possibilité, en reprenant les critères de l'art. 6 § 1 CEDH. Le Tribunal peut ordonner, d'**office** ou sur **requête** (ATF 135 I 198 consid. 3.1), le huis clos total ou partiel, selon l'art. 59 al. 2 LTF si la sécurité, l'ordre public ou les bonnes mœurs sont menacés, ou si l'intérêt d'une personne en cause le justifie et, selon l'art. 54 al. 3 CPC, lorsque **l'intérêt public** ou un **intérêt digne de protection de l'un des participants** à la procédure l'exige.

796. Le huis clos est prononcé au terme d'une **pesée des intérêts** entre les biens de police ou l'intérêt menacé et l'intérêt à ce que l'audience soit publique. Seuls des **motifs prépondérants** justifient une pesée en faveur du huis clos (ATF 135 I 198 consid. 3.1, concernant l'art. 59 al. 2 LTF).

797. Selon l'art. 54 al. 4 CPC, les procédures relevant du **droit de la famille** ne sont pas publiques. Cette disposition ne porte que sur les audiences. Les décisions doivent être rendues accessibles au public sous une forme anonymisée, voire caviardée (TF [16.06.2021] 1C_307/2020 consid. 7-8).

798. L'audience de **conciliation** n'est pas publique (art. 203 al. 3 CPC), le but étant de permettre aux parties de s'exprimer librement afin de trouver une solution à leur litige. Cependant, en matière de bail et d'égalité selon l'art. 200 CPC, l'autorité de conciliation peut autoriser partiellement ou complètement la publicité des débats si un intérêt public le justifie. Selon le Message CPC, p. 6939, il peut exister un intérêt de connaître la pratique devant les autorités paritaires. Or l'art. 203 al. 3 CPC réserve exclusivement des situations particulières. L'intérêt de connaître la pratique des autorités paritaires vaut dans toutes les causes qui leur sont soumises et ne constitue dès lors pas une situation particulière qui justifierait une exception à l'absence de publicité.

Jurisprudence. Il n'y a pas de violation du droit d'une journaliste accréditée à la publicité de l'audience au sens des art. 30 al. 3 Cst. et 54 CPC lorsqu'elle n'est exclue que de la phase de conciliation et de liquidation du procès mais non du reste des débats principaux (ATF 146 I 30, RSPC 2020 17).

E. Le droit à une décision motivée

799. La jurisprudence a déduit du **droit d'être entendu**, consacré par l'art. 29 al. 2 Cst., l'obligation pour le juge de motiver ses décisions. Ce droit a aussi été déduit de l'art. 6 § 1 CEDH par la CourEDH.

800. Le **but** est d'assurer au justiciable que sa demande a été examinée de manière sérieuse et selon un processus équitable. Cette obligation impose en effet au Tribunal d'indiquer les faits qu'il a retenus, sur la base de quelles preuves ainsi que son raisonnement juridique. Elle permet aussi l'exercice effectif des voies de recours.

801. Selon la CourEDH, l'art. 6 § 1 CEDH impose une motivation (arrêt *Higgins et autres c. France*, 19 février 1998, requête n° 20124/92, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I), même si les jugements n'ont pas à fournir une réponse détaillée à chacun des arguments avancés (arrêt *van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avril 1994, requête n° 16034/90, série A n° 288). La portée de ce devoir dépend de la nature de la décision et des circonstances de l'espèce

(arrêts *Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne*, 9 décembre 1994, requêtes n^{os} 18390/91 et 18064/91, série A n^{os} 303-A et 303-B).

802. De même, la garantie de l'art. 29 al. 2 Cst. n'oblige pas le tribunal à exposer et discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties. Il peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, lui paraissent **pertinents** (ATF 134 I 83 consid. 4.1 ; TF [05.03.2012] 4A_527/2011 consid. 2.6, non reproduit *in* ATF 138 III 213).

803. Dès lors que l'on peut **discerner les motifs** qui ont guidé la décision du juge, le droit à une décision motivée est respecté (TF [10.12.2009] 4A.242/2009 ; [13.02.2008] 4A_474/2008 consid. 2.1 ; ATF 126 I 97 consid. 2c).

804. L'**art. 239 al. 2 CPC** donne le droit aux parties d'exiger une motivation écrite de la décision, dans un délai de dix jours à compter de la communication de la décision, si celle-ci intervient de manière non motivée (*infra*, p. 398).

805. L'obligation de motiver vaut aussi en **procédure sommaire**, par exemple pour les mesures provisionnelles, même si le prononcé doit intervenir dans l'urgence et n'est revêtu que d'une autorité de la chose jugée limitée (ATF 134 I 83 consid. 4.1).

806. Cette obligation s'étend également aux ordonnances d'instruction telles les ordonnances de preuve, par exemple en cas de refus de donner suite à une requête de preuve à futur en cours d'instance (TF [12.05.2017] 4A_128/2017).

F. Le principe de célérité

807. Le droit à un jugement dans un délai raisonnable est inscrit aux art. 14 Pacte ONU II, 6 § 1 CEDH et 29 al. 1 Cst. Il s'agit d'une expression de l'interdiction du déni de justice formel.

1. Les critères

808. Le caractère raisonnable de la durée de la procédure s'apprécie en fonction des **circonstances** de la cause, notamment (ATF 130 I 312 consid. 5.2 et les réf.) :

- la complexité du litige ;
- les enjeux de la procédure ;
- le comportement des parties. Celles-ci doivent en effet entreprendre ce qui est en leur pouvoir pour que l'autorité fasse preuve de diligence, à savoir inviter le juge à accélérer la procédure et recourir le cas échéant ;
- le comportement du tribunal. Cependant, une lenteur excessive ne peut se justifier par une organisation déficiente, une surcharge structurelle ou d'autres circonstances sans rapport avec le litige, l'Etat devant garantir une bonne administration de la justice (ATF 125 V 188 consid. 2a)

Exemples. Un délai de 26 mois pour une procédure de recours est admissible si l'affaire est complexe et le dossier comprend de nombreuses pièces (ATF 130 I 312 consid. 5.4.). L'autorité qui après deux ans n'a toujours pas statué sur sa compétence alors que l'affaire n'est pas particulièrement complexe commet une violation de l'art. 29 al. 1 Cst. (TF [12.09.2007] 4A_173/2007 consid. 2). Violation de l'art. 6 § 1 CEDH pour une procédure d'expropriation qui a duré onze ans et six mois, malgré la complexité de l'affaire et le comportement du requérant qui a allongé la procédure (Arrêt CEDH Müller c. Suisse).

2. Les sanctions

809. En cas de durée déraisonnable, l'autorité de recours constate la durée excessive, ce qui représente déjà une certaine réparation (ATF 130 I 312 consid. 5.3 ; 129 V 411 consid. 1.3). La répartition des frais et dépens peut aussi être influencée (mêmes arrêts). L'art. 107 al. 2 CPC prévoit que les frais judiciaires qui ne sont pas imputables aux parties ni aux tiers peuvent être mis à la charge du canton si l'équité l'exige.

810. L'autorité de recours peut impartir un délai au juge concerné pour rendre sa décision (ATF 117 Ia 336 consid. 1b ; TF [12.09.2007], 4A_173/2007 consid. 2).

811. Si le prononcé n'intervient toujours pas, demeurent la voie disciplinaire et l'éventuelle responsabilité de l'Etat en cas de dommage (ATF 130 I 312 consid. 5.3).

G. Le principe de la bonne foi

1. Le principe

812. Le droit au respect du principe de la bonne foi en procédure, lorsqu'il porte sur le comportement du juge, relève directement de l'interdiction de l'arbitraire inscrite à l'art. 9 Cst. (TF [18.04.2006] 5C.40/2006 consid. 3.3 ; ATF 103 Ia 505 consid. 1, JdT 1979 I 354 ; 102 Ia 574 consid. 6 et les réf.) et de l'art. 5 al. 3 Cst. qui imposent aux organes de l'Etat et aux particuliers d'agir de manière conforme aux règles de la bonne foi.

813. Par ailleurs, l'art. 52 CPC enjoint à chaque participant au procès de se conformer aux règles de la bonne foi. Il concerne tant le comportement des parties que celui du juge.

2. L'origine

814. Les contours du principe de la bonne foi en procédure ont été ancrés dans un arrêt de principe, ATF 83 II 345 consid. 2, JdT 1958 I 194, qui retient que les règles de la bonne foi inscrites à l'art. 2 CC pour le droit civil sont des règles générales de comportement. Ce principe représente ainsi une règle fondamentale issue de **considérations d'ordre éthique**, qui valent aussi en procédure (ATF 132 I 249 consid. 5).

815. La jurisprudence a également précisé la double portée de la règle : elle s'applique tant aux **relations entre les parties** qu'entre les **parties et le juge** (ATF 107 Ia 206 consid. 3a ; 103 Ia 505 consid. 1, JdT 1979 I 354 ; 102 Ia 574 consid. 6).

816. Le principe de la bonne foi découle du **lien d'instance** (*Prozessrechtsverhältnis* ; ATF 130 III 396 consid. 1.2.3, JdT 2005 II 87).

3. Le juge

817. Le principe de la bonne foi vise à assurer un procès équitable. Le juge doit :

- éviter tout **formalisme injustifié**, accorder aux parties un délai pour réparer les erreurs de pure forme (art. 132 al. 1 CPC ; ATF 125 I 166)

consid. 3a et les réf. ; TF [01.02.2013] 5A_461/2012 consid. 4.3 : le mandataire doit apprécier de manière elle-même conforme à la bonne foi les éléments à rectifier) ;

- **interpréter les conclusions** de manière raisonnable (TF [02.12.2013] 4A_383/2013, RSPC 2014 221 ; TF [12.05.2009] 4A_551/2008, RSPC 2009 365 ; TF [14.03.2008] 5A_706/2007 consid. 2.4, RSPC 2008 247 ; ATF 105 II 149 consid. 2a) ;
- ne pas adopter un comportement **contradictoire** (TF [01.05.2013] 4D_2/2013 consid. 3.4, RSPC 2013 293 ; TF [05.02.2012] 4A_660/2011) ;
- indiquer de manière correcte les **voies de droit** (mais le justiciable n'est pas protégé si l'erreur est clairement reconnaissable, ATF 135 III 374, RSPC 2009 282 et les réf. ; 135 III 489 consid. 4 et 6, RSPC 2009 357).

Jurisprudence. La partie qui aurait pu déceler une erreur affectant l'indication de la voie de droit par la seule lecture du texte légal ne mérite pas la protection de sa bonne foi. On attend des avocats qu'ils procèdent à un contrôle sommaire des indications relatives à la voie de droit. Il n'est en revanche pas attendu d'eux qu'outre les textes de loi, ils consultent encore la jurisprudence, même si elle est publiée aux ATF. Une décision de suspension est manifestement une ordonnance d'instruction si bien que l'art. 321 al. 2 CPC s'applique à l'évidence (ATF 141 III 270).

4. Les parties

818. L'art. 52 CPC interdit les comportements qui violent objectivement les règles d'éthique généralement reconnues et qui procèdent d'une volonté de détourner de leur but les institutions de procédure. Ne peuvent en particulier être invoqués des avantages juridiques qui résultent d'un état de fait provoqué dolosivement.

819. L'existence d'un comportement abusif ne doit être admise qu'avec réserve. Les parties sont en droit de **se prévaloir des règles de procédure** et d'exiger le respect des formes procédurales (comp. ATF 107 Ia 206 consid. 3b et ATF 40 III 154 consid. 4, JdT 1914 III 119).

820. On ne peut pas empêcher une certaine **instrumentalisation** des règles de procédure. D'ailleurs, le CPC donne lui-même une certaine marge de manœuvre aux parties et elles peuvent en faire usage, dans les limites de l'éthique décrites ci-dessus.

821. Il résulte en particulier du principe de la bonne foi :

- le fait de devoir se prévaloir de ses **moyens** en temps utile. Il est contraire au principe de la bonne foi d'invoquer après coup des moyens que l'on avait renoncé à faire valoir en temps utile en cours de procédure, parce que la décision intervenue a finalement été défavorable (ATF 127 II 227 consid. 1b, JdT 2002 I 674 ; TF [16.02.2017] 4A_453/2016 consid. 3.3.2 ; *supra*, p. 64) ;
- le fait de se laisser opposer un **for** au lieu d'une apparence d'établissement (ATF 101 Ia 39 consid. 3-4, JdT 1975 I 344 ; *supra*, p. 74) ;
- le fait que le dépôt d'une demande ou d'un recours fonde un lien d'instance et impose aux parties de faire en sorte que les actes officiels **puissent leur être notifiés** (TF [21.12.2007] 2C_554/2007, RSPC 2008 140) ;
- le fait que les parties ne doivent pas faire en procédure des **déclarations** qu'elles savent **fausses** ou nier des faits qu'elles savent vrais (CR CPC-BOHNET, art. 52 CPC N 47, et les réf.) ;
- le fait que, en matière de **faits négatifs**, le défendeur doit coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la preuve du contraire (ATF 119 II 305).

II. Les principes de procédure

822. Au sens entendu ici, les principes de procédure déterminent les **lignes directrices** du procès – la manière dont celui-ci va être conduit, dans le cadre fixé par les garanties générales de procédure (*supra*, p. 217).

823. La manière de conduire le procès peut **varier** d'un type de procédure à l'autre (ordinaire, simplifiée, sommaire ; *infra*, p. 249) et d'une cause à l'autre, les principes de procédure applicables étant différents suivant le litige en jeu.

Exemples. Si l'objet du litige relève du bail d'habitation et porte sur l'annulation d'un congé, il sera régi par la maxime inquisitoire sociale (art. 247 al. 2 let. a CPC). Lorsqu'un procès en droit de la famille implique des enfants, les questions les concernant seront commandées par les maximes d'office et inquisitoire (art. 296 al. 1 et 3 CPC).

Jurisprudence. La maxime inquisitoire étant un principe relatif à l'établissement des faits (ATF 137 III 617 consid. 5.2), et non une garantie de nature formelle, la partie n'a pas de droit inconditionnel à ce que la juridiction d'appel administre les preuves que le premier juge n'a pas ordonnées (TF [14.05.2012] 5A_609/2011 consid. 3.2.2).

824. Les principes de procédure portent sur la détermination de l'objet du litige (A), l'apport des faits et des preuves (B), l'application du droit (C) et les modalités du procès (D).

A. La détermination de l'objet du litige

1. Le principe de disposition

825. Compte tenu de l'autonomie reconnue aux parties dans leurs relations de droit privé, il leur revient également de déterminer ce qu'elles entendent faire valoir en justice.

826. C'est le principe de disposition, en vertu duquel le tribunal ne peut accorder à une partie ni plus ni autre chose que ce qui est demandé, ni moins que ce qui est reconnu par la partie adverse (art. 58 al. 1 CPC). D'où l'adage *ne ultra petita*. Le principe de disposition est la **règle**.

827. Cela signifie que le demandeur détermine en principe librement l'objet du litige (*supra*, p. 5), dont il dispose également librement. Quant au défendeur, il peut aussi librement admettre la prétention du demandeur, s'y opposer, ou, à certaines conditions, faire valoir ses propres prétentions dans le même procès, au moyen d'une demande reconventionnelle (*infra*, p. 314).

828. Sont des **expressions** du principe de disposition, par exemple : la possibilité d'acquiescer (art. 106, 208 al. 1, 241 CPC), de se désister (art. 65, 106, 208 al. 1, 241 CPC), de transiger (art. 109, 208 al. 1, 241 CPC) ou encore de faire valoir une demande partielle (art. 86 CPC). Le fait de devoir chiffrer ses conclusions découle également du principe *ne ultra petita* : le juge ne devant pas statuer au-delà des conclusions des parties, il doit connaître le montant demandé (*infra*, p. 324).

829. On tire également du principe de disposition l'interdiction de la **reformatio in peius**, selon lequel, les autorités de recours ne peuvent en principe pas accorder moins que le premier juge faute de remise en cause par la partie adverse (ATF 110 II 113 consid. 3c-4 ; TF [11.12.2000] 5P.391/2000 consid. 3a). Il n'a pas pour effet en revanche d'empêcher l'autorité de recours d'appliquer le droit d'office (TF [11.12.2000] 5P.391/2000 consid. 3a et les réf.).

2. La maxime d'office

830. La maxime d'office, qui représente l'**exception**, permet au juge d'aller au-delà des conclusions des parties (art. 58 al. 2 CPC), et l'oblige à statuer même en l'absence de conclusions (ATF 118 II 93 consid. 1a).

831. Le principe vaut également en **instance de recours**, jusqu'au Tribunal fédéral (ATF 122 III 404 consid. 3d ; 119 II 201 consid. 1 ; art. 282 al. 2 CPC pour les contributions d'entretiens allouées aux enfants en procédure de divorce, TF [18.7.2012] 5A_169/2012 consid. 3.3).

832. Cette maxime s'impose lorsque l'**ordre public** est en jeu. Il en va ainsi dans les procédures applicables aux **enfants** dans les affaires de **droit de la famille** (art. 296 al. 3 CPC), au partage du **2^e pilier** en cas de divorce (art. 280-281 CPC), ou encore par l'art. 22 al. 1 de la Loi fédérale du 13 juin 2008 sur la responsabilité civile en matière **nucléaire** et par l'art. 731b al. 1 ch. 3 CO en matière de **carences dans l'organisation** pouvant aboutir à la dissolution de la société anonyme (ATF 138 III 166 consid. 3.9 ; 138 III 294 consid. 3.1.3 ; TF [13.05.2013] 4A_4/2013 consid. 3.2).

Jurisprudence. Les conclusions portant sur les contributions d'entretien pour le conjoint en procédure de mesures protectrices étant soumises au principe de disposition (art. 58 al. 1 CPC), elles doivent être chiffrées, ou à tout le moins mentionner un montant minimum, revu une fois l'administration des preuves réalisée. En revanche, la maxime d'office s'applique pour les contributions concernant les enfants, si bien que le juge n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 58 al. 2, 296 al. 3 CPC). Le conjoint doit le cas échéant prendre des conclusions subsidiaires pour l'hypothèse où le juge retient d'autres montants pour les enfants dont il résulterait un disponible pour lui (TF [15.05.2014] 5A_704/2013 consid. 3.3-3.5, partiellement reproduit in ATF 140 III 231).

833. L'autorité de **protection de l'enfant et de l'adulte** applique également cette maxime (art. 446 al. 3 CC), compte tenu des intérêts qu'elle doit sauvegarder. Elle peut ainsi intervenir d'office, sans qu'une requête ou des conclusions aient été prises devant elle.

834. La maxime d'office va de pair avec la maxime inquisitoire (art. 55 al. 2 CPC), qui permet au juge de retenir les faits d'office et d'administrer librement les preuves (*infra*, p. 238).

835. Il arrive également que la loi prévoie, dans des **hypothèses bien spécifiques**, que le juge puisse accorder autre chose que demandé.

Exemples. Le juge saisi d'une demande en annulation du congé en matière de bail doit d'office examiner la question de la prolongation du bail s'il rejette la conclusion en annulation (art. 273 al. 5 CO ; TF [11.11.2014] 4A_386/2014 consid. 4.1). De même, le juge saisi d'une demande en réhabilitation d'un contrat de vente ou d'entreprise peut se borner à réduire le prix (art. 205 al. 2 CO et TF [07.07.2006] 4C.147/2006, RSPC 2007 15 pour le contrat de vente). En matière de dommages (art. 43 al. 1 CO), le juge est libre de déterminer le mode de réparation. Nous avons vu *supra*, p. 167, qu'en matière d'action en cessation de trouble, les art. 679 et 684 CC permettent à celui qui l'intente de formuler ses conclusions de manière toute générale. Il suffit que les allégués de la demande définissent les causes et les effets du trouble.

B. L'apport des faits et des preuves

1. La maxime des débats

836. Corollaire du principe de disposition (*supra*, p. 233), la maxime des débats veut, compte tenu de l'autonomie des parties, que celles-ci **présentent les faits** à l'appui de leurs conclusions, et **proposent les preuves** destinées à

les démontrer (art. 55 al. 1 CPC ; fardeau subjectif de l'allégation [*subjective Behauptungslast*] et fardeau subjectif de la preuve [*Beweisführungslast* ; *infra*, p. 361], ATF 144 III 519 consid. 5.1, RSPC 2019 11). Comme le principe de disposition, la maxime des débats représente la **règle**.

837. La maxime des débats est quelque peu **tempérée** par le devoir d'interpellation du juge (*infra*, p. 240), voire par son devoir d'interpellation renforcé dans certaines procédures simplifiées (*infra*, p. 241).

838. Selon la jurisprudence, la maxime des débats impose au demandeur d'alléguer les faits pertinents de manière *suffisamment motivée* (charge de la motivation des allégués ; *Substanziierungslast der Tatsachenbehauptungen*) pour que, d'une part, le défendeur puisse dire clairement quels faits allégués dans la demande il admet ou conteste et que, d'autre part, le juge puisse établir, en partant des allégués de fait figurant dans la demande et de la détermination du défendeur dans la réponse, les faits pertinents et contestés pour lesquels une administration de preuve s'impose (ATF 144 III 519 consid. 5.2.1.1, RSPC 2019 11 ; 144 III 67 consid. 2.1, RSPC 2018 11 ; arrêt de principe : 127 III 365 consid. 2b, JdT 2001 I 390).

839. Les exigences de cette **motivation en fait** vont tout d'abord dépendre des **éléments constitutifs de la norme juridique invoquée** (*Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm*). Les allégués doivent au minimum comprendre ces éléments constitutifs, présentés de manière suffisamment précise pour que la partie adverse puisse indiquer lesquels elle conteste, voire présenter déjà ses contre-preuves. Si l'ensemble des faits exigés par le droit matériel fédéral en lien avec les prétentions formulées n'ont pas été valablement introduits dans le procès, la conséquence sera le rejet de ces prétentions (ATF 142 III 462, consid. 4.3, RSPC 2017 I ; 115 II 187 consid. 3b). Lorsque la partie adverse **conteste** (*infra*, p. 313) certains de ces faits, le demandeur est alors contraint d'**exposer de manière plus détaillée** le contenu de l'allégation de chacun des faits contestés, de façon à permettre au juge d'administrer les preuves nécessaires pour les élucider et appliquer la règle de droit matériel au cas particulier (ATF 144 III 519 consid. 5.2.1.1, RSPC 2019 11 ; arrêt de principe : 127 III 365 consid. 2b, JdT 2001 I 390).

840. Le juge ne peut donc en principe pas retenir un fait qui n'a pas été allégué au sens de la jurisprudence précitée, même s'il résulte des pièces ou des autres preuves administrées. Le demandeur doit expliciter de manière suffisamment précise les faits qu'il entend établir au moyen de la preuve requise. La

jurisprudence réserve l'hypothèse dans laquelle un allégué **se réfère à une pièce** dont la portée est évidente (*selbsterklärend*), si bien que de retranscrire son contenu dans l'allégué serait une opération vide de sens (ATF 144 III 519 consid. 5.2, RSPC 2019 11). La difficulté est de déterminer quand un fait a été **suffisamment allégué**.

Jurisprudence. Les faits doivent être allégués et énoncés de façon suffisamment détaillée dans les écritures, afin de **circonscrire le cadre du procès**, assurer une certaine transparence et permettre une contestation efficace par l'adverse partie. L'allégation globale d'un ensemble de faits par simple référence aux pièces produites n'est pas suffisante (TF [16.12.2013] 4A_309/2013 consid. 3.2, SJ 2014 I 197).

Les **faits générateurs** 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 défendeur (ATF 142 III 462, RSPC 2017 1).

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 activités (TF [01.03.2017] 4A_692/2015, consid. 6.1, RSPC 2017 210).

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 total (TF [30.10.2017] 4A_261/2017, RSPC 2018 10).

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 individuelle (TF [12.09.2018] 4A_374/2018, RSPC 2019 6).

Les faits doivent être **individualisés pour chaque consort simple**, lorsque les prétentions contre chacun d'eux diffèrent (ATF 147 III 166 consid. 3.4 : détermination du litige en matière d'appel en cause).

2. La maxime inquisitoire

841. Lorsque l'ordre public est en jeu, le juge établit les **faits d'office** (art. 55 al. 2 CPC). Cela signifie qu'il n'est lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis, ni par les moyens de preuve invoqués par les parties (TF [10.02.2014] 5A_877/2013 consid. 4.1, RSPC 2014 254). Cette maxime représente l'**exception**.

842. Le tribunal doit, de son propre chef, ordonner les **preuves** utiles à l'établissement des faits (art. 153 al. 1 CPC) et ainsi **retenir des faits** qui n'auront **pas** été **formellement allégués** par les parties mais qui sont importants pour rendre une décision conforme aux intérêts protégés (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1).

843. Les parties doivent cependant **collaborer** à l'établissement des faits ; elles ne peuvent pas se contenter d'une attitude passive pour ensuite reprocher au juge des lacunes éventuelles (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1). La représentation par un mandataire professionnel n'est pas sans incidence dans ce contexte.

844. En procédure civile, la maxime inquisitoire va en principe de pair avec la **maxime d'office**, qui permet au juge d'aller au-delà des conclusions des parties, et l'oblige à statuer même en l'absence de conclusions. Elle s'applique chaque fois que la maxime d'office s'impose (art. 296 al. 1 CPC, 446 al. 1 CC, par exemple).

845. La maxime inquisitoire s'applique également parfois sans maxime d'office. C'est le cas en matière de **principe du divorce** (art. 277 al. 3 CPC ; le juge doit également requérir d'office les documents manquants pour statuer sur les conséquences patrimoniales du divorce, art. 277 al. 2 CPC).

Jurisprudence. En matière de contribution d'entretien pour les enfants, et bien que la maxime inquisitoire ait été instaurée principalement dans l'intérêt de l'enfant, celle-ci doit profiter également au débiteur de l'entretien, ce d'autant plus que celui-ci a en principe le droit à voir son minimum vital sauvegardé (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1).

3. La maxime inquisitoire sociale

846. Le CPC connaît une maxime inquisitoire **atténuée** (ou limitée ou simple), dite maxime inquisitoire sociale, inscrite à l'art. 247 al. 2 CPC. Il est en effet

prévu selon la version allemande de cette disposition que le Tribunal « constate » (*stellt fest*) les faits d'office, ce qui va moins loin que le fait pour le tribunal de devoir « rechercher » (*erforschen*) les faits d'office (version allemande de l'art. 296 al. 1 CPC).

847. La maxime inquisitoire sociale prévoit que le juge **s'assure**, lorsqu'il doit avoir des motifs objectifs d'éprouver des doutes à ce sujet, que les **allégués** des parties et leurs offres de **preuves sont complets**. S'il ne le fait pas, il viole l'art. 247 al. 2 CPC (ATF 141 III 569 consid. 2.3.1 ; 138 III 374 consid. 4.3.2).

848. Les **parties demeurent responsables** d'alléguer les faits pertinents, de les contester, d'apporter des éléments de preuve et de motiver leur position le cas échéant (ATF 141 III 569 consid. 2.3.1 ; TF [22.04.2014] 4A_27/2014 consid. 1.4).

849. Cette maxime est issue des art. 274d al. 3 (bail) et 343 al. 4 aCO (travail). L'art. 247 al. 2 CPC la prévoit concernant les matières soumises à la procédure simplifiée en vertu de l'art. 243 al. 2 CPC, par exemple en droit du **bail** (bail à loyer et à ferme en matière d'habitations et locaux commerciaux, bail à ferme agricole lorsque le litige porte sur la consignation du loyer ou du fermage, la protection contre les loyers ou les fermages abusifs, la protection contre les congés ou la prolongation du bail à loyer ou à ferme) ou du **travail** si le litige relève de la Loi sur l'**égalité**. Il la prévoit également pour les litiges de droit du travail et certains litiges de droit du bail qui ne rentrent pas dans les hypothèses de l'art. 243 al. 2 CPC mais sont néanmoins soumis à la procédure simplifiée en raison de leur valeur litigieuse (art 247 al. 2 let. b *cum* 243 al. 1 CPC).

850. La maxime inquisitoire sociale s'applique également en matière de **mesures protectrices** de l'union conjugale (art. 272 CPC ; TF [06.03.2013] 5A_2/2013 consid. 4.2) et à notre avis de **mesures provisionnelles** en procédure de **divorce** (art. 276 CPC ; le Tribunal fédéral n'a pas formellement tranché, mais penche dans cette direction : TF [04.09.2019] 5A_335/2019, consid. 5.2 et les nombreuses réf.).

851. La maxime inquisitoire sociale se distingue du devoir d'interpellation renforcé (*infra*, p. 241) par le fait qu'elle **impose** au juge de **retenir des faits non formellement allégués** mais qui résulteraient des preuves administrées et lui **permet d'ordonner** toute **preuve** non proposée par les parties (comp. aussi art. 153 al. 1 CPC).

Exemple. Dans un litige relatif à la contestation d'un congé portant sur des locaux d'habitation, le juge devrait rendre attentif le locataire au fardeau qui est le sien de prouver le caractère abusif du congé, par exemple l'existence d'un motif de façade à la résiliation. Il pourrait également de son propre chef décider d'entendre des témoins pour établir la réelle volonté du bailleur.

852. La maxime inquisitoire sociale doit permettre aux parties d'agir personnellement **sans recours aux avocats** et ainsi éviter les frais qu'ils engendrent. Lorsqu'une partie est représentée par un avocat, le tribunal peut en général se fier aux compétences du représentant et partir du principe que les allégations et les offres de preuves sont présentées de manière complète (TF [31.03.2003] 4C.143/2002).

4. Le devoir d'interpellation du juge

853. Le juge organise le procès (*infra*, p. 275). Il examine les conditions de recevabilité de la demande (art. 59-60 CPC), et lorsque cela s'avère nécessaire, accorde un délai pour rectifier les actes (art. 132 al. 1 CPC) ou par exemple payer l'avance de frais (art. 101 CPC). D'une manière générale, il doit **interpeller** les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donner l'occasion de les **clarifier** et de les **compléter** (art. 56 CPC). Le but est d'éviter qu'une partie ne soit déchu de ses droits parce que ses allégués de fait et ses offres de preuves sont affectés de **défauts manifestes** (ATF 146 III 413 consid. 4.2, RSPC 2021 20 et les réf.)

Exemple. Lorsque le juge a une hésitation sur le sens d'un allégué, il peut demander à la partie de le préciser, de même s'il constate qu'une partie a oublié une page dans son acte. Il en va de même si par exemple la portée d'une expertise requise par une partie n'est pas claire. La jurisprudence le retient en matière d'hésitation sur la voie procédurale choisie par le demandeur (ATF 138 III 728 consid. 3.3 ; TF [16.04.2012] 4A_87/2012 consid. 3.1.1).

854. Le devoir d'interpellation du juge **ne lui permet pas** en revanche de compléter de manière spontanée les allégués des parties ou de leur suggérer des moyens qu'elles n'auraient pas invoqués. Il ne doit pas servir à réparer des négligences procédurales ni favoriser un plaideur et rompre le principe d'égalité des parties ; l'interpellation est par ailleurs limitée par le cadre du procès (ATF 146 III 413 consid. 4.2, RSPC 2021 20 ; 142 III 462 consid. 4.3).

Jurisprudence. Si un délai est accordé au défendeur pour améliorer sa réponse, il ne peut pas en profiter pour déposer désormais une demande reconventionnelle.

Cela serait contraire au principe d'égalité des armes, celui de la simultanéité des moyens d'attaque et de défense (ATF 146 III 413 consid. 4.2, RSPC 2021 20).

855. En revanche, il appliquera d'office le **droit** aux faits retenus (art. 57 CPC ; *infra*, p. 242), en rendant le cas échéant les parties attentives à une argumentation juridique inattendue (ATF 140 III 312 consid. 6.3.1.2).

Exemple. Le juge ne peut pas demander à une partie si elle entend invoquer la prescription (voir d'ailleurs art. 142 CO), si elle souhaite alléguer des nouveaux postes du dommage ou encore se prévaloir du dol ou de l'erreur. Il ne peut pas plus à notre sens demander à une partie si elle accepte tacitement le for (lorsque celui-ci est dispositif).

5. Le devoir d'interpellation renforcé

856. En procédure simplifiée, le devoir d'interpellation du juge est renforcé. Le juge doit également intervenir pour rendre attentives les parties à leurs **allégués et preuves insuffisants** (art. 247 al. 1 CPC).

Exemple. Si une demande portant sur le remboursement d'un prêt ne contient aucun allégué aux termes duquel un contrat écrit a été passé entre les parties, le juge peut rendre le demandeur attentif à l'importance de ce point.

857. Il ne s'agit cependant pas pour le tribunal de retenir des faits non allégués, mais uniquement d'insister sur les éventuelles lacunes de leurs actes.

858. Les **circonstances concrètes** influencent la portée du devoir d'interpellation. La difficulté de la cause, le niveau de formation des parties et leur représentation éventuelle par un mandataire professionnel sont des éléments à prendre en compte.

859. En cas de représentation par un **avocat**, le devoir d'interpellation renforcé est affaibli, mais une partie de la doctrine considère que la partie représentée ne doit pas être désavantagée par rapport à celle qui procède seule (TF [02.12.2013] 4D_57/2013 consid. 3.2, RSPC 2014 144 ; ATF 140 III 312 consid. 6.3.1.2).

Jurisprudence. Il n'est en tout cas pas arbitraire de considérer que lorsque le demandeur est un avocat, le juge n'a pas à le rendre attentif au fait que sa demande présente des lacunes dans les allégués (TF [02.12.2013] 4D_57/2013 consid. 3.4, RSPC 2014 144).

C. L'application du droit

860. Si, en principe (*supra*, p. 233, 235), il revient au demandeur de déterminer l'objet du litige et aux parties d'alléguer les faits et de proposer leurs preuves, le juge doit appliquer le **droit d'office** (art. 57 CPC ; *jura novit curia*). Cela signifie qu'il n'est pas lié par la qualification juridique des faits proposée par les parties.

Références. L'application du droit d'office avait été imposée aux tribunaux des cantons par le Tribunal fédéral depuis les ATF 89 II 337 consid. 2 et 90 II 34 consid. 6b, afin que ceux-ci disposent du même pouvoir d'examen que lui dans l'examen du dossier. L'art. 63 al. 1 et 3 OJ prévoyait en effet que le Tribunal fédéral n'est pas lié par les motifs invoqués par les parties et apprécie librement la portée juridique des faits.

Jurisprudence. Le juge peut retenir que la prétention est due sur une base contractuelle (sous-traitance) plutôt que sur une base quasi contractuelle (gestion d'affaires sans mandat). En effet, le contrat est un concept juridique rattaché à un certain complexe de faits, il n'est donc pas nécessaire que l'une ou l'autre des parties ait allégué la conclusion d'un contrat (TF [23.10.2013] 4D_28/2013 consid. 3 et 5, RSPC 2014 111). S'il ressort des faits allégués et prouvés que la créance du demandeur a été cédée, le juge, appliquant le droit d'office, lui dénie la légitimation active (TF [07.06.2012] 4A_282/2012 consid. 1.3). Le juge doit relever d'office la simulation (ATF 97 II 201 consid. 5 ; TF [05.08.2013] 4A_191/2013 consid. 4). Saisi d'une demande en dommages-intérêts pour résolution d'un contrat, le juge peut allouer les conclusions au titre de l'enrichissement illégitime, quand bien même le demandeur ne s'était pas placé sur ce terrain (ATF 64 II 264 consid. 2).

861. Le juge doit cependant interpellier les parties s'il envisage d'adopter une **solution juridique imprévisible** pour elles (TF [23.10.2013] 4D_28/2013 consid. 4 ; ATF 130 III 35 consid. 5 ; 126 I 19 consid. 2 ; 124 I 49 consid. 3b ; 123 I 63 consid. 2d).

Jurisprudence. Une partie qui relève le caractère international d'un litige doit s'attendre à l'application de conventions internationales et ne peut pas se plaindre dans un tel cas d'une violation de son droit d'être entendue (TF [21.10.2005] 5P.245/2005, RSPC 2006 130). S'il y a un doute sur la qualité pour agir ou la légitimation d'une partie, le juge doit informer les parties lorsqu'elles n'ont pas soulevé ce point (TF [11.110.2008] 4A_165/2008 consid. 7.3, RSPC 2009 145).

862. Il ne faut pas confondre l'application d'office du droit aux faits allégués et le régime prévu par la loi pour les **exceptions de droit civil**. Celles-ci, à l'exemple de la prescription (art. 142 CO), doivent être expressément

invoquées par celui qui s'en prévaut (*infra*, p. 335). En revanche, l'exception invoquée, le juge détermine d'office si les conditions légales de l'exception sont remplies.

863. Dans les causes patrimoniales, la **preuve du droit étranger** peut être mise à la charge des parties (art. 150 al. 2 CPC, 16 al. 1 LDIP). D'une manière plus générale, si le contenu du droit étranger est établi d'office, la collaboration des parties peut être requise à cet effet (art. 16 al. 1 LDIP).

864. Devant le **Tribunal fédéral**, les violations de la Constitution fédérale ou de dispositions cantonales ou intercantionales doivent être expressément invoquées et motivées pour être examinées (art. 106 al. 2 LTF ; *Rügeprinzip* ; *infra*, p. 472).

D. Les modalités de la procédure

1. L'oralité et l'écrit

a. Historique

865. Les lois de procédure balancent depuis des siècles entre un modèle de procédure orale ou écrite. Ces deux approches de la procédure sont l'expression des deux grandes traditions, l'une romaniste, l'autre germaniste, qui ont chacune influencé, souvent de manière croisée, les lois de procédure civile continentales. De manière schématique, on oppose en effet la procédure canonique, tirée des sources romaines, essentiellement écrite (« *quod non est in actis, non est in mundo* »), à l'ancienne procédure coutumière germanique, sacramentelle et orale.

866. Les procédures cantonales étaient inspirées de ces deux modèles, et connaissaient des procédures plutôt écrites ou plutôt orales, suivant les traditions, les influences et les modèles pris en considération (code de procédure civile français de 1806, procédure de droit commun allemande, code de procédure civile allemand de 1877), avec des évolutions au cours du 20^e siècle.

867. Certains codes en vigueur au 31 décembre 2010 posaient le principe d'une procédure orale, à moins de règles contraires dans la loi (p. ex., art. 104 ZPO AR ; art. 29 ZPO SH), d'autres organisaient une procédure en principe

écrite, mais orale en cas de faible valeur litigieuse (p. ex., art. 295 ss, 341 ss CPC NE ; art. 72 ss, 294 ss LPC GE). Quelques cantons ne prévoyaient pas une verbalisation systématique des témoignages (art. 350 CPC NE ; art. 209 CPC VD), alors qu'elle était par principe imposée dans d'autres, selon diverses formes (art. 30 al. 4 ZPO SH; art 128 ZPO BE).

b. La portée

868. La forme écrite ou orale peut en particulier porter (en première ou deuxième instance) sur :

- l'apport des faits et les offres de preuve (*infra*, p. 307 ss) ;
- la conduite du procès (*infra*, p. 275) ;
- l'administration des preuves (*infra*, p. 384) ;
- les plaidoiries des parties (*infra*, p. 344) ;
- le prononcé du jugement (*infra*, p. 398).

c. Les caractéristiques

869. Les **avantages** de l'**oralité** sont sa plus grande souplesse qui permet une présence des particuliers seuls à l'audience, la réactivité en audience, la possibilité d'aménagement en audience, la facilitation des interpellations du juge et des tentatives de conciliation, et sa rapidité.

870. Ses **inconvénients** résident dans le manque de preuve de ce qui se dit à l'audience, et au manque de cadre qui en résulte, à tout le moins si le procès-verbal n'est pas tenu de manière exemplaire, et sa sérieuse inadéquation aux procès complexes.

871. Les **avantages** de l'**écrit** sont sa précision, tant sur les faits que sur le droit, et la preuve qu'il donne des actes accomplis. Il assure une plus grande sécurité, en particulier dans les procès complexes.

872. Ses **inconvénients** sont sa lenteur en raison des échanges qui peuvent se multiplier, le formalisme qu'il engendre nécessairement et les incompréhensions qui peuvent en résulter (il est généralement préférable pour un juge de s'expliquer sur des incidents de procédure en audience). Un avocat est souvent nécessaire compte tenu de la technicité des actes.

d. Le CPC

873. Le CPC ne **choisit pas un modèle procédural** s'appliquant en principe, dont la nature serait orale ou écrite. Il n'oppose pas formellement l'oralité et l'écrit.

874. Il existe une certaine **perméabilité** entre les divers types de procédures organisées par le Code (Message CPC, p. 6863). Une certaine marge de manœuvre est laissée aux parties dans la présentation de leurs prétentions et au juge dans l'organisation du procès.

875. La **procédure ordinaire** (*infra*, p. 251, 308) débute par des échanges écrits, mais dès les éventuelles audiences d'instruction puis les débats principaux, l'oralité s'impose et permet à certaines conditions de compléter et de modifier les actes écrits par dictée au procès-verbal. Les plaidoiries finales peuvent être orales ou écrites. Le besoin de **sécurité juridique** par la fixation précise des positions des parties en procédure ordinaire justifie ce modèle procédural.

876. La **procédure simplifiée** (*infra*, p. 252, 310) peut être exclusivement orale : demande dictée au procès-verbal, puis citation aux débats principaux. Elle peut être en partie écrite, avec le dépôt d'une demande simplifiée, motivée ou non, puis le dépôt, requis ou spontané, d'une prise de position écrite avant les débats. Les plaidoiries finales peuvent être orales ou écrites. C'est la volonté d'assurer **l'accessibilité de la justice** pour les causes soit de moindre importance, soit de nature sociale, qui donne ses caractéristiques à la procédure simplifiée.

877. La **procédure sommaire** (*infra*, p. 254, 311) peut prendre une forme entièrement orale ou entièrement écrite, ou une forme mixte : requête dictée au procès-verbal lorsque le cas est simple ou urgent, citation aux débats par le juge, ou requête écrite, renonciation aux débats par le juge et dépôt d'une prise de position écrite, ou encore un panachage de ces diverses modalités. Ce modèle s'explique par la nécessité d'assurer un **règlement simple et rapide** des litiges en procédure sommaire.

878. Seule la procédure aboutissant à une décision devant l'autorité de conciliation est expressément décrite comme une procédure orale (art. 212 al. 2 CPC).

2. La maxime éventuelle (de concentration)

879. En réaction à la procédure coutumière d'inspiration romano-canonique qui voyait le procès divisé en plusieurs phases lors desquelles les moyens des parties étaient successivement annoncés dans un ordre préétabli (*Reihenfolgeprinzip*), la maxime éventuelle de la procédure de droit commun allemande postule la règle de l'**invocation immédiate** de l'ensemble des arguments des parties dès leur première prise de position. Les moyens sont donc *concentrés* et invoqués le cas échéant à *titre éventuel*.

880. Alors que la maxime éventuelle n'a plus cours en Allemagne, où tous les moyens peuvent en principe être invoqués tout au long de l'instance, et qu'elle n'a jamais existé en France, bien des procédures cantonales et désormais les procédures organisées par le CPC sont **influencées** par cette maxime. Ainsi, l'ensemble des faits et des preuves doit être avancé dans la demande et la réponse (art. 221 s. CPC), avec seulement une seconde chance possible d'apporter des faits et des preuves (ATF 140 III 312 consid. 6.3.2.3), soit dans une écriture, soit aux débats d'instruction, soit à l'introduction des débats principaux (*infra*, p. 319).

881. Le principe est **tempéré** par la garantie du procès équitable (*supra*, p. 219) et le respect du **contradictoire** qui permet aux parties de se prononcer sur chaque prise de position de la partie adverse et du juge (droit de réplique inconditionnel ; *supra*, p. 220). Lorsque la maxime inquisitoire ou inquisitoire sociale s'applique (*supra*, p. 238 ss), les parties peuvent alléguer et proposer des preuves jusqu'aux délibérations du tribunal (art. 229 al. 3 CPC ; *infra*, p. 321).

882. Par ailleurs, les parties ont la possibilité d'alléguer des faits et de proposer des moyens de preuve non encore avancés dans le procès jusqu'aux délibérations du tribunal lorsque ceux-ci sont, soit **survenus après** la dernière audience d'instruction (nova ; art. 229 al. 1 let. a CPC), soit existaient auparavant, mais leur allégation ne pouvait pas alors être raisonnablement exigée (pseudo-nova ; art. 229 al. 1 let. b CPC) (*infra*, p. 321).

3. La maxime d'immédiateté

883. Lorsque le tribunal chargé de trancher un litige est composé de plusieurs juges (nature collégiale), la loi peut prévoir que l'**ensemble des opérations**

(actes des parties ; administration des preuves) se déroule devant le tribunal au complet. C'est la maxime d'immédiateté.

884. Le but de cette maxime est d'assurer que le tribunal ait une connaissance directe des positions des parties et de l'administration des preuves.

885. La loi peut au contraire prévoir que **certaines tâches** sont **déléguées** à un juge chargé d'instruire la cause (médiateté). Cela peut être le cas pour l'organisation des débats, le prononcé de l'ordonnance de preuves et l'administration des preuves.

886. La médiateté se justifie par le souci de rationaliser les ressources en personnel judiciaire. La présence de trois juges lors de l'administration des preuves peut ne pas être essentielle si un procès-verbal bien tenu permet la prise de connaissance des dépositions des témoins et des parties.

887. Le CPC retient une **voie médiane**, laissant une marge de manœuvre aux cantons. Si par principe, les décisions finales et incidentes (art. 236 s. CPC ; *infra*, p. 394) relèvent de la compétence du tribunal au complet, en revanche la **conduite du procès** peut être déléguée à un membre de tribunal (art. 124 al. 2 CPC). On entend par là l'ensemble des actes du juge qui ne mettent pas un terme au procès (dans ce sens CR CPC-TAPPY, art. 124 N 5), à savoir toutes les décisions d'instruction, par exemple le prononcé sur avance de frais, la suspension de l'instance, la jonction de cause, etc. Cela vaut également pour l'administration des **preuves** (art. 155 al. 1 CPC).

Exemples. L'art. 42 al. 1 du CDPJ VD prévoit que lorsque la loi désigne une autorité collégiale pour statuer sur le fond, le président ou, pour les cours du Tribunal cantonal et la Chambre patrimoniale cantonale, un juge délégué dirige l'échange d'écritures et la procédure préparatoire.

§ 8 Les types de procédures

888. Le CPC organise **trois procédures principales** : la procédure ordinaire (art. 220 ss CPC), la procédure simplifiée (art. 243 ss CPC) et la procédure sommaire (art. 248 ss CPC). Elles présentent certains traits communs (I), et se distinguent sur d'autres points (II).

889. Les procédures de **droit matrimonial** sont régies par des dispositions particulières au stade de la première instance (art. 271-294 CPC). La procédure sommaire, qui s'applique en particulier aux mesures protectrices, connaît certains aménagements particuliers (art. 271-273 CPC). La procédure de divorce est réglée spécifiquement (art. 271-284 : dispositions générales ; art. 285-289 : divorce sur requête commune ; art. 290-293 : divorce sur demande unilatérale, procédure également applicable aux actions en séparation et en annulation du mariage, art. 294 CPC).

890. Les procédures relatives au **partenariat enregistré** sont réglementées de manière identique aux procédures de droit matrimonial (art. 305 ss CPC),

891. Les questions relatives aux **enfants** dans les affaires de droit de la famille font également l'objet de dispositions particulières (art. 295 ss CPC).

I. Les traits communs

892. La partie générale du Code s'applique aux diverses procédures que celui-ci organise. Cela signifie que les règles de forme, de forme générale des actes et d'instance sont en principe identiques dans toutes les procédures.

893. L'art. 219 CPC précise par ailleurs que les dispositions du titre consacré à la procédure ordinaire (art. 220 ss) s'appliquent par analogie aux autres procédures, sauf disposition contraire de la loi.

II. Les traits distinctifs

894. Les procédures ordinaire, simplifiée et sommaire se distinguent en particulier par :

895. La présentation formelle et la succession des actes (*infra*, p. 308 ss).

Procédure ordinaire

- formalisme plus accentué (art. 221 ss CPC ; *infra*, p. 308) ;
- réplique et duplique si le juge le décide (art. 225 CPC ; *infra*, p. 312).

Procédure simplifiée et sommaire

- formalisme moins accentué (art. 244, 252 CPC ; *infra*, p. 310 ss, 311 ss).

896. Les parties au procès.

Procédure simplifiée et sommaire

- pas d'appel en cause (art. 81 al. 3 CPC ; *supra*, p. 153).

897. Les frais.

Procédure simplifiée et sommaire

- dispenses de frais dans certaines procédures simplifiées (art. 114 let. a, c, d et e CPC ; *supra*, p. 186) ;
- pas de sûretés dans les affaires soumises à la procédure simplifiée par l'art. 243 al. 2 CPC et en procédure sommaire (art. 99 al. 3 CPC ; *supra*, p. 194).

898. Le déroulement du procès.

Procédure ordinaire

- débats généralement plus longs (art. 228 ss CPC ; *infra*, p. 339 ss).

Procédure simplifiée

- règles plus souples pour la représentation (art. 68 al. 2 let. b CPC ; *supra*, p. 126) et devoir d'interpellation renforcé (art. 247 CPC).

Procédure sommaire

- règles plus souples pour la représentation (art. 68 al. 2 let. b et c CPC ; *supra*, p. 126) ;
- pas de préalable de conciliation (art. 198 let. a CPC ; *infra*, p. 263) ;
- pas nécessairement de débats (art. 256 al. 1 CPC ; *infra*, p. 342) ;
- limitation des preuves (art. 254 CPC ; *infra*, p. 410) ;
- les délais ne sont pas suspendus pendant les fêtes judiciaires (art. 145 al. 2 let. b CPC ; *infra*, p. 353).

899. Les recours.

Procédure sommaire

- les délais d'appel et de recours sont raccourcis à dix jours (art. 314 et 321 al. 2 CPC ; *infra*, p. 434, 443) ;
- l'appel joint est expressément exclu (art. 314 al. 2 CPC ; *infra*, p. 432).

III. Le champ d'application

A. La procédure ordinaire

900. La procédure ordinaire s'applique dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse (*supra*, p. 99) **dépasse CHF 30 000.-**.

901. Elle s'applique également, quelle que soit la valeur litigieuse dans les causes entrant dans la compétence de l'**instance cantonale unique** (art. 5, 8,

243 al. 3 CPC ; *supra*, p. 39) ou d'un tribunal de commerce (art. 6, 243 al. 3 CPC ; *supra*, p. 40).

902. La procédure ordinaire est aussi applicable dans les **causes non patrimoniales** (p. ex. demande en cessation d'une atteinte à la personnalité).

B. La procédure simplifiée

903. La procédure simplifiée s'applique à toute cause patrimoniale dont la valeur litigieuse (*supra*, p. 99) **ne dépasse pas CHF 30 000.–** (art. 243 al. 1 CPC).

904. Elle s'applique, quelle que soit la valeur litigieuse (art. 243 al. 2 CPC) :

- a) aux litiges relevant de la Loi du 24 mars 1995 sur l'**égalité** ;
- b) aux litiges portant sur des violences, des menaces ou du harcèlement au sens de l'**art. 28b CC** ;
- c) aux litiges portant sur des **baux** à loyer ou à ferme d'**habitations** et de **locaux commerciaux** et sur des baux à ferme agricoles en ce qui concerne la consignation du loyer ou du fermage, la protection contre les loyers ou les fermages abusifs, la protection contre les congés ou la prolongation du bail à loyer ou à ferme ;
- d) aux litiges portant sur le droit d'accès aux données prévu par la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données ;
- e) aux litiges relevant de la Loi du 17 décembre 1993 sur la participation ;
- f) aux litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie.

Jurisprudence. Le Tribunal fédéral retient une acception très large de la notion de « **protection contre les congés** ». Le litige relève de la protection contre les congés dès que « [...] le tribunal doit se prononcer sur la fin du bail, que ce soit en raison d'un congé ordinaire ou extraordinaire ou en raison de l'inexistence d'un rapport contractuel ou de l'expiration d'un contrat de bail de durée déterminée ; peu importe que le juge ait été saisi par le locataire de conclusions en inefficacité, invalidité, nullité ou annulation à titre principal et/ou subsidiaire, respectivement en prolongation du bail, ou qu'il l'ait été par le bailleur de conclusions principales ou reconventionnelles en expulsion ou en constatation de la fin du bail » (ATF 142 III 690 consid. 3.1 précisant l'ATF 142 III 402). Certains cas restent irrésolus, notamment celui du litige portant sur la validité du congé donné par le locataire (*cf.* Chambre des recours civile VD [14.06.2017], décision

n° 219). Une solution serait de retourner au droit ayant précédé le CPC (art. 247d al. 1 aCO) et de prévoir l'application de la procédure simplifiée pour tout litige portant sur des baux à loyer ou à ferme d'habitations et de locaux commerciaux, de même que sur des baux à ferme agricole, indépendamment de la valeur litigieuse (comp. FRANÇOIS BOHNET, Bail et procédure simplifiée : où prend fin le domaine de la protection contre les congés ? Plaidoyer pour une révision législative, in : Bovey/Chappuis/Hirsch [éd.], Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz, Zurich 2019, p. 305 ss, p. 314 N 20).

Quant à la notion de **consignation du loyer ou du fermage**, elle doit également être interprétée largement. En référence au droit matériel, elle vise tous les litiges dans lesquels le locataire exerce un droit découlant de l'art. 259a al. 1 CO en matière de défaut de la chose louée et qu'il entend mettre en œuvre dans le cadre de la consignation du loyer (ATF 146 III 63 consid. 4, Newsletter Droit du bail janvier 2020 et note DIETSCHY). Reste à déterminer le moment auquel la consignation doit intervenir pour que le locataire bénéficie de la procédure simplifiée. Le Tribunal fédéral semble accepter implicitement que la consignation puisse avoir lieu au moment du dépôt de la demande au fond, soit après la litispendance, qui correspond au moment du dépôt de la requête de conciliation (même arrêt et note DIETSCHY).

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit que la procédure simplifiée s'applique aux procédures de divorce sur requête commune avec accord partiel (art. 288 al. 2, 2^e et 3^e phr. du projet) et sur requête unilatérale (art. 291 al. 3 du projet).

905. Elle s'applique aux procès portant exclusivement sur les **prétentions de l'enfant** relevant du droit de la famille (art. 295 CPC) :

- paternité (art. 261 ss CC) ;
- désaveu de paternité (art. 256 ss CC) ;
- contribution d'entretien (art. 276 ss CC).

Controverse. Se pose la question de l'application de la procédure simplifiée aux procédures concernant l'**enfant majeur**. Il faut l'admettre à notre sens, compte tenu du besoin de protection des jeunes adultes également. Le Tribunal fédéral l'a retenu sans discussion (TF [17.04.2013] 5A_155/2013 consid. 2.4), mais son raisonnement dans l'ATF 139 III 368 consid. 3.4, RSPC 2013 493, avec note BOHNET, portant sur l'action alimentaire de l'art. 329 CC, pourrait remettre en cause cette approche.

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit que la procédure simplifiée s'applique à l'ensemble des procédures indépendantes concernant les enfants (sous-entendu : aussi les majeurs, cf. Message CPC 2020, p. 2674) ainsi qu'à leurs demandes d'aliments (art. 295 du projet). Il faut en déduire selon le Message que la maxime inquisitoire – illimitée – a le même champ d'application que celui de

la procédure simplifiée, bien que la modification proposée de l'art. 296 CPC ne l'exprime pas (Message CPC 2020, p. 2675 s.).

C. La procédure sommaire

906. L'art. 248 CPC énumère les **cinq domaines** d'application de la procédure sommaire, à savoir :

- a) les cas prévus par la loi (en particulier art. 249-251 CPC [qui dressent des listes non exhaustives, voir ATF 138 III 166], entre autres les mainlevées d'opposition, art. 80 ss LP ; les décisions d'exécution, art. 339 al. 2 CPC, *infra*, p. 480) ;
- b) les cas clairs (art. 257 ; *infra*, p. 419) ;
- c) la mise à ban (art. 258 ss CPC) ;
- d) les mesures provisionnelles (art. 261 ss ; *infra*, p. 405 ; y compris les mesures protectrices de l'union conjugale, voir art. 271 CPC) ;
- e) la juridiction gracieuse (*supra*, p. 18, 83).

§ 9 L'introduction de l'instance

I. Les actes introductifs

907. Le Code mentionne comme actes introductifs d'instance :

- la requête de conciliation (*Schlichtungsgesuch*) ;
- la demande (*Klage*) ;
- la requête en justice (*Gesuch*) ;
- la requête commune en divorce (*gemeinsames Scheidungsbegehren*).

908. La demande est la forme employée en procédure ordinaire (art. 221 CPC) et simplifiée (art. 244 CPC : demande simplifiée). La requête en justice est la forme requise en procédure sommaire (art. 252 CPC).

909. En principe, c'est la **requête de conciliation** qui introduit l'instance (art. 197 CPC). Cependant, l'art. 198 CPC dresse une liste d'exceptions. Ainsi, la procédure sommaire ne débute jamais par une requête de conciliation (art. 198 let. a CPC). La procédure de divorce et de dissolution du partenariat enregistré ne débute pas non plus par une requête de conciliation (art. 198 let. c CPC).

910. L'introduction de l'instance intervient alors même que l'acte n'est pas valide en la **forme**, tant qu'il peut être reconnu comme un acte introductif d'instance (le cas échéant un délai est fixé au requérant pour rectifier son acte, art. 132 al. 1 CPC).

911. L'acte est introductif d'instance au moment de son dépôt, alors même que le demandeur devrait par exemple, sur requête de juge (art. 56 et 132 al. 1 CPC), préciser le nom de sa partie adverse ou l'objet de sa demande (comp. GULDENER, p. 232 ; d'un autre avis : BSK-INFANGER, N 16, 18). En d'autres termes, la litispendance est donnée, alors même que les conditions de recevabilité ne seraient pas réunies (TF [04.03.2013] 4A_592/2013 consid. 3.2, RSPC 2014 322).

II. Le moment

912. Le moment déterminant est la remise au **greffe** (comp. Message CPC, 6955), à la **poste suisse** ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 143 al. 1 CPC). Le Code étend ainsi au début de la litispendance la solution retenue par le Tribunal fédéral pour le respect des délais de péremption de droit fédéral (ATF 65 II 166, JdT 1940 I 18 ; 49 II 38 consid. 2, JdT 1923 I 454 ; Message CPC, 6891).

Jurisprudence. Les automates Mypost24, actifs 24h/24, sont assimilés à un bureau de poste suisse au sens notamment de l'art. 143 al. 1 CPC à charge, le cas échéant, pour l'expéditeur de prouver que le délai a été observé (TF [05.02.2019] 5A_972/2018 consid. 4.2).

913. Lorsqu'un acte est transmis par **voie électronique**, le dépôt intervient lorsque le système informatique correspondant à l'adresse électronique officielle du tribunal confirme sa réception le dernier jour du délai au plus tard (art. 143 al. 2 CPC).

914. Une **attestation de dépôt** de l'acte introductif d'instance est délivrée aux parties (art. 62 al. 2 CPC). Celle-ci mentionnera la date et l'heure de la remise.

III. Les effets

915. L'introduction de l'instance par le demandeur crée un rapport légal entre les parties au procès, le **lien d'instance** (*supra*, p. 130).

916. Elle emporte **litispendance** (art. 62 al. 1 CPC) :

- le lien d'instance **empêche** qu'une seule et même contestation fasse l'objet d'un **second procès** simultané entre les mêmes parties (*Sperrwirkung*) (art. 64 al. 1 let. a et 59 al. 2 let. d CPC ; *infra*, p. 285) ;
- l'introduction de l'instance **fixe le for** (*Fixationswirkung* ; *perpetuatio fori*) (art. 64 al. 1 let. b CPC) ;
- si le demandeur décide de **retirer unilatéralement** sa demande après que le défendeur en a été notifié, il ne peut en principe pas

réintroduire la même demande contre la même partie (désistement d'action, art. 65 CPC ; *infra*, p. 403) ;

- Le début de la litispendance est déterminant pour le **respect des délais** de droit privé (déchéance et prescription, *supra*, p. 169 ss) (art. 64 al. 2 CPC ; TF [04.03.2013] 4A_592/2013 consid. 3.2, RSPC 2014 322).

Jurisprudence. Il ne peut pas être opposé à une partie qui invoque la compensation qu'elle aurait déjà fait valoir la même créance dans une autre procédure pendante. La litispendance au sens de l'art. 62 CPC ne couvre pas l'objection de compensation. Par conséquent, la litispendance d'une prétention dans une procédure n'exclut pas de faire valoir la même prétention dans une autre procédure par objection de compensation (ATF 142 III 626 consid. 8.4, RSPC 2017 4).

Si le dépôt de la requête en conciliation crée la litispendance, c'est néanmoins le dépôt de la demande qui introduit la procédure au fond devant le juge de première instance et la litispendance n'empêche pas les parties d'alléguer des faits qui se seraient déroulés postérieurement à sa création (TF [17.05.2021] 5A_788/2020 consid. 3.1.2.1).

IV. Le maintien de la litispendance

A. Le principe

917. Les actes introductifs de l'art. 62 CPC fixent la litispendance. Cependant, celle-ci prend fin en cas d'incompétence de l'autorité saisie ou lorsque l'acte est déclaré irrecevable. Les conséquences peuvent être lourdes, en particulier lorsque l'acte introductif a sauvegardé un délai de déchéance ou interrompu un délai de prescription (*supra*, p. 169 ss), ou que la partie adverse a déposé une demande portant sur le même objet du litige peu après. L'art. 63 CPC permet au demandeur, dans certaines hypothèses, de maintenir la litispendance (TF [04.03.2013] 4A_592/2013 consid. 3.2, RSPC 2014 322).

Jurisprudence. L'effet rétroactif de la litispendance selon l'art. 63 CPC peut se produire plusieurs fois de suite, les cas d'abus de droit étant réservés. Il suppose que, dans le délai prescrit, l'intéressé réintroduise, devant l'autorité qu'il tient pour compétente, la même écriture, en original, que celle qu'il a déposée initialement devant un tribunal incompétent, accompagnée, le cas échéant, d'une traduction dans la langue officielle du canton compétent (ATF 141 III 481, consid. 3).

Lorsque le demandeur saisit par erreur une autorité de conciliation, et que l'autorité qu'il tient par la suite pour compétente ne connaît pas la conciliation (p. ex. le tribunal de commerce), il doit quand même déposer l'original de sa requête de conciliation, du moins lorsqu'elle satisfait aux exigences d'une demande (ATF 145 III 428).

B. Les hypothèses

918. L'art. 63 al. 1 CPC traite de l'hypothèse de l'**incompétence**. En cas de retrait ou de prononcé d'irrecevabilité de l'acte introductif d'instance pour ce motif, l'instance est réputée introduite à la date du premier dépôt de l'acte si celui-ci est **réintroduit dans le mois** qui suit le retrait ou la déclaration d'irrecevabilité devant le tribunal compétent ou l'autorité de conciliation compétente.

Jurisprudence. L'incompétence peut être tant **locale** que **matérielle**, y compris au stade de l'autorité de conciliation (TF [04.03.2013] 4A_592/2013 consid. 3.2, RSPC 2014 322 ; ATF 138 III 471 consid. 6 ; HGer ZH [30.03.2012], ZR 2012 97 N 36 ; ATF 132 V 404 consid. 4.1, sous l'empire de l'art. 139 CO).

919. L'alinéa 2 prévoit le même mécanisme lorsque la demande n'a pas été introduite selon la **procédure prescrite**.

Controverses. Selon le Tribunal fédéral, le dépôt d'une demande sans **préalable de conciliation** est un cas d'application de l'art. 63 al. 2 CPC (TF [11.03.2013] 4A_602/2012, 4a_604/2012 consid. 5.1). On peut se demander si ce cas ne devrait pas plutôt entrer dans la notion d'incompétence (CR CPC-BOHNET, art. 63 N 11), comme on l'admet dans l'**hypothèse inverse** (dépôt d'une requête de conciliation dans une procédure où le préalable est exclu, par exemple lorsque la procédure relève du tribunal de commerce), voir en ce sens TF [04.03.2013] 4A_592/2013 consid. 3.2, RSPC 2014 322, et l'état de fait B.a. de l'arrêt TF [11.02.2014] 4A_150/2013).

Les auteurs sont partagés sur la question de savoir si le délai de l'art. 63 CPC s'applique lorsque le juge déclare la demande de **cas clair** irrecevable, dans la mesure où le choix de la procédure de cas clair est volontaire (pour des développements, *infra*, p. 423).

Le délai de l'art. 63 CPC peut-il être invoqué par le demandeur dont l'acte, **vicié formellement**, et qui a pu faire l'objet d'une rectification dans le délai fixé par le juge conformément à l'art. 132 al. 1 CPC, est ensuite déclaré irrecevable faute de rectification (suffisante) ? Le Tribunal fédéral le nie, l'art. 132 CPC étant à son sens une expression de l'art. 63 CPC (ATF 141 III 481, consid. 3.2.4, RSPC 2016 5).

920. Le maintien de la litispendance vaut également lorsqu'une **demande** faisant suite à un préalable de conciliation (art. 197 CPC), qui n'est donc pas l'acte qui débute la litispendance au sens de l'art. 62 CPC, est déclarée irrecevable (ATF 146 III 265 consid. 5.7.2 ; TF [04.03.2013] 4A_592/2013 consid. 3.2, RSPC 2014 322 ; comp. ATF 89 II 304 consid. 7 sous l'empire de l'art. 139 aCO).

Jurisprudence. La litispendance débute par le dépôt de la requête de conciliation, alors même que l'autorité de conciliation est incompétente si la cause relève du tribunal de commerce. En cas de délivrance par cette autorité d'une autorisation de procéder, puis d'un prononcé d'incompétence par le tribunal civil, le demandeur dispose du délai de l'art. 63 CPC afin de maintenir la litispendance créée par le dépôt de la requête de conciliation (TF [04.03.2013] 4A_592/2013 consid. 3.2, RSPC 2014 322).

C. Le délai

921. Le délai **commence à courir** dès la notification de la décision motivée d'incompétence, et ce même si la voie de l'appel est ouverte (ATF 138 III 610, RSPC 2013 4, qui confirme la solution retenue sous l'empire de l'art. 139 aCO, ATF 109 III 49). L'entrée en force n'est donc pas déterminante.

Controverse. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question du respect du délai pour agir lorsque celui-ci se termine avant le délai d'appel ou de recours (ATF 138 III 610 consid. 2.8). A notre avis, le délai est suspendu en cas d'appel (art. 315 CPC ; HGer ZH [30.03.2012], ZR 2012 97 N 36). L'effet suspensif doit être requis en cas de recours (art. 325 al. 2 CPC), et il se justifie de l'accorder dans un tel cas.

922. La **computation** du délai d'un mois se fait de quantième en quantième, conformément à l'art. 142 al. 2 CPC.

Exemple. Si le retrait de l'acte introductif d'instance est adressé par la poste au greffe un 2 mai, le délai d'un mois arrive à échéance le 3 juin, dans la mesure où il commence à courir le 3 mai, jour déterminant selon le texte de l'art. 142 al. 2 CPC, appliqué à la lettre par le Tribunal fédéral (ATF 138 III 610, JdT 2015 II 444, RSPC 2013 4).

923. Le délai est **suspendu** durant les vacances judiciaires (art. 145 al. 1 CPC ; ATF 138 III 610 consid. 2.8, RSPC 2013 4). A notre avis, l'art. 145 al. 2 CPC, qui exclut la suspension en procédure de conciliation et en procédure

sommaire, ne concerne pas le délai de l'art. 63 CPC, qui n'est pas inclus dans l'une de ces procédures.

924. Si le délai pour agir est **plus bref qu'un mois en matière de LP**, c'est ce délai qui s'applique (art. 63 al. 3 CPC).

Exemple. En matière de libération de dette, la demande doit être redéposée dans les vingt jours dès le prononcé d'irrecevabilité (art. 83 al. 2 LP).

925. Sauf arbitraire, l'art. 63 CPC peut être invoqué à **plusieurs reprises**, en particulier lorsque le tribunal désigné comme compétent par le premier juge se déclare lui aussi incompétent (ATF 141 III 481, consid. 3 ; 138 III 471 consid. 6, RSPC 2013 377).

D. Les frais

926. Le maintien de l'instance est sans influence aucune sur la question des frais.

927. En cas de retrait ou de prononcé d'irrecevabilité faute de compétence ou pour cause de mauvaise procédure, les principes généraux en matière de répartition des frais s'appliquent. La partie qui succombe aura les frais à sa charge (art. 106 al. 1 CPC) (TF [11.03.2013] 4A_602/2012, 4A_604/2012, consid. 5).

V. La fin de l'instance

928. L'instance prend fin par :

- l'acquiescement (art. 241 CPC) ;
- le désistement (art. 241 CPC) ;
- la transaction (art. 241 CPC) ;
- l'ordonnance de classement (entre autres lorsque l'affaire devient sans objet, comp. sur cette notion, art. 242 CPC) ;
- la décision finale (art. 236 CPC).

929. L'acte mettant fin à l'instance emporte généralement **chose jugée** (TF [27.04.2009] 5A_82/2009 consid. 2.3) et empêche une partie de

soumettre au juge la même prétention se fondant sur les mêmes faits (ATF 119 II 89, JdT 1994 I 60 et les réf.).

930. Il existe toutefois des **exceptions**, en particulier en cas de **désistement d'instance** (*Klagerückzug* « *angebrachtermassen* », vieille expression que l'on pourrait traduire par retrait « approprié », « sans préjudice » ou « en l'état » ; ATF 141 III 481 consid. 3.2.4). Celui-ci n'est pas défini par le CPC. A lire l'art. 65 CPC *a contrario*, un désistement d'instance ne peut intervenir que si le tribunal saisi est **incompétent** ou si la demande au fond n'a **pas encore** été **notifiée** à la partie adverse (ou à aucune d'entre elles s'il y en a plusieurs). Dans ces deux cas, le retrait de la demande n'emporte pas chose jugée. Ainsi, la **requête de conciliation** peut être retirée sans conséquence (comp. TF [11.03.2013] 4A_602/2012, 4A_604/2012, consid. 5.2).

931. Toujours en vertu de cette disposition, les parties peuvent convenir d'un retrait de la demande. On parle dans ce cas d'**abandon de cause**, expression que le Code n'emploie cependant pas.

932. Un abandon de cause peut aussi résulter du **défaut des deux parties** (*infra*, p. 357) à l'audience de conciliation (art. 206 al. 3 CPC) ou aux débats (art. 234 al. 2 CPC).

933. Un **retrait unilatéral** de la demande n'emportant pas chose jugée peut encore prendre d'autres formes : nous avons vu par exemple (*supra*, p. 184) qu'à défaut de **paiement des frais** à l'échéance d'un second délai, la demande est déclarée irrecevable (art. 101 al. 3 CPC ; voir ATF 140 III 159 consid. 4.2.2, JdT 2020 II 131). Voir également le cas visé à l'art. 206 al. 1 CPC : **défaut du demandeur** à l'audience de conciliation (*infra*, p. 357).

§ 10 La conciliation

I. Notion

934. La conciliation est une **phase**, délimitée ou non, **du procès civil** qui a pour but le règlement amiable d'un litige avec l'aide d'un tiers désigné par la loi.

935. La procédure de conciliation est toujours **instituée par la loi**. Elle vise un double objectif : favoriser la paix sociale en donnant l'occasion aux justiciables de résoudre leur litige à l'amiable, d'une part et répondre aux impératifs d'économie de procédure en limitant le coût, la durée et le nombre des procédures, d'autre part.

II. Le champ d'application

936. On peut distinguer **trois cas de figure** dans le CPC, loi qui recourt largement à la conciliation :

- La conciliation, au sens large, est désignée comme une **attribution générale du juge**, lequel est autorisé en toutes circonstances à provoquer, faciliter ou constater la survenance d'un accord entre les parties (art. 124 al. 3 CPC).
- On distingue ensuite la conciliation attachée aux procédures dites ordinaires, indépendamment du domaine du droit qui est en cause. Pour désigner ce type de conciliation, on parle généralement de **tentative préalable de conciliation**. Elle couvre la plupart des procédures ordinaires et simplifiées (art. 197 ss CPC). La procédure de conciliation est cependant exclue en procédure sommaire (art. 198 let. a CPC).
- La conciliation est spécialement réglementée en matière de **divorce** : elle se résume à une tentative préalable de conciliation sur les effets du divorce dans le cadre de la procédure de divorce sur demande unilatérale (art. 198 let. c et 291 CPC) et sur les effets de la dissolution du partenariat enregistré (art. 198 let. d et 306 CPC). Il

ne peut cependant être renoncé à cette audience de conciliation (ATF 138 III 366 consid. 3.1 ; *infra*, p. 266).

III. Le préalable de conciliation

A. Principe

937. La conciliation se déroule en principe avant la procédure judiciaire au sens strict. Aux termes de l'art. 197 CPC, la procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation.

B. Les exceptions

1. Les cas d'exclusion

938. Les cas d'exclusion du préalable de conciliation sont inscrits à l'art. 198 CPC, qui dresse une **liste exhaustive**. Le préalable n'a pas lieu :

- dans la procédure sommaire (let. a) ;
- dans les procès d'état civil (let. b) ;
- dans les actions concernant la contribution d'entretien et le sort des enfants lorsqu'un parent s'est adressé à l'autorité de protection de l'enfant avant l'introduction de l'action (art. 298b et 298d CC) (let. b^{bis}) ;
- dans la procédure de divorce (let. c) ;
- dans les procédures concernant la dissolution du partenariat enregistré (let. d) ;
- en cas d'actions relevant de la LP (let. e) :
 1. en libération de dette (art. 83, al. 2 LP),
 2. en constatation (art. 85a LP),
 3. en revendication (art. 106 à 109 LP),
 4. en participation (art. 111 LP),
 5. en revendication de tiers ou de la masse des créanciers (art. 242 LP),
 6. en contestation de l'état de collocation (art. 148 et 250 LP),

- 7. en constatation de retour à meilleure fortune (art. 265a LP),
- 8. en réintégration des biens soumis au droit de rétention (art. 284 LP) ;
- dans les litiges qui sont de la compétence d'une instance cantonale unique en vertu des art. 5 et 6 (et de l'art. 7 CPC, qui, selon l'ATF 138 III 558 consid. 4.5, n'est pas mentionné dans le texte de loi suite à une inadvertance manifeste du législateur) (let. f) ;
- en cas d'intervention principale, de demande reconventionnelle (voir TF [06.01.2014] 4A_370/2013 consid. 2.5, RSPC 2014 224) ou d'appel en cause (let. g) ;
- lorsque le tribunal a fixé un délai pour le dépôt de la demande (let. h).

Projet de révision du CPC. Le projet étoffe et précise la liste de l'art. 198 a. 1 CPC. La conciliation est ainsi également exclue : en cas d'action concernant la contribution d'entretien et d'autres questions relatives au sort des enfants (let. b^{bis}) ; en cas de litiges qui sont de la compétence d'une instance cantonale unique en vertu de l'art. 7 (let. f) ; en cas d'action qui doit être introduite dans un délai fixé par le tribunal, ni pour les actions qui sont jointes et connexes à celle-ci (let. h) ; en cas d'action devant le Tribunal fédéral des brevets (let. i). Il supprime l'exclusion *ex lege* de la conciliation devant une instance cantonale unique en vertu des art. 5 et 6 CPC.

2. Le préalable à titre facultatif

939. Suivant une formule consacrée, la tentative de conciliation est facultative ou obligatoire. Elle est facultative lorsqu'il n'est pas imposé à la partie qui initie une procédure de s'adresser au préalable à l'autorité de conciliation.

940. Dans le CPC, la procédure de conciliation, lorsqu'elle est prévue, est en principe obligatoire (art. 197 CPC).

941. Les parties à un **litige patrimonial de CHF 100 000.–** au moins peuvent toutefois y renoncer d'un **commun accord** (art. 199 al. 1 CPC), qui peut être antérieur au litige et, comme le retient le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire (TF [16.03.2021] 5A_1006/2020 consid. 3.3), également tacite. En revanche, un accord portant sur la renonciation à la procédure de conciliation n'est pas valable lorsque la valeur litigieuse est inférieure à cette somme. Dès lors, si le défendeur déclare qu'il ne participera pas à l'audience de conciliation, l'autorité de conciliation ne peut pas dispenser le demandeur de comparaître à cette audience. S'il le fait malgré tout, l'autorisation de

procéder délivrée au demandeur n'est pas valable (ATF 146 III 185 consid. 4).

942. Le demandeur peut décider **unilatéralement** de renoncer à la procédure de conciliation (art. 199 al. 2 CPC) :

- a) lorsque le **domicile** ou le siège du défendeur se trouve à l'**étranger** ;
- b) lorsque le lieu de résidence du défendeur est inconnu ;
- c) dans les litiges relevant de la Loi du 24 mars 1995 sur l'**égalité**.

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit de supprimer l'exclusion *ex lege* de la conciliation lorsqu'une instance cantonale unique est compétente en vertu des art. 5 et 6 CPC (art. 198 let. f CPC). Le paradigme redeviendrait donc celui du préalable de conciliation même devant l'instance cantonale unique et le tribunal de commerce. Le demandeur conserverait la possibilité d'y renoncer dans certaines hypothèses des art. 5 et 6 CPC pour autant que la valeur litigieuse soit supérieure à CHF 30 000.– (comp. Message CPC 2020, p. 1663 s.).

3. En matière de divorce

943. En matière de demande unilatérale en divorce, de séparation de corps, d'annulation du mariage, de modification du jugement de divorce et de dissolution du partenariat enregistré, le procès débute par le dépôt d'une demande (art. 284 al. 3, 290, 294, 307 CPC).

944. Cependant, la première audience porte sur une tentative de conciliation (art. 291 CPC). Cette audience ne peut pas être supprimée, et il ne peut pas être exigé du défendeur qu'il dépose une réponse à ce stade de la procédure (ATF 138 III 366 consid. 3.1). Il est en revanche en droit de déposer une prise de position s'il le souhaite (ATF 138 III 366 consid. 3.2.2).

C. Les effets

945. Lorsque la conciliation constitue la première étape du procès civil, l'acte qui l'initie est introductif d'instance et emporte **litispendance** (art. 62 al. 1 CPC).

946. En cas d'échec de la conciliation, les effets de la litispendance sont **maintenus** si la partie porte le litige devant l'autorité de jugement dans un délai donné (en principe trois mois, art. 209 al. 3 CPC ; trente jours dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux

commerciaux et aux baux à ferme agricoles, art. 209 al. 4 CPC, les autres délais légaux étant réservés, *infra*, p. 272). Si l'autorité de jugement n'est **pas saisie**, les effets de la litispendance **tombent**, et il faudra recommencer tout le processus.

D. L'autorité de conciliation

947. Le CPC prévoit une autorité de conciliation **distincte** (comme entité, mais pas nécessairement comme personne) du tribunal appelé à trancher le litige (art. 197 CPC).

948. L'organisation de cette autorité reste cependant de la compétence des **cantons** (art. 122 al. 2 Cst., 3 CPC ; *supra*, p. 38 ss), sous réserve d'une composition paritaire exigée en matière de bail à loyer et de Loi sur l'égalité (art. 200 CPC). Le CPC n'impose dès lors pas aux cantons de réserver la procédure de conciliation à une autorité judiciaire au sens strict (Message CPC, p. 6936).

949. A Neuchâtel, l'art. 15 al. 2 OJN précise que sauf demande conjointe des parties, le juge du fond ne peut pas être celui de la conciliation. Dans le canton de Vaud, le juge du fond n'est pas non plus celui de la conciliation, sauf exceptions (art. 41 CDPJ/VD). En revanche, c'est en principe le même juge à Fribourg, à moins d'une requête contraire d'une partie (art. 60 LJ FR).

E. La procédure

1. La requête

950. Une fois saisie de la requête (sur la forme, *infra*, p. 307), l'autorité de conciliation la transmet à la partie adverse en même temps qu'elle la cite à une audience, à moins qu'elle ne procède exceptionnellement à un échange préalable d'écritures (art. 202 CPC). Le défendeur peut déposer une **réponse** (comp. ATF 138 III 366, RSPC 2012 315).

2. Les conditions de recevabilité

951. L'autorité doit examiner sommairement que les conditions de recevabilité (*infra*, p. 277) propres à l'instance de conciliation sont réunies, en particulier sa compétence locale et matérielle. Si l'incompétence est manifeste, l'autorisation de procéder n'est pas valable (ATF 139 III 273 consid. 2.2 ; 140 III 70 consid. 5 ; *infra*, p. 272) et l'autorité de conciliation peut (*doit* à notre sens) rendre une décision de non-entrée en matière (ATF 146 III 47 consid. 3-4, Newsletter droit du bail février 2020 et note BOHNET).

Jurisprudence. Un locataire achète un chalet se trouvant sur l'emplacement de camping qu'il loue. Le bailleur résilie. Le locataire saisit l'autorité paritaire de conciliation (art. 200 al. 1 CPC). Le bail portant sur un emplacement de place de camping n'ayant manifestement pour objet ni une habitation, ni un local commercial, l'autorité paritaire de conciliation est manifestement incompétente et doit rendre une décision de non-entrée en matière (ATF 146 III 47 consid. 3-4, Newsletter droit du bail février 2020 et note BOHNET).

3. La procédure devant l'autorité

a. Généralités

952. Le déroulement de la conciliation à proprement parler n'est que **peu réglementé**. La loi, par une formule laconique (« [...] tente de trouver un accord entre les parties de manière informelle », art. 201 al. 1 CPC) laisse le conciliateur libre d'organiser et de mener l'audience de conciliation comme bon lui semble. Le conciliateur peut donner son avis sur la situation juridique et exercer une certaine pression sur les parties.

953. Lorsque la conciliation est confiée au juge appelé à trancher la cause, celui-ci ne peut pas être récusé pour l'appréciation *prima facie* du litige qu'il soumet aux parties en cours de conciliation (art. 47 al. 2 let. b CPC).

954. L'art. 203 al. 4 CPC prévoit un **délai maximum** de douze mois pour la durée de la procédure de conciliation.

b. La comparution personnelle et la représentation

955. L'art. 204 al. 1 CPC exige la **comparution personnelle** des parties à l'audience. Leur présence est essentielle pour la réussite du processus de conciliation (ATF 140 III 70 consid. 4.3). Le principe vaut aussi pour les **personnes morales**, qui doivent comparaître par un organe, exprimant sa volonté (ATF 112 II 172 consid. II/2c, JdT 1986 I 574) ou à tout le moins par une personne munie d'une procuration commerciale, autorisée à conduire le procès et connaissant la cause (ATF 140 III 70 consid. 4.3).

Jurisprudence. Un organe de fait ne peut pas représenter la personne morale à l'audience de conciliation (ATF 141 III 159 consid. 2.6), pas davantage que la personne munie d'une simple procuration civile au sens des art. 32 ss CO (même arrêt, consid. 3.3). En présence d'un mandataire commercial muni d'une procuration ad hoc (art. 462 al. 2 CO), mais qui n'est du reste pas investi d'un pouvoir général de conclure des actes juridiques pour la société (art. 462 al. 1 CO), la personne morale n'est pas valablement représentée à l'audience et est donc défaillante (même arrêt, consid. 3.4).

956. Les personnes qui ne disposent pas de la capacité d'ester en justice faute d'exercice des droits civils, comparaissent par le biais de leur représentant légal, ou personnellement lorsque le litige porte sur des droits strictement personnels (art. 67 al. 2 et 3 CPC).

Jurisprudence. La **représentation de l'enfant mineur** par un avocat n'est pas une comparution personnelle. Celui qui représente l'enfant doit pouvoir agir valablement et inconditionnellement ; il doit ainsi être autorisé à signer l'accord résultant de la conciliation. Le représentant légal ou, le cas échéant, le curateur au sens de l'art. 308 al. 2 CC, ne peut être dispensé de comparaître personnellement qu'aux conditions de l'art. 204 al. 3 CPC (TF [08.05.2020] 5A_385/2019, 5A_386/2019 consid. 4.3).

957. Les parties peuvent être **assistées** d'un conseil juridique (par quoi il faut entendre selon nous un avocat, art. 68 al. 2 let. a CPC) ou d'une personne de confiance (art. 204 al. 2 CPC)

958. Des **exceptions** sont cependant admises, lorsque la partie a son domicile en dehors du canton ou à l'étranger (art. 204 al. 3 let. a CPC), ou en cas de justes motifs, rendus à tout le moins vraisemblables, comme la maladie et l'âge (art. 204 al. 3 let. b CPC), ou encore, selon nous, un accident, un décès, un séjour à l'étranger ou une indisponibilité pour motifs professionnels. Dans ces cas, une représentation est possible.

959. Lorsque la présence de l'intéressé semble indispensable et que le motif peut disparaître, l'autorité pourra **reporter l'audience** (comp. art. 135 CPC).

960. Lorsque la cause au fond est régie par la procédure simplifiée, le **bailleur** peut déléguer à l'audience la gérance de l'immeuble (selon la version allemande du texte), et l'**employeur** ou l'**assureur** un employé, chaque fois à la condition que le délégué soit habilité, par écrit, à transiger (art. 204 al. 3 let. c CPC).

961. L'autorité devra dans tous les cas **informer** la partie adverse de la représentation, avant l'audience (art. 204 al. 4 CPC : « à l'avance »).

962. Sur le **défaut** à l'audience de conciliation, *infra*, p. 357.

c. L'audience

963. L'audience a lieu dans les **deux mois** qui suivent la réception de la requête ou la fin de l'échange d'écritures (art. 203 al. 1 CPC).

964. Des **audiences supplémentaires** peuvent être tenues avec l'accord des parties, mais la procédure ne peut excéder douze mois (*supra*, p. 268), ce qui ne constitue toutefois qu'un délai d'ordre.

965. Elle n'est pas **publique**, mais dans les affaires au sens de l'art. 200 CPC, l'autorité de conciliation peut autoriser partiellement ou complètement la publicité des débats si un intérêt public le justifie (art. 203 al. 3 CPC ; pour une critique, *supra*, p. 227).

d. Les preuves

966. L'**administration de preuves**, si elle n'est pas totalement exclue, ne correspond pas à l'exigence de célérité et de simplicité qui caractérise la conciliation (art. 203 al. 2 CPC). L'autorité de conciliation prend ainsi en considération les documents qui lui sont présentés et peut procéder d'office à une inspection. Curieusement, le CPC ne prévoit pas expressément que l'autorité de conciliation puisse d'office exiger la production de pièces.

967. Elle peut également administrer les **autres preuves** qui lui sont offertes si une **proposition de jugement** au sens de l'art. 210 CPC ou une **décision** au sens de l'art. 212 CPC est envisagée, à condition que la procédure ne s'en trouve pas substantiellement retardée.

e. La confidentialité

968. Les **dépositions des parties** ne doivent ni figurer au procès-verbal de conciliation, ni être prises en compte par la suite durant la procédure au fond (art. 205 al. 1 CPC). Cela signifie que les parties ne devraient pas se référer aux discussions intervenues lors de l'audience de conciliation.

969. L'art. 205 al. 2 CPC réserve cependant la prise en compte des dépositions dans une proposition de jugement ou une décision de l'autorité, *a priori* sur la base des notes prises par l'autorité.

Jurisprudence. L'inscription au procès-verbal de l'audience de conciliation de l'exception d'incompétence ne compromet pas l'objectif de la confidentialité et n'apparaît ainsi pas contraire à l'art. 205 al. 1 CPC (ATF 146 III 265 consid. 5.5.3).

f. La suspension

970. La procédure de conciliation peut être suspendue au sens de l'art. 126 al. 1 CPC, mais uniquement de manière retenue au-delà du délai maximum d'une année prévu pour la durée de la procédure de conciliation (art. 203 al. 4 CPC).

Jurisprudence. Admissibilité d'une suspension dans l'attente d'un prononcé final sur la question de la **récusation** d'un membre de l'autorité de conciliation (ATF 138 III 705 consid. 2.3). Admissibilité également en cas de procédure de recours sur la question de la **capacité d'ester** du demandeur (TF [17.04.2013] 5A_218/2013 consid. 3.1-3.2, RSPC 2013 310).

F. Fin de la conciliation

1. La réussite

971. Si la conciliation aboutit, l'accord des parties, consigné par écrit, vaut **transaction judiciaire** (*infra* p. 403) et emporte donc tous les effets d'un jugement entré en force (art. 208 al. 2 CPC).

2. L'échec

a. L'autorisation de procéder

972. En principe, l'autorité constate et consigne l'échec de la conciliation et délivre une **autorisation de procéder** (art. 209 CPC). Le demandeur doit alors porter le litige devant le tribunal dans un certain **délai**, s'il veut maintenir les effets de la litispendance (en principe **trois mois**, art. 209 al. 3 CPC ; **trente jours** dans les litiges relatifs aux baux à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux et aux baux à ferme agricoles, art. 209 al. 4 CPC, les autres délais légaux étant réservés). A défaut, une nouvelle procédure doit être entamée, le cas échéant par une nouvelle requête de conciliation. En d'autres termes, le fait de ne pas porter le litige devant le tribunal **n'entraîne pas** comme telle **la perte du droit matériel** (ATF 140 III 561 consid. 2.2.2.4, RSPC 2015 36 ; comp. ATF 118 II 479 consid. 2i).

Jurisprudence. La réserve de l'art. 209 al. 4, 2^e phr., CPC ne concerne pas les délais de déchéance de droit matériel (*Verwirkungsfrist*), connus par exemple en matière d'action en annulation des décisions de l'association, de la communauté de propriétaires d'étages ou de l'assemblée générale de la SA. Pour ces actions formatrices, la demande doit être déposée dans un délai de trois mois dès la délivrance de l'autorisation de procéder selon l'art. 209 al. 3 CPC (ATF 140 III 561 consid. 2 ; FRANÇOIS BOHNET, Autorisation de procéder et délai en matière d'action formatrice, RSPC 2014 395).

973. Le délai court **dès la notification** de l'autorisation de procéder, qui est par nature définitive (ATF 140 III 227 consid. 3.1). Il est **suspendu** pendant les fêtes (ATF 138 III 615 consid. 2.3).

974. L'autorisation de procéder doit être **valable** pour que le tribunal entre en matière. Tel n'est pas le cas d'une autorisation délivrée par une autorité dont l'incompétence à raison du lieu ou de la matière est manifeste (ATF 139 III 273 consid. 2.2 ; 146 III 47, Newsletter droit du bail février 2020 et note BOHNET), ou dont l'incompétence, non manifeste, a été soulevée par le défendeur (le principe de la bonne foi, art. 52 CPC, exclut le moyen lorsque le défendeur n'a rien dit) ou que celui-ci a fait défaut ; (ATF 146 III 265 consid. 5.5.3). Serait également invalide, une autorisation de procéder délivrée par une autorité dont la dépendance ou la **partialité** rendait illusoire tout espoir de conciliation (TF [03.09.2013] 4A_131/2013 consid. 2.2.2.1, dernière phrase, RSPC 2013 484, avec note BOHNET), et l'autorisation

délivrée alors que le demandeur a fait **défaut** à l'audience, ce qui implique que la cause soit rayée du rôle (ATF 140 III 70 consid. 5).

975. L'autorisation de procéder **ne fixe pas le for** : le demandeur peut agir au fond à un autre for si celui-ci est à sa disposition (comp. ATF 146 III 265 consid. 5.5.3).

976. L'autorisation de procéder ne peut **pas** faire l'objet d'un **recours**. Si une partie conteste sa validité, elle doit le faire valoir devant le juge saisi du fond (ATF 139 III 273 consid. 2.3 ; 140 III 227 consid. 3.1).

b. La proposition de jugement

977. A mi-chemin entre la procédure amiable et la procédure décisionnelle, l'autorité de conciliation peut également être appelée à rendre une **proposition de jugement** à l'issue d'une vaine séance de conciliation (art. 210 CPC). C'est le cas notamment dans divers litiges relatifs aux **baux** à loyer ou à ferme d'habitations ou de locaux commerciaux et aux baux à ferme agricoles et pour les **litiges patrimoniaux** dont la valeur litigieuse ne dépasse pas **CHF 5000.** –.

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit d'augmenter le seuil de valeur litigieuse du prononcé d'une proposition de jugement à CHF 10 000.– (art. 210 al. 1 let. c du projet). Il prévoit en outre de renommer la proposition de jugement « proposition de décision » à travers le Code (Message CPC 2020, p. 2632 s.).

978. Le CPC laisse l'autorité de conciliation **libre de proposer** un jugement ou non (art. 210 CPC). La proposition de jugement est acceptée et déploie les effets d'une décision entrée en force lorsqu'aucune des parties ne s'y **oppose** dans un délai de vingt jours à compter du jour où elle a été communiquée par écrit aux parties. L'opposition ne doit pas être motivée (art. 211 al. 1 CPC).

979. La proposition de jugement ne peut **pas** faire l'objet d'un **recours**. La partie qui conteste l'admissibilité d'une telle proposition doit faire opposition et saisir le juge (ATF 140 III 310 consid. 1.4). Un recours éventuel doit être interprété comme une opposition, et être transmis à l'autorité de conciliation pour qu'elle délivre une autorisation de procéder (ATF 140 III 310 consid. 1.5). En revanche, l'ordonnance d'instruction par laquelle l'autorité de conciliation constate que la proposition de jugement est entrée en force peut faire l'objet d'un recours dans les dix jours (art. 321 al. 2 CPC) (TF [20.08.2018] 4A_593/2017 consid. 3 non reproduit *in* ATF 144 III 404).

c. La décision

980. Le CPC prévoit enfin que l'autorité de conciliation peut, sur requête du demandeur, rendre une **décision au fond** dans les litiges patrimoniaux dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 2000.–. Dans ce cas, l'autorité fonctionne comme un véritable tribunal de première instance (art. 212 CPC).

Jurisprudence. Le choix de rendre une décision lorsque le demandeur le requiert entre dans le **pouvoir d'appréciation** de l'autorité de conciliation. Suivant les circonstances, c'est uniquement après avoir entendu les exposés des parties et non lors de la tentative de conciliation que l'autorité de conciliation peut déterminer si la procédure est mûre pour une décision ou s'il faut opter pour une autre voie (ATF 142 III 638 consid. 3.3-3.4.2, RSPC 2017 40).

981. L'art. 212 al. 2 CPC indique que la procédure est **orale**, ce qui signifie qu'elle doit être conduite rapidement, sans échange d'écritures et en principe en une audience, sans administration complexe des preuves. Le Tribunal fédéral retient avec la doctrine majoritaire que, dans ces limites, la procédure simplifiée s'applique par analogie, ainsi que les dispositions de la procédure ordinaire en vertu du renvoi de l'art. 219 CPC (TF [02.06.2021] 4D_76/2020 consid. 3, destiné à la publication).

§ 11 Le rôle du juge

982. En procédure civile suisse, le juge fait figure d'**élément central**. Il organise la procédure, interpelle les parties, détermine l'ordre des débats et les dirige (audition des témoins, inspections, etc.), fixe les questions à examiner et à trancher (art. 124 ss CPC).

I. La conduite du procès

1. Le principe

983. Le CPC fait du juge le moteur du procès. C'est lui qui **organise** la procédure.

984. Dès réception de la demande ou de la requête (le cas échéant ultérieurement, *infra*, p. 342), le tribunal prend, en faisant application de son large pouvoir d'appréciation dans ce domaine (ATF 140 III 159 consid. 4.2), les décisions pour assurer un **bon et rapide** développement du procès (art. 124 al. 1 CPC).

2. Les tâches du juge

985. Le juge détermine en particulier les éléments suivants :

- Il fixe le montant de l'avance de frais et accorde un délai pour son paiement (art. 98, 101 al. 1 CPC) ;
- il s'assure de la recevabilité de la demande ou de la requête (art. 59-60 CPC ; *infra*, p. 277) ;
- il peut tenter la conciliation en tout temps (art. 124 al. 3 CPC) ;
- il interpelle les parties lorsque leurs actes ou déclarations sont peu clairs, contradictoires, imprécis ou manifestement incomplets et leur donne l'occasion de les clarifier et de les compléter (art. 56 CPC) ;
- il fixe le délai de réponse en procédure ordinaire (art. 222 al. 1 CPC) ;

- il décide d'un second échange d'écritures en procédure ordinaire (art. 225 CPC) ;
- il fixe le délai de réponse en procédure simplifiée lorsque la demande est motivée (art. 245 al. 2 CPC) ;
- il décide de la tenue d'audiences d'instruction (art. 226 al. 1 et 246 al. 2 CPC) ;
- il assure la police de l'audience (art. 128 CPC ; blâme ou amende disciplinaire de CHF 1000.– au plus) ;
- il suspend la procédure si des motifs d'opportunité le commandent, notamment lorsque la décision dépend du sort d'un autre procès (art. 126 al. 1 CPC) ;
- il conduit l'audition des témoins et des parties (art. 171-172, 191-192 CPC) ;
- il conduit les inspections (art. 181 CPC).

986. Ces tâches peuvent être **déléguées** à un membre du tribunal (art. 124 al. 2 CPC).

3. La langue du procès

987. Le procès est conduit dans la langue officielle du canton dans lequel l'affaire est jugée (art. 129 1^{re} phr. CPC).

988. Il revient aux cantons qui reconnaissent plusieurs langues officielles de régler leur utilisation dans la procédure (art. 129 2^{de} phr. CPC ; pour des développements, voir ALEXANDRE PAPAUX, La langue de la justice civile et pénale en droit suisse et comparé, Neuchâtel et Bâle 2012, p. 263 ss).

989. Les requêtes d'entraide sont établies dans la langue officielle du tribunal requérant ou du tribunal requis (art. 196 al. 1 CPC).

Projet de révision du CPC. Animé par une volonté de faire de la Suisse un « [...] haut lieu international du règlement de différends en matière civile et commerciale [...] » (Message CPC 2020, p. 2654, 2658), le Conseil fédéral suggère de permettre au droit cantonal de prévoir que moyennant l'accord de toutes les parties, une autre langue nationale ou l'anglais peuvent être utilisés (art. 129 al. 2 du projet). Le projet prévoit une adaptation correspondante de la LTF (art. 42 al. 1^{bis} LTF du projet).

II. La simplification du procès

990. Le tribunal peut également prendre des mesures destinées à simplifier la procédure (art. 125 CPC). Ces mesures peuvent être les suivantes :

- **limiter** la procédure à des **questions** ou des **conclusions** déterminées (art. 125 let. a CPC ; p. ex. : examen de l'intérêt à agir, de la prescription, du principe de la responsabilité) ;
- ordonner la **division** de causes (art. 125 let. b CPC ; p. ex. : traiter séparément le procès contre A et contre B) ;
- ordonner la **jonction** de causes (art. 125 let. c CPC ; p. ex. : réunir deux procès portant sur des objets connexes) ;
- en cas d'affaires connexes, **transmettre** l'action au tribunal saisi en premier lieu avec l'accord de celui-ci (art. 127 CPC ; *infra*, p. 287) ;
- renvoyer la **demande reconventionnelle** à une **procédure séparée** (art. 125 let. d CPC).

Jurisprudence. En cas de jonction devant le même juge de prétentions relevant du même tribunal mais d'une autre procédure, la division de causes semble a priori une solution appropriée (TF [07.04.2020] 4A_522/2019 consid. 4).

III. Les conditions de recevabilité

A. L'examen par le juge

991. Il revient au juge d'examiner si les conditions de recevabilité de la demande sont réunies (art. 60 CPC). Lorsque la maxime des débats s'applique (*infra*, p. 235), le juge procède sur la base des éléments apportés par les parties permettant de conclure au respect des conditions de recevabilité (ATF 144 III 552 consid. 4.1.3 ; 141 III 294 consid. 6.1 ; 139 III 278 consid. 4.3). Il ne prend en compte d'office que les éléments aboutissant à l'irrecevabilité de l'acte (on parle à cet égard de **maxime inquisitoire partielle** ou **asymétrique** : TF [07.12.2017] 4A_229/2017 consid.3.4).

Jurisprudence. Il suffit que les éléments nécessaires ressortent de la partie en droit du mémoire (ATF 141 III 294 consid. 6.2, RSPC 2015 381).

992. Le tribunal doit théoriquement procéder à cet examen **dès réception de la demande**, avant d'en assurer la notification au défendeur.

Controverse. Le Tribunal fédéral retient que le juge saisi doit en cas de contestation administrer des preuves quant à sa **compétence**, avant l'examen du fond (ATF 141 III 294 consid. 5.1-5.2, RSPC 2015 381; 134 III 27 consid. 6.2.1, RSPC 2008 234 ; 133 III 295 consid. 6.2, JdT 2008 I 160, RSPC 2007 233 ; 122 III 249 consid. 3b/bb-c, JdT 1997 I 25). Dans un ATF 147 III 159, relatif à une problématique de faits de double pertinence, le Tribunal fédéral relève cependant que le justiciable ne dispose en principe pas d'un droit à obtenir une décision séparée sur la compétence. A notre sens, en cas de faits de double pertinence, l'examen est certes limité, mais le juge y procède et entre en matière si les conditions d'application de la théorie sont réunies (*supra*, p. 105). En d'autres termes, le tribunal doit toujours trancher la question de sa compétence au début du procès en cas de contestation du défendeur, que celle-ci dépende de faits doubles (auquel cas la compétence sera donnée sur la base d'un examen limité), ou de faits simples, qui devront le cas échéant faire l'objet d'une administration de preuves.

993. Dans certains cas cependant, le juge devra attendre la **réaction du défendeur** pour savoir s'il devra examiner le fond de la demande. Ainsi, le défendeur peut accepter tacitement (*Einlassung* ; art. 18 CPC ; *supra*, p. 81), lorsque le for est dispositif, que le procès se déroule devant un tribunal en principe localement incompétent.

994. Ce n'est en principe que lorsque le juge arrive à la conclusion que les conditions de recevabilité sont réunies qu'il passe à l'**examen du fond**. Il arrive cependant qu'une condition fasse défaut en cours de procédure ou que le juge n'en prenne connaissance (conscience) qu'à un stade avancé du procès.

995. Lorsque le juge arrive à la conclusion qu'une condition de recevabilité fait défaut, et que ce défaut n'est pas réparable dans la procédure devant lui, il prononce l'**irrecevabilité** de la demande (art. 236 al. 1 CPC). Compte tenu de la garantie d'accès aux tribunaux (art. 29a Cst. ; *supra*, p. 109), il ne peut écarter un acte purement et simplement (« classement vertical ») que si celui-ci ne peut être perçu comme un acte par lequel une partie requiert un prononcé.

B. La classification des conditions de recevabilité

1. La liste du code

996. L'art. 59 al. 2 CPC donne une liste exemplative des conditions de recevabilité. Il faut, en particulier, que :

- a) le demandeur ou le requérant ait un intérêt digne de protection ;
- b) le tribunal soit compétent à raison de la matière et du lieu ;
- c) les parties aient la capacité d'être partie et d'ester en justice ;
- d) le litige ne fasse pas l'objet d'une litispendance préexistante ;
- e) le litige ne fasse pas l'objet d'une décision entrée en force ;
- f) les avances et les sûretés en garantie des frais de procès aient été versées.

997. L'énumération ne suit **pas d'ordre particulier**. Tout au plus peut-on retenir que la condition de l'intérêt a été placée en première position en raison de son caractère général.

998. L'énumération est **complétée** par l'art. 61 CPC, qui traite de la **convention d'arbitrage**.

999. Celle-ci conduit à l'irrecevabilité de la demande à moins que :

- le défendeur n'entre en matière sur le fond sans émettre de réserve (art. 61 let. a CPC) ;
- la clause ne soit manifestement pas valable ou inapplicable (art. 61 let. b CPC) ;
- le tribunal arbitral, pour des raisons manifestement dues au défendeur de la procédure arbitrale, n'ait pas pu être constitué (art. 61 let. c CPC).

1000. Le Tribunal détermine avec **plein pouvoir d'examen** si les parties ont prévu une **clause d'arbitrage**. Si tel est le cas, il détermine, sur la base d'un examen **sommaire**, si la clause n'est **pas valable** ou inapplicable (d'où l'expression : « manifestement pas valable ou inapplicable ») (ATF 140 III 367 consid. 2.2.3).

2. Les autres conditions de recevabilité

1001. L'énumération de l'art. 59 CPC est **exemplative**. Ne sont pas mentionnés, par exemple :

- l'absence d'immunité ;
- la qualité pour agir et pour défendre ;
- le respect des délais fixés pour agir en justice ;
- l'absence de vices formels ;
- la capacité de postuler ;
- l'autorisation de procéder.

3. Les conditions relatives à l'instance et à l'action

1002. Les conditions de recevabilité peuvent être relatives à l'instance ou à l'action.

1003. Elles concernent l'**instance** lorsqu'elles portent sur le respect des règles propres au procès entamé. C'est le cas par exemple des règles relatives à l'immunité, à la compétence, à la capacité d'ester et de postuler, au préalable de conciliation ou encore aux vices de forme de la demande.

1004. En cas de vice relatif à l'instance, la prétention peut à nouveau être invoquée si les règles qui gouvernent le procès sont désormais respectées (compétence, autorisation de procéder, formalité). De plus, certaines règles relatives à l'instance ont un caractère dispositif. On pense à l'exception d'arbitrage, à la contestation d'un for dispositif (acceptation tacite) ou aux sûretés, qui doivent être requises par le défendeur.

1005. Les conditions de recevabilité portent sur le **droit d'action** lorsque se pose la question de l'existence d'une prétention considérée comme digne de protection par l'ordre juridique. Il faut ainsi vérifier l'existence de l'intérêt à agir, de la qualité pour agir et pour défendre, du respect des délais de déchéance et de l'absence d'autorité de la chose jugée.

1006. Faute de droit d'action, le sort de la prétention est scellé sous un angle procédural : l'absence d'intérêt, de qualité pour agir ou la déchéance et l'autorité de la chose jugée empêchent définitivement de faire valoir la prétention invoquée. Seule une modification des circonstances peut venir en aide au demandeur.

1007. Il convient de relever qu'il existe d'autres classifications des conditions de recevabilité, par exemple suivant qu'elles portent sur la juridiction, les parties ou l'objet du litige. Leur faiblesse est de se contenter de ressemblances apparentes plutôt que de s'interroger sur leur nature spécifique.

C. Les conditions de recevabilité relatives à l'instance

1. L'immunité

1008. Le tribunal doit déclarer la demande irrecevable en cas d'immunité de juridiction (ATF 133 III 539 consid. 4.4, RSPC 2007 363 ; 130 III 430 consid. 3.1, JdT 2004 I 546). Celle-ci concerne en particulier les Etats, les chefs d'Etat et les membres de leur famille, les missions diplomatiques (ambassades, légations, missions permanentes), les agents diplomatiques et les membres de leur famille, les agents consulaires et les membres de leur famille, les missions spéciales et leurs membres, les organisations internationales gouvernementales et les personnes investies de fonctions internationales.

1009. Le Code ne mentionne pas expressément cette condition de recevabilité. Elle est réglée par diverses **conventions internationales**, ce qui explique que sa portée et son régime puissent varier.

a. L'immunité de juridiction des Etats

1010. La **Convention européenne sur l'immunité des Etats** conclue le 16 mai 1972, entrée en vigueur pour la Suisse le 7 octobre 1982 (RS 0.273.1), institue un régime d'immunité de juridiction **relative** (art. 4 ss). En bref, l'immunité est due à un Etat étranger au cas où il a exercé, dans l'affaire litigieuse, une activité relevant de sa souveraineté, c'est-à-dire lorsqu'il a agi *iure imperii*. En revanche, si l'Etat étranger a agi comme titulaire de droits privés, partant a agi *iure gestionis*, il n'y a pas d'immunité (ATF 124 III 382). Ce régime vaut également pour les Etats qui ne sont pas parties à ladite convention (ATF 130 III 136 consid. 2.1 et les réf.).

1011. Le **régime** de l'immunité est inscrit à l'art. 3 de la convention : un Etat contractant ne bénéficie pas de l'immunité de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant s'il conclut au fond avant de l'invoquer.

Néanmoins, s'il établit qu'il n'a pu prendre qu'ultérieurement connaissance des faits sur lesquels il aurait pu fonder l'immunité, il peut invoquer celle-ci s'il se prévaut de ces faits aussitôt que possible (al. 1). Par ailleurs, un Etat contractant n'est pas censé avoir renoncé à l'immunité lorsqu'il comparaît devant un tribunal d'un autre Etat contractant pour l'invoquer (al. 2).

1012. Ainsi, selon cette convention, un Etat contractant **ne bénéficie pas de l'immunité** de juridiction devant un tribunal d'un autre Etat contractant **s'il conclut au fond** avant de l'invoquer. Il en découle logiquement que le **défaut** (art. 147 CPC) oblige le juge à relever d'office l'immunité, faute d'entrée en matière sur le fond.

1013. La Suisse a ratifié le 16 avril 2010 la **Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens**, adoptée le 2 décembre 2004. Elle prévoit des mécanismes proches (art. 5 ss). Son entrée en vigueur suppose cependant qu'elle soit ratifiée par 30 Etats, ce qui est encore loin d'être le cas (pour des développements, voir ETIENNE HENRY, Les immunités juridictionnelles, en particulier d'exécution, en droit international et dans la pratique suisse, *in* Quelques actions en exécution, Neuchâtel et Bâle 2011, p. 263 ss).

b. L'immunité de juridiction des agents diplomatiques

1014. Les agents diplomatiques bénéficient d'une **immunité** de juridiction **complète**. Seuls quelques domaines ne sont pas couverts par l'immunité de juridiction (art. 31 al. 1 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, du 18 avril 1961, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 avril 1964 [RS 0.191.01]).

1015. La Convention de Vienne sur les relations diplomatiques retient que **seule une renonciation expresse** à l'immunité **par l'Etat accréditant** est envisageable (art. 32 al. 2). Dès lors, le défaut de comparution en justice ou le non-exercice des voies de recours n'implique pas renonciation à l'immunité de juridiction (voir CJ GE, SJ 1985 169). Les tribunaux civils sont par ailleurs **liés** par les décisions du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) sur la levée de l'immunité diplomatique du représentant d'un Etat, à moins que la décision ne soit nulle (voir ATF 130 III 430 consid. 3.3, JdT 2004 I 546).

1016. Dans la mesure où la renonciation à l'immunité doit être expresse, le tribunal doit d'entrée de cause et **spontanément vérifier** si l'Etat accréditant

entend renoncer à l'immunité. Il en résulte que le moyen tiré du défaut de renonciation peut être soulevé en tout état de cause (comp. TC VD, JdT 1993 III 98 consid. 3c).

c. L'immunité de juridiction des organisations internationales gouvernementales

1017. L'immunité de juridiction des organisations internationales et des personnes investies de fonctions internationales ne découle pas directement de leur personnalité juridique internationale. Elles tirent leur immunité d'un **instrument de droit international public**. Il peut s'agir d'une convention multilatérale entre Etats membres d'une organisation ou d'un accord bilatéral. Les **accords de siège** avec l'Etat hôte viennent au premier rang (ATF 118 Ib 562 consid. 1 ; pour l'ONU, voir TF [20.12.2013] 1B_332/2013, SJ 2014 I 237).

1018. Les organisations internationales bénéficient d'une **immunité absolue** qui ne comporte aucune restriction (ATF 118 Ib 562 consid. 1 ; voir toutefois ATF 130 I 312 consid. 2).

1019. La renonciation à l'immunité doit généralement être expresse selon les accords de siège (voir p. ex. l'art. 8 de l'Accord entre la Confédération suisse et l'Organisation mondiale du commerce en vue de déterminer le statut juridique de l'Organisation en Suisse, conclu le 2 juin 1995 [RS 0.192.122.632]).

2. La compétence à raison de la matière

1020. Les lois d'**organisation judiciaire cantonales** déterminent la compétence matérielle des tribunaux eu égard à la nature et à l'importance du litige (art. 3-4 CPC). Les règles de compétence d'attribution sont généralement considérées d'**intérêt public**, si bien que les parties ne peuvent en principe **pas y déroger**, à moins de règles contraires (*supra*, p. 102).

1021. L'art. 8 CPC prévoit cependant que si la valeur litigieuse d'un **litige patrimonial** est de **CHF 100 000.– au moins**, le demandeur peut, avec l'accord du défendeur (éventuellement tacite), porter l'action directement devant le tribunal supérieur, qui statue dès lors en instance unique.

1022. Le tribunal incompétent matériellement doit déclarer d'office (art. 60 CPC) la demande **irrecevable** (art. 59 al. 2 let. b CPC). La règle vaut également lorsque le litige relève d'un tribunal ou d'une autorité d'un autre ordre (cause administrative par exemple). Le Tribunal fédéral considère que seul le recours adressé à l'autorité de jugement (*judex a quo*) doit être automatiquement transmis à l'autorité supérieure compétente, mais pas dans d'autres cas d'incompétence (ATF 140 III 636).

1023. Si la procédure suit son cours sans que le juge n'ait vérifié sa compétence matérielle et sans que le défendeur ne s'en soit plaint lors de l'échange des mémoires, le principe de la **bonne foi** (art. 52 CPC ; *supra*, p. 230) s'oppose, sauf cas particulier (pour les cas de nullité de la décision, *infra*, p. 399), à voir la demande déclarée irrecevable pour ce motif (voir TF [18.10.2002] 4P.111/2002 consid. 2.4).

3. La compétence à raison du lieu

1024. Comme la compétence matérielle, la compétence locale est **vérifiée d'office** par le juge (art. 60 CPC). C'est une condition de recevabilité (art. 59 al. 2 let. b CPC).

1025. Il faut cependant **distinguer** suivant que le for est impératif, partiellement impératif ou dispositif.

1026. Alors que les parties ne peuvent déroger d'aucune manière à un for **impératif**, la partie faible protégée par un for **partiellement impératif** peut y renoncer, par accord exprès, une fois le litige survenu. Elle ne peut en revanche le faire par avance ou par acceptation tacite.

1027. Lorsque le for est **dispositif**, le juge examine si le lieu de rattachement prévu par le Code est respecté, ou, à défaut, si le défendeur accepte tacitement le for (art. 18 CPC).

1028. Cela signifie que l'examen de la compétence ne peut pas dans un tel cas s'achever avant que le défendeur prenne position sur la demande. S'il entre en matière sur le fond sans faire de réserve sur la compétence (art. 18 CPC), le for est accepté tacitement, à défaut le juge se déclare incompétent. La recevabilité dépend dans ce cas du **comportement du défendeur**.

1029. **En bref**, le tribunal examine s'il est incompétent en raison de l'existence d'un for impératif ou partiellement impératif. Si tel n'est pas le cas, et à défaut

de for dispositif à son siège, il vérifie si le défendeur a accepté tacitement sa compétence. En l'absence d'acceptation tacite (p. ex. en cas de défaut du défendeur), le juge décline sa compétence.

1030. La question de savoir si le défendeur est en droit d'obtenir une décision séparée sur la compétence est débattue (*supra*, p. 278).

1031. Lorsque le for n'était pas ouvert au moment du dépôt de la demande, mais qu'il l'est **lorsque le juge examine la recevabilité** de l'acte, la compétence est donnée (ATF 140 III 159 consid. 4.2.4 ; 133 III 539 consid. 4.3), sauf abus de droit (art. 52 CPC).

1032. Lorsque la procédure **suit son cours** sans que le juge n'ait vérifié sa compétence locale, et sans que la partie défenderesse ne s'en soit plainte, le principe de la **bonne foi** (art. 52 CPC) s'oppose là aussi, sauf cas particulier, à voir la demande déclarée irrecevable pour ce motif, alors même que le for serait impératif ou partiellement impératif (TF [18.10.2002] 4P.111/2002 consid. 2.4).

4. L'absence de litispendance préexistante

a. Le principe

1033. Les tribunaux de première instance ne peuvent pas être saisis à plusieurs reprises du même différend (art. 59 al. 2 let. d CPC). L'action se consume par le premier usage ; l'acte qui introduit l'instance (art. 62 al. 1 CPC ; *supra*, p. 255) la met en œuvre et elle s'éteint avec l'entrée en force du jugement.

1034. Cependant tant que l'entrée en force n'est pas intervenue, l'action, qui est certes exercée par la demande, n'est encore que virtuellement consumée. L'absence de litispendance préexistante représente dès lors une condition de recevabilité liée à l'instance, l'absence de décision entrée en force, une condition liée à l'action.

1035. En d'autres termes, le refus d'entrée en matière en raison d'une litispendance préexistante **préfigure** l'irrecevabilité pour cause de décision entrée en force (art. 59 al. 2 let. e CPC).

1036. L'examen doit se faire d'**office** (art. 60 CPC). Le juge est cependant, par la force des choses, tributaire des informations que les parties voudront bien lui donner sur l'existence d'un procès pendant devant un autre tribunal. Cette

question doit être traitée avant l'entrée en matière sur le fond. Ainsi, le juge devra par exemple régler la problématique de la litispendance avant celle de la prescription (TF [04.08.2006] 4C.144/2005, RSPC 2006 16).

b. Les conditions

1037. Il y a litispendance préexistante lorsque le même objet du litige oppose les mêmes parties devant un tribunal saisi au préalable.

1038. L'**objet du litige** (*Streitgegenstand*, expression justement employée à l'art. 64 CPC version allemande, la version française parlant inexactement de « cause »), se détermine par les **conclusions** de la demande (comp. art. 91 CPC), à savoir le prononcé requis (l'objet au sens étroit), et par le **conglomérat de faits** à la base de la demande et son rattachement juridique (la cause) (ATF 139 III 126 consid. 3.2.3 ; *supra*, p. 5). Il n'est pas nécessaire que les conclusions soient formulées de manière identique (ATF 128 III 284 consid. 3b).

1039. Une identité d'objet du litige doit être retenue lorsqu'il existe dans deux procédures parallèles un **risque de jugements contradictoires** (ATF 127 III 279 consid. 2b ; TF [22.08.2013] 4A_141/2013 consid. 2.2, RSPC 2014 462, avec note DROESE) ou un procès inutile. La règle vaut en matière **interne** (art. 64 al. 1 let. a CPC, qui reprend l'art. 35 LFors : ATF 128 III 284 consid. 3a ; Message CPC, p. 6982) et **internationale** (art. 27 CL : comp. sous la CL ATF 123 III 414 consid. 5, JdT 1999 I 251, et 125 III 346 consid. 3b, JdT 2001 I 67 ; 9 LDIP). On applique ici la théorie du centre de gravité (*supra*, p. 7).

1040. Les deux procès pendants doivent opposer les **mêmes parties**. Leur rôle respectif dans chacune des procédures est sans importance en revanche (ATF 128 III 284 consid. 3a).

1041. Il peut s'agir tant du **même juge** que d'un **autre tribunal**.

Jurisprudence. Comme le relève le Tribunal fédéral, on peut imaginer que plusieurs juges du même tribunal soient saisis lorsque celui-ci comporte de nombreuses chambres, comme le Tribunal de première instance du canton de Genève. De toute manière, l'absence de litispendance devant le même tribunal permet d'éviter la conduite de deux procès dans le même litige opposant les mêmes parties, ce qui correspond au but de l'effet négatif de la litispendance (TF [22.08.2013] 4A_141/2013, RSPC 2014 462, avec note DROESE).

1042. Pour déterminer quel tribunal a été saisi en premier, il convient de déterminer quel acte **fixe la litispendance**. En droit interne, c'est la requête de conciliation, la demande, la requête en justice ou encore la requête commune en divorce (art. 62 CPC ; *supra*, p. 255).

c. Les effets

1043. En cas de saisine préalable d'un autre tribunal, la demande ne devrait être déclarée irrecevable qu'une fois que le tribunal saisi en premier est **entré en matière sur le fond** (et non pas simplement déclaré compétent : en cas d'action négatoire par exemple, le premier juge saisi pourrait, après avoir admis, expressément ou tacitement, sa compétence, déclarer la demande irrecevable, faute d'intérêt, voir ATF 131 III 319 consid. 3, SJ 2005 I 449, qui fait suite à l'ATF 128 III 284 consid. 3). La cause devrait ainsi, par souci d'efficiency, être suspendue jusqu'à droit connu sur le premier procès (art. 126 al. 1 CPC).

Jurisprudence. Le Tribunal fédéral admet qu'une telle solution peut se révéler judicieuse sur le plan pratique, mais que ce n'est pas pour autant qu'une décision d'irrecevabilité immédiate serait contraire au droit fédéral (TF [22.08.2013] 4A_141/2013 consid. 2.2, RSPC 2014 462, avec note DROESE).

1044. Si le tribunal saisi en premier entre en matière sur le fond, cette cause se terminera, sauf circonstance particulière, par un jugement au fond revêtu de l'autorité de la chose jugée. Si en revanche le premier tribunal saisi ne statue pas au fond, l'**intérêt renaît** et l'action cesse d'être paralysée, pour autant qu'elle ne soit pas périmée.

5. La connexité

1045. Il n'est pas rare qu'une demande ne soit pas identique à celle pendante devant un autre tribunal, mais malgré tout **connexe** (sur la notion, qui est **controversée**, *supra*, p. 75 ; TC VD [27.11.2013], JdT 2014 III 64).

1046. Dans ce cas, le juge ne peut pas déclarer la demande irrecevable : il n'y pas de défaut d'une condition de recevabilité. Par souci d'efficiency, l'art. 127 al. 1 CPC prévoit cependant que le tribunal saisi d'une demande connexe à une demande pendante devant un autre tribunal **peut** lui **transmettre** le dossier, avec l'**accord** de celui-ci.

1047. La décision de renvoi relève essentiellement du pouvoir d'appréciation du juge, qui examinera l'**opportunité** (comp. art. 126 al. 1 CPC) d'une transmission (ATF 132 III 178, JdT 2007 I 26). Une autre solution est de poursuivre la procédure, une troisième de la suspendre (art. 126 CPC). Une partie mécontente peut recourir contre la décision (art. 127 al. 2 CPC).

Exemples. Le Tribunal fédéral a jugé qu'une procédure de liquidation du régime matrimonial, faisant suite à un jugement ordonnant une séparation de biens, et une action en divorce sont des procédures connexes, et que le second juge saisi peut transmettre la demande en divorce au premier juge (ATF 132 III 178, JdT 2007 I 26). Autre exemple : A. agit contre B. au siège de celui-ci en réduction du prix de vente pour cause de défaut. Trois jours plus tard, B. agit au domicile de A en paiement du solde du prix de vente. La seconde autorité de conciliation saisie considérera sans doute opportun de transmettre la cause à la première autorité.

1048. Le renvoi suppose que la **même procédure** s'applique aux deux causes et que le premier tribunal saisi soit **compétent matériellement** pour juger des deux causes (TC VD [27.11.2013], JdT 2014 III 64, et les réf.).

Controverses. La question de savoir si le juge peut transmettre une cause lorsque celle-ci relève d'un for impératif (*supra*, p. 69) ou partiellement impératif (*supra*, p. 70) n'est pas résolue. Il convient *a priori* d'admettre la transmission au vu des développements de l'ATF 132 III 178, JdT 2007 I 26.

6. L'autorisation de procéder

1049. Les causes soumises à la procédure ordinaire ou simplifiée doivent être précédées d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation, sauf dans les cas d'exceptions prévues par la loi (art. 198 CPC ; *supra*, p. 264).

1050. Le demandeur ne peut déposer sa demande qu'après avoir reçu une **autorisation de procéder** de l'autorité de conciliation, suite à l'échec de la tentative (art. 209 CPC).

Exemple. Rien n'empêche la partie demanderesse d'introduire plusieurs procédures de conciliation pour ensuite procéder à un cumul objectif d'actions au stade du fond, muni d'autorisations de procéder distinctes, pour autant que les conditions du cumul objectif d'actions (art. 90 CPC) soient remplies (TF [04.11.2019] 4A_182/2019 consid. 3.3-3.4 non reproduit in ATF 146 III 63).

1051. Cette condition de recevabilité n'est pas inscrite à l'art. 59 CPC. Elle est cependant mentionnée dans le Message CPC, p. 6941 et reconnue par la jurisprudence (ATF 139 III 273 consid. 2.1 ; 140 III 70 consid. 5, 140 III 227 consid. 3.2; 146 III 185 consid. 4.4.2). Les art. 221 al. 2 let. b CPC et 244 al. 3 let. b CPC précisent d'ailleurs que l'autorisation de procéder doit être jointe à la demande.

1052. L'autorisation de procéder doit être **valable** (Message CPC, p. 6941 ; ATF 139 III 273 consid. 2.1). Dès lors, celle-ci ne doit pas être périmée (art. 209 CPC). Il convient également que l'autorisation de procéder porte sur le même objet du litige et les mêmes parties principales. Enfin, elle ne doit pas être entachée d'un vice, par exemple l'incompétence de l'autorité qui l'a prononcée (ATF 139 III 273 consid. 2.1 ; 146 III 265 consid. 5.3.1) ou sa partialité rendant illusoire tout espoir de conciliation (TF [03.09.2013] 4A_131/2013 consid. 2.2.2.1, dernière phrase, RSPC 2013 484, avec note BOHNET).

1053. Si la conciliation a été tentée par une autorité dont la compétence locale était sujette à caution, et que le défendeur conteste sa compétence, le juge du fond doit examiner la validité de l'autorisation de procéder et déclarer la demande irrecevable s'il arrive à la conclusion que l'autorité n'était pas compétente (ATF 146 III 265 consid. 5.5.3). Cette solution complique de manière inutile la procédure ; à notre avis c'est uniquement l'incompétence manifeste qui devrait aboutir à l'invalidité de l'autorisation de procéder.

Exemple. Le demandeur saisit l'autorité de conciliation de son domicile en invoquant un contrat et un acte illicite (art. 36 CPC). L'existence d'un acte illicite, sujette à discussion, est contestée par le défendeur. L'autorité de conciliation délivre cependant l'autorisation de procéder. Le demandeur agit ensuite dans les trois mois devant le tribunal compétent du domicile du défendeur en invoquant uniquement le contrat. L'autorisation de procéder devrait à notre sens être jugée valable ; l'ATF 146 III 265 consid. 5.5.3 implique que la demande soit déclarée irrecevable.

1054. Le juge doit s'assurer d'**office** (art. 60 CPC) du respect du préalable de conciliation lorsque la loi l'impose (art. 197–199 CPC). Il ne doit donc pas attendre que le défendeur soulève un moyen pour vérifier que le demandeur dispose d'une autorisation de procéder valable. Si la valeur litigieuse atteint CHF 100 000.–, le juge retiendra le cas échéant l'existence d'un accord (tacite) de renonciation à la procédure de conciliation (art. 199 al. 1 CPC).

1055. L'existence d'une autorisation de procéder valable doit en principe être vérifiée d'**office** et d'**entrée de cause**. Si la procédure suit son cours sans que

le juge n'ait vérifié ce point, et sans que la partie défenderesse ne s'en soit plainte lors de l'échange des écritures, le principe de la **bonne foi** (art. 52 CPC) s'oppose sauf cas particulier à voir la demande déclarée irrecevable pour ce motif.

Jurisprudence. Une partie qui conteste immédiatement, dans sa réponse au fond, la validité de l'autorisation de procéder délivrée, agit immédiatement, de sorte qu'elle ne procède pas contrairement aux règles de la bonne foi (ATF 139 III 273 consid. 2.3).

7. La recevabilité formelle de la demande

1056. L'art. 59 CPC ne précise pas si l'existence d'une demande en justice non viciée formellement constitue une condition de recevabilité.

1057. A notre sens, il faut tout d'abord déterminer si l'acte est existant ou non. S'il est inexistant (par exemple une lettre de reproche adressée au juge, sans que l'on ne puisse déterminer quelles prétentions seraient invoquées et contre qui), il n'est simplement pas pris en compte par le juge.

1058. S'il est existant, il convient de distinguer suivant que le vice (*supra*, p. 164) dont il est entaché a été réparé ou non. Si le vice n'est pas réparé dans le délai accordé (art. 132 al. 1 CPC), la demande est déclarée irrecevable.

8. La capacité d'être partie et d'ester en justice

1059. La capacité d'être partie et d'ester en justice sont des conditions de recevabilité (art. 59 al. 2 let. c CPC).

1060. Le défaut de **capacité d'être partie** est relevé d'office, dès que le juge en a connaissance. Il peut survenir en cours de procès : on songe à la radiation de la personne morale ou au décès de la personne physique lorsque le procès porte sur des droits intransmissibles. On voit mal comment on pourrait y opposer l'abus de droit : un prononcé au fond suppose l'existence des parties au litige. La capacité d'être partie est une condition de l'instance qui est intimement liée à l'intérêt pour agir (*infra*, p. 293 ss) : faute de capacité d'être partie, l'intérêt n'est pas donné.

1061. Le défaut de **capacité d'ester** du demandeur a selon nous pour conséquence la fixation d'un **délai** au représentant légal pour ratifier l'acte (art. 67 al. 2 CPC ; comp. ATF 112 II 102 consid. 2) ou, à défaut de

représentant légal, la **suspension** de la procédure (art. 126 al. 1 CPC, motif d'opportunité) le temps d'en désigner un, charge à ce dernier de ratifier cas échéant. Faute de ratification, le juge doit refuser d'entrer en matière (art. 60 CPC).

1062. Le défaut de capacité d'ester du **défendeur** suit le régime des vices de forme. Le tribunal devrait inviter la partie demanderesse à régulariser son acte en précisant le représentant légal auquel l'acte doit être notifié (art. 132 al. 1 CPC). Si le défendeur est incapable et n'a pas de représentant légal, la procédure devrait être suspendue le temps de sa désignation (art. 126 al. 1 CPC).

1063. Comme le retient le Tribunal fédéral pour les causes pendantes devant lui, il convient d'examiner d'office, avec une **pleine cognition** et à tout stade de la procédure, la capacité d'ester en justice. Si cette capacité fait défaut, le tribunal ne peut pas statuer au fond (TF [18.04.2006] 5P.458/2005, RSPC 2006 369).

9. La capacité de postuler

1064. La capacité de postuler dépend des règles sur la représentation conventionnelle inscrites aux art. 68 et 204 CPC.

1065. Bien que la capacité de postuler ne soit pas mentionnée à l'art. 59 CPC, elle constitue manifestement une condition de recevabilité (TF [10.04.2012] 4A_87/2012 consid. 3.2.3).

1066. Faute de capacité de postuler du représentant, le tribunal doit fixer un **délai** à la partie pour qu'elle ratifie l'acte (art. 132 al. 1 CPC par analogie) et, le cas échéant, pour qu'elle désigne un nouveau représentant satisfaisant aux conditions légales. Faute de ratification, l'acte n'est pas pris en considération. En d'autres termes, s'il s'agit d'une demande, le tribunal n'entre pas en matière.

Jurisprudence. L'avocat qui n'est pas **indépendant** ou qui se trouve dans un **conflit d'intérêts** ne bénéficie pas de la capacité de postuler et doit se démettre. Faute de disposition particulière, il appartient au juge qui conduit le dossier et qui constate un conflit d'intérêts d'en tirer d'office les conséquences et de dénier à l'avocat la capacité de postuler en l'obligeant à renoncer à la défense en cause (ATF 138 II 162 consid. 2.5.1). Le juge fixe un délai à la partie pour qu'elle désigne un représentant satisfaisant aux conditions légales (TF [10.04.2012] 4A_87/2012 consid. 3.2.2, SJ 2012 I 443 ; *supra*, p. 128).

1067. Le défaut de **légitimation** du représentant conventionnel par une procuration relève des vices de forme (art. 132 al. 1 CPC).

10. Le paiement de l'avance de frais et des sûretés

1068. L'art. 59 al. 2 let. f CPC fait du paiement de l'avance de frais et des sûretés des conditions de recevabilité.

1069. L'absence de paiement de l'avance ou des sûretés entraîne l'irrecevabilité de la demande, à l'échéance du deuxième délai fixé pour ce faire (art. 101 al. 3 CPC). Le droit matériel n'est pas atteint (ATF 104 Ia 105 ; *supra*, p. 184).

1070. Cette condition suppose que le juge ait ordonné le paiement d'une avance ou de sûretés ; un tel prononcé est fonction de la procédure applicable (art. 114 CPC), de l'appréciation du juge (art. 98 CPC ; ATF 140 III 159 consid. 4) et, pour les sûretés, de l'attitude de la partie adverse (art. 99 CPC). L'obligation pour le demandeur de payer des sûretés en garantie du paiement des dépens suppose en effet que le tribunal accueille une requête en ce sens du défendeur. Elle n'est donc pas automatique, mais implique une requête de la partie adverse, dont l'admission dépend de diverses conditions fixées par la loi (*supra*, p. 192).

11. La recevabilité de la demande reconventionnelle

1071. Les conditions de recevabilité de la demande reconventionnelle correspondent à celles de la demande : le tribunal saisi doit être compétent, matériellement (art. 224 CPC) et localement (le cas échéant, for de la connexité, art. 14 CPC ; *supra*, p. 76) ; le litige ne doit pas relever de la compétence d'un tribunal arbitral, à moins que le défendeur renonce à l'invoquer ; il ne doit pas faire l'objet d'une litispendance préexistante ou d'une décision entrée en force ; l'acte doit être formellement valable et les avances de frais réglées.

1072. Certaines conditions n'ont cependant plus à être vérifiées, puisqu'elles l'ont déjà été pour la demande : capacité d'être partie, d'ester et de revendiquer.

1073. Selon le Message CPC, p. 6957, la demande reconventionnelle n'est recevable en procédure sommaire que si elle ne retarde pas excessivement le cours du procès (*supra*, p. 318).

D. Les conditions de recevabilité relatives à l'action

1. L'intérêt à agir

a. Notion

1074. **L'action suppose l'intérêt** : si les parties se sont par exemple mises d'accord mais feignent un litige pour obtenir un avis judiciaire sur leur problématique juridique, le juge qui apprend le procédé doit déclarer la demande irrecevable faute d'intérêt. Autre exemple : est abusive et dénuée d'intérêt la demande en cessation du trouble lorsque le demandeur admet expressément que l'objet en cause ne lui porte ni préjudice ni inconvénient (TC NE, RJN 5 I 32 consid. 4).

1075. En inscrivant l'intérêt parmi les conditions de recevabilité de la demande (art. 59 al. 2 let. a CPC), le Code reconnaît ainsi nécessairement que, à côté du droit matériel, le droit civil fédéral protège – ou ne protège pas – la prétention affirmée, suivant qu'il reconnaisse ou non un intérêt au prétendant (comp. ATF 65 II 133 consid. 1b, JdT 1939 I 98). En d'autres termes, celui qui fait valoir une prétention en justice doit démontrer qu'il a un intérêt **digne de protection** à voir le juge statuer sur celle-ci.

Jurisprudence. Le Tribunal fédéral a par exemple nié l'intérêt d'un actionnaire à obtenir un jugement n'aboutissant qu'à la **confirmation d'une décision** de la majorité d'une société anonyme, même si celle-ci est simultanément l'objet d'une action en annulation intentée par un autre actionnaire (ATF 122 III 279 consid. 3c/bb, JdT 1998 I 605). Serait également irrecevable faute d'intérêt une demande en **constatation d'un fait**. De même, l'intérêt n'est pas réalisé si le demandeur cherche à faire trancher une **question de droit abstraite** (ATF 101 II 177 consid. 4c *in fine* ; le droit applicable au litige par exemple, voir ATF 80 II 362 consid. 4, JdT 1955 I 369) ou lorsqu'il s'en prend exclusivement aux **motifs de la décision** (TF [21.01.2013] 5A_834/2011 consid. 3.1 ; ATF 103 II 155 consid. 3, JdT 1978 I 518). L'intérêt disparaît également lorsque le défendeur **s'exécute sans réserve** en cours de procédure (ATF 106 Ia 151 consid. 1a et la réf.).

b. La demande en constat

1076. C'est avant tout en matière de demande en constat, dont le Code admet le principe à l'art. 88 CPC, que la question de l'intérêt se pose. Les critères dégagés par le Tribunal fédéral demeurent d'actualité (p. ex. ATF 120 II 20, JdT 1995 I 130 ; 128 III 334 ; ATF 132 III 277).

1077. Le Tribunal fédéral retient qu'un intérêt au constat est donné lorsqu'il existe une **incertitude entourant les relations juridiques entre les parties**, qui pourrait être effacée par une décision judiciaire. L'intérêt soutenant l'action en constatation peut être de fait, mais doit être majeur, et l'incertitude régnant doit **entraver le demandeur dans sa liberté d'action** et lui être insupportable.

Jurisprudence. Lorsque la titularité d'une créance est contestée (*Prätendentestreit*), le débiteur peut se libérer en procédant à la consignation judiciaire (art. 96 al. 1 CO ; ATF 143 III 102 consid. 2.1-2.2, JdT 2017 II 321, RSPC 2017 26). Que cela soit avant ou suite à la consignation, celui qui se prétend créancier pourra agir contre l'autre prétendant pour faire constater (art. 88 CPC) sa qualité de créancier (KG LU [21.04.2020], RSJ 2020 689).

En cas d'action partielle (*infra*, p. 327), on admet l'intérêt à demander reconventionnellement l'inexistence de l'entier de la créance prétendue (TF [28.10.2013] 4A_414/2013, RSPC 2014 119).

1078. Il faut en parallèle tenir compte, en matière de **constat négatif de dette**, de la position du défendeur à l'action en constat, qui est ainsi obligé de soutenir un procès afin de faire reconnaître le bien-fondé de sa prétention à un moment qu'il n'a pas choisi, alors que c'est normalement lui qui dispose de l'initiative d'introduire le procès, une fois qu'il se sent prêt.

1079. C'est en analysant ces **deux intérêts divergents** que sera tranchée la question de savoir si le demandeur dispose d'un intérêt à agir.

Jurisprudence. Dans un ATF 141 III 68, JdT 2018 II 574, le Tribunal fédéral reconnaît l'existence d'un intérêt suffisant à la constatation de l'inexistence d'une prétention en principe aussitôt que celle-ci fait l'objet d'une **poursuite**, et ce sans que le demandeur à l'action en constatation ne doive concrètement prouver qu'en raison de cette poursuite, il est atteint de manière importante dans sa liberté économique. Il assouplit ainsi sa jurisprudence consacrée à l'ATF 120 II 20, JdT 1995 I 130, qui retenait un raisonnement plus restrictif en deux étapes : si le soi-disant créancier avançait qu'il n'est pas encore en mesure de soutenir le procès, ou que la poursuite avait été introduite pour des raisons légitimes, comme l'interruption de la prescription, le soi-disant débiteur devait démontrer son intérêt

supérieur à ce que son action en constat soit jugée. Etant donné que le soi-disant créancier peut en tout temps retirer la poursuite, l'intérêt suffisant à ouvrir une action en constatation de droit négative disparaît par l'effet de l'art. 8a al. 3 let. c LP. Le Tribunal fédéral réserve tout de même le cas dans lequel le poursuivant est en mesure d'établir que la poursuite a dû être requise dans l'unique but d'interrompre la prescription au sens de l'art. 135 ch. 2 CO, après que le (prétendu) débiteur a refusé de signer une déclaration de renonciation à la prescription ; dans un tel cas, il faut également que la prétention du (soi-disant) créancier ne puisse pas, pour des motifs importants, être immédiatement réclamée en justice dans son intégralité. A notre sens, la jurisprudence inaugurée dans l'ATF 141 III 68 demeure valable en dépit de l'introduction, à l'art. 8 al. 3 let. d LP, de la possibilité pour le débiteur de demander que la poursuite ne soit pas portée à la connaissance de tiers à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la notification du commandement de payer, à moins que le créancier ne prouve, dans un délai de vingt jours imparti par l'office des poursuites, qu'une procédure d'annulation de l'opposition a été engagée à temps.

c. Les effets

1080. L'absence d'intérêt digne de protection doit être relevée d'**office**, à tous les stades du procès (RSPC 2006 138). Elle entraîne l'irrecevabilité de la demande. Comme toute condition de recevabilité, l'intérêt doit exister au **moment du jugement** (art. 60 CPC). A notre sens, l'absence initiale d'intérêt est guérissable, sauf abus manifeste (art. 52 CPC).

2. La qualité pour agir ou pour défendre

1081. La qualité pour agir ou pour défendre, à savoir la titularité active ou passive du droit à l'obtention d'un jugement au fond, a déjà fait l'objet de développements (*supra*, p. 118). Il s'agit selon nous d'une condition de recevabilité, non mentionnée expressément à l'art. 59 CPC. Le défaut de qualité aboutit à notre sens à l'irrecevabilité de la demande, vu l'absence d'action. Il doit être relevé d'office.

1082. Rappelons que la qualité pour agir ne doit pas être confondue avec la légitimation (*supra*, p. 129), à savoir la titularité du droit invoqué, qui relève exclusivement du fond. La jurisprudence peine à distinguer les deux notions (*supra*, p. 118).

3. L'autorité de la chose jugée

a. La définition et les conditions

1083. L'autorité de la chose jugée désigne l'**incontestabilité** de ce qui a été jugé. Elle est une conséquence de l'entrée en force du jugement, moment où le jugement déploie ses effets substantiels.

1084. Le jugement **entre en force** lorsqu'il ne peut pas ou plus faire l'objet d'un appel (art. 308 ss CPC). Le recours en matière civile au Tribunal fédéral n'a d'effet suspensif que lorsqu'il est dirigé contre un jugement constitutif ou que – la règle vaut aussi pour le recours constitutionnel subsidiaire (renvoi de l'art. 117 LTF) – le juge instructeur lui accorde un tel effet (art. 103 LTF).

b. La portée

1085. L'autorité de la chose jugée est strictement limitée à ce qui a été jugé (ATF 123 III 16 consid. 2a, JdT 1999 I 99). Elle ne porte donc que sur le seul **dispositif** de la décision (ATF 136 III 345 consid. 2.1 et les réf. ; 121 III 474 consid. 4a, JdT 1996 I 230 ; 115 II 187 consid. 3d, JdT 1989 I 586).

1086. Dès lors, l'autorité de la chose jugée ne porte ni sur la **constatation des faits** ni sur la solution donnée aux **questions de droit** qui constituent le fondement du jugement (ATF 123 III 16 consid. 2a, JdT 1999 I 99 ; 121 III 474 consid. 4a, JdT 1996 I 230).

1087. Les **motifs** ne participent pas comme tels à l'autorité de la chose jugée, mais ils permettent de déterminer la portée du dispositif, et donc, par effet réflexe, celle de l'autorité de la chose jugée (ATF 142 III 210, RSPC 2016 306 ; 125 III 8 consid. 3b, SJ 1999 I 273). Le recours aux motifs s'impose ainsi lorsqu'il existe un doute sur la portée ou la nature exacte du dispositif (ATF 116 II 738 consid. 2a).

1088. Les **questions examinées à titre préalable** dans les motifs ne participent pas à l'autorité de la chose jugée. Elles ne sont qu'une étape du raisonnement permettant d'aboutir à un jugement sur l'objet du litige (ATF 121 III 474 consid. 4a, JdT 1996 I 230).

Exemple. Il n'y a pas autorité de la chose jugée sur la question de la légitimation active lorsque celle-ci n'a été examinée que dans les motifs, à titre préalable

(*Vorfrage*) d'un jugement condamnatore (TF [28.08.2003] 4C.130/2003 consid. 1.4). Le jugement qui retient à titre préalable la nullité d'une résiliation n'a pas autorité de la chose jugée sur ce point (ATF 103 II 155 consid. 3, JdT 1978 I 518). Si le demandeur ne fait valoir qu'une partie d'une unique prétention (action partielle, *infra*, p. 327), l'autorité de la chose jugée ne porte, en cas d'admission, que sur ce qui a été jugé, même si l'ensemble de la prétention a été examiné pour statuer (ATF 125 III 8 consid. 3, SJ 1999 I 273).

c. Les effets

1089. L'autorité de la chose jugée a un effet préjudiciel (ou effet positif) et un effet principal (ou effet négatif).

1090. L'**effet préjudiciel** lie le tribunal nouvellement saisi d'un litige portant à titre préalable sur une question déjà jugée, mais puisque l'objet du litige qui lui est soumis à titre principal n'est pas le même, il rendra un jugement au fond si les autres conditions de recevabilité sont réunies. Ainsi, si un premier jugement constate dans son dispositif l'existence d'un rapport juridique entre deux parties, un second tribunal saisi d'une demande en paiement fondée sur ce même rapport est lié par la décision du premier tribunal.

Exemples. Dans une première procédure, A. obtient un jugement qui constate dans son dispositif l'existence – qui était contestée – d'un contrat de travail entre lui et B. ; ce dernier avait partant été condamné au paiement des salaires correspondant aux mois déjà travaillés. Venant d'être congédié, A. saisit à nouveau le tribunal et invoque un licenciement abusif au sens de l'art. 336 CO. Celui-ci est lié par le prononcé sur le principe des relations de travail. Un locataire saisit le juge d'une demande en contestation du congé ; il perd son procès et le jugement entre en force. Le Tribunal saisi d'une demande en expulsion est lié par le prononcé portant sur la fin du bail (TF [23.06.2014] 4A_143/2014 consid. 4.1.1). Un jugement reconnaît le caractère non abusif d'un congé justifié par un besoin propre. Ceci impose le rejet d'une procédure ultérieure en dommages et intérêts fondée sur l'absence de besoin propre en dépit du caractère abusif découvert ultérieurement ; il faudra, cas échéant, passer par la voie de la révision (ATF 145 III 143, RSPC 2019 243).

1091. L'**effet principal** s'exprime par l'adage *ne bis in idem*. Les parties n'ont **pas d'intérêt** juridique à soumettre une nouvelle fois à la justice une contestation déjà tranchée. Si l'une d'elles s'avisait de recommencer le procès déjà jugé (le même procès, c'est-à-dire opposant les **mêmes parties** et ayant le **même objet**), sa demande devrait être déclarée irrecevable faute d'intérêt. L'absence d'existence d'une décision entrée en force est donc une condition

de recevabilité (art. 59 al. 2 let. e CPC ; comp. ATF 121 III 474 consid. 2, JdT 1996 I 230).

1092. Selon le principe de la relativité subjective de la chose jugée, l'autorité de la chose jugée d'un jugement ne peut être invoquée dans un nouveau procès que si celui-ci oppose les **mêmes parties** ou leurs successeurs en droit, sous réserve des jugements constitutifs (*Gestaltungsurteile*), lesquels sont opposables aux tiers (*erga omnes*, ATF 140 III 278 consid. 4.2.1 ; 136 III 345 consid. 2.2.2 p. 350). En outre, l'**effet *inter partes*** de l'autorité de la chose jugée ne dépend pas de la position respective que les parties ont occupée dans l'un et l'autre procès. Il pourra donc être invoqué, par exemple, à l'encontre du demandeur à une action en constatation de droit positive qui, défendeur dans le premier procès, avait conclu sans succès au rejet d'une action en constatation de droit négative portant sur le même rapport juridique. Au demeurant, qu'il y ait eu encore d'autres parties dans le procès antérieur n'empêche pas, en principe, d'admettre l'identité des parties dans le second procès pour autant que les parties à ce procès aient également participé au procès antérieur (ATF 140 III 278 consid. 4.2.1 et les références, RSPC 2014 464 et note SCHWEIZER).

1093. L'**objet du litige** (*supra*, p. 5) est déterminé par le **complexe de faits** à la base de la prétention, telle que celle-ci peut être identifiée sur la base de la demande (la cause ; ATF 116 II 738 consid. 2a) et les **conclusions** prises (l'objet au sens étroit ; ATF 139 III 126 consid. 3.2.3 ; 140 III 278 consid. 3.3, RSPC 2014 464 et note SCHWEIZER). L'identité des prétentions s'entend dès lors matériellement et non grammaticalement.

Jurisprudence. La partie qui est déboutée définitivement par le tribunal ne peut pas déposer une nouvelle demande en invoquant un autre fondement juridique (TF [29.08.2013] 4A_581/2012, RSPC 2014 6).

1094. L'autorité de chose jugée porte sur l'**ensemble des faits** rattachés à l'objet du litige, alors même qu'ils n'auraient pas été allégués, le cas échéant par mégarde. Toute la difficulté est de déterminer les limites de l'objet du litige (sur ces questions : ATF 144 III 452 consid. 2.3.1-2.3.2, JdT 2019 II 161).

1095. Si les **faits ont évolué** depuis le prononcé, l'autorité de chose jugée ne peut pas être opposée à la nouvelle demande (ATF 116 II 738 consid. 2 ; 112 II 268, JdT 1987 I 241 : prétentions fondées sur de nouvelles circonstances ; TF [19.02.2014] 5A_681/2013 consid. 2.2, RSPC 2014 206 : frais de PPE pour une nouvelle période).

4. Le respect des délais pour agir

1096. Le non-respect des délais de déchéance en matière de demande formatrice (p. ex. de l'action en annulation d'un congé en matière de bail ou d'une demande en annulation d'un testament) et des délais de déchéance procéduraux (p. ex. le délai pour agir en libération de dette) signifie l'absence d'une condition de recevabilité. Elle n'est pas mentionnée expressément à l'art. 59 CPC.

1097. La déchéance doit être **relevée d'office** et conduit à l'irrecevabilité de la demande (TF [22.05.2008] 4A_171/2008 consid. 1.2).

1098. Le respect des délais pour agir se rapproche de l'**intérêt à agir**. Faute de délai pour agir fixé dans la loi, le Tribunal fédéral a parfois recours à la notion d'intérêt pour statuer sur la recevabilité d'une demande sous l'angle temporel (comp. ATF 116 II 1 consid. 4, JdT 1992 I 646 en matière de droit de réponse).

1099. Les délais de déchéance de fond (*supra*, p. 173) concernent en revanche le bien-fondé de la demande. La prescription n'est pas non plus visée ici : la créance prescrite n'est pas dépourvue d'action. Il revient au défendeur de s'opposer au droit en soulevant l'exception de prescription (*supra*, p. 171).

5. Les obligations naturelles ou imparfaites

1100. Les obligations naturelles ou imparfaites sont des **liens de droit dépourvus d'action** en justice ou d'exécution forcée. La dette de **jeu**, celle qui résulte d'un **pari** (art. 513 CO) et, selon le droit cantonal, la **dette d'auberge** (art. 186 CO) en font partie. Il faut y ajouter les cas où les parties ont conventionnellement renoncé à agir ou à recourir. Ces hypothèses ne sont pas mentionnées expressément à l'art. 59 CPC.

1101. Saisi d'une demande fondée sur une obligation de ce type, le juge doit la déclarer irrecevable faute d'action.

Exemple. Au **Jura**, l'art. 67 de la Loi sur l'hôtellerie, la restauration et le commerce de boissons alcooliques du 18 mars 1998 (RSJU 935.11) retient que les créances résultant de la consommation de boissons alcooliques sur incitation, ou de leur vente à des personnes en état d'ébriété ne peuvent faire l'objet d'une action en justice.

IV. La notification des actes

A. Les principes

1. Les actes à notifier

1102. L'art. 136 CPC indique que le tribunal notifie aux personnes concernées les citations (let. a), les ordonnances et les décisions (let. b) ainsi que les actes de la partie adverse.

1103. La transmission de l'acte d'une partie à l'autre n'a pas à être notifiée à son auteur (OGer ZH [14.02.2020] ZR 2020 52 N 10 consid. 2.4).

2. Le lieu

1104. Le CPC n'indique pas expressément à quel lieu doivent intervenir les notifications du tribunal. Tout comme le prévoit expressément l'art. 39 al. 1 LTF et l'art. 87 al. 1 CPP (ATF 139 IV 228 consid. 1.1), elles seront en principe adressées au **domicile** ou au siège de la personne concernée au sens de l'art. 10 CPC.

1105. Si la personne concernée **indique** une **autre adresse** au tribunal, c'est à cette adresse que les actes lui seront notifiés, indépendamment de son domicile légal (ATF 139 IV 228 consid. 1.1). Comme le retient le Tribunal fédéral, le destinataire ayant le droit d'indiquer une autre adresse (en Suisse) de notification que son domicile ou sa résidence habituelle, il a le droit, sauf complication particulière, que les notifications se fassent à l'adresse communiquée (ATF 139 IV 228 consid. 1.2).

1106. Lorsque **plusieurs adresses** sont indiquées, le tribunal pourra choisir l'une de ces adresses, et notifier tous les actes à la même adresse (ATF 101 Ia 332).

3. Les modes

1107. L'art. 138 CPC prévoit que les **citations** (*infra*, p. 339), les **ordonnances** (*infra*, p. 393) et les **décisions** (*infra*, p. 394) sont notifiées par

envoi recommandé ou d'une autre manière contre accusé de réception. Un canton peut ainsi maintenir une notification par huissier.

Exemple. La notification par huissier est retenue à Genève pour les notifications dans le canton (art. 28 de la Loi d'application du Code civil suisse et autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012 ; RSG E 1 05).

1108. Le juge peut notifier les autres communications sous **pli simple** (art. 138 al. 4 CPC). Toutefois, dans la mesure où le fardeau de la preuve de la notification ou de la date à laquelle celle-ci a été effectuée incombe à l'autorité (ATF 122 I 97), la notification sous pli simple doit être évitée : faute de preuve du contraire, il faut en effet considérer que le pli est parvenu au destinataire le jour où il dit l'avoir trouvé (TC NE, RJN 1993 104).

4. Le moment

1109. Selon l'art. 138 al. 2 CPC, l'acte est notifié lorsqu'il a été **remis au destinataire**, à un de ses employés ou à une personne de seize ans au moins vivant dans le même ménage. L'ordre donné par le tribunal de notifier l'acte personnellement au destinataire est réservé.

1110. Il est en outre **réputé notifié** (art. 138 al. 3 CPC) :

- a) en cas d'envoi recommandé, lorsque celui-ci n'a pas été retiré : à l'expiration d'un délai de sept jours à compter de l'échec de la remise, si le destinataire devait s'attendre à recevoir la notification ;
- b) lorsque le destinataire à qui il doit être remis personnellement refuse de le réceptionner et que le refus est constaté par le porteur : le jour du refus de réceptionner.

1111. Le **délai de sept jours** se compte, en cas d'absence, dès la remise de l'avis dans la boîte aux lettres ou dans la case postale. Il arrive à échéance sept jours plus tard, quel que soit ce jour, même s'il est férié (ATF 127 I 31, JdT 2001 I 727). Le délai que fait courir l'acte part au plus tard à l'échéance de ce délai de sept jours.

Exemple. L'acte est envoyé par le tribunal en courrier recommandé le mercredi 25 mai. Le postier tente sans succès de le remettre le jeudi 26 mai. Le délai de sept jours arrive à échéance le jeudi 2 juin suivant, alors même qu'il s'agirait du jeudi de l'Ascension, jour férié.

1112. Selon la jurisprudence, **celui qui doit s'attendre** à la notification d'un acte judiciaire ne peut faire obstacle à la réception ou la retarder à son gré en

n'annonçant pas son changement d'adresse (ATF 116 Ia 90, JdT 1992 IV 118). Cette ligne de jurisprudence est codifiée à l'art. 138 al. 3 let. a CPC. En revanche, si une personne ne doit pas s'attendre à la notification, par exemple en cas de notification d'un acte introductif d'instance, la situation est différente (ATF 130 III 396 consid. 1.2.3, JdT 2005 II 87, et les réf. ; 138 III 225 : la fiction ne vaut pas en cas de citation à l'audience de faillite). Le principe découle du lien d'instance.

Exemple. Une personne en vacances d'été se voit notifier à son domicile, le 5 juillet, une demande avec un délai de vingt jours pour répondre. Elle ne prend connaissance de l'acte (qui lui a été renvoyé sous pli simple) qu'à son retour le 28 juillet. La notification intervient à cette date. Si le Tribunal ne renvoie pas le courrier par pli simple, le destinataire ne peut pas même savoir quel était le contenu du pli ; dans cette hypothèse, aucune notification valable n'intervient.

Controverse. Le délai de sept jours vaut-il alors même que la poste a mentionné un délai de retrait plus long ? La jurisprudence est sévère à l'égard du mandataire professionnel (TF [16.01.2012] 4A_704/2011, RSPC 2012 205), mais hésite pour le simple justiciable (TF [04.06.2010] 1C_85/2010, RSPC 2010 390 ; TF [23.11.2010] 2D_37/2010 consid. 3.3). Il convient de retenir à notre sens que la notification intervient dans le délai annoncé par la poste pour le justiciable de bonne foi.

5. La représentation

1113. L'art. 137 CPC précise que lorsque la partie est **représentée** (*supra*, p. 124), les actes sont notifiés à son représentant. Si une partie a plusieurs mandataires, le tribunal peut exiger une adresse de notification et à défaut notifier l'acte à l'un d'eux.

Exemple. Une convocation à une audience notifiée directement à la partie alors qu'elle est représentée n'est pas valable : on ne peut pas partir de l'idée que la partie va nécessairement avertir son mandataire, puisqu'elle peut penser qu'il a reçu la convocation et qu'il la représentera à dite audience.

Jurisprudence. L'inscription d'une mandataire au registre des brevets ne fonde ni une représentation de la titulaire étrangère du brevet au sens de l'art. 137 CPC ni un domicile de notification selon les art. 140 et 141 al. 1 let. c CPC ; des notifications judiciaires à la mandataire inscrite sont donc inadmissibles (ATF 143 III 28 consid. 2).

B. A l'étranger

1114. Pour les notifications devant intervenir à l'étranger (peu importe le domicile des parties ou d'autres critères du droit international privé), il convient avant tout de consulter la Convention de La Haye relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale du 15 novembre 1965 (ClaH65), entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1995 (RS 0.274.131).

1115. La **ClaH65** a une grande portée en pratique, compte tenu du nombre important de pays qui y sont parties. Chaque Etat désigne une **autorité centrale** (art. 2 ClaH65), qui procède ou fait procéder à la signification ou à la notification de l'acte sur la base d'un **formulaire** remis par le tribunal requérant (art. 3 ss ClaH65).

1116. La notification se fait en principe selon les **formes prescrites** en matière interne par la **législation de l'Etat requis** (art. 5 al. 1 let. a ClaH65).

Exemple. Est valable une notification effectuée en Israël sur requête d'un tribunal suisse, conformément au droit israélien, par affichage sur la porte du destinataire (ATF 122 III 395).

Notification directe. La Suisse s'oppose à l'usage, sur son territoire, des voies de transmission prévues aux art. 8 et 10 de la Convention, à savoir la notification directe par l'autorité requérante, sans contrainte, par les soins de ses agents diplomatiques ou consulaires et la notification directe par la poste. L'Allemagne en fait de même (ATF 131 III 448 consid. 2.1, JdT 2006 II 143). D'après le Tribunal fédéral, les autorités suisses peuvent notifier des actes judiciaires en France par voie postale directe selon l'art. 10 let. a de la ClaH65, car la France n'a pas déclaré s'opposer à ce mode de communication et elle ne le subordonne pas non plus à la réciprocité (TF [11.02.2015] 4A_399/2014 consid. 2.1).

1117. Il convient également de citer la Convention relative à la procédure civile du 1^{er} janvier 1954, entrée en vigueur pour la Suisse le 5 juillet 1957 (RS 0.274.12), et la Convention relative à la procédure civile conclue le 17 juillet 1905, entrée en vigueur pour la Suisse le 27 avril 1909 (RS 0.274.11). Il existe enfin des déclarations et conventions signées avec divers Etats (voir RS 0.274.181.361 à 0.274.187.721).

1118. Il faut encore relever que l'art. 140 CPC prévoit que le tribunal peut ordonner aux parties dont le domicile ou le siège se trouve à l'étranger d'élire en Suisse un **domicile de notification**.

C. La notification par voie édictale

1119. Comment notifier un acte si une partie n'a **pas de domicile connu** ou si elle a son domicile dans un pays où il n'existe notoirement pas d'autorité judiciaire régulière, ou enfin si elle n'a pas élu de domicile de notification en Suisse malgré l'injonction du tribunal ? L'art. 141 CPC prévoit une notification par voie édictale qui crée une présomption irréfragable que la partie à qui l'acte est destiné en a pris connaissance.

1120. La voie édictale suppose que le demandeur ait effectué quelques recherches sur le domicile de l'adversaire et que le juge en soit convaincu (ATF 112 III 6).

Exemple. Le demandeur peut produire une attestation de la commune du dernier domicile connu du débiteur certifiant que le débiteur est parti sans laisser d'adresse (voir TF [22.01.2002] 7B.164/2002 en matière de poursuites).

V. La tenue du procès-verbal

1121. Le procès-verbal occupe une position centrale lors des débats tenus devant le juge. Chacune des opérations faites en **audience** doit y être mentionnée (art. 235 al. 1 CPC), en particulier :

- a) le lieu et la date de l'audience ;
- b) la composition du tribunal ;
- c) la présence des parties et des personnes qui les représentent à l'audience ;
- d) les conclusions prises, les requêtes déposées et les actes effectués par les parties à l'audience ;
- e) les ordonnances du tribunal ;
- f) la signature du préposé au procès-verbal.

1122. Les **allégués** des parties qui ne se trouvent pas dans leurs actes écrits sont consignés dans leur substance (art. 235 al. 2, 1^{re} phr., CPC ; TF [02.12.2013] 4D_57/2013 consid. 3.2-3.3, RSPC 2014 144). Ils peuvent au surplus être enregistrés sur bandes magnétiques, vidéo ou par tout autre moyen technique approprié (art. 235 al. 2, 2^e phr., CPC).

1123. L'essentiel des **témoignages** et des **dépositions** des parties figure au procès-verbal (art. 176, 193 CPC ; *infra*, p. 373).

1124. Le déroulement formel des **plaidoiries** est également mentionné (art. 235 al. 1 et 2 CPC), ainsi qu'une éventuelle modification des conclusions à ce stade ou éventuellement l'apport de faits nouveaux ou de moyens particuliers

Controverse. KUKO ZPO-NAEGELI, art. 232 CPC N 3 semble considérer qu'une verbalisation du contenu s'impose. Cela ne résulte pas du texte légal et alourdirait inutilement la procédure (comp. TF [31.01.2011] 4A_571/2011 consid. 2.1-2.2, RSPC 2011 219). Il plaide d'ailleurs dans cette optique pour l'admissibilité de notes de plaidoiries, le meilleur moyen selon lui de vérifier l'exactitude du procès-verbal (voir aussi BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, art. 232 CPC N 3).

1125. Les parties peuvent requérir qu'un élément **figure** au procès-verbal ou que celui-ci soit **modifié** (art. 235 al. 3 CPC).

§ 12 Les actes des parties

I. L'acte introductif d'instance

A. Généralités

1126. Après avoir déterminé le tribunal compétent à raison du lieu et de la matière, et vérifié la capacité d'être partie, la qualité pour agir et défendre et la capacité d'ester de la ou des personnes qui comptent actionner et de celle ou celles que l'on se propose d'actionner, il convient d'examiner comment saisir la justice.

1127. D'une manière générale, l'instance est introduite (art. 62 CPC) par le dépôt d'une **requête de conciliation**. La loi prévoit certaines exceptions au préalable obligatoire de conciliation (art. 198 CPC ; *supra*, p. 264). Dans ces cas, le demandeur agit directement devant le tribunal compétent pour statuer au fond, soit par une **demande** (procédure ordinaire, art. 219 ss CPC ou simplifiée, art. 243 ss CPC, *supra*, p. 251), soit par une **requête** (procédure sommaire, art. 248 ss CPC, *supra*, p. 254 ; divorce sur requête commune, art. 285 ss CPC). L'introduction de l'instance fixe la litispendance (art. 62 CPC ; *supra*, p. 256).

1128. Même si l'art. 62 CPC ne le précise pas, l'instance est non seulement introduite par le dépôt de l'acte au greffe mais également par sa **remise à une poste suisse**. L'art. 143 al. 1 CPC indique en effet que les actes doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai soit au tribunal soit à l'attention de ce dernier, à la poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (Message CPC, p. 6891 ; voir déjà ATF 65 II 166, JdT 1940 I 18 ; 49 II 38, JdT 1923 I 454).

B. La requête de conciliation

1129. La requête de conciliation est formée par **écrit** (en exemplaires suffisants, art. 131 al. 1 CPC) ou par **voie électronique** (art. 130 al. 1, 202 al. 1 CPC). Elle doit être **signée** dans les deux cas (art. 130 al. 1 CPC), ou

dictée au procès-verbal au greffe de l'autorité de conciliation (art. 202 al. 1 CPC). Dans cette hypothèse, elle est soit signée par l'intéressé, soit par le greffier qui la rédige, après légitimation, ce que le procès-verbal devrait attester.

1130. La requête de conciliation contient (art. 202 al. 2 CPC) la **désignation** des parties, les **conclusions** (ce qui est demandé) et la description de l'**objet du litige** (le conglomerat de faits à la base de la prétention).

1131. La forme est donc **simple**. Une lettre avec les mentions qui précèdent suffit. Un **formulaire** est mis à la disposition des parties par le Conseil fédéral (art. 400 al. 2 CPC ; sur le site www.bj.admin.ch).

C. La demande en procédure ordinaire

1132. La forme de la demande en procédure ordinaire, procédure qui s'applique par exemple dans les causes patrimoniales lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 30 000.– (*supra*, p. 251), est régie par l'art. 221 CPC. Il prévoit que la demande doit comporter les rubriques suivantes (al. 1) :

- a) la désignation des parties et, le cas échéant, celle de leur représentant ;
- b) les conclusions ;
- c) l'indication de la valeur litigieuse ;
- d) les allégations de fait ;
- e) l'indication, pour chaque allégation, des moyens de preuves proposés ;
- f) la date et la signature.

1133. Doivent être joints à la demande (al. 2) :

- a) le cas échéant, la procuration du représentant ;
- b) le cas échéant, l'autorisation de procéder ou la déclaration de renonciation à la procédure de conciliation ;
- c) les titres disponibles invoqués comme moyens de preuve ;
- d) un bordereau des preuves invoquées.

1134. On le voit, une argumentation juridique n'est pas imposée (al. 3). Le demandeur peut se contenter d'**alléguer tous les faits** sur lesquels il se fonde

(*Substanziierungspflicht* ; *supra*, p. 236). Le juge doit appliquer le **droit d'office** (art. 57 CPC ; *supra*, p. 242).

1135. Il convient d'**articuler correctement** les faits, puisque les preuves doivent figurer sous chaque allégué.

1136. A notre sens, des allégués de **quelques lignes**, voire de quelques paragraphes, sont admissibles, tant que la partie adverse peut sans difficulté répondre aux allégués du demandeur de manière structurée.

Jurisprudence. Comme le retient le Tribunal fédéral, les faits doivent être allégués de façon suffisamment détaillée afin de délimiter l'objet du procès, « [...] assurer une certaine transparence et, en particulier, permettre une contestation efficace par l'adverse partie. L'allégation globale d'un ensemble de faits par simple référence aux pièces produites n'est pas suffisante ; à plus forte raison, un ensemble de faits passé entièrement sous silence dans les mémoires, même s'il peut être reconstitué par l'étude des pièces, n'est pas valablement introduit dans le procès » (TF 4A_309/2013, consid. 3.2, SJ 2014 I 197).

« [...] une demande de divorce ne saurait être qualifiée d'irrecevable sous le seul prétexte que certains de ses allégués de fait sont composés de plusieurs phrases, voire plusieurs paragraphes. Il importe en revanche, pour que la loi puisse atteindre son but, que chaque allégation de fait soit suffisamment claire et circonscrite. La loi exige que la demande soit rédigée de telle manière que le juge soit en mesure de comprendre quel est l'objet du procès et sur quels faits le demandeur fonde ses prétentions, et de déterminer quels moyens de preuve sont proposés pour quels faits. En outre, elle doit permettre au défendeur de se déterminer aisément sur ceux-ci et de proposer des contre-preuves. Il résulte ainsi du but de la loi que le degré de concision des allégations de fait dépend des circonstances et de la complexité du cas d'espèce. Par ailleurs, si une numérotation des allégués ne saurait en principe être d'emblée exigée, on ne peut exclure que celle-ci puisse s'avérer nécessaire, selon les circonstances, l'ampleur et la complexité du cas d'espèce, afin de permettre au défendeur de se déterminer clairement » (ATF 144 III 54 consid. 4.1.3.5, RSPC 2018 123).

1137. L'intitulé d'une demande est souvent : « demande pour X. contre Y ; X. notifie à Y. la présente demande ». Il s'agit d'une formulation courante qui s'explique par le fait que dans les anciennes procédures, l'acte de demande était destiné à la partie adverse et non au juge. Il est probable que cette formulation se maintienne, même si l'acte est désormais destiné au juge, qui le transmet le cas échéant à la partie adverse.

D. La demande en procédure simplifiée

1138. En procédure simplifiée (applicable en particulier lorsque la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30 000.– ; art. 243 al. 1 CPC ; *supra*, p. 252), la demande est régie par l'art. 244 CPC. L'acte peut être rédigé de manière **simple**. Il peut même être dicté au procès-verbal (art. 244 al. 1 CPC).

1139. L'acte contient les rubriques suivantes :

- a) la désignation des parties ;
- b) les conclusions ;
- c) la description de l'objet du litige ;
- d) si nécessaire, l'indication de la valeur litigieuse ;
- e) la date et la signature.

1140. Sont joints à la demande, le cas échéant (al. 3) :

- a) la procuration du représentant ;
- b) l'autorisation de procéder ou la déclaration de renonciation à la procédure de conciliation ;
- c) les titres disponibles présentés comme moyens de preuve.

1141. Ainsi, contrairement à la demande en procédure ordinaire, la demande en procédure simplifiée n'est pas nécessairement présentée par allégués avec mention des preuves. Elle peut se limiter à la **description** de l'objet du litige.

1142. Les **faits** peuvent être détaillés à l'audience (TF [02.12.2013] 4D_57/2012 consid. 3.3, RSPC 2014 144), pour être consignés en substance au **procès-verbal** (art. 235 al. 2 CPC).

Jurisprudence. Si la procédure simplifiée connaît des allègements formels, elle ne dispense pas les parties du devoir d'alléguer les faits, oralement ou par écrit, le cas échéant avec l'aide du juge. Lorsque même en adoptant une interprétation large, on ne trouve pas dans les allégations une référence au contenu des décomptes produits à l'appui d'une prétention d'honoraires d'avocat, si ce n'est quant aux montants réclamés, il n'est pas excessivement formaliste de ne pas tenir compte de faits non allégués découlant de pièces produites (TF [02.12.2013] 4D_57/2012 consid. 3.3, RSPC 2014 144).

1143. Une motivation en droit n'est en aucun cas exigée.

E. La requête en procédure sommaire

1144. La procédure sommaire, qui s'applique par exemple aux mesures provisionnelles, aux mainlevées d'opposition et aux cas clairs (art. 248 CPC ; *supra*, p. 254), est introduite par **requête en justice** (art. 252 CPC), sans préalable de conciliation (art. 198 CPC).

1145. Si le cas est simple ou urgent, la requête peut également être déposée **oralement**. Cela suppose qu'elle puisse être consignée au procès-verbal sans travail démesuré (art. 252 al. 2 CPC).

1146. Faute d'indication contraire dans le Code, la forme est **simple**. On ne peut pas retenir que la forme de la demande (art. 221 CPC) s'applique à la procédure sommaire. En effet, le Code parle dans ce cas de *requête* et non de *demande*, si bien que l'on doit considérer que le renvoi général de l'art. 219 CPC n'a pas de portée à cet égard. Il n'est donc en particulier pas nécessaire de présenter la demande sous forme d'allégués avec pour chacun l'indication des moyens de preuve. Une **lettre** qui présente simplement l'objet du litige et les conclusions du requérant est donc suffisante. Il faut cependant que les éléments de faits essentiels soient allégués.

Jurisprudence. La requête de cas clair, soumise à la procédure sommaire (art. 248 let. b CPC), doit comporter des conclusions, des allégués ainsi que des moyens de preuve (art. 219 et 252 al. 1 *cum* 221 CPC). L'on peut toutefois renoncer à une présentation séparée des faits lorsque ces derniers ressortent des conclusions et des pièces déposées, comme cela existe dans le cadre de la mainlevée. On ne saurait exiger du requérant qu'il numérote ses allégués et propose des preuves en-dessous de chaque allégué (TF [22.09.2015] 5D_95/2015 consid. 3.2 ; sur ce dernier point comp. ATF 144 III 54).

1147. Aux termes du Message CPC, p. 6957, le requérant doit joindre à sa requête (apparemment qu'elle soit formulée par écrit ou dictée au procès-verbal) **tout document utile** conformément à l'art. 221 al. 2 CPC, qui s'appliquerait également à la procédure sommaire en vertu du renvoi général de l'art. 219 CPC. Pour le Tribunal fédéral, les parties ne peuvent pas compter avec deux possibilités d'alléguer et de proposer des preuves en procédure sommaire (ATF 144 III 117 consid. 2). Dès lors, le demandeur devrait proposer toutes ses preuves avec sa requête. En revanche, si le juge décide de citer une audience ou d'ordonner un second échange d'écritures, il faut dans ce cas admettre, par une application analogique de l'art. 229 CPC,

l'introduction de faits nouveaux et de propositions de preuves nouvelles au début des débats principaux (ATF 146 III 237 consid. 3.1). On rappelle que si la procédure est soumise à la maxime inquisitoire ou inquisitoire sociale, des allégués et des propositions de preuve sont possibles jusqu'aux délibérations (art. 229 al. 3 CPC).

F. Le choix entre plusieurs procédures

1148. Il arrive que le demandeur ne mentionne pas clairement pour quelle procédure il entend opter. **Faute d'indication précise** du demandeur, on peut parfois hésiter entre l'application de la procédure sommaire (cas clair ou mainlevée par exemple), de la procédure de conciliation ou de la procédure simplifiée par exemple, pour laquelle le préalable ne serait par hypothèse pas nécessaire ou aurait été oublié. Suivant l'organisation judiciaire cantonale, le même tribunal peut en effet être compétent pour ces diverses procédures (p. ex à Neuchâtel ou Genève).

1149. Le juge ne pouvant aller au-delà des conclusions des parties (art. 58 al. 1 CPC), il lui revient d'**interpeller l'auteur** de l'acte (art. 56 CPC ; ATF 138 III 728 consid. 3.3 ; TF [10.04.2012] 4A_87/2012 consid. 3.1.1) pour lui demander quelle est la nature de son acte. Il pourra à cette occasion lui rappeler simplement les différences entre les diverses procédures envisageables. Le tribunal ne peut en revanche pas retenir la procédure qui serait la plus appropriée au vu des éléments avancés par l'auteur de l'acte.

II. Les écritures ultérieures

A. En procédure ordinaire

1. La réponse

1150. Les conditions de forme de la réponse correspondent pratiquement à celles de la demande (voir art. 222 al. 2 CPC qui déclare l'art. 221 CPC applicable par analogie ; *supra*, p. 308).

1151. La spécificité de la réponse est que le défendeur y expose quels faits allégués dans la demande sont **reconnus** ou **contestés** (art. 222 al. 2 CPC), seuls les faits pertinents contestés (et non notoires, art. 152 CPC) devant être prouvés (art. 150 al 1 CPC). On parle de **fardeau de la contestation**. La position du défendeur peut résulter de ses propres allégués, mais une contestation en bloc (*pauschale Bestreitung*) ne suffit pas (ATF 144 III 519 consid. 5.2.2.1, RSPC 2019 11 ; 141 III 433 consid. 2.6, RSPC 2016 33 ; TF [30.10.2017] 4A_261/2017 consid. 4.3). Pour une plus grande clarté, le défendeur pourrait énoncer, dans une rubrique distincte (ou en haut de chaque allégué), quels faits il conteste, admet, ignore ou considère sans pertinence, puis en détaillant la contestation dans ses allégués. Il ne s'agit en aucun cas d'une exigence de forme : le CPC n'impose pas de *déterminations séparées*, comme les connaissaient certains cantons romands (pour des développements : FRANÇOIS BOHNET, L'allégation des faits en procédure civile : Principes et modalités, in Bohnet/Dupont, p. 1 ss, N 60 s.).

1152. La contestation doit être assez précise pour permettre au demandeur de savoir quels faits sont contestés en particulier afin qu'il puisse administrer la preuve dont le fardeau lui incombe (ATF 141 III 433, consid. 2.6, RSPC ; 117 II 113 consid. 2 ; 115 II 1 consid. 4). Plus les allégués du demandeur sont motivés (par exemple lorsqu'il détaille une expertise privée, l'activité qu'il a accomplie ou produit un compte détaillé dont les postes sont limpides), plus les exigences de contestation de ceux-ci par la partie adverse sont élevées (ATF 144 III 519 consid. 5.2.2.1, RSPC 2019 11 ; 141 III 433 consid. 2.6, RSPC 2016 33 ; TF [30.10.2017] 4A_261/2017 consid. 4.3 *in fine*, RSPC 2017 10).

Jurisprudence. La partie recherchée en dommages-intérêts peut se borner à contester le dommage allégué. Il revient au demandeur de prouver le dommage à satisfaction de droit (ATF 115 II 1, JdT 1989 I 547 : marge bénéficiaire alléguée par le demandeur et ignorée par le défendeur ; 105 II 143).

Lorsque le demandeur allègue dans ses écritures un montant dû en produisant une facture ou un compte détaillé, qui contient les informations nécessaires de manière explicite, on peut exiger du défendeur qu'il indique précisément les positions de la facture ou les articles du compte qu'il conteste, à défaut de quoi la facture ou le compte est censé admis et n'aura donc pas à être prouvé (ATF 144 III 519 consid. 5.2.2.3, RSPC 2019 11).

Face à des allégués détaillés et circonstanciés contenus dans la demande et dans un document, le défendeur est tenu de préciser si sa contestation porte sur l'exécution des prestations facturées, sur le temps consacré ou sur le tarif appliqué (TF [29.07.2015] 4A_9/2015, SJ 2015 I 473).

2. La demande reconventionnelle

1153. Le défendeur peut présenter, **dans sa réponse** (mais non ultérieurement, TF [06.01.2014] 4A_370/2013 consid. 2.2.2, RSPC 2014 224), une demande reconventionnelle (art. 224 CPC ; le préalable de conciliation ne s'impose pas, art. 198 let. g CPC, mais il est possible, art. 209 al. 2 let. b CPC).

1154. Le **for** de la demande reconventionnelle est réglé à l'art. 14 (*supra*, p. 74).

1155. Quant à la **compétence** à raison de la matière, elle relève des cantons (art. 4 al. 1 CPC). Si elle ne dépend que de la valeur litigieuse (pour le calcul, voir art. 94 CPC, *supra*, p. 100), l'art. 224 al. 2 CPC prescrit que lorsque la valeur litigieuse de la demande reconventionnelle dépasse la compétence matérielle du tribunal, les deux demandes sont transmises au tribunal compétent.

1156. Selon l'art. 224 al. 2 CPC, il faut que la prétention objet de la demande reconventionnelle soit soumise à la **même procédure** que la demande principale.

1157. **Exemples.** Si la demande relève de la procédure simplifiée, une demande reconventionnelle portant sur une valeur de CHF 40 000.– en matière de contrat d'entreprise est irrecevable. En revanche, si la demande porte sur une valeur de CHF 40 000.– et est soumise à la procédure ordinaire, une demande reconventionnelle de CHF 8000.– est possible, puisque la valeur litigieuse est fixée selon la valeur la plus haute (art. 94 CPC), si bien que cette demande reconventionnelle relève elle aussi de la procédure ordinaire.

Projet de révision du CPC. Le projet confirme cette approche en prévoyant de manière redondante que 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 » (art. 224 al. 1^{bis} let. a du projet).

1158. Le demandeur peut déposer une **réponse écrite** à la demande reconventionnelle, dans le délai imparti par le tribunal. En revanche, il ne peut pas déposer à son tour une demande reconventionnelle (art. 224 al. 3 CPC).

1159. Si une demande reconventionnelle a été déposée, la réponse à la demande reconventionnelle tient lieu de **réplique** lorsque le juge a ordonné un second échange d'écritures.

1160. Le sort de la demande reconventionnelle est **indépendant** de celui de la demande principale (ATF 123 III 35 consid. 3c, JdT 1997 I 322 ; pour le for, voir art. 14 al. 2 CPC).

Exemples. S'il s'avère que la demande principale est irrecevable faute d'intérêt ou faute de compétence (ce même si la compétence locale de la demande reconventionnelle se fonde sur l'art. 14 CPC, en vertu de 14 al. 2 CPC), la demande reconventionnelle n'est pas écartée pour autant. Il en va de même si le demandeur retire sa demande.

Jurisprudence. L'intérêt au jugement d'une demande reconventionnelle tendant au transfert d'actions contre paiement simultané d'une somme convenue ne disparaît pas avec le jugement condamnant le défendeur au paiement de ladite somme contre le transfert simultané des actions, puisque ces conclusions principales ne condamnent pas au transfert des actions (ATF 141 III 489 consid. 9.2, JdT 2016 II 137).

3. La réplique et la duplique

1161. Après la réponse, les parties peuvent encore demander à **répliquer** et **dupliquer**. Le juge l'admet si les **circonstances** le justifient (art. 225 CPC). Les dispositions concernant la demande et la réponse s'appliquent par analogie.

1162. Faute pour le juge d'ordonner un second échange d'écritures, les parties disposent d'une **seconde chance** d'alléguer librement et de proposer librement des preuves à une audience de débats d'instruction (art. 226 al. 2 CPC) ou, si le juge n'en ordonne point qui le permette, en début des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC ; *infra*, p. 319).

1163. Les parties peuvent également faire valoir leur **droit de réplique inconditionnel** (sur la notion : ATF 133 I 100, JdT 2008 I 368 ; au stade de l'appel : ATF 138 III 252 ; *supra*, p. 220), mais celui-ci ne les autorise pas à invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux en dehors des exigences de l'art. 229 CPC (comp. ATF 144 III 117, RSPC 2018 200 ; *infra*, p. 321).

1164. Le CPC ne prévoit pas de **déterminations sur les faits de la duplique**, comme les connaissaient certains cantons romands. En principe, la position du demandeur résulte d'ores et déjà de sa demande et de sa réplique. En cas

de véritables nova dans la duplique, le demandeur peut déposer à son tour un mémoire de faits nouveaux (ATF 146 III 55 consid. 2.5, RSPC 2019 514 ; *infra*, p. 319 s. ; pour des développements : FRANÇOIS BOHNET, L'allégation des faits en procédure civile : Principes et modalités, in Bohnet/Dupont, p. 1 ss, N 60 s., 75).

B. En procédure simplifiée

1. La réponse

1165. En procédure simplifiée, la prise de position du défendeur intervient soit à l'audience si la demande n'est pas motivée (art. 245 al. 1 CPC), soit par écrit dans le délai fixé par le juge en cas de demande motivée (art. 245 al. 2 CPC).

1166. En cas de **demande non motivée**, la phase des allégations se déroule en principe par oral, à l'audience (de débats principaux, art. 246 al. 1 CPC ou le cas échéant d'instruction, art. 246 al. 2 CPC, si cette audience est citée entre autres à cette fin).

Controverse. Le défendeur est à notre sens en droit de déposer une prise de position écrite, jusqu'à l'audience (également de cet avis : PC CPC-HEINZMANN, art. 245 N 6). Si le demandeur peut choisir de ne pas motiver en fait sa demande, le défendeur doit selon nous avoir la possibilité de s'exprimer par écrit s'il le souhaite. Le Tribunal fédéral admet du reste que le défendeur dans une procédure de divorce dépose une prise de position écrite pour l'audience de conciliation (ATF 138 III 366, JdT 2015 II 283, RSPC 2012 315).

Jurisprudence. Le Tribunal fédéral refuse l'application par analogie de l'art. 223 al. 1 CPC en procédure simplifiée, en cas de défaut du défendeur à l'audience cité suite à une demande non motivée ; l'arrêt souligne la différence existant entre un défaut à l'audience et l'absence de prise de position à l'écrit, dès lors que la fixation d'une nouvelle audience peut induire des complications que la fixation d'un bref délai supplémentaire pour le dépôt d'un acte n'engendrera pas (ATF 146 III 297 consid. 2.6).

1167. On peut déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fardeau de l'allégation (TF [02.12.2013] 4D_57/2013 consid. 3.3, RSPC 2014 160) que la motivation orale de la demande et la prise de position du défendeur, et non seulement les conclusions, devraient le cas échéant être consignées par écrit au procès-verbal, ce qui est discutable vu le but de simplicité de la procédure simplifiée.

1168. En cas de **demande motivée**, le tribunal fixe un délai au défendeur pour prendre position par écrit. Dans son écriture, le défendeur indique sa position quant aux affirmations du demandeur (*supra*, p. 313) et prend ses conclusions.

Controverse. Si la prise de position n'est pas déposée dans le délai fixé, le juge doit à notre avis poursuivre la procédure et citer les parties aux débats (art. 147 al. 2 CPC). Le défendeur prendra alors position oralement et ses conclusions seront inscrites au procès-verbal (art. 235 al. 1 CPC). L'application des règles de la procédure ordinaire (prononcé de la décision finale à l'échéance d'un bref délai supplémentaire, art. 223 et 219 CPC), n'est pas adaptée à la procédure simplifiée (dans ce sens : CR CPC-TAPPY, art. 245 N 9 ; PC CPC-HEINZMANN, art. 245 N 9. Contra : BSK ZPO-MAZAN, art. 245 CPC N 19 ; DIKE ZPO-BRUNNER/STEININGER, art. 245 N 3).

2. La demande reconventionnelle

1169. Une demande reconventionnelle est également envisageable si la prétention est soumise à la même procédure que celle de la demande principale (art. 224 al. 2 CPC, qui s'applique par analogie compte tenu du renvoi général de l'art. 219 CPC).

1170. Selon nous, on devrait admettre qu'une demande reconventionnelle soumise en principe à la procédure simplifiée puisse être traitée en procédure ordinaire comme la demande principale, si le demandeur reconventionnel y consent.

3. La réplique et la duplique

1171. Un second échange d'écritures devrait être ordonné plus rarement en procédure simplifiée. Pour le reste les mêmes principes s'appliquent qu'en procédure ordinaire. Il y a en particulier **deux chances** d'alléguer librement et de proposer librement des preuves (ATF 144 III 117 consid. 2.2 ; 140 III 450 consid. 3.2). La jurisprudence du Tribunal fédéral sur le **droit de réplique inconditionnel** s'applique également (*supra*, p. 315 s.).

C. En procédure sommaire

1. La réponse

1172. En procédure sommaire, le défendeur peut répondre, soit par **écrit** (même si la requête a été dictée au procès-verbal), soit **oralement** à l'audience (art. 253 CPC). La réponse sera écrite si le tribunal a renoncé aux débats. Ce droit découle du principe de l'égalité des armes (art. 29 al. 1 Cst. ; comp. ATF 138 III 366, consid. 3.2.2, RSPC 2012 315 en procédure de conciliation) et du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst. ; art. 55 CPC).

Jurisprudence. En procédure de cas clair, la réponse devrait aussi, en dérogation à l'art. 253 CPC, être formulée par écrit ; si, exceptionnellement, la partie défenderesse ne dépose pas de réponse écrite et communique oralement sa réponse à l'audience, le juge de première instance doit au moins verbaliser les conclusions, contestations, objections et exceptions que cette partie fait valoir, afin qu'il puisse être établi qu'elle a été entendue (TF [25.05.2016] 4A_218/2017 consid. 3.1.1).

1173. A notre sens, le défendeur doit pouvoir déposer sa réponse jusqu'à l'audience éventuelle, ce alors même qu'un délai pour ce faire lui avait été fixé préalablement. Si le défendeur ne répond pas dans le délai fixé, le juge doit lui accorder un bref délai supplémentaire (art. 223 al. 1 CPC par analogie), en l'informant qu'à défaut une décision pourrait être rendue sur la base du dossier (art. 147 al. 3 et 223 al. 2 CPC).

Jurisprudence. Le juge n'a pas à accorder un délai supplémentaire au sens de l'art. 223 al. 1 CPC en matière de mainlevée d'opposition, compte tenu des particularités de cette procédure. Cependant, le défendeur doit être informé des conséquences du défaut (ATF 138 III 483). A notre sens, la même règle devrait valoir pour les mesures provisionnelles.

1174. Les exigences en matière de **contestation** s'imposent également (*supra*, p. 313).

2. La demande reconventionnelle

1175. Une demande reconventionnelle est également envisageable si la prétention est soumise à la même procédure que celle de la demande principale (art. 224 al. 2 CPC, qui s'applique par analogie compte tenu du renvoi général de l'art. 219 CPC) et si elle ne retarde pas de manière excessive

la procédure principale (comp. art. 254 al. 2 let. a CPC ; Message CPC, p. 6957).

Exemples. Le demandeur exige le paiement d'une somme d'argent par la voie du **cas clair** (art. 257 CPC ; *infra*, p. 419) ; le défendeur conclut reconventionnellement au constat de l'inexistence de la dette, également en cas clair. En matière de **mesures protectrices** de l'union conjugale (art. 172 ss CC), soumises à la procédure sommaire (art. 271 CPC), les conclusions reconventionnelles sont fréquentes.

3. La réplique et la duplique

1176. Le Tribunal fédéral considère que les parties ne peuvent pas partir de l'idée que le juge ordonnera un second échange d'écritures ou citera une audience en procédure sommaire. Il n'existe dès lors pas de droit de se prononcer une seconde fois, un deuxième tour relevant de l'appréciation du tribunal (ATF 144 III 117, RSPC 2018 200), ce qui est discutable. Le Tribunal doit indiquer de manière explicite s'il ordonne formellement un second échange d'écritures ou s'il se contente de réserver le droit à la réplique (ATF 146 III 237 consid. 3.2).

1177. Lorsqu'un second échange d'écritures est ordonné, les faits non encore allégués sont admis sans restriction. La clôture de la phase d'allégation n'intervient qu'après le second échange d'écritures (ATF 146 III 237 consid. 3.1). En revanche, en cas d'exercice du droit de réplique spontané (*supra*, p. 315), une partie ne peut pas alléguer des faits ou proposer des preuves en dehors des conditions étroites de l'art. 229 al. 1 CPC (ATF 144 III 117, RSPC 2018 200).

III. La modification des allégués et des offres de preuves

A. Le principe

1178. Les parties allèguent tous les faits dans leur demande et réponse/demande reconventionnelle (art. 221 ss CPC). Le CPC, qui est strict à cet égard, prévoit une seule occasion (**seconde chance**) pour compléter les

allégués et les preuves lorsque s'applique la maxime des débats (ATF 140 III 312 consid. 6.3.2.3) :

- a) Le juge peut, d'office ou sur requête de l'une ou des deux parties, accorder un **second tour d'écritures** (art. 225 CPC).
- b) Le juge peut librement citer les parties à une ou plusieurs **audiences d'instruction**, qui visent à déterminer de manière informelle l'objet du litige, à compléter l'état de fait, à trouver un accord entre les parties et à préparer les débats principaux. Lorsqu'il n'y a eu qu'un seul échange d'écritures, les faits et moyens de preuves peuvent être librement complétés une fois à cette occasion si le juge la cite (entre autres) à cette fin (art. 226 CPC).
- c) Si un second échange d'écritures n'est pas requis ou n'est pas accordé, et faute d'audience d'instruction, des faits et moyens de preuve peuvent encore être ajoutés (et dictés au procès-verbal, art. 235 al. 2 CPC) à l'**ouverture des débats principaux** (art. 229 al. 2 CPC).

Jurisprudence. Les parties n'ont que deux occasions pour alléguer leurs faits et proposer leurs preuves (ATF 140 III 312 consid. 6.3.2.3). Cela signifie que s'il y a eu un double échange d'écritures, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont plus autorisés à une éventuelle **audience d'instruction** (art. 225 CPC) ou au début des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC). Une réplique avant l'audience d'instruction limitée à une question spécifique, puis complétée librement faute d'accord avant la duplique revient à accorder injustement trois possibilités d'alléguer au demandeur (ATF 146 III 55 consid. 2.1–2.4). Si une audience d'instruction a fait suite au premier échange d'écritures et que les parties ont eu la possibilité d'y proposer des preuves, elles ne peuvent plus le faire lors d'un second échange d'écritures, alors même qu'elles n'ont pas eu la possibilité à l'audience d'instruction de compléter l'état de fait. Une séparation (dans le temps) entre la production de moyens de preuve nouveaux et l'allégation de faits nouveaux est inadmissible (ATF 144 III 67, RSPC 2018 111). Il est donc important que les tribunaux précisent quel sera l'objet de l'audience d'instruction (art. 226 al. 2 CPC : simple discussion informelle sur le litige, tentative de conciliation, complètement de l'état de fait).

Lorsque les faits et moyens de preuve complétés sont allégués et offerts aux débats principaux, le Tribunal fédéral a précisé qu'ils devaient l'être **avant même le début des premières plaidoiries** (ATF 144 III 67 consid. 2.1, RSPC 2018 111 et notes LEUENBERGER et BOHNET, précisant l'ATF 140 III 312 consid. 6.3.2.3, JdT 2016 II 257). Les premières plaidoiries inaugurent pourtant les débats principaux (art. 229 al. 2 CPC). Cette solution ne va pas sans poser de problèmes d'ordre pratique, les parties devant théoriquement interrompre le juge avec leurs

allégations et moyens de preuves complémentaires avant qu'il ne les invite à prononcer leurs premières plaidoiries.

Face aux **nova de la duplique**, la partie demanderesse ne peut invoquer à son tour des faits nouveaux que s'ils n'ont pu être suscités que par les nova de la duplique (et non déjà par les écritures antérieures de l'adversaire) et que la nouvelle allégation proposée se rapporte sous l'angle technique ou thématique aux nova de la duplique (ATF 146 III 55 consid. 2.5, RSPC 2019 514). Il faut par ailleurs tenir compte du **droit de réplique inconditionnel** tiré de l'art. 29 al. 2 Cst. et 6 ch. 1 CEDH, qui permet à une partie de se prononcer sur toute détermination de son adversaire ou pièce déposée par elle, et ce, que l'écriture fasse état ou non de nouveaux faits ou arguments et soit susceptible ou non d'influencer la procédure (ATF 133 I 100 consid. 4.6, JdT 2008 I 368 ; 137 I 195 consid. 2.3.1; 138 I 154 consid. 2.3.3, JdT 2013 I 121; 138 I 484 consid. 2.3). Ainsi, le demandeur doit pouvoir se prononcer (mais sans avancer de faits ou moyens de preuve nouveaux, ATF 144 III 117, RSPC 2018 200) à réception d'une réponse alors même que le juge n'accorde pas de second tour d'écritures (ATF 138 III 252) et il doit en aller de même à la réception d'une duplique, et ainsi de suite (FRANÇOIS BOHNET, *Le droit de réplique en procédure civile*, in Bohnet [éd.], *Le droit de réplique*, Neuchâtel et Bâle 2013, p. 154 ; KommZPO-LEUENBERGER, art. 225 N 17 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 225 N 10). Dès lors, si une partie peut invoquer des faits nouveaux (nova ou pseudo-nova ; art. 229 CPC) suite à la production de pièces par la partie adverse qui y a été contrainte par ordonnance du juge, celle-ci est en droit de se prononcer sur ces faits nouveaux, en vertu de son droit de réplique inconditionnel (TF [17.12.2013] 4A_531/2013, RSPC 2014 240 ; TF [31.08.2017] 4A_61/2017, RSPC 2017 525).

Controverse. Selon le Tribunal fédéral, la renonciation par le demandeur à une réplique malgré la possibilité d'un second tour par la juge l'empêche ensuite d'alléguer à une audience d'instruction, car il ne peut y avoir report de la clôture de la phase d'allégation (TF [31.01.2018] 4A_494/2017 consid. 2.4.2, RSPC 2018 193). Se pose dès lors la question de la possibilité pour le défendeur de compléter ses allégués et offres de preuve faute de réplique. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER la nie, en vertu du principe de la bonne foi (p. 363, N 11.109).

B. Les nova et les pseudo-nova

1179. Des faits et moyens de preuves nouveaux sont par ailleurs admis aux débats principaux s'ils sont **invoqués sans retard** (dix jours selon la doctrine majoritaire, reprise par le TF, qui réserve les circonstances particulières à prendre en compte conformément à l'appréciation du tribunal, TF [15.07.2021] 4A_70/2021 consid. 4.2) et qu'ils remplissent cumulativement l'une des conditions suivantes (art. 229 al. 1 CPC) :

- a) ils sont **postérieurs** à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction (**nova proprement dits**; let. a) ;
- b) ils existaient avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction mais **ne pouvaient pas être invoqués antérieurement** bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (**nova improprement dits**; let. b).

Jurisprudence. N'est pas un moyen de preuve nouveau un rapport médical qu'une partie aurait pu se procurer plus tôt dans la procédure (TF [24.03.2014] 4A_569/2013 consid. 2.3). Des vidéos supplémentaires de l'état des lieux litigieux qui auraient pu être produites en première instance déjà ne peuvent l'être en appel (TC JU [29.03.2012] 91/2010 consid. 2.3.1).

Un nova qui dépend de la volonté de la partie qui l'invoque (**nova de nature potestative**) n'est admissible que s'il ne pouvait pas être invoqué antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise. Une restriction de brevet résultant d'un nova dans la duplique doit être alléguée immédiatement (ATF 146 III 416 consid. 5).

1180. Lorsque la **maxime inquisitoire** ou inquisitoire **sociale** s'applique, les allégués et les preuves peuvent être complétés jusqu'aux délibérations du tribunal (229 al. 3 CPC). Cette possibilité n'est en revanche pas offerte en cas de simple devoir d'interpellation renforcé (ATF 140 III 312 consid. 6.3.1.1).

1181. L'ultime moment pour proposer des faits et moyens de preuve nouveaux en première instance aux conditions qui précèdent est la **clôture des débats principaux** (ATF 138 III 788 consid. 4.2), qui correspond à l'entrée en délibérations du tribunal. Parfois le tribunal l'exprime en indiquant qu'il « garde la cause à juger » ou que la cause est en état d'être jugée.

IV. Les conclusions

A. Le principe

1. Généralités

1182. Le juge est saisi par les parties (demande, éventuellement demande reconventionnelle). Ce sont elles qui **fixent l'objet du litige** (*supra*, p. 5) et déterminent si, quand, dans quelle mesure et jusqu'à quand le demandeur fait valoir ses prétentions et dans quelle mesure le défendeur les reconnaît

(TF [16.12.2011] 4A_307/2011 consid. 2.4, RSPC 2012 293, qui se réfère aux ATF 134 III 151 consid. 3.2 ; 111 II 358 consid. 1 ; 110 II 113 consid. 4).

1183. Le juge ne peut pas juger au-delà de leurs conclusions (*Rechtsbegehren*). C'est le **principe de disposition** (*supra*, p. 233), inscrit à l'art. 58 al. 1 CPC, et qui s'exprime par la formule *ne ultra petita*. Il vaut aussi devant le Tribunal fédéral (*infra*, p. 468).

1184. Les conclusions doivent être **claires et précises**, afin de permettre une exécution forcée en cas de bien-fondé (TF [03.01.2012] 4A_611/2011 consid. 3.2, RSPC 2012 208 ; TF [02.07.2003] 4C.47/2003 consid. 1).

Jurisprudence. Une conclusion dans une requête de preuve à futur visant à l'extraction de documents « au sujet des dispositions testamentaires de A.X », ne sont pas clairement identifiables pour les personnes chargées de l'exécution, à savoir un huissier du tribunal assisté d'un expert en informatique (TF [25.01.2013] 5A_832/2012 consid. 6.2).

2. La pluralité de prétentions

1185. Il est parfois difficile de tracer les limites du principe, en particulier lorsque les parties font valoir **plusieurs prétentions** dans la même procédure.

Jurisprudence. En matière de postes du dommage, le juge peut accorder plus sur un poste et moins sur un autre lorsque la conclusion porte sur un montant global et que ce montant n'est pas dépassé. En revanche, lorsque chaque poste fait l'objet d'une conclusion spécifique, le juge ne peut pas accorder plus que demandé pour chaque poste (ATF 119 II 396, SJ 1994 94 ; TF [19.02.2007] 5P_481/2006, RSPC 2007 242).

3. Les conclusions en constat

1186. Les conclusions en constat posent des difficultés sur ce point.

Jurisprudence. Le Tribunal fédéral a admis qu'un tribunal arbitral avait statué *ultra petita* en ne se limitant pas au rejet de la conclusion du demandeur tendant à faire constater l'inexistence de la dette litigieuse, mais en condamnant de surcroît ce demandeur à régler son dû bien que le défendeur n'eût pris aucune conclusion à cette fin (consid. 2b, non reproduit in ATF 118 II 193). En revanche, ne viole pas le principe *ne ultra petita partium* le tribunal arbitral saisi d'une action négatoire de droit qui, l'estimant infondée, constate l'existence du rapport

juridique litigieux dans le dispositif de sa sentence plutôt que d'y rejeter cette action (ATF 120 II 172).

4. La qualification des conclusions

1187. Lorsque le demandeur **qualifie** expressément **ses conclusions** en indiquant leur fondement juridique, le juge ne peut pas les allouer sur un autre fondement (ATF 139 III 126 consid. 3.2.2).

Jurisprudence. Si le demandeur réclame une restitution trait pour trait dans ses conclusions en faisant valoir une liquidation du contrat, le tribunal ne peut lui accorder purement et simplement une partie du montant réclamé sur un autre fondement (TF [16.12.2011] 4A_307/2011, RSPC 2012 293).

5. Les frais

1188. En matière de **frais judiciaires**, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 105 al. 1 CPC). En revanche, les **dépens** doivent être demandés, l'art. 105 al. 2 CPC n'indiquant pas que les dépens sont fixés d'office (ATF 139 III 334 consid. 4.3 ; Message CPC, p. 6908). C'est le cas en revanche devant le Tribunal fédéral (art. 69 al. 1 PCF par renvoi de l'art. 71 LTF ; comp. ATF 111 Ia 154).

Jurisprudence. Une conclusion visant à la condamnation de l'adversaire aux « frais » porte, en vertu du principe de la confiance, sur les frais judiciaires et les dépens, les deux notions étant comprises dans celle de « frais » (TF [06.06.2013] 4A_45/2013). Selon l'ATF 110 Ia 96, SJ 1985, 369, le juge peut statuer d'office sur la prise en charge des frais de la procédure. A cet égard, les conclusions des parties ne constituent donc que des suggestions, dont le juge peut s'écarter sans statuer « *ultra petita* ».

En cas de **recours** contre le prononcé sur frais judiciaires et dépens, les conclusions doivent en revanche être **chiffrées** (ATF 143 III 111 et les réf.).

B. Les conclusions chiffrées

1. Principe

1189. Afin que le juge n'excède pas les conclusions des parties (*ne ultra petita* ; art. 58 al. 1 CPC ; *supra*, p. 233), celles-ci doivent être décrites avec

précision. En cas d'action en **paiement**, les conclusions doivent être chiffrées (art. 84 al. 2 CPC).

1190. Tel n'est pas le cas en revanche en matière de **frais judiciaires et dépens** (les parties peuvent déposer une note de frais, voir art. 105 al. 2 CPC). Cependant, si une partie n'est pas satisfaite du prononcé du juge, son recours sur ce point doit faire l'objet de conclusions chiffrées (ATF 143 III 111 et les réf.).

2. Les exceptions

1191. Le demandeur peut se trouver parfois **en difficulté** pour chiffrer ses conclusions de manière précise (le demandeur devrait procéder à des investigations lourdes et coûteuses, voir ATF 122 III 353 consid. 3b/bb) ou même dans l'**impossibilité matérielle** de le faire (les informations lui permettant d'en articuler le montant étant en mains du défendeur ou d'un tiers, voir ATF 123 III 140 consid. 2b, JdT 1998 I 22).

Exemples. Un employé est payé suivant les résultats de l'entreprise ; ne recevant pas les chiffres, il ne peut pas chiffrer ses conclusions. L'épouse ne connaît pas le salaire de son mari. Elle ne peut pas chiffrer ses conclusions en versement d'une pension. Un courtier ne peut chiffrer ses conclusions lorsqu'il ignore le prix de la vente, voir ATF 116 II 215 consid. 4a, JdT 1991 I 34.

1192. Dans ces conditions, le contraindre à les préciser sous menace d'irrecevabilité, reviendrait à le prêter à la consécration de ses droits, en particulier en l'obligeant à prendre des conclusions trop élevées, générant des frais judiciaires inutiles à sa charge.

1193. Le CPC prévoit dans ces deux cas que le demandeur peut prendre des **conclusions non chiffrées** (art. 85 al. 1 CPC ; *action non chiffrée au sens étroit*, (ATF 140 III 409 consid. 4), mais en prenant des conclusions minimales à titre provisoire (art. 85 al. 1 *in fine* CPC) pour déterminer la compétence matérielle du tribunal et la procédure applicable.

Jurisprudence. Il revient au demandeur de démontrer que les conditions d'une demande non chiffrée sont réunies (ATF 140 III 409 consid. 4.3). Le Tribunal fédéral considère apparemment que l'absence de conclusions chiffrées alors que les conditions de l'art. 85 CPC ne sont pas réunies est un vice entraînant l'irrecevabilité de la demande, sans fixation d'un délai au sens de l'art. 132 al. 1 CPC (ATF 140 III 409 consid. 4.3.2, RSPC 2014 408 ; TF [21.01.2016]

4A_375/2015 consid. 7.2). Il s'agit d'un problème de **détermination de l'objet du litige** (*supra*, p. 6.).

1194. Une fois les preuves administrées ou les informations requises fournies par le défendeur, le demandeur doit chiffrer sa demande dès qu'il est en état de le faire. La compétence du tribunal saisi est maintenue, même si la valeur litigieuse dépasse sa compétence (art. 85 al. 2 CPC).

Jurisprudence. L'épouse qui ne chiffre pas ses conclusions relatives à la liquidation du régime matrimonial et qui, même après l'administration des preuves, conclut à ce que la liquidation soit effectuée sur la base des pièces mentionnées durant la plaidoirie, délègue de manière inadmissible le calcul de ses prétentions au juge, en violation de l'art. 85 CPC et du principe de disposition. Que le juge ait refusé une partie de ses réquisitions de preuves et qu'elle ait persisté dans ces dernières ne la dispensait pas de chiffrer sa prétention à titre subsidiaire sur la base des pièces déjà produites (TF [25.04.2019] 5A_368.394/2018, consid. 4.3).

C. L'action échelonnée

1195. Lorsque le demandeur est en difficulté pour chiffrer ses conclusions, il peut :

- Comme relevé ci-dessus, prendre une **conclusion condamnatoire non chiffrée** et demander la production des documents au stade de l'administration des preuves (Message CPC, p. 6900).
- Il peut aussi opter pour l'**action échelonnée** (*Stufenklage*) en prenant une première conclusion en reddition de compte en la liant à une conclusion indéterminée en paiement de la somme due (Message CPC, 6900 ; *action non chiffrée au sens large*, ATF 140 III 409 consid. 4 ; ATF 116 II 215 consid. 4a, JdT 1991 I 34 ; 116 II 351 consid. 3, JdT 1991 I 616). Il peut également limiter sa demande à une reddition de compte, mais on ne peut pas l'y contraindre (ATF 123 III 140 consid. 2b, JdT 1998 I 22 ; TF [18.01.2017] 4A_390/2016 consid. 2.3.1, RSPC 2017 251 ; comp. en lien avec le devoir de renseigner entre époux [art. 170 CC] TF [28.07.2014] 5A_635/2013, RSPC 2014 523). Dans le cadre d'une action échelonnée, les **deux étapes** font partie d'un seul et même procès. La décision sur la **prétention en information** constitue une **décision partielle** dotée d'un effet préjudiciel sur la prétention principale (TF [25.07.2016] 4A_696/2015 consid. 3.5). Comme le demandeur

ne sait pas encore quel est le contenu des informations requises, on ne peut exiger de lui qu'il désigne individuellement chaque document requis. Il suffit qu'il présente de manière claire dans quel but il demande des informations pour la reddition de compte, et ce pour quelle période et dans quelle forme (ATF 143 III 297 consid. 8.2.5.4 s.).

- Plutôt qu'une action échelonnée, le demandeur peut enfin privilégier, lorsque la situation juridique semble évidente, une requête de protection du **cas clair** pour la reddition de compte (art. 257 CPC, *infra*, p. 419).

D. L'action partielle

1196. Le demandeur n'est pas obligé de conclure à l'allocation de l'ensemble de sa prétention. Le Code rappelle expressément que l'action partielle est autorisée lorsque la prétention est divisible (art. 86 CPC). Le principe découle du principe de disposition (art. 58 al. 1 CPC ; *supra*, p. 233 ; TF [20.07.2012] 4A_194/2012, RSPC 2013 4).

Exemples. Si A. considère que B. lui doit CHF 40 000.–, il peut l'actionner dans un premier temps à hauteur de CHF 30 000.– en procédure simplifiée. En revanche, si A. réclame à B. la restitution d'un véhicule, il ne peut pas diviser sa prétention.

1197. Seule la partie réclamée jouit de l'**autorité de la chose jugée** (*supra*, p. 296) une fois la décision entrée en force (ATF 125 III 8 consid. 3b, SJ 1999 I 273 ; *supra*, p. 296). Cela signifie que le tribunal saisi du solde pourrait aboutir à un autre résultat.

Controverse. Si le premier juge rejette au fond la première demande qui portait sur une partie indéterminée de la créance, le demandeur ne devrait pas pouvoir agir à nouveau, puisque le rejet signifie que la prétention n'existe pas dans son principe selon le premier juge (dans ce sens, STEPHEN V. BERTI, *Zur Teilklage nach Art. 86 der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in REAS, *Haftpflichtprozess* 2010, p. 46 ss ; KUKO ZPO-OBERHAMMER, art. 86 N 10). On peut aussi soutenir que l'autorité de la chose jugée ne s'oppose pas à une demande pour le solde dans ce cas également, car il n'y a pas lieu de reconnaître une autorité de la chose jugée « élargie » à un prononcé qui aurait par exemple pu faire l'objet d'un appel, compte tenu de la valeur litigieuse, si la demande avait d'emblée porté sur le tout (dans ce sens, GULDENER, p. 366 s., n. 30). Le **Tribunal fédéral** vient de trancher : il y a autorité de la chose jugée sur le tout en cas de rejet au fond de la première demande qui portait sur une partie indéterminée de la

créance, et ce indépendamment du type de procédure et de la juridiction devant laquelle la première demande partielle a été jugée et des voies de recours ouvertes contre la décision sur demande partielle. En effet, le demandeur a le choix d'intenter une demande en justice pour le montant total plutôt que pour une partie de celui-ci (TF [23.03.2021] 4A_449/2020, destiné à la publication).

1198. Seule la demande qui porte sur une partie d'une prétention est une action partielle au sens propre. En revanche, il n'y a qu'une action partielle improprement dite lorsque le demandeur limite sa demande à certaines de ses prétentions.

Exemple. Un employé actionne son employeur en paiement de ses heures supplémentaires et en paiement d'une indemnité pour vacances non prises. Dans un second temps, il agit en délivrance d'un certificat de travail.

1199. Lorsque le défendeur fait valoir **plusieurs prétentions** (cumul objectif, art. 90 CPC ; *supra* p. 77) au moyen d'une action partielle, la question se pose de savoir quel montant correspond à quelle prétention (cumul objectif alternatif). Dans un premier temps, le Tribunal fédéral a exigé que le demandeur indique l'ordre d'examen et/ou l'étendue de chacune des prétentions (ATF 142 III 683 consid. 5). Il a ensuite fait machine arrière et considéré qu'il suffit que le demandeur allègue et motive de manière suffisante qu'une ou plusieurs de ses prétentions excèdent le montant réclamé, le tribunal se chargeant de les délimiter et ordonner (ATF 144 III 452 consid. 2.4, JdT 2019 II 161 ; 145 III 409 consid. 4.1.1).

1200. En cas de demande partielle, le défendeur a un intérêt à faire **constater reconventionnellement** l'inexistence de la créance ou du rapport de droit dans son entier (TF [29.08.2019] 4A_396/2018 consid. 4.2.3 non reproduit *in* ATF 145 III 409, RSPC 2020 36 ; TF [01.05.2007] 5C.252/2006, RSPC 2007 366). Si le demandeur a limité ses conclusions à CHF 30 000.– pour bénéficier de la procédure simplifiée, la demande reconventionnelle en constat de l'inexistence complète de la dette doit être admise, et l'ensemble de la procédure conduite en procédure ordinaire, contrairement à ce que suggère le texte de l'art. 224 al. 1 CPC (ATF 143 III 506 consid. 4). La règle vaut qu'il s'agisse d'une demande partielle (partie d'une seule prétention) au sens propre ou à d'une demande partielle improprement dite (plusieurs prétentions sont concernées) (ATF 145 III 299 ; 147 III 172).

Jurisprudence. L'exception à l'exigence du même type de procédure selon l'art. 224 al. 1 CPC vaut également en cas de demande reconventionnelle en constat négatif en réponse à une demande en paiement d'heures supplémentaires de trois années consécutives, limitée à la dernière année (ATF 145 III 299).

Projet de révision du CPC. Le projet d'amélioration du CPC confirme cette approche en prévoyant que la demande reconventionnelle est également admise et jugée avec la demande principale dans la procédure ordinaire lorsque « la demande reconventionnelle conclut à la constatation de l'inexistence d'un droit ou d'une relation juridique, alors que la demande principale ne porte que sur une partie de la prétention découlant de ce droit ou de cette relation juridique et relève ainsi de la procédure simplifiée du seul fait de la valeur litigieuse » (art. 224 al. 1^{bis} let. b du projet). On peut regretter que ce texte reprenne indirectement la condition de la prétention unique de l'ATF 142 III 683 consid. 5. Avec le Tribunal fédéral, il convient de ne pas s'arrêter à la lettre du texte proposé (ATF 147 III 172).

E. La modification des conclusions

1201. Les conclusions peuvent être modifiées à certaines conditions, fixées aux art. 227 et 230 CPC :

- a) lors du **second échange d'écritures** ou à défaut à l'éventuelle (première) **audience d'instruction** (ATF 140 III 312 consid. 6.3.2.3), la demande peut être modifiée (art. 227 CPC) si la prétention nouvelle ou modifiée relève de la **même procédure** et si elle présente un lien de **connexité** (*supra*, p. 75, 76) avec la dernière prétention (let. a) ou à défaut, en cas de consentement (éventuellement implicite) de la partie adverse à la modification (let. b) ;
- b) lors des **débats principaux**, aux mêmes conditions, mais uniquement si la prétention nouvelle ou modifiée se fonde sur des nova ou des pseudo-nova apportés à temps dans le procès (art. 230 CPC).

Jurisprudence. Contrairement à l'art. 229 CPC, l'art. 230 CPC n'indique pas, pour la modification des conclusions, que celle-ci devrait intervenir « sans délai ». Cette disposition relève simplement qu'elle peut intervenir « aux débats principaux », étant précisé que le principe de la bonne foi pourrait exiger selon les circonstances qu'elle intervienne plus rapidement après la connaissance d'un novum. Intervient en temps utile, une modification des conclusions effectuée dans le délai fixé pour se prononcer sur un rapport d'expertise (TF [04.12.2017] 5A_245/2017, RSPC 2018 119).

1202. **Dans les deux cas**, lorsque la valeur litigieuse de la demande modifiée dépasse la compétence matérielle du tribunal, celui-ci la transmet au tribunal compétent (art. 227 al. 2 et 230 al. 2 CPC). En revanche, en cas de diminution

des conclusions, qui peut intervenir en tout temps, la compétence matérielle demeure inchangée.

1203. La modification des conclusions doit être distinguée de l'indication chiffrée des conclusions, en cours de procès, selon l'art. 85 al. 2 CPC (*supra*, p. 326)

V. Les moyens de défense

A. Généralités

1204. Les moyens de défense à disposition d'une personne atraite en justice peuvent être subdivisés en deux catégories principales : ceux qui ont un caractère **procédural** et ceux qui se rapportent au **fond**. A cette différence de nature correspond une différence de sanction : la partie qui rend attentif le juge à un vice de nature procédurale obtiendra une décision d'**irrecevabilité**, c'est-à-dire n'abordant pas le fond, alors que celle qui triomphe par l'invocation d'une défense au fond se trouvera au bénéfice d'un jugement déclarant la demande **mal fondée**.

1205. Une analyse plus poussée est toutefois nécessaire car le régime des défenses varie, dans les deux catégories, en fonction de nouvelles dissemblances.

B. Les défenses de procédure

1206. L'action, à savoir l'affirmation digne de protection d'un droit à la protection juridique, s'exerce par la demande, celle-ci faisant naître une instance. Sur un plan procédural, le défendeur peut s'en prendre à la régularité de l'**instance** ou à l'existence de l'**action**. Dans ces deux hypothèses, le défendeur fait valoir qu'une **condition de recevabilité** (relative à l'instance ou à l'action) fait défaut.

1207. Les défenses relatives à l'instance sont **temporaires** : la partie qui s'adresse à un tribunal incompétent pourra renouveler sa demande devant un autre tribunal. En revanche, les défenses relatives à l'action sont **définitives** :

la partie qui n'a pas qualité pour agir se heurte à un obstacle irrémédiable, si le contenu de la demande n'est pas modifié.

1208. Si les conditions de recevabilité ne sont pas réunies, le tribunal n'entrera pas en matière sur le fond, donc déclarera la demande irrecevable soit parce que l'instance est irrégulière, soit faute d'action.

1209. Lorsque le défendeur considère qu'une **condition de recevabilité** (*supra*, p. 277) fait défaut, il peut soit le mentionner dans sa réponse ou le cas échéant à l'audience en procédure simplifiée, soit écrire au juge pour l'informer de la problématique et lui suggérer de **limiter la procédure** au point en question (*supra*, p. 277).

1210. Le CPC **renonce** ainsi au système de l'**exception de procédure**, qui était connu de la plupart des codes romands, par lequel le défendeur refusait de se prononcer sur le fond en se limitant dans un premier temps à invoquer des moyens de procédure.

Controverse. Le défendeur a-t-il un **droit**, suivant la condition de recevabilité en cause, de **limiter** sa réponse à cette question ? La problématique connexe consiste à déterminer si le défendeur peut exiger du juge qu'il rende une décision séparée sur cette question. Sous l'empire des codes de procédure cantonaux, le défendeur pouvait en tout cas exiger une décision séparée sur la question de la compétence locale lorsqu'il faisait valoir la violation de la garantie de son for de domicile (art. 59 aCst. ; ATF 102 Ia 188 consid. 3.b, JdT 1978 I 357). En application de l'actuel CPC, une telle obligation du tribunal n'existe pas (selon l'approche discutable du Tribunal fédéral TF [18.03.2014] 5A_73/2014 consid. 2.3 ; *supra*, p. 278), ou uniquement lorsque le défendeur risque de subir un préjudice difficilement réparable (TF [07.06.2018] 4A_264/2018 consid. 4.3, RSPC 2018 453). A tout le moins, le demandeur qui fait valoir son immunité est en droit de limiter sa défense à ce moyen, donc d'obtenir une décision séparée sur ce point (ATF 133 III 539 consid. 4.4 ; TF [07.06.2018] 4A_264/2018, consid. 4.3).

C. Les défenses au fond

1211. Les défenses au fond consistent en la **contestation des faits allégués** par le demandeur (1), l'allégation d'**objections** dont il résulte que le droit du demandeur n'existe pas malgré les faits avancés par lui (2) et l'invocation d'**exceptions de droit civil**, à savoir le droit de refuser l'exécution pour un motif spécial (3).

1. La contestation des faits allégués par le demandeur

1212. Aux termes de l'art. 8 CC, « Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ». Cette disposition traite du **fardeau de la preuve**. Elle détermine quelle partie supporte le risque d'absence de preuve (ATF 129 III 18 consid. 2.6 ; 127 III 519 consid. 2a). En effet, lorsque tous les faits pertinents sont prouvés, il n'y a pas d'échec de la preuve, si bien que la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose pas (ATF 143 III 1 consid. 4.1). Comme l'objet du litige est déterminé par le demandeur, c'est à lui de prouver les faits pertinents. Il suffit en principe au défendeur de les contester (art. 150 al. 1 CPC). Faute de preuve les concernant, le demandeur succombe. Le défendeur est cependant en droit d'apporter la **contre-preuve**.

1213. Appliquée sans nuance, la règle de l'art. 8 CC impliquerait que le demandeur devrait alléguer une **infinité de faits positifs et négatifs** fondant son droit et qu'il supporterait le risque de la perte du procès en cas d'échec dans la preuve de ces faits. Le principe est toutefois moins absolu : le demandeur doit alléguer uniquement les faits générateurs de son droit, et c'est uniquement à l'égard de ces faits qu'il supporte le risque d'un échec dans la preuve. Selon la théorie des normes, chaque partie doit alléguer et prouver les faits que suppose l'application des normes qu'elle invoque à son profit.

1214. Les **faits générateurs** représentent l'ensemble des faits qui sont, en règle générale, nécessaires à la naissance du droit invoqué.

Exemples. Il revient au demandeur d'alléguer qu'il a conclu un contrat avec le défendeur. Si le demandeur prétend être titulaire d'une prétention suite à une cession, c'est à lui de l'alléguer (TF [24.06.2003] 4C.41/2003). Le demandeur qui réclame la restitution d'objets loués en application de l'art. 267 al. 1 CO doit prouver l'existence d'un contrat de bail entre les parties au sens de l'art. 253 CO, la remise des objets loués au locataire et la résiliation du contrat de bail, laquelle fonde l'obligation de restitution (TF [27.04.2011] 4A_41/2011 consid. 2.2).

1215. On admet par ailleurs que certains faits sont allégués de manière **implicite** : si par exemple le demandeur affirme qu'il a conclu un contrat avec le défendeur, il allègue implicitement qu'ils ont échangé des déclarations concordantes de volonté sur tous ses éléments essentiels.

Jurisprudence. Selon le Tribunal fédéral, sont, par exemple, des faits implicites : la qualité pour agir, l'exercice des droits civils, l'exactitude d'une date, l'envoi et la réception d'une facture. Le fardeau de l'allégation objectif et le fardeau de la preuve d'un fait implicite n'incombent à la partie demanderesse que lorsque sa

partie adverse l'a contesté (TF [17.12.2018] 4A_243/2018 consid. 4.2.1, et les réf.).

En alléguant que la marchandise était prête à être livrée, la demanderesse a implicitement allégué, selon l'expérience de la vie, la fabrication de celle-ci (TF [17.12.2018] 4A_243/2018 consid. 4.3.1).

1216. De plus, certains faits sont **présumés**.

Exemples. Le créancier qui donne quittance pour le capital est présumé avoir perçu les intérêts (art. 89 al. 2 CO) ; la remise du titre au débiteur fait présumer l'extinction de la dette (art. 89 al. 3 CO).

1217. Dans ce cas, il revient à la partie adverse d'objecter des faits dirimants ou extinctifs (ATF 130 III 321 consid. 3.1, JdT 2005 I 518 ; 128 III 271 consid. 2a/aa, JdT 2003 I 606 ; TF [27.04.2011] 4A_41/2011).

2. Les objections

a. Les faits dirimants

1218. Seuls les faits générateurs doivent être allégués par le demandeur. Les faits qui s'écartent de l'ordre normal des choses, appelés faits dirimants, doivent l'être par le défendeur. On part en effet du principe que celui qui invoque un droit peut se contenter d'alléguer et de prouver les faits qui l'établissent dans des circonstances normales.

Exemples. Alors que la capacité de discernement au moment de la conclusion du contrat est la règle, l'incapacité représente l'exception. Il ne revient dès lors pas au demandeur d'alléguer que le contrat n'est pas nul, mais bien au défendeur d'alléguer l'incapacité. Sont ainsi des faits dirimants l'existence d'un vice entachant un contrat, l'existence d'une lésion ou encore d'une simulation.

b. Les faits extinctifs

1219. Par ailleurs, le demandeur n'a pas à alléguer que son droit existe toujours. Ce fait est présumé. Il appartient ainsi au défendeur d'alléguer les faits extinctifs.

Exemples. Sont des faits extinctifs l'extinction de la dette par novation, compensation ou paiement, ou encore par remise de dette, de même que la cession. On ne peut exiger du créancier qu'il prouve que la créance sur laquelle il

fonde sa réclamation n'a pas été cédée, remise, compensée, etc. à aucun moment : il s'agit d'une infinité de faits négatifs indéterminés.

Jurisprudence. L'exécution d'une créance conformément au contrat doit être prouvée par la partie qui l'allègue et qui objecte ainsi l'extinction de la créance (TF [11.08.2016] 4A_97/2016 consid. 3.3 ; ATF 125 III 78 consid. 3b ; 111 II 263 consid. 1b ; TF [29.06.2015] 4A_625/2015 consid. 5.1). L'existence d'un double-courtage prohibé (art. 415 CO), faisant échec à la rémunération du courtier, doit être alléguée par le mandant défendeur (ATF 142 III 462 consid. 4). Le défendeur qui entend se prévaloir de faits destructeurs ou dirimants doit soulever des objections ou des exceptions, en principe, dans sa réponse (art. 222 et 29 al. 1-2 CPC). En appel, seuls les faits qui n'ont pas pu être invoqués en première instance peuvent être admis (art. 317 CPC) (TF [01.09.2017] 4A_639/2016 consid. 6.1, RSPC 2018 12).

c. Le régime

1220. Ainsi, le défendeur ne peut souvent **pas se contenter de contester les faits allégués** par le demandeur. Si, par exemple, le défendeur se limitait à contester l'existence du contrat sur lequel se fonde le demandeur pour en déduire son droit, il suffirait à celui-ci de démontrer l'existence de ce contrat dans des circonstances normales et sa créance en résultant pour obtenir gain de cause. Le demandeur ne supporterait par exemple pas l'absence de preuve de capacité de discernement d'une des parties au moment de la conclusion du contrat, l'incapacité de discernement n'ayant pas été alléguée par le défendeur. De même, un éventuel paiement devrait être allégué et prouvé par le défendeur.

1221. Les allégations de faits distincts (dirimants ou extinctifs) s'opposent aux allégations de faits générateurs. On parle d'**objections**, qui apportent la **preuve du contraire**.

Exemples. Le défendeur peut ne pas contester l'existence d'un contrat de prêt mais objecter que sa dette est éteinte par paiement ; il peut également objecter la compensation. Le défendeur qui prétend avoir restitué le matériel loué doit le prouver (TF [27.04.2011] 4A_41/2011 consid. 2.1.2).

1222. Le défendeur supporte l'**échec de la preuve** du fait dirimant ou extinctif qu'il objecte (*échec dans la preuve du contraire*).

Exemples. Le défendeur qui entend objecter le paiement de la dette dont le recouvrement est entrepris par le demandeur doit alléguer et prouver ce paiement ; de même, le créancier objectant la compensation doit alléguer et prouver

l'existence de la créance compensante (exigibilité, art. 120 al. 1 et 3 CO). Si le défendeur objecte que le contrat est simulé, il supporte les conséquences de l'absence de preuve de la simulation.

Jurisprudence. Les règles sur le fardeau de la preuve sont violées si le juge considère que la preuve principale du fait générateur est ébranlée mais retient malgré tout le fait allégué par la partie ayant le fardeau de la preuve en faisant valoir que les faits opposés (compensation) ne sont pas démontrés (TF [02.12.2013] 4A_383/2013, RSPC 2014 239).

3. Les exceptions de droit civil

a. Notion

1223. Alors que la contestation des faits et l'objection tendent à démontrer que le droit n'existe pas ou plus, les exceptions de droit civil visent à provoquer la **paralysie du droit invoqué**. Contrairement à la contestation des faits et à l'objection, l'exception de droit civil n'est pas simplement l'allégation de faits. Il s'agit de l'**exercice d'un droit** – celui de refuser une prestation due en raison d'un motif spécial découlant du droit matériel – qu'il convient d'invoquer expressément en procédure (ATF 63 II 133 consid. 2, JdT 1937 I 566).

Exemple. Le défendeur ne peut pas se borner à alléguer que l'exigibilité de la dette remonte à une date dont il résulte que la prescription est acquise pour que la demande soit rejetée ; il faut encore que le défendeur soulève l'exception de prescription (art. 142 CO) dans les formes et au stade prévus par le Code.

1224. Comme l'exception s'exerce par une manifestation de volonté (TF [12.12.2020] 4A_512/2019 consid. 4.1.3, SJ 2021 I 157), le défendeur peut l'exprimer dans ses allégués, avec les faits qui sous-tendent le moyen, ou, par extension, dans sa rubrique « en droit ».

Jurisprudence. L'exception de prescription doit être introduite dans les mêmes délais que les allégations de fait et satisfaire le cas échéant au régime restrictif des nova (TF [12.12.2020] 4A_512/2019 consid. 4.2, SJ 2021 I 157).

1225. Si le demandeur relève dans ses écritures que le défendeur a soulevé la prescription, une prise de position sur cet allégué indiquant que ce fait est admis vaut invocation de la prescription.

Jurisprudence. Tel n'est pas le cas en revanche selon la jurisprudence vaudoise de la simple prise de position selon laquelle une telle allégation du demandeur

n'est pas un fait (TC VD, JdT 2013 III 175). L'approche est discutable, puisque le demandeur lui-même a allégué que le défendeur a fait valoir la prescription hors procès (également critique : MICHEL HEIZMANN, DC 2014 141).

1226. On distingue les exceptions de droit civil *péremptoires* des exceptions de droit civil *dilatoires*.

b. L'exception de droit civil péremptoire

1227. L'exception péremptoire permet de **paralyser définitivement** le droit de l'adversaire. La **prescription** en est l'exemple le plus évident. L'exception de prescription valablement soulevée, la demande doit être déclarée **mal fondée**. Mal fondée et non irrecevable, car en droit suisse rien n'empêche de faire valoir une créance prescrite (*supra*, p. 111).

1228. Il appartient à l'adversaire de s'opposer au droit en soulevant l'exception. La créance prescrite n'est pas dépourvue d'action, le défendeur est libre de ne pas actionner le couperet que le juge ne peut ni ne doit faire tomber à sa place (art. 142 CO).

c. L'exception de droit civil dilatoire

1229. L'exception est dilatoire lorsqu'elle permet de **refuser provisoirement** la prestation. On peut citer le bénéfice de discussion de la caution (art. 495 CO) et l'exception d'inexécution (*exceptio non adimpleti contractus* ; art. 82 CO).

1230. L'**exception d'inexécution** permet au débiteur de refuser de s'exécuter jusqu'à l'exécution ou l'offre d'exécution de la contre-prestation par le créancier (ATF 128 V 224 consid. 2b ; 127 III 199 consid. 3a ; 123 III 16 consid. 2b), qu'il revient à celui-ci de démontrer (TF [28.08.2008] 4A_252/2008 consid. 2.2, SJ 2009 I 63 ; ATF 123 III 16 consid. 2b).

1231. En d'autres termes, le demandeur doit prouver les faits permettant de constater l'existence de la créance invoquée, le défendeur qui soulève l'exception d'inexécution doit prouver l'existence de sa contre-créeance, et il appartient alors au demandeur de prouver qu'il a exécuté ou offert d'exécuter sa propre prestation (TF [12.10.2010] 4A_68/2010 consid. 3.2.3).

Controverse. Selon, le Tribunal fédéral, le juge doit prendre en compte d'office l'**inexigibilité** (le débiteur est attaqué par son créancier avant terme ou avant

l'avènement d'une condition suspensive) lorsqu'elle ressort des faits allégués (ATF 127 III 199, JdT 2001 I 248 ; voir déjà ANDREAS VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, trad. Emile Thilo/Maurice de Torrenté, Lausanne 1931, § 62 I 2, p. 447). On peut se demander si elle ne devrait pas être soulevée par une exception, puisqu'en principe une dette est immédiatement exécutable (art. 81 al. 1 CO) et que le défendeur devrait donc s'opposer à la demande (CLAUDE BONNARD, *De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois*, Thèse Lausanne 1948, p. 144 ; FRANÇOIS BOHNET, *Les défenses en procédure civile*, RDS 2009 II 317 s.). Il en va de même du **sursis** (le renvoi conventionnel de l'époque de l'exécution), que le Tribunal fédéral considère comme une objection (ATF 65 II 232, inspiré de VON TUHR, § 61 II 1, p. 449 s.), alors que la doctrine allemande admet qu'il s'agit d'une exception (ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17^e éd, Munich 2010, § 102 N 13).

1232. En principe, lorsque l'exception est dilatoire, la demande doit être rejetée en l'état ; le juge la déclare mal fondée, en tant que prématurée. Un nouveau procès peut être intenté lorsque les conditions de l'exception ne sont plus réunies (pas d'autorité de la chose jugée ; comp. *supra*, p. 296).

Exemples. Le débiteur principal est tombé en faillite ; la prétention est devenue exigible ; le demandeur a lui-même exécuté ou valablement offert d'exécuter sa prestation.

§ 13 Les débats

I. Les citations aux audiences

1233. Par « citation », le CPC entend les **convocations aux actes de procédure** auxquels une personne doit assister, en particulier les audiences et les inspections. Il s'agit d'ordonnances de procédure (*infra*, p. 393).

1234. Le juge cite les parties, ainsi que les témoins, aux audiences, sauf disposition contraire de la loi, en expédiant son acte dix jours au moins avant la date de comparution (art. 134 CPC).

1235. Cet acte, naturellement par écrit, comprend (art. 133 CPC) :

- a) le nom et l'adresse de la personne citée à comparaître ;
- b) l'objet du litige et les parties ;
- c) la qualité en laquelle la personne est citée à comparaître ;
- d) le lieu, la date et l'heure de la comparution ;
- e) l'acte de procédure pour lequel elle est citée ;
- f) les conséquences d'une non-comparution ;
- g) la date de la citation et la signature du tribunal.

1236. Si dans des circonstances particulières, le greffe convoque les parties par **téléphone**, et qu'elles se présentent à l'audience, elles ne peuvent plus s'en plaindre ultérieurement. Le juge peut par ailleurs arrêter la prochaine audience en présence des parties et se limiter à mentionner sa date et son objet dans le **procès-verbal** d'audience.

1237. Le tribunal peut d'office **renvoyer la date** de comparution pour des motifs suffisants, ou lorsque la demande en est faite avant cette date (art. 135 CPC). Sur le **défaut** à l'audience, voir p. 356 ss.

1238. Le **projet de révision du CPC** du 26 février 2020 (Message CPC 2020 2693) prévoit d'introduire la possibilité pour le tribunal de tenir une audience par **vidéoconférence**, c'est-à-dire « [...] un procédé interactif – combinant

les techniques de l'audiovisuel, de l'informatique et des télécommunications – grâce auquel des personnes présentes sur des sites distants peuvent, en temps réel, se voir, dialoguer et échanger des documents écrits ou sonores » (voir BOHNET/MARIOT, p. 181 n. 7).

En résumé, le projet prévoit que le juge peut procéder à l'audition d'un témoin, tout comme des parties ou de l'expert, par vidéoconférence (art. 170a, 187 et 193 du projet). Le projet se borne à régler en détail la tenue du procès-verbal (art. 176a du projet). On se serait attendu à y trouver des réponses à certaines questions importantes que la vidéoconférence soulève : conditions auxquelles elle peut être imposée aux parties, indication du fait que différents lieux d'audience peuvent se trouver en dehors du ressort de la juridiction saisie, modalités techniques (qui pourraient être arrêtées au niveau réglementaire).

II. Les débats d'instruction

1239. En tout état de cause, mais en principe après l'échange des écritures (voir art. 226 al. 1 CPC), le tribunal peut ordonner la tenue de débats d'instruction. Ils ont pour but :

- de **déterminer** de manière informelle l'**objet du litige** ;
- de **compléter** l'état de fait et les preuves (si un seul échange d'écritures est intervenu, ATF 140 III 312 consid. 6.3.2.3) ;
- de **trouver un accord** entre les parties ;
- de **préparer les débats** principaux (art. 226 al. 2 CPC).

1240. Le tribunal peut également administrer des **preuves** à cette occasion (art. 226 al. 3 CPC ; ATF 138 III 788 consid. 4.2).

1241. Il doit convoquer les parties par **citation** (art. 133 CPC ; dix jours au moins avant la date de comparution, selon l'art. 134 CPC).

1242. Le **tribunal** est **libre** de tenir ou non de telles audiences de débats d'instruction. L'ensemble des opérations peut également intervenir lors des débats principaux, ceux-ci ne devant du reste pas nécessairement se tenir en une seule audience.

Exemples. Le juge reçoit une demande qui pose un problème complexe de compétence. Il pourrait décider, en la notifiant au défendeur, de fixer immédiatement une audience d'instruction pour traiter cette question et déterminer de quelle manière elle va être tranchée. On peut également envisager

que le juge, après le dépôt de la réponse, souhaite entendre les parties sur la question de la prescription invoquée par le défendeur et administrer quelques preuves sur ce point. Si la demande, composée de diverses prétentions, est dirigée contre plusieurs défendeurs, le juge pourrait décider de convoquer une audience d’instruction pour organiser la suite du procès.

1243. C’est essentiellement en **procédure ordinaire** que de telles audiences peuvent se justifier.

1244. En **procédure simplifiée**, si elles sont possibles (art. 246 al. 2 CPC), elles devraient demeurer l’exception vu le caractère simple de cette procédure (qui est supposée, selon l’art. 246 al. 1 CPC, être autant que possible liquidée lors de la première audience).

Jurisprudence. Le juge décide selon son appréciation s’il entend procéder à un échange d’écritures en procédure simplifiée. Il n’existe pas de droit à un débat oral immédiat (TF [02.05.2016] 4A_661/2015 consid. 3.3).

1245. Elles ne sont pas prévues en **procédure sommaire**, où une audience de débats n’est du reste pas obligatoire, sauf certains cas spécifiques (art. 256 al. 1 CPC).

III. Les débats principaux

1246. Les débats principaux représentent la **principale phase du procès se déroulant oralement devant le juge**. Les parties sont citées (art. 133 CPC) aux débats principaux.

Jurisprudence. La tenue des débats principaux par **visioconférence** suppose l’accord de toutes les parties (ATF 146 III 194). L’Ordonnance du 16 avril 2020, instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural (Ordonnance COVID-19 justice et droit procédural), prévoit en revanche cette modalité (même arrêt, et les réf. doctrinales).

1247. Ils débutent par les premières plaidoiries (art. 228 CPC), se poursuivent par l’administration des preuves (art. 231 CPC), puis par les plaidoiries finales (art. 232 CPC) au terme desquelles les débats principaux sont clos (ATF 138 III 788 consid. 4.2).

Jurisprudence. Lorsque les faits et moyens de preuve complétés sont allégués et offerts aux débats principaux, le Tribunal fédéral a précisé qu’ils devaient l’être avant même le début des premières plaidoiries (TF [24.11.2017] 4A_338/2017

consid. 2.1, destiné à la publication). Cela ne va pas sans poser des problèmes d'ordre pratique.

1248. Ce n'est pas l'unique phase orale en procédure ordinaire ou simplifiée puisque, nous l'avons vu, les débats peuvent être précédés ou entrecoupés de débats d'instruction (art. 226 CPC ; *supra*, p. 340).

1249. Des débats ne s'imposent pas en **procédure sommaire** (art. 256 al. 1 CPC), à moins que la loi ne les impose (art. 273, 306 CPC : audience, sauf exception, en mesures protectrices de l'union conjugale et du partenariat enregistré ; art. 276 al. 1 et 307 CPC : mesures provisoires en procédure de divorce et de dissolution du partenariat). Il faut cependant être attentif au respect du droit d'être entendu effectif des parties non représentées par des mandataires professionnels, pour lesquelles des échanges exclusivement écrits peuvent ne pas être adéquats.

1250. Par ailleurs, les parties peuvent **renoncer** aux débats principaux et requérir un jugement sur pièces (art. 233 CPC).

A. Les premières plaidoiries

1251. En audience, après avoir appelé la cause, le juge donne **deux tours de parole aux parties** (art. 228 al. 2 CPC). Elles présentent leurs conclusions et les motivent (art. 228 al. 1 CPC), en insistant en principe sur les points essentiels et en mentionnant les preuves qui les soutiennent. C'est à ce stade que les parties peuvent compléter leurs allégués et leurs preuves si un seul échange d'écritures a eu lieu et que des débats d'instruction n'ont pas été tenus (art. 229 al. 2 CPC ; *supra*, p. 319).

1252. Précisons qu'il est d'usage dans de nombreux cantons que le demandeur soit sur la droite de la salle, le défendeur sur la gauche. La question du port de la robe par les avocats relève de l'organisation judiciaire cantonale.

1253. Il est fréquent qu'après les premières plaidoiries, le juge tente de **concilier** les parties, comme le lui permet l'art. 124 al. 3 CPC (*supra*, p. 263). C'est aussi à ce moment qu'il conseillera le cas échéant aux parties d'avoir recours à la **médiation** comme le prévoit l'art. 214 al. 1 CPC (*supra*, p. 211). Le juge va aussi **interpeller** les parties sur les points qui lui semblent troubles, tout en respectant les maximes applicables (*supra*, p. 240). Il pourra par exemple décider de **limiter la procédure** à des questions ou des conclusions déterminées (art. 125 al. 1 CPC ; *supra*, p. 277).

B. L'ordonnance de preuves

1254. Après les premières plaidoiries des parties, et faute d'arrangement, le tribunal désigne dans son **ordonnance de preuves** les moyens de preuve admis (art. 154 CPC). Selon la même disposition, le tribunal détermine, pour chaque fait, à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve. Il est sans doute suffisant d'indiquer que chaque partie a le fardeau de la preuve des faits qu'elle allègue (*supra*, p. 331).

Exemple. Le juge peut rendre une ordonnance dans laquelle il admet les titres versés au dossier et ordonne l'audition des trois témoins proposés par les parties (deux par le demandeur, un par le défendeur) et retient qu'il revient au demandeur de prouver que l'objet loué est entaché d'un défaut et au défendeur de démontrer, si celui-ci est établi, qu'il a été réparé.

1255. L'ordonnance de preuves peut être **modifiée** ou **complétée** en tout temps (même disposition), par quoi il faut comprendre « tant que le tribunal n'a pas rendu sa décision finale » (art. 236 CPC).

Exemples. Le juge pourrait réserver certains témoignages ou une expertise, et les admettre après les premières auditions. Il pourrait aussi renoncer à une vision locale admise préalablement, lorsque l'audition des témoins la rend inutile.

1256. L'ordonnance de preuves est en principe **notifiée immédiatement** aux parties à l'audience, mais elle peut également l'être ultérieurement par courrier recommandé (art. 136 et 138 CPC).

1257. En **procédure simplifiée**, l'ordonnance de preuves sera en principe rendue et notifiée aux parties avant les débats, afin que toutes les opérations interviennent lors d'une seule et unique audience (art. 243 al. 1 CPC). Elle prendra souvent la forme d'une lettre dans laquelle le tribunal annonce aux parties qu'il convoque pour l'audience les témoins requis.

Jurisprudence. Les règles d'administration des preuves de la procédure ordinaire sont applicables à la procédure simplifiée. Le juge doit décider quels faits doivent être prouvés et quels moyens de preuve il est nécessaire d'administrer. Il doit ensuite communiquer sa décision aux parties par une ordonnance de preuves, laquelle leur sera adressée en principe avec la citation des parties à l'audience (art. 245 et 246 CPC). En l'absence de toute décision constituant une ordonnance de preuves, un recours au Tribunal cantonal contre le refus du juge d'écarter une pièce admise sans ordonnance de preuve ne saurait être considéré comme tardif (TF [30.05.2017] 4A_108/2017).

1258. En **procédure sommaire**, l'ordonnance de preuves n'est pas toujours rendue formellement. Le juge se limite parfois à transmettre la requête à la partie adverse avec un délai pour répondre, en précisant qu'une décision sera rendue après réception de la réponse (comp. art. 253, 254 et 256 CPC). Si celle-ci se limite, comme la requête, à invoquer des titres, la décision pourra intervenir sans prononcé séparé d'une ordonnance de preuves.

C. L'administration des preuves

1259. L'administration des preuves intervient en principe aux débats principaux (*infra*, p. 384). Il est cependant possible que le juge administre certaines preuves lors des débats d'instruction (art. 226 CPC ; ATF 138 III 788 consid. 4.2 ; *supra*, p. 340), en particulier lorsqu'il doit vérifier certaines conditions de recevabilité.

D. Les plaidoiries finales

1260. Dernière phase des débats principaux (ATF 138 III 788 consid. 4.2), les plaidoiries finales interviennent à l'issue de l'administration des preuves (art. 232 CPC). Les parties se prononcent sur les résultats de celle-ci et sur la cause. Il s'agit pour le demandeur de convaincre le tribunal de la recevabilité de la demande et de son bien-fondé. Quant au défendeur, il tente de démontrer respectivement l'irrecevabilité et le mal fondé des prétentions de son adversaire.

Jurisprudence. Selon le Tribunal fédéral, si l'administration d'aucune preuve n'est prévue au stade des débats principaux, le CPC n'impose pas au juge instructeur de donner aux parties la possibilité de prononcer des plaidoiries finales. Elles doivent prendre position sur les éléments de preuves déjà recueillis au cours de la procédure préparatoire ou sur les titres produits au cours des premières plaidoiries (TF [18.05.2021] 4A_28/2021 consid.3). Cette approche est critiquable. Les plaidoiries ne portent pas uniquement sur le résultat de l'administration des preuves, mais aussi sur la confrontation des faits et du droit. De plus, le droit n'a pas nécessairement été développé dans les écritures, comme le retient expressément l'art. 221 al. 3 CPC.

1261. Par plaidoiries, on entend en bon français l'**exposé oral** des prétentions et des arguments des parties en audience. Elles sont prévues par l'art. 232 al. 1 CPC, qui précise que deux tours de parole sont donnés aux parties. Malgré l'imprécision du texte, il faut admettre selon nous, comme le veut

l'usage, qu'une partie ne peut prendre à nouveau la parole que si son adversaire a répondu (comp. TC NE, RJN 1 I 177, 181).

1262. Les plaidoiries à l'audience ont tout leur sens lorsque le tribunal est composé paritairement, par exemple, selon les cantons, dans le domaine du bail ou du travail. Elles permettent de convaincre par la clarté de l'exposé et la force de l'argument et de répondre spontanément aux arguments de la partie adverse (comp. TC NE, RJN 1 I 177, 181).

1263. Cependant, compte tenu de la technicité du procès civil, il se révèle souvent plus approprié d'exposer ses arguments par écrit devant les tribunaux ordinaires composés exclusivement de juges professionnels. Le Code parle, de manière impropre, de « **plaidoiries écrites** », qui peuvent remplacer les plaidoiries en cas d'accord des parties et requête au juge, qui fixe un délai à cet effet (art. 232 al. 2 CPC). L'institution était connue dans divers cantons, en particulier romands (« conclusions en cause » à Neuchâtel, art. 326 CPC NE ; « mémoire après enquêtes » à Genève, art. 132 ss LPC GE).

Jurisprudence. Alors que lors des plaidoiries orales, les parties ont l'occasion de s'exprimer une seconde fois, le Tribunal fédéral a estimé que les plaidoiries écrites doivent se limiter à un seul dépôt simultané d'écritures, notamment au regard de l'allongement de la procédure qu'un second dépôt pourrait occasionner, les plaidoiries écrites étant en général choisies par les parties dans des causes déjà complexes (ATF 146 III 97 consid. 3.3). En revanche, le droit de réplique inconditionnel impose au tribunal de communiquer aux parties la plaidoirie de la partie adverse et de leur laisser un laps de temps suffisant pour qu'elles puissent exercer leur droit inconditionnel de réplique découlant des art. 29 al. 2 Cst. et 6 CEDH (même arrêt, consid. 3.4).

Controverse. Si l'arrêt précité répond à plusieurs questions, d'autres demeurent ouvertes. Les parties ont-elles droit à des plaidoiries écrites en cas d'accord ou le juge peut-il rejeter leur requête s'il juge les plaidoiries « orales » plus appropriées ? En cas de plaidoiries « orales », les parties peuvent-elles déposer leurs « notes de plaidoiries » au dossier, comme le retiennent de nombreux auteurs (p. ex., KommZPO-LEUENBERGER, art. 232 CPC N 6 ; DIKE ZPO-PAHUD, art. 232 CPC N 3 ; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, art. 232 CPC N 3) ou un dépôt est-il exclu comme le retient entre autres le Message, p. 6950 ? En principe, la solution proposée par les parties devrait prévaloir à notre sens (FRANÇOIS BOHNET, Les formes écrite et orale en procédure civile suisse, RDS 2012 I 461 et les réf.).

1264. Le droit de plaider n'est qu'un cas d'application du droit d'être entendu consacré à l'art. 53 CPC (*supra*, p. 219). Les parties peuvent **renoncer** à

plaider, ce même avant la fin de l'administration des preuves (comp. art. 233 CPC).

1265. Les plaidoiries terminées, le tribunal clôt les débats principaux et entre en **délibérations**, processus au terme duquel il rendra sa décision (ATF 138 III 788 consid. 4.2).

§ 14 Les délais et le défaut

I. Les délais à respecter en cours d'instance

A. Généralités

1266. Tout procès est inséparable de la notion de durée : il revêt la forme d'une succession d'actes de procédure déployés dans le temps. La durée du procès dépend entre autres de l'organisation des délais que les parties doivent respecter pour accomplir les actes de procédure. Avec chaque acte de procédure commence à courir un nouveau délai, en vue de l'accomplissement de l'acte de procédure suivant. Les délais à respecter au cours de l'instance sont ainsi dénommés **délais de procédure**.

Exemples. Comme délais de procédure, on peut citer les délais pour déposer la demande suite à la réception d'une autorisation de procéder (art. 209 al. 3 et 4 CPC), la réponse et les éventuelles réplique et duplique en procédure ordinaire (art. 222 al. 2, 225 CPC) et le délai pour déposer des plaidoiries écrites en procédure ordinaire (voir art. 232 al. 2 CPC).

B. Le calcul des délais

1267. Il convient de distinguer les délais définis par leur **durée** de ceux qui sont expressément définis par leur **terme** (p. ex. : mardi 6 février, le jour de l'audience, etc.). Dans ce second cas, plutôt que de parler de délai, il convient de parler de terme, et la question du *dies a quo* (jour à partir duquel un délai commence à courir), du *dies ad quem* (le jour où le délai expire), ainsi que la question de la prise en compte des samedis, dimanches, des jours fériés et des fêtes ne se posent en principe pas, à moins que l'échéance mentionnée soit un tel jour (voir ATF 97 I 851). Dans ce cas le délai doit en tout cas être reporté au jour suivant.

1268. On notera cependant qu'il ressort apparemment de l'art. 142 CPC que les délais de procédure sont toujours définis par leur durée, mais en pratique il est fréquent que des termes soient fixés (p. ex., le défendeur requiert que le délai de réponse soit reporté au 7 juillet).

1. Le départ

1269. Selon l'art. 142 al. 1 CPC, les délais déclenchés par la communication (*supra*, p. 300) ou la survenance d'un événement **courent dès le lendemain** de celles-ci.

Exemple. Le délai fixé par le juge pour déposer la réponse en procédure ordinaire court le lendemain de la réception de l'ordonnance fixant ledit délai (art. 222 al. 1 CPC).

1270. Parfois, un délai commence à courir non pas à la communication d'un acte, mais à la **survenance d'un événement**.

Exemple. La demande en révision, qui permet entre autres à une partie qui découvre des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qu'elle n'avait pas pu invoquer dans la procédure précédente d'obtenir la révision du jugement, doit être introduite dans les 90 jours à compter de celui où le motif de révision est découvert (art. 329 al. 1 CPC ; *infra*, p. 446).

2. La computation

1271. Comme l'art. 44 LTF, l'art. 142 CPC ne précise pas le mode de calcul des **délais exprimés en jours**. La difficulté réside dans le fait que cette disposition indique que le délai commence à courir le lendemain de la communication. Faut-il dès lors tenir compte de ce jour dans le calcul ? Selon l'art. 132 CO en effet, le jour à partir duquel court la prescription n'est pas compté. En réalité, il s'agit de deux manières différentes d'exprimer le même principe : les délais sont en jours pleins.

Exemples. Si une demande est communiquée le 20 janvier, un rapide calcul permet d'établir qu'un délai de vingt jours pour le dépôt de la réponse expire le 9 février à minuit ($[20 + 20] - 31$). Un autre exemple, plus simple : si un acte est notifié le 10 janvier et qu'il fait partir un délai de dix jours, ce délai expire le 20 janvier à minuit ($10 + 10$).

1272. L'art. 142 al. 2 CPC retient que lorsqu'un **délai est fixé en mois**, il expire le jour du dernier mois correspondant au jour où il a commencé à courir. Ce modèle de calcul est probablement erroné. Appliqué à la lettre, comme le fait l'ATF 138 III 610 consid. 2.8, RSPC 2013 4, l'art. 142 al. 2 CPC prolonge en effet d'un jour le délai en comparaison du mécanisme prévu à l'art. 77 CO. Concrètement, selon l'art. 142 al. 2 CPC, un acte communiqué le 24 janvier et faisant partir un délai d'un mois expirera le 25 février suivant.

1273. Ce mode de calcul n'est par ailleurs pas conforme à la **Convention européenne sur la computation des délais** du 16 mai 1972, entrée en vigueur pour la Suisse le 28 avril 1983 (RS 0.221.122.3). Selon son art. premier, cette Convention s'applique à la computation des délais en matière civile, commerciale et administrative, y compris la procédure relative à ces matières. Aux termes de l'art. 3 de la Convention, les délais courent à partir du « *dies a quo* » minuit. Et pour les délais en mois, l'art. 4 al. 2 prévoit que le « *dies ad quem* » est le jour du dernier mois ou de la dernière année dont la date correspond à celle du « *dies a quo* » ou, faute d'une date correspondante, le dernier jour du dernier mois ». A notre avis, l'art. 142 al. 2 CPC doit être nuancé et appliqué dans le sens de l'art. 77 CO et de la convention européenne. L'ATF 138 III 610 consid. 2.8, RSPC 2013 4 n'évoque pas cette problématique.

Exemple. Si le point de départ d'un délai d'un mois est le 31 janvier, l'échéance sera, faute de quantième identique le mois suivant, le 28 février (ou, s'il s'agit d'une année bissextile, le 29 février).

3. La prise en compte des samedis, dimanches et jours fériés

1274. L'art. 142 al. 3 CPC retient que si le dernier jour du délai est un samedi, un dimanche ou un jour férié reconnu par le droit fédéral ou le droit cantonal du siège du tribunal (comp. TF [16.06.2005] 1P.334/2005, RSPC 2005 397), le délai expire le **premier jour ouvrable qui suit**.

1275. Le droit fédéral connaît un seul jour férié : le **1^{er} août**. Selon l'art. 20a de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce, le jour de la Fête nationale est assimilé au dimanche. Les cantons peuvent assimiler au dimanche **huit autres jours fériés par an** au plus et les fixer différemment selon les régions.

1276. A Neuchâtel, sont des jours fériés selon la **Loi sur le dimanche et les jours fériés** du 30 septembre 1991 (RSN 941.02) : Nouvel An, l'instauration de la République de Neuchâtel (1^{er} mars), Vendredi Saint, la Fête du travail (1^{er} mai), l'Ascension et Noël, ainsi que les 2 janvier et 26 décembre lorsque respectivement le 1^{er} janvier et le jour de Noël tombent un dimanche.

1277. Dans certaines circonstances, lorsqu'un jour n'est pas férié au siège du tribunal mais que les bureaux de poste sont fermés aux alentours du domicile du justiciable, il peut être **excessivement formaliste** (*supra*, p. 167) de retenir

que le délai arrive à échéance ce jour-là (TF [10.12.2013] 6B_730/2013, RSPC 2014 236 en matière pénale, concernant le lundi de Pentecôte).

4. Le respect du délai

1278. Pour qu'un délai soit respecté, il faut que l'acte ait été accompli avant son expiration, à savoir avant le dernier jour du délai, **minuit** (principe de l'**expédient**). L'art. 143 al. 1 CPC retient que l'accomplissement de l'acte suppose sa remise soit **au tribunal** soit à l'attention de ce dernier, à la **poste suisse** ou à une **représentation diplomatique** ou consulaire suisse.

1279. Le Tribunal fédéral (ATF 140 III 636) considère que seul le **recours adressé à l'autorité de jugement** (*judex a quo*) doit être automatiquement transmis à l'autorité supérieure compétente. Limiter le transfert à cette hypothèse est trop restrictif (comp. art. 21 al. 2 PA ; 48 al. 3 LTF ; 91 al. 4 CPP ; ATF 118 Ia 241) et implique que le recourant ne bénéficiera d'aucune protection s'il dépose son acte le dernier jour du délai à une autre autorité du canton, à une autorité d'un autre canton voire même au Tribunal fédéral (note BOHNET in Newsletter droit du travail janvier 2015 ; comp. auparavant TF [16.01.2013] 5A_376/2012 consid. 3.2-3.3, RSPC 2013 203, avec note critique de RETORNAZ).

1280. Le **projet de révision du CPC** prévoit que « 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 » (art. 143 al. du projet) (comp. pour une critique BOHNET, Plaidoyer, p. 32-36). Une obligation de transmission doit à notre avis être admise plus largement, par une interprétation conforme à la Constitution et donc à l'interdiction du formalisme excessif, dans la ligne de l'ATF 118 Ia 241.

1281. En matière de **transmission électronique**, le moment déterminant pour l'observation d'un délai est celui où est établi l'accusé de réception qui confirme que la partie a accompli toutes les étapes nécessaires à la transmission (art. 143 al. 2 CPC).

1282. Si l'acte à accomplir est un **paiement**, le délai est respecté lorsque le montant est versé en faveur du tribunal à la poste suisse ou débité d'un compte bancaire ou postal en Suisse le dernier jour du délai au plus tard (art. 143 al. 3

CPC ; art. 48 al. 4 LTF). La réception de l'ordre de paiement n'est pas déterminante ; seul l'est le **moment du débit** (ATF 139 III 364 consid. 3).

1283. La **preuve** du respect du délai, à la charge de l'auteur de l'acte (ATF 139 III 364 consid. 3.1), est en principe fournie par le timbre postal en matière d'envoi papier (TF [13.09.2006] 5P.113/2005, RSPC 2007 151) et par la confirmation de la réception en matière d'envoi électronique. D'autres moyens de preuve sont envisageables, en particulier l'attestation de témoins en cas de remise dans une boîte postale. Par ailleurs, lorsque la preuve de l'expédition d'un envoi a été rapportée, il est présumé que l'envoi contenait effectivement l'acte litigieux (TF [11.03.2008] 4D_84/2007, RSPC 2008 255).

Jurisprudence. La présence d'un seul témoin attestant de la date et de l'heure du dépôt doit être considérée comme suffisante, d'autant plus lorsque l'expéditeur mandaté a pris la peine de transmettre par télécopie une copie de l'acte d'appel (TF [16.10.2008] 5A_267/2008, RSPC 2009 34).

C. La modification des délais de procédure

1. La prolongation du délai

1284. Le Code prévoit **deux types de délais** (art. 144 CPC) : ceux fixés par la loi et ceux fixés par le juge.

a. Les délais légaux

1285. Les délais légaux, fixés directement dans le CPC, sont **péremptoires** ; ils ne peuvent pas être prolongés (art. 144 al. 1 CPC). Il en va ainsi des délais d'appel (art. 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC) et de recours (art. 321 al. 1 et 2 CPC), du délai pour redéposer son acte devant le tribunal compétent (art. 63 al. 1 CPC), du délai pour agir suite à la délivrance de l'autorisation de procéder (art. 209 al. 3 et 4 CPC) ou du délai pour s'opposer à une proposition de jugement (art. 211 al. 1 CPC).

1286. Si une prolongation du délai est exclue, une restitution en revanche est envisageable aux conditions plus strictes de l'art. 148 CPC (*infra*, p. 354).

b. Les délais judiciaires

1287. Les délais fixés judiciairement, à savoir ceux laissés à l'appréciation du juge par le CPC, peuvent être prolongés pour des **motifs suffisants rendus vraisemblables** par le requérant (TF [15.01.2014] 5D_174/2013, consid. 4.4, SJ 2014 I 270), lorsque la demande en est faite **avant leur expiration** (art. 144 al. 2 CPC).

Jurisprudence. Le juge vérifie, en faisant usage de son large pouvoir d'appréciation en la matière, l'existence de circonstances qui, selon l'expérience générale de la vie, sont de nature à empêcher l'observation du délai ou du moins à contrarier l'exécution en temps voulu de l'acte de procédure (TF [15.01.2014] 5D_174/2013, consid. 4.4, SJ 2014 I 270).

1288. Si la demande doit être faite avant l'expiration du délai, en revanche le prononcé du juge peut être postérieur à celle-ci. En cas de demande formulée l'ultime jour du délai, l'intéressé risque cependant de voir la prolongation refusée et de ne plus pouvoir effectuer l'acte (comp. TF, [23.12.2005] 4P.188/2005, RSPC 2006 159).

1289. A moins que le juge n'ait mentionné lors de l'octroi du délai précédent qu'il s'agissait du dernier (délai **péremptoire**), il devrait à notre sens ne pas refuser une ultime prolongation, mais en limiter la durée le cas échéant. Si la demande est formulée bien avant l'échéance du délai, le juge ne devrait pas pouvoir notifier un refus après son échéance sous peine de violer le principe de la bonne foi en procédure (art. 52 CPC).

1290. La loi ne définit pas la notion de **motifs suffisants**, ni le nombre de prolongations envisageables.

Exemples. Le Message CPC, p. 6919, mentionne les **empêchements** (touchant la partie ou son mandataire) comme la maladie, l'hospitalisation, le décès d'un proche, le service militaire, l'emprisonnement, l'absence, la surcharge de travail, l'éloignement et le séjour à l'étranger, ou encore l'**accord des parties**.

1291. Les tribunaux ont pour beaucoup maintenu leur pratique antérieure. Des différences persistent d'un canton à un autre. Dans plusieurs cantons, deux prolongations sont en principe admises sans condition (l'avocat mentionnant généralement sa surcharge, sans plus de détails), une troisième en cas de motifs justifiés.

2. La suspension des délais

1292. Sur le modèle de l'art. 42 LTF, le législateur a prévu à l'art. 145 CPC **trois périodes de suspension** des délais légaux du CPC et de ceux fixés judiciairement :

- a) du septième jour avant Pâques au septième jour qui suit Pâques inclus ;
- b) du 15 juillet au 15 août inclus ;
- c) du 18 décembre au 2 janvier inclus.

1293. En cas de notification pendant la suspension d'un délai, le délai court à compter du jour qui suit la fin de la suspension (art. 146 al. 1 CPC).

1294. Cette suspension **ne vaut pas** pour les délais légaux et judiciaires relatifs à la procédure de **conciliation** et la **procédure sommaire** (art. 145 al. 2 CPC). Par conciliation, on entend la procédure qui débute par la requête de conciliation et qui se termine par l'audience (ou la dernière audience) de conciliation (art. 202-207 CPC ; ATF 138 III 615). Dès lors, le délai de trois mois (respectivement trente jours ; art. 209 al. 2 et 3 CPC) pour saisir le juge suite à l'échec de la conciliation n'est pas un délai rattaché à la procédure de conciliation et est donc suspendu (ATF 138 III 615 consid. 2).

Jurisprudence. La suspension s'applique également au délai de vingt jours pour s'opposer à une proposition de jugement (ATF 144 III 404 consid. 4). A notre avis, on peut déduire de la motivation de l'ATF 138 III 615 consid. 2, cité à l'appui de l'ATF 144 III 404, que la suspension est de mise en cas de décision (212 CPC).

1295. L'absence de suspension aux affaires traitées en **procédure sommaire**, soit en particulier le contentieux de la mainlevée d'opposition, les cas clairs, les mesures provisionnelles et les mesures protectrices de l'union conjugale (*supra*, p. 254), vaut également au stade du **recours** (ATF 139 III 78).

1296. Le tribunal **rend les parties attentives** à l'absence de suspension dans ces domaines (art. 145 al. 3 CPC). Il s'agit d'une **règle de validité**. A défaut, l'absence de suspension ne peut pas être opposée aux parties (ATF 139 III 78 consid. 5).

1297. Un délai fixé en **semaines** ou en **mois** est également suspendu selon l'art. 145 CPC (ATF 138 III 615 consid. 2.3 pour le délai de l'art. 209 al. 3 CPC). Il convient d'ajouter au délai exprimé en mois le nombre de jours que

comptaient la ou les périodes de suspension concernées (comp. ATF 131 V 314). Précisons que les délais expressément définis par leur **terme** ne sont pas susceptibles de suspension selon la jurisprudence fédérale (ATF 97 I 851).

Exemple. L'art. 1 al. 2 de l'Ordonnance sur la suspension des délais dans les procédures civiles et administratives pour assurer le maintien de la justice en lien avec le coronavirus (COVID-19) du 20 mars 2020 (RS 173.110.4) prévoit expressément que « La suspension s'applique aussi aux délais fixés par les autorités ou par les tribunaux avec comme échéance une date précise entre l'entrée en vigueur de la présente ordonnance et le 19 avril 2020 ».

1298. La suspension ne s'applique qu'aux délais de procédure, de sorte qu'elle reste sans influence sur les **délais de droit matériel**, par exemple sur le délai pour requérir l'inscription provisoire d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs ancré à l'art. 961 al. 3 CC (ATF 143 III 554, RSPC 2018 100 et note critique MELCARNE).

1299. Lorsque les délais sont suspendus (la règle ne vaut donc pas en procédure de conciliation et en procédure sommaire), le tribunal ne tient pas d'**audience**, sous réserve de l'accord des parties (art. 146 al. 2 CPC).

1300. Les art. 56 ss LP sur les fêtes et la suspension sont réservés pour les procédures judiciaires du contentieux de **droit des poursuites** (art. 145 al. 4 CPC).

Jurisprudence. Le délai de vingt jours pour agir en **libération de dette** (art. 83 al. 2 LP) est soumis aux fêtes de la LP (ATF 143 III 38, JdT 2017 II 290). En revanche, pour les prétentions relevant du droit des poursuites pour dettes et faillite introduites en procédure ordinaire ou simplifiée, les fêtes judiciaires du CPC, et non les fêtes de poursuite, s'appliquent aux délais, en particulier de recours (ATF 143 III 149 consid. 2, JdT 2018 II 295).

3. La restitution des délais échus

a. Notion

1301. L'art. 148 CPC prévoit un mécanisme, celui de la restitution, qui permet à une partie d'obtenir un **délai supplémentaire** lorsque le délai est échu, à certaines conditions. Les délais, une fois échus, ne peuvent en effet pas être prolongés (art. 144 al. 2 CPC). Il en va de même des délais péremptoires (*supra*, p. 351).

b. La procédure

1302. La restitution n'est accordée que sur **requête**. Celle-ci doit rendre **vraisemblable** que le défaut n'est **pas imputable** au requérant ou n'est imputable qu'à une **faute légère** de sa part (art. 148 al. 1 CPC).

1303. Constituent des motifs non fautifs :

- une maladie subite d'une certaine gravité qui empêche la partie de se présenter ou de prendre à temps les dispositions nécessaires (TF [12.03.2015] 4A_468/2014 consid. 3.2). Il en va de même de la naissance d'un enfant avant terme, quelques heures avant l'audience (TF [12.10.2015] 4A_163/2015 consid. 4.1, SJ 2016 I 114) ;
- l'erreur de transmission imputable à la poste (ATF 104 II 61 consid. 2 ; TF [07.03.2005] 5C.36/2005, RSPC 2005 156).

1304. Tel n'est pas le cas en revanche des motifs suivants :

- une surcharge de travail (ATF 85 II 46) ;
- une absence de l'avocat ou de son personnel (ATF 82 II 254, JdT 1956 I 530) ;
- une maladie n'empêchant pas que l'avocat charge un tiers d'agir à sa place (TF [07.03.2005] 5C.36/2005, RSPC 2005 156) ;
- la mauvaise retranscription d'un délai par une secrétaire (TF [02.06.2009] 8C_345/2009, RSPC 2009 374).

1305. Parmi ces exemples, devraient être considérés comme constitutifs d'une faute légère, ceux étant symptomatiques d'une simple négligence (p. ex. la mauvaise retranscription d'un délai), la faute légère excluant dans tous les cas le non-respect **volontaire** d'un délai.

1306. La requête doit être formée dans les **dix jours** qui suivent celui où la cause du défaut a disparu (art. 148 al. 2 CPC), mais au plus tard dans les **six mois** qui suivent l'entrée en force de la décision (art. 148 al. 3 CPC).

1307. Le juge **statue définitivement** après avoir respecté le **droit d'être entendu** de la partie adverse (art. 149 CPC).

Jurisprudence. Au vu des travaux préparatoires et du but de l'art. 149 CPC, et malgré le texte apparemment clair de cette disposition, le Tribunal fédéral a retenu que l'exclusion de toute voie de recours n'est pas opposable à la partie défaillante

lorsque le refus entraîne la perte définitive de l'action ou d'un moyen d'action (ATF 139 III 478).

Projet de révision du CPC. Le projet codifie cette règle jurisprudentielle en faisant allusion à la « perte définitive du droit » (art. 149 du projet).

II. Le défaut

A. Notion

1308. Est défaillante une partie qui **omet d'accomplir un acte** de procédure dans le délai prescrit ou qui ne **se présente pas** lorsqu'elle est citée à comparaître (art. 147 al. 1 CPC). N'est pas défaillante en revanche la partie qui est représentée et qui ne doit pas comparaître personnellement à une audience (art. 68 al. 4 CPC).

B. Le principe

1309. En principe, la seule conséquence directe du défaut est la **poursuite du procès** sans l'acte omis ou en l'absence du défaillant (art. 147 al. 2 CPC).

Jurisprudence. Les **actes procéduraux** accomplis hors délai sont en principe inefficaces, et partant, dépourvus de toute portée (TF [25.11.2019] 4A_329, 331/2019 consid. 2.3).

Le défaut injustifié à l'**audience de conciliation** et la violation du devoir de comparaître en personne ne peuvent, comme tels, être qualifiés de comportement perturbant le déroulement de la procédure, notamment lorsqu'un défendeur attend la veille de l'audience pour indiquer qu'il ne se présenterait pas. Faute de circonstances qualifiées, aucune amende disciplinaire ne peut lui être infligée (TF [09.12.2016] 4A_500/2016, RSPC 2017 340). Suivant les circonstances et si le défaillant a été averti de la sanction et que son absence perturbe le déroulement de l'audience, ce qui sera généralement le cas, le prononcé d'une amende par l'autorité de conciliation est possible (ATF 141 III 265 consid. 3-5).

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit de permettre à l'autorité de conciliation de prononcer une amende d'ordre jusqu'à CHF 1000.– à l'encontre de la partie défaillante (art. 206 al. 4 du projet ; Message CPC 2020, p. 2664 s.).

Exemples. Le juge invite le demandeur à se prononcer sur la requête de suspension du procès déposée par le défendeur ; faute de réponse dans le délai, le

juge statue sur la requête sans connaître la position du demandeur. Le juge cite le défendeur à une audience en procédure sommaire ; s'il est absent, il procède malgré tout aux opérations.

C. Les exceptions

1310. En procédure de **conciliation**, le défaut du demandeur (ou des deux parties) a pour effet que la cause est rayée du rôle ; le défaut du défendeur est assimilé à un échec de la conciliation (art. 206 CPC). En cas de défaut du demandeur, l'autorisation de procéder qui serait malgré tout délivrée est nulle (ATF 140 III 70 consid. 5 ; *supra*, p. 272).

1311. En **procédure ordinaire**, l'absence de **réponse** dans le délai prescrit a pour effet la fixation d'un bref délai supplémentaire, et, faute de dépôt de l'acte dans le délai imparti, le prononcé de la décision finale si la cause est en état d'être jugée. Sinon, la cause est citée aux débats principaux (art. 223 al. 2 CPC).

Jurisprudence. En cas d'absence non excusée du défendeur aux débats d'une **procédure simplifiée** (art. 245 al. 1 CPC) entamée par une demande non motivée, le tribunal doit tenir l'audience et non pas citer les parties à une nouvelle audience en application analogique de l'art. 223 al. 1 CPC (ATF 146 III 297).

Le juge n'a pas à accorder un délai supplémentaire au sens de l'art. 223 al. 1 CPC en matière de **mainlevée d'opposition**, régie par la **procédure sommaire**, compte tenu des particularités de la procédure de mainlevée. Cependant, le défendeur doit être informé des conséquences du défaut (ATF 138 III 483).

1312. Toujours en procédure ordinaire, le défaut aux **débats principaux** d'une des parties a pour conséquence que le tribunal statue sur la base des actes qui ont, le cas échéant, été accomplis et il se base pour le surplus, sous réserve des cas où il administre les preuves d'office (art. 153 al. 1 CPC), sur les actes de la partie comparante et sur le dossier (art. 234 al. 1 CPC). Si les deux parties font défaut, la cause est rayée du rôle faute d'objet (art. 234 al. 2 CPC). Il n'y a donc pas chose jugée. On peut douter que ce principe doive être retenu lorsque les débats principaux sont organisés en plusieurs audiences et que les parties font défaut à l'une d'elles.

1313. Ces diverses conséquences n'interviennent que si les parties y ont été **rendues attentives** au préalable (art. 147 al. 3 CPC, qui découle du principe de la bonne foi : TF [07.06.2019] 4A_381/2018 consid. 2.2 ; comp. ATF 139 III 78 consid. 5 ; 138 III 568) ; la simple indication des numéros d'articles ne

suffit pas. Il faut que la partie comprenne les conséquences de l'omission. Les exigences sont plus strictes lorsque la partie n'est pas représentée (TF [08.07.2020] 4A_106/2020 consid. 2.2, RSPC 2020 560 ; TF [07.06.2019] 4A_381/2018 consid. 2.4).

Jurisprudence. Seul le juriste peut comprendre les conséquences du défaut de réponse en procédure ordinaire à l'échéance du délai supplémentaire de l'art. 223 al. 2 CPC avec l'indication selon laquelle le juge pourrait « rendre directement la décision finale si la cause est en état d'être jugée (art. 223 al. 2 CPC), sans préjudice de l'hypothèse de l'art. 153 al. 2 du CPC ». Le justiciable sans avocat et habitant en l'occurrence à l'étranger doit être rendu attentif aux conséquences de l'omission, qui découlent des art. 150 al. 1, 153 al. 2, 222 al. 2 et 223 al. 2 CPC. Il convient donc de préciser que le juge peut rendre directement la décision finale « en se fondant uniquement sur les faits allégués par le demandeur ». A défaut, la décision doit être annulée (TF [07.06.2019] 4A_381/2018 consid. 2.3-2.5).

1314. Lorsque la partie défaillante en fait la requête dans les **dix jours** qui suivent celui où la cause du défaut a disparu et rend **vraisemblable** que le défaut ne lui est **pas imputable** ou n'est imputable qu'à une **faute légère**, le tribunal peut lui accorder un délai supplémentaire ou citer les parties à une nouvelle audience (art. 148 al. 1 et 2 CPC).

Exemples. Le demandeur ou le défendeur est hospitalisé peu avant l'audience (pas de faute) ou fait une erreur d'agenda (faute légère). Une absence de la partie à l'audience de conciliation justifiée par son mandataire du fait de son départ en vacances, et ce alors que la dispense requise n'avait pas été accordée, n'est pas excusable selon la jurisprudence vaudoise (TC VD [04.12.2013] HC/2013/623).

1315. Si une **décision** a été communiquée, la restitution ne peut être requise que dans les six mois qui suivent l'entrée en force de la décision (art. 148 al. 3 CPC).

§ 15 La preuve

I. L'objet de la preuve

1316. La preuve porte sur les faits à la base du droit dont une partie entend obtenir la consécration en justice (objet ou thème de la preuve). Suivant les cas, la preuve portera sur des **faits passés**, ou sur des faits **contemporains** ou même **futurs**, lorsque le droit matériel les prend en compte dans l'application d'une norme juridique.

1317. En matière de responsabilité civile ou contractuelle, le juge doit estimer le **dommage** au moment de son prononcé, sur la base des faits allégués et des preuves administrées en prenant en compte les **événements futurs suffisamment prévisibles**.

Jurisprudence. L'**art. 46 al. 1 CO** retient que la victime de lésions corporelles a droit à la réparation du dommage qui résulte de son incapacité de travail totale ou partielle, ainsi que de l'atteinte portée à son avenir économique. La jurisprudence retient que le dommage consécutif à l'invalidité doit, autant que possible, être établi de manière concrète, si bien que le juge partira du taux d'invalidité médicale (ou théorique) et recherchera ses effets sur la diminution de la capacité de gain ou l'avenir économique du lésé (ATF 131 III 360 consid. 5.1 ; 145 III 225 consid. 4.1.3). Le demandeur doit alléguer et prouver les circonstances de fait dont le juge peut inférer les éléments pertinents pour établir le revenu futur qu'aurait réalisé le lésé sans l'événement dommageable (ATF 129 III 139 consid. 2.2). Le demandeur qui se prévaut d'un risque accru de dessèchement et de pourriture de ses arbres, par des bactéries et champignons, doit faire porter la preuve de son dommage sur ce **risque futur** au moyen d'une expertise. S'il ne le fait pas, il ne peut revenir sur ce point dans un nouveau procès, ces faits étant couverts par l'autorité de chose jugée du premier procès (TF [22.11.2011] 4A_603/2011, RSPC 2012 93, avec note DROESE).

1318. Si nécessaire, lorsqu'un degré suffisant de vraisemblance du dommage a été atteint (ATF 131 III 360 consid. 5.1), le juge applique l'**art. 42 al 2 CO**, aux termes duquel « [L]orsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée ».

1319. La preuve porte également sur l'**usage**, les usages locaux (comp. art. 5 CC) et, dans les litiges patrimoniaux, le **droit étranger** (art. 150 al. 2 CPC ; art. 16 al. 1 LDIP).

1320. La preuve porte sur les faits (ou les usages ou le droit étranger) pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC).

1321. **Les faits pertinents.** La preuve ne peut porter que sur des faits pertinents, à savoir les faits qui, directement ou indirectement, sont à la base de la prétention invoquée en justice (TF [19.07.2012] 4A_229/2012 consid. 4 : faits propres à influencer la solution juridique de la contestation).

Jurisprudence. En prouvant la résiliation d'un contrat de travail, la preuve est faite de sa conclusion (TF [22.04.2014] 4A_27/2014 consid. 2).

Sont sans pertinence des moyens de preuves proposés sur la prétendue violence du père contre son ex-compagne et la mère de celle-ci lorsque c'est le droit de visite libre qui est querellé, mais non le passage de l'enfant au Point rencontre (TF [10.02.2014] 5A_877/2013 consid. 4.2, RSPC 2014 254).

1322. **Les faits contestés.** Sont non constants les faits qui ne sont ni notoires, ni reconnus par la partie adverse.

1323. La **reconnaissance** (aveu) peut être expresse ou implicite selon le CPC.

1324. Sont **notoires** (art. 151 CPC) les faits qui sont **connus de chacun**, ou bien ceux qui sont **officiellement connus du tribunal**. Pour qu'un fait soit connu de chacun, il suffit qu'il puisse être contrôlé par des publications accessibles à chacun (TF [17.09.2013] 5A_423/2012 consid. 3.2.2), ce qui n'est pas le cas du seul fait qu'un renseignement puisse être trouvé sur Internet (ATF 138 I 1 consid. 2.4). Les **règles d'expérience** généralement reconnues ne doivent pas non plus être prouvées. Un fait notoire n'a pas même à être allégué (ATF 135 III 88) et les parties n'ont pas à être invitées à se prononcer à son sujet (TF [17.09.2013] 5A_423/2012 consid. 3.2.2 et les réf.).

Jurisprudence. Les inscriptions au registre du commerce sont notoires (TF [01.10.2013] 4A_261/2013, RSPC 2014 34 ; TF [04.05.2012] 4A_412/2011, RSPC 2012 299 ; TF [02.07.2009] 5A_62/2009 consid. 2.1). Le fait que le *Sonntagsblick* fait partie de la presse à scandale est notoire et n'a pas à être prouvé (TF [07.12.2006] 5C.166/2006, RSPC 2007 176). La crise dans les métiers de la construction au début des années 1990 est un fait notoire (TF [16.02.2007] 4P.170/2006, RSPC 2007 398). Le taux de conversion des monnaies est un fait notoire puisqu'il peut être contrôlé sur Internet, par des publications officielles et

dans la presse écrite (ATF 135 III 88, RSPC 2009 162). Un salaire horaire dont la quotité figure sur le site Internet d'une université constitue un fait notoire, qui n'a pas à être allégué ou prouvé (TF [19.03.2012] 5A_561/2011 consid. 5.3, RSPC 2012 290). En revanche, le taux LIBOR applicable pour un dépôt à six mois en ECU ne constitue pas un fait notoire (ATF 134 III 224 consid. 5). Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si le contenu de la norme SIA 118, répandue dans les litiges de droit de la construction, est notoire. En revanche, il a qualifié d'excessivement formaliste le refus d'examiner un argument juridique expressément tiré de l'art. 172 de la norme SIA 118 – dont il était avéré qu'elle avait été intégrée au contrat –, sous prétexte que le contenu de cette disposition n'avait pas été formellement allégué et documenté selon les règles de la procédure cantonale ; or, la teneur et la portée de l'art. 172 SIA 118 pouvaient aisément être vérifiées en consultant des traités doctrinaux (TF [06.07.2017] 4A_582/2016 consid. 4.1, 4.5, 4.6).

La notion de faits notoirement connus du tribunal s'étend aux faits qui se sont déroulés devant le tribunal dans la même procédure, mais aussi aux résultats de l'administration des preuves dans des procédures précédentes opposant les mêmes parties, ainsi qu'aux faits dont le juge a eu connaissance dans le cadre du procès impliquant des tiers et qui s'insèrent néanmoins dans le cadre de la procédure pendante devant lui, sous réserve du secret de fonction et du droit d'être entendu des parties (TF [24.06.2014] 4A_37/2014 consid. 2.4.1).

II. Le fardeau de la preuve

1325. Le fardeau de la preuve (art. 8 CC) détermine qui supporte l'absence de preuve des faits qu'il allègue (*supra*, p. 332).

1326. Le demandeur doit prouver les faits générateurs qu'il invoque. Si le défendeur soulève des objections (faits extinctifs ou dirimants, *supra*, p. 333, 333), il lui revient de les démontrer.

III. Le fardeau subjectif de la preuve

1327. Une partie a intérêt à tout entreprendre pour que les faits dont elle supporte l'absence de preuve soient prouvés. On parle pour cette raison du *fardeau subjectif* de la partie qui supporte le fardeau objectif de la preuve. L'expression de **fardeau de l'administration de la preuve** (*Beweisführungslast*) est aussi courante. Le fardeau subjectif de la preuve

détermine donc quelle partie a la charge de proposer les moyens de preuve afin d'éviter de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves. Il est indiqué de manière toute générale à l'art. 154 CPC, selon lequel l'ordonnance de preuves détermine pour chaque fait à quelle partie incombe la preuve ou la contre-preuve.

1328. La question du fardeau subjectif de la preuve se pose dans des termes différents suivant la maxime applicable à l'établissement des faits et le type de preuves considéré.

1329. Si le procès est régi par la **maxime des débats** (*supra*, p. 235), les preuves doivent en principe être proposées par les parties selon les modalités décrites ci-dessus (*supra*, p. 308 ss, 319). Cependant, même lorsque la maxime des débats s'applique, les art. 181 al. 1 et 183 al. 1 CPC autorisent le juge à ordonner d'office une **inspection** ou une **expertise**. Le juge semble également pouvoir requérir des **renseignements écrits** de services officiels (art. 190 al. 1 CPC) et encore **auditionner les parties** (art. 191 al. 1 et 192 al. 1 CPC).

1330. Il convient toutefois de distinguer selon que ces moyens de preuve sont ordonnés comme tels ou comme **outils d'éclaircissement** de l'état de fait. Dans ce second cas, le Tribunal fédéral admet, comme l'évoque le Message (Message CPC, p. 6932), que le juge fasse librement usage de sa faculté d'y recourir d'office (TF [11.05.2020] 4A_601/2020 consid. 4.3.1 ; TF [08.03.2020] 4A_446/2020 consid. 7.1 ; TF [17.12.2018] 5A_723/2017 consid. 6.5.2, RSPC 2019 156).

1331. Le tribunal doit exercer avec retenue son pouvoir d'ordonner d'office l'administration d'une preuve en cas de maxime des débats. Il peut – mais ne doit pas – y procéder lorsque les faits ont été allégués en temps utiles et dans les formes légales, qu'ils ont été contestés, et que la partie n'a pas été négligente. Il convient de ne pas privilégier une partie, **comme en matière d'interpellation** du tribunal (art. 56 CPC, *supra*, p. 240 ; en matière d'expertise : TF [11.05.2020] 4A_601/2020 consid. 4.3.1 ; TF [08.03.2020] 4A_446/2020 consid. 7.2 ; TF [17.12.2018] 5A_723/2017 consid. 6.5.2-6.5.6, RSPC 2019 156). Selon le Tribunal fédéral, lorsque le tribunal ordonne l'administration d'une preuve, il anticipe en quelque sorte sur son devoir d'interpellation (mêmes arrêts, avec référence à HOHL, tome 1, N 1312). Le devoir d'interpellation n'intervient qu'en cas de preuve manifestement incomplète ou incompréhensible (TF [05.02.2014] 4A_444/2013 consid. 6.3.3, RSPC 2014 314 ; TF [19.07.2016] 4A_145/2016 consid. 4.2 ;

TF [15.09.2016] 5A_380/2016 consid. 5.1) et concerne avant tout les parties non représentées (TF [11.05.2020] 4A_601/2020 consid. 4.3.2).

1332. La même retenue ne se justifie en revanche pas quand la procédure est soumise à la **maxime inquisitoire** (*supra*, p. 238) et à la maxime d'office (*supra*, p. 234). En effet, lorsque le juge examine d'office les faits (maxime inquisitoire) et détermine l'objet du procès (maxime d'office), une administration d'office des preuves va de soi (art. 153 al. 1 CPC), mais la jurisprudence retient malgré tout un devoir de collaborer à l'établissement des faits (*supra*, p. 238).

1333. Lorsque la procédure est soumise à la **maxime inquisitoire sociale** (*supra*, p. 238), la portée de l'art. 153 al. 1 CPC est plus nuancée, comme l'évoque le message (Message CPC, p. 6923) et comme le précise la jurisprudence : « [s]i le juge a des motifs objectifs de soupçonner que les allégués et offres de preuves d'une partie sont lacunaires, et qu'il a connaissance, sur la base des déclarations des parties et/ou du dossier, de moyens de preuve pertinents, "il n'est pas lié par l'offre de preuve" de cette partie. Toutefois, lorsque les parties sont représentées par un avocat, le tribunal peut et doit faire preuve de retenue, comme dans un procès soumis à la procédure ordinaire » (ATF 141 III 569 consid. 2.3.1, RSPC 2016 96 ; 125 III 231, 238).

1334. En dernier lieu, le juge peut toujours administrer d'office toute preuve lorsqu'il existe des motifs sérieux de **douter de la véracité** d'un fait non contesté (art. 153 al. 2 CPC).

IV. Le droit à la preuve

1335. Le droit à la preuve est le corollaire du fardeau de la preuve. Dédit auparavant de l'art. 8 CC (*supra*, p. 332), il est désormais consacré à l'art. 152 CPC, aux termes duquel toute partie a droit à ce que le tribunal administre les moyens de preuve adéquats proposés régulièrement et en temps utile.

1336. Dans la mesure où, aux termes de l'art. 8 CC, celui qui invoque un droit supporte l'échec dans la preuve des faits qui le sous-tendent, il dispose corollairement du droit à la preuve, à savoir la faculté d'introduire et d'alléguer les **faits juridiquement pertinents** dans le procès et

d'entreprendre les opérations destinées à les prouver (*adéquation objective* ; TF [10.02.2014] 5A_877/2013 consid. 4.1.3, RSPC 2014 254). [

Exemples. Le juge viole le droit à la preuve s'il tient pour exacte l'allégation formulée par une partie mais contestée par l'autre, sans administrer aucune preuve. Il en va de même du juge qui refuse toute administration de preuves sur un fait juridiquement pertinent (ATF 105 II 143 consid. 6, non traduit *in* JdT 1979 I 265). Viole également le droit à la preuve le juge qui n'administre pas, sur des faits juridiquement pertinents, des preuves adéquates offertes régulièrement, alors qu'il ne considère l'allégation desdits faits ni comme exacte ni comme réfutée.

1337. L'art. 152 CPC précise (la question relevait au préalable des cantons, voir ATF 122 III 219 consid. 3c ; 97 II 193 consid. 3, JdT 1972 I 558) que ce droit existe dans la mesure où la preuve est proposée conformément aux **règles formelles** et dans les **délais** (TF [25.01.2013] 5A_832/2012 consid. 4.2.1).

Exemple. Si le demandeur propose l'audition d'un témoin au stade des plaidoiries, sa requête intervient tardivement, et le juge n'a pas à la prendre en compte, à moins que la maxime inquisitoire s'applique et que l'offre soit pertinente.

1338. Le droit à la preuve doit être distingué de l'**appréciation des preuves** (*infra*, p. 389). En particulier, lorsque l'appréciation des preuves convainc le juge qu'une allégation est exacte ou réfutée, la répartition du fardeau de la preuve n'a plus d'objet (ATF 109 II 245 consid. 5, JdT 1984 I 242 ; 105 II 143 consid. 6a, non traduit *in* JdT 1979 I 265).

1339. Le droit à la preuve ainsi que le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst. ; 53 al. 2 CPC) n'excluent par ailleurs ni l'**appréciation anticipée** des preuves, ni la **preuve par indices** (ATF 109 II 26 consid. 3b, JdT 1983 I 260 ; 338 consid. 2d, JdT 1984 I 301 ; RSPC 2006 41 ; RSPC 2006 43).

1340. On distingue l'appréciation anticipée des preuves *proprement dites*, par laquelle le juge considère qu'une preuve, pertinente en soi, ne changera rien à son appréciation, de l'appréciation anticipée au sens impropre, lorsqu'un moyen de preuve est jugé sans pertinence (ATF 146 III 203 consid. 3.3.2, JdT 2021 II 77 ; TF [24.01.2013] 2C_733/2021 consid. 3.2.3, RSPC 2013 234).

1341. Une administration **limitée** des preuves est possible si elle suffit à emporter la conviction du juge quant à l'exactitude d'une allégation ou la réfutation d'allégations contraires (*adéquation subjective* ; (TF [10.02.2014] 5A_877/2013 consid. 4.1.3, RSPC 2014 254 ; TF [19.07.2012] 4A_229/2012

consid. 4 ; ATF 131 I 153 consid. 3 ; 130 II 425 consid. 2.1 ; 125 I 417 consid. 7b).

Exemples. Le refus de quatre témoins proposés sur des points qui ne pourraient pas modifier l'appréciation du juge ne viole pas le droit d'être entendu (TF [19.07.2012] 4A_229/2012 consid. 4). Le refus d'une expertise portant sur l'utilisation d'un radiateur à gaz par un locataire se justifie au terme d'une appréciation anticipée lorsque les preuves administrées (audition de témoins, rapport de la commission de salubrité publique) démontrent que les problèmes de froid et d'humidité existaient déjà bien avant l'acquisition du chauffage à gaz (TC NE, RJN 2000 149).

V. Les moyens de preuve

A. Généralités

1342. Comme la plupart des lois de procédure civile, le CPC **contient une énumération exhaustive** des moyens de preuve envisageables : témoignage, titres, inspection, expertise, renseignements écrits, interrogatoire et déposition des parties (art. 168 al. 1 CPC). Ce *numerus clausus* est justifié par des impératifs de sécurité juridique (Message CPC, p. 6929).

1343. Lorsque le **sort de l'enfant** est en jeu dans les procédures de droit de la famille, les preuves peuvent être, en vertu de la maxime inquisitoire, recueillies sous d'autres formes, en particulier des auditions ou des entretiens enregistrés en dehors des règles du témoignage ou de l'interrogatoire (art. 168 al. 2 et 291 CPC : *preuve libre*, voir Message CPC, p. 6929, 6973). Le moyen de preuve doit cependant demeurer licite (art. 152 al. 2 CPC).

Jurisprudence. Il est admissible de procéder à l'audition informelle d'un enfant en l'absence de ses parents et de leurs représentants dans le cadre de la réglementation de l'attribution des enfants et du droit de visite et de ne leur soumettre ultérieurement qu'un compte-rendu sommaire de cette audition (ATF 122 I 53 consid. 4, JdT 1997 I 304). Le juge peut également recourir à des enregistrements d'auditions ou de discussions qui ne se déroulent pas sous la forme classique d'une audition de témoin ou de partie (TF [29.09.2016] 5A_991/2015, RSPC 2017 35). L'autorité de protection de l'enfant peut tenir compte de déclarations d'une assistance sociale et de voisins dans une procédure en retrait de garde en se basant sur les art. 446 al. 2 et 314 al. 1 CC, quand bien même leurs déclarations ne sont pas intervenues selon les modalités de l'art. 169 CPC (TF [06.02.2017] 5A_367/2016 consid. 5, RSPC 2017 258).

1344. Les six rubriques énumérées à l'art. 168 al. 1 CPC couvrent de fait tous les moyens qui apparaissent **objectivement aptes** à apporter la preuve des faits pertinents. Tel ne serait pas le cas de l'ordalie (« jugement de dieu ») et de la voyance (caractère non scientifique). Ne sont pas plus admissibles le détecteur de mensonge (en procédure pénale : TF [02.02.2012] 6B_663/2011 consid. 1.3 ; art. 140 CPP), la déposition sous hypnose (en procédure pénale : TF [29.09.2000] 1P.166/2000 consid. 2 ; art. 140 CPP) ou encore de la torture qui, à supposer aptes à apporter la preuve, tomberaient éventuellement sous la lettre f (interrogatoire des parties) mais interviendraient selon un processus non prévu par la loi et contraire à des principes supérieurs (p. ex. art. 3 CEDH ; 10 al. 3 Cst.).

1345. Pour être prise en compte, une preuve doit avoir été obtenue de manière licite et régulière. Elle est **licite** lorsqu'elle a été obtenue de manière conforme au droit matériel (la pièce n'a pas été dérobée ou n'est pas confidentielle ; *infra*, p. 374). Elle est **régulière** lorsqu'elle a été recueillie conformément aux règles de procédure applicables (déroulement de l'audition, de l'interrogatoire ou de l'expertise ; ATF 140 III 6 consid. 3.1).

B. Le témoignage

1. La perception directe des faits

1346. Peut être témoin de certains faits celui qui en a eu une perception directe. Le Code **prohibe** les **témoignages indirects** (art. 169 CPC ; « oui-dire »). La règle doit être nuancée : dans la mesure où le juge apprécie librement les preuves (*infra*, p. 389), le témoignage d'une personne qui peut attester des déclarations d'un tiers ou d'une partie à un certain moment peut avoir son utilité, en particulier pour établir la chronologie des faits ou l'état psychologique d'une personne.

Exemple. Dans une procédure de droit du travail, l'audition de l'épouse de l'employé licencié peut être retenue, même si elle n'a pas assisté aux événements décrits par son mari, lorsqu'elle peut parler de la situation décrite par celui-ci à l'époque des faits.

2. La distinction entre témoin et partie

1347. Seules les **personnes physiques** ne revêtant **pas la qualité de partie** peuvent être entendues en qualité de témoin (art. 169 CPC).

1348. Les **consorts** demandeurs ou défendeurs ne peuvent donc pas témoigner dans la cause. Certains auteurs (BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 2-3 ; KommZPO-WEIBEL/WALZ, art. 169 N 2) réservent le témoignage d'un consort simple (sur la notion, *supra*, p. 131) sur des faits qui ne concernent qu'un autre consort. La distinction peut cependant entraîner des complications inutiles lorsque l'audition devrait porter sur des faits concernant en partie ledit consort (dans ce sens : DIKE ZPO-MÜLLER, art. 169 N 6).

1349. Lorsqu'une **personne morale** est partie au procès, ses organes sont traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves (art. 159 CPC ; *infra*, p. 116). On entend par là ses organes exécutifs (y compris l'organe fait, à tout le moins lorsque cette position est incontestée, voir BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 3 ; KommZPO-WEIBEL/WALZ, art. 169 N 2) qui expriment sa volonté à l'égard des tiers (art. 55 al. 1 CC), et non l'organe législatif ou l'organe de contrôle. Pour la société anonyme, il s'agit des membres du conseil d'administration ou des directeurs, lorsque le conseil d'administration leur a délégué son pouvoir de représentation (ATF 141 III 80 consid. 1.3, RSPC 2015 125 ; le Tribunal fédéral l'admet aussi, de manière discutable dans la mesure où il s'agit de simples représentants conventionnels, pour un fondé de pouvoir [art. 458 CO] ou un mandataire commercial [art. 462 CO], à condition qu'ils aient reçu le pouvoir exprès de plaider) ; pour une association, des membres de son comité (TC NE, RJN 5 I 198). Le moment déterminant est la **litispendance**. Si une personne physique n'est plus organe au moment de l'ouverture du procès, elle peut être entendue comme témoin (TF [01.07.2013] 5A_127/2013 consid. 3.1). L'intéressé peut, le cas échéant, invoquer un droit de refus relatif de témoigner. De plus, sa déposition est soumise à la libre appréciation des preuves (art. 157 CPC).

1350. Le **représentant** légal d'une partie incapable de discernement, par l'intermédiaire de laquelle celle-ci s'exprime, ne peut pas être entendu comme témoin (voir GULDENER, p. 340 n. 12b, avec des renvois aux dispositions cantonales le retenant de manière expresse). En revanche, le représentant légal d'une personne capable de discernement ou le représentant conventionnel peut l'être (TF [04.07.2013] 4A_140/2013 consid. 1.3 ; BK ZPO-RÜETSCHI, art. 169 N 2 ; KommZPO-WEIBEL/WALZ, art. 169 N 2).

L'avocat est généralement peu enclin à témoigner : l'art. 13 al. 1, 2^e phr. LLCA l'autorise à refuser de témoigner, alors même qu'il a été délié par son client.

1351. Même si le CPC ne l'indique pas expressément (comp. en revanche § 170 ZPO SO), il faut retenir que les **parties accessoires**, qu'il s'agisse de l'intervenant principal (art. 73 CPC), de l'appelé en cause (art. 81 CPC), de l'intervenant accessoire (art. 74 CPC) et de la personne dénoncée (art. 78), lorsqu'elle accepte la dénonciation (art. 79 al. 1 CPC), ne peuvent pas non plus être entendues comme témoins compte tenu de leur implication dans le procès (dans ce sens : GASSER/RICKLI, art. 169 N 1 ; BK ZPO-RÜETSCHLI, art. 169 N 2-3 ; GULDENER, p. 340 ; voir aussi KommZPO-WEIBEL/WALZ, art. 169 N 2, qui le nient dans le premier procès pour l'intervenant principal ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 169 N 2, qui le nie dans le premier procès pour l'intervenant principal et l'appelé en cause).

1352. Une partie ne peut pas être entendue comme témoin. Elle ne peut qu'être interrogée comme partie, et faire l'objet d'un interrogatoire ou d'une déposition (ci-après, p. 382).

3. La distinction entre témoin et expert

1353. Le témoin rapporte ce qu'il a perçu **au moyen de ses sens**, ce qui le distingue de l'expert qui renseigne le tribunal sur des points litigieux dont la solution exige des connaissances spéciales (voir TF [08.01.2007] 4P.248/2006, RSPC 2007 269 ; TC NE, TC V 401).

1354. Toutefois, une personne ayant eu, dans l'exercice de sa profession et en raison de ses **connaissances spéciales**, l'occasion de constater certains faits, peut être appelée à renseigner les tribunaux, en qualité de témoin-expert, sur ses constatations (art. 175 CPC : témoignage-expertise). Ce moyen de preuve est en particulier utile lorsqu'une expertise régulière n'est plus possible, soit que l'objet à expertiser a disparu, soit qu'il s'agit d'établir un état de fait ayant existé à une époque déterminée (voir TC NE, CCC V 351 ; TC NE, RJN VI I 494).

Exemple. Le médecin qui a soigné la victime d'un accident peut être appelé à déposer pour donner des indications sur l'état du malade qui était confié à ses soins (voir TC NE, TC VII 557).

4. La capacité de témoigner

1355. Le CPC ne fixe **pas d'âge minimum** pour la capacité de témoigner. Il laisse au juge le soin de déterminer si le témoignage d'un mineur se justifie, en tenant compte du bien de l'enfant (art. 160 al. 2 CPC). Il convient cependant de relever que seules les personnes ayant quatorze ans révolus peuvent être condamnées pour faux témoignage (art. 171 al. 1 CPC).

5. L'obligation de témoigner

1356. L'obligation de témoigner est inscrite dans un chapitre du Code consacré globalement au devoir de collaborer des parties et des tiers (titre 10, chapitre 2 : obligation de collaborer et droit de refuser de collaborer). Le principe est posé à l'art. 160 al. 1 CPC : les tiers sont **tenus de collaborer** à l'administration des preuves et en particulier de faire une **déposition conforme à la vérité** lorsqu'ils sont entendus en qualité de témoins.

1357. Le tribunal statue librement sur le devoir de collaborer des **mineurs**, en tenant compte du bien de l'enfant (art. 162 al. 2 CPC).

1358. Un témoignage suppose une **requête** d'une partie admise par le juge. Une réquisition d'office peut intervenir en cas de maxime inquisitoire, le cas échéant sociale (*supra*, p. 238 ss).

1359. L'obligation de collaborer est nuancée à deux égards. Un **droit absolu** de refus de collaborer est accordé, selon l'art. 165 CPC, aux personnes suivantes :

- a) le **conjoint** ou le partenaire enregistré d'une partie, son ex-conjoint ou partenaire enregistré, ou la personne qui mène de fait une **vie de couple** avec elle ;
- b) la personne qui a des **enfants communs** avec une partie ;
- c) les **parents** et **alliés** en ligne directe d'une partie et, jusqu'au **troisième degré**, ses parents et alliés en ligne collatérale, y compris les demi-frères et les demi-sœurs ;
- d) les **parents nourriciers**, les enfants recueillis et les enfants élevés comme frères et sœurs d'une partie ;
- e) la personne désignée comme **tuteur**, ou curateur d'une partie.

1360. L'art 166 al. 1 CPC prévoit un **droit restreint** de refus de collaborer (par quoi il faut entendre : dans des situations spécifiques) :

- a) à l'établissement de faits qui risquerait d'**exposer** le témoin ou d'exposer un de ses proches au sens de l'art. 165 CPC à une **poursuite pénale** ou d'engager sa **responsabilité civile** ou celle de ses proches ;
- b) dans la mesure où, de ce fait, la **révélation d'un secret** serait punissable en vertu de l'**art. 321 CP** ; les réviseurs (art. 730b al. 2 CO) sont exceptés ; à l'exception des **avocats** et des **ecclésiastiques**, le tiers soumis à une obligation de dénoncer ou délié de l'obligation de garder le secret (p. ex. le **médecin** ou le **notaire**) a le devoir de collaborer, à moins qu'il ne rende vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Selon l'**art. 166 al. 2 CPC**, les titulaires d'**autres droits de garder le secret** qui sont protégés par la loi (au sens de 163 al. 2 CPC ; on pense en particulier au **banquier**, art. 47 LB, ou au détenteur de données personnelles secrètes et sensibles selon la Loi fédérale sur la protection des données [art. 35 LPD] comme le psychologue ou le travailleur social) peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité ;
- c) à l'établissement de faits qui lui ont été confiés en sa qualité officielle de **fonctionnaire** au sens de l'art. 110 al. 3 CP ou de membre d'une autorité (p. ex. le secret fiscal), ou dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ; il doit collaborer s'il est soumis à une obligation de dénoncer ou si l'autorité dont il relève l'y a habilité ;
- d) lorsqu'il serait amené en tant qu'ombudsman ou de **médiateur** à révéler des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ;
- e) lorsqu'il serait amené, en tant que collaborateur ou auxiliaire participant à la publication d'informations dans la partie rédactionnelle d'un **média à caractère périodique** à révéler l'identité de l'auteur ou le contenu et les sources de ses informations.

Projet de révision du CPC. Le projet d'amélioration du CPC prévoit d'instaurer une exception à l'obligation de collaborer pour les **services juridiques des entreprises** pour les affaires internes à cette dernière, si l'activité en cause est considérée comme spécifique à l'exercice de sa profession, si elle est exécutée par un avocat, et si la personne qui dirige le service juridique est titulaire d'un brevet cantonal d'avocat ou remplit dans son État d'origine les conditions professionnelles requises pour exercer en tant qu'avocat (art. 160a al. 1 du projet),

l'exception s'étendant aux documents échangés avec le service juridique interne de l'entreprise (art. 160a al. 2 du projet ; voir TOPAZ DRUCKMAN, Disadvantages for Swiss Corporations Involved in Litigation in the U.S. – Will the Markwalder Initiative Level the Playing Field?, Jusletter 7 mai 2018).

1361. En cas de **refus justifié**, le tribunal ne peut pas en inférer que le fait allégué et sur lequel portait le témoignage est prouvé (art. 162 CPC). Lorsque, en revanche, le refus (ou le défaut à l'audience) est **injustifié**, le tribunal peut, selon l'art. 167 CPC :

- a) infliger une **amende** d'ordre de CHF 1000.– au plus ;
- b) menacer de prendre la sanction prévue à l'**art. 292 CP** ;
- c) ordonner la mise en œuvre de la **force publique** ;
- d) mettre les **frais causés** par le refus de collaborer à la charge du tiers.

1362. En cas de défaut du tiers, les conséquences encourues sont les mêmes (art. 167 al. 2 CPC).

1363. Les tiers doivent être **rendus attentifs** à leur obligation de collaborer, à leur droit de refuser de collaborer et aux conséquences du défaut (art. 161 al. 1 CPC).

1364. **Conséquence du défaut d'information** : à moins du consentement de la personne concernée, le tribunal ne peut tenir compte des preuves administrées lorsque celle-ci avait le droit de refuser de témoigner mais qu'elle n'y a pas été rendue attentive (art. 161 al. 2 CPC).

6. La forme de l'audition

1365. Les témoins sont entendus **à l'audience** du juge, sauf exception (ils peuvent être entendus lors d'une inspection, art. 181 al. 1 CPC, ou au lieu de résidence du témoin, art. 170 al. 3 CPC).

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit que l'audition d'un témoin puisse se dérouler par vidéoconférence (art. 170a du projet).

1366. L'audition est **menée par le juge** (art. 171 s. CPC). Celui-ci demande au témoin de décliner son identité, de décrire ses relations personnelles avec les parties et d'autres circonstances de nature à influencer sur la crédibilité de sa déposition et d'**exposer les faits de la cause qu'il a constatés** (art. 172 CPC). Le témoin doit pouvoir répondre librement. Il ne s'agit donc pas de lire au témoin les allégués pour lesquels son audition a été requise par une partie en

lui demandant de répondre par oui ou non, mais de lui poser des questions ouvertes sur la base de l'état de fait allégué et de verbaliser ses réponses dans leur substance (art. 176 al. 1 CPC).

1367. Dans le système continental, il revient au juge d'établir les faits. Afin d'éviter toute influence du témoin, les questions directes par les parties supposent l'accord du juge (art. 173 CPC). Les pratiques demeurent très différentes d'un canton à l'autre, parfois d'un juge à l'autre.

1368. Pour les mêmes motifs, les **contacts préalables** d'un avocat avec un témoin sont en principe prohibés. Le Tribunal fédéral a précisé, à l'ATF 136 II 551, que « L'audition privée de témoins n'est compatible avec le devoir de l'avocat d'exercer sa profession avec soin et diligence que lorsqu'il existe une nécessité objective de procéder à cette audition, que celle-ci est dans l'intérêt du mandant et qu'elle est mise en œuvre de manière à éviter toute forme d'influence, ainsi qu'à garantir l'absence d'interférence dans l'établissement des faits par le tribunal ou l'autorité d'instruction » (chapeau de l'arrêt).

Exemples. Peuvent être admissibles les contacts en vue de l'estimation des chances de succès d'un acte, en particulier du dépôt d'une demande, le dépôt ou le retrait d'un recours, ou encore la proposition d'une preuve.

1369. La réflexion est tout autre dans le système anglo-américain, où il revient aux parties d'administrer les preuves. Les avocats peuvent prendre contact avec les témoins et les préparer avant l'audience, le mécanisme de la *cross-examination* permettant ensuite à l'avocat adverse de rétablir l'équilibre.

1370. Il convient cependant de relever que les parties peuvent, elles, avoir de tels contacts, ce d'autant plus que le Code permet au tribunal d'autoriser les parties à **amener des témoins** sans qu'ils aient été cités à comparaître (art. 170 al. 2 CPC).

1371. Le témoin est **exhorté à dire la vérité** (art. 171 al. 1 CPC). En cas de faux témoignage (qui suppose la signature du procès-verbal au sens de l'art. 176 CPC, le crime de faux témoignage n'étant consommé qu'à l'instant où l'audition du témoin est terminée au sens où l'entendent les dispositions de la procédure, voir ATF 107 IV 130, JdT 1982 IV 141 ; 95 IV 75, JdT 1969 IV 85), il est passible de peines sévères (art. 307 CP).

1372. Le témoin est entendu hors la présence des autres témoins (art. 171 al. 2 CPC) ; le juge peut organiser une **confrontation** (art. 174 CPC) – elles sont rares –, à notre sens d'office, dans la mesure où il s'agit d'une modalité de

l'audition. Le témoin répond en principe **sans notes**, mais le juge peut l'autoriser à se munir de documents (art. 171 al. 3 CPC).

1373. Une personne susceptible d'être interrogée comme témoin ne doit **pas assister** aux audiences (art. 171 al. 4 CPC). Cela vaut selon la doctrine pour toutes les audiences, et non seulement pour celles portant sur l'audition des témoins (BK ZPO-RÜETSCHI, art. 171 N 10 ; DIKE ZPO-MÜLLER, art. 171 N 20).

Controverse. La règle de l'art. 171 al. 4 CPC pose un problème lorsque l'avocat est accompagné à l'audience d'un directeur employé d'une société partie à un procès et qui est la personne connaissant le dossier, dont la partie adverse a demandé l'audition. A notre sens, ne devraient être visées dans un tel cas que les parties d'audience dédiées à l'audition d'autres témoins. La solution la plus raisonnable serait d'entendre une telle personne en premier, afin de lui permettre d'assister à la suite des débats. Avec DIKE ZPO-MÜLLER, art. 171 N 20, il faut retenir que cette norme, malgré sa formulation, est bien une *Kann-Vorschrift*.

1374. L'essentiel de la déposition est **verbalisé**, avec la mention des questions complémentaires des parties qui ont été rejetées si une partie le requiert, puis le procès-verbal est lu ou remis pour lecture au témoin et **signé** par celui-ci (art. 176 al. 1 CPC).

Exemples. Suivant les cantons et les juges, on connaît la prise directe de la déposition par le greffier, le résumé par le juge, en cours ou en fin de déposition.

1375. Le Code prévoit que les dépositions peuvent **de plus** être **enregistrées** sur bandes magnétiques, vidéo ou par tout autre moyen technique approprié (art. 176 al. 2 CPC). Cela est évidemment exclu à défaut d'accord du juge.

1376. Si le témoin ne parle pas la langue du procès, il s'exprime dans sa langue. Le tribunal a recours à un **interprète** (il se distingue du traducteur dont le travail porte sur des textes et non sur des déclarations orales).

1377. Le témoin est **indemnisé** équitablement (art. 160 al. 3 CPC). Le montant est fixé par les tarifs cantonaux (art. 96 CPC).

C. Les titres

1. Généralités

1378. Les titres peuvent consister en des écrits, des dessins, des plans, des photographies, des films, des enregistrements sonores, des fichiers électroniques et des données analogues propres à prouver des faits pertinents (art. 177 CPC).

Controverse. Selon le Message CPC, p. 6933, l'**expertise privée** « [...] n'est pas un moyen de preuve, mais reste admissible, en tant qu'allégations d'une partie, aux conditions de recevabilité de celles-ci ». Le Tribunal fédéral reprend cet avis en retenant que l'expertise privée est un moyen pour la partie d'affiner et renforcer sa position (ATF 141 III 433 consid. 2, TF [30.08.2011] 4A_286/2011 consid. 4 ; voir sous l'ancien droit ATF 132 III 83 consid. 3.4 ; TF [04.11.2013] 4A_255/2013 consid. 5.1). Simultanément, il déclare qu'en cas de contestation de la partie adverse, l'expertise privée peut néanmoins contribuer à la preuve de faits, en tant que déclaration de partie conjointement aux indices fournis par les preuves au dossier (preuve imparfaite ; ATF 141 III 433 consid. 2). Le raisonnement du TF semble trop restrictif au vu du texte de l'art. 177 CPC (voir à ce propos FRANÇOIS BOHNET/FRANCESCO TREZZINI, L'expertise privée selon l'ATF 141 III 433. Une preuve imparfaite issue d'un concept imparfait, RDS 2017 I 367). Même si l'éventualité du dépôt d'expertises privées envisagée par l'art. 182 AP-CPC, n'a pas été reprise par le projet, puis le CPC, en réaction à la jurisprudence qui nie la qualité de titre à l'expertise privée, le projet de révision du CPC prévoit d'insérer l'expertise privée dans la liste exemplative de l'art. 177 CPC (art. 177 *in fine* du projet). A notre avis, il aurait plutôt fallu mentionner l'expertise privée comme un type d'écrits au sens de l'art. 177 CPC (voir BOHNET, Plaidoyer, p. 31-36).

2. La licéité des titres

1379. Les titres doivent être licites, à savoir ne pas avoir été obtenus en violation d'une norme de droit matériel protégeant le bien juridique lésé contre l'atteinte en cause (ATF 140 III 6 consid. 3.1).

1380. Selon l'art. 152 al. 2 CPC, les preuves illicites ne peuvent être prises en compte que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant. Le juge doit procéder à une **pesée des intérêts** en présence, d'une part l'intérêt à la protection du bien lésé par l'obtention illicite et d'autre part l'intérêt à la

manifestation de la vérité (ATF 140 III 6 consid. 3.1 ; Message CPC, p. 6922).

Exemples. Un tel intérêt devrait être reconnu dans un procès en paternité ou dans une demande en divorce pour motifs sérieux au sens de l'art. 115 CC.

1381. C'est avant tout pour les titres que la question de l'illicéité se pose. On pense en particulier aux **enregistrements vidéo, audio et informatique**. Les art. 179^{bis} à quater CP sanctionnent en particulier les enregistrements non autorisés de conversations et la violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues. La sphère privée doit tout particulièrement être protégée. En revanche, une conversation enregistrée sur répondeur n'est pas illicite, puisque le correspondant s'attend à être enregistré. Il en va de même de conversations par SMS ou support informatique écrit (comp. en France, arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 23 mai 2007, n° 1145).

Jurisprudence. Ne peuvent pas être exploités les résultats tirés de l'installation d'un logiciel espion visant à déterminer l'utilisation d'Internet faite au travail (ATF 139 II 7 consid. 6.4.1, SJ 2013 177).

1382. Quant aux **documents volés**, le Conseil fédéral, Message CPC, p. 6922, distingue sur la base de la jurisprudence en matière pénale (ATF 131 I 272 consid. 4.1.2 ; 137 I 218 consid. 2.3.4, JdT 2011 I 354) les titres obtenus sous la menace ou par violence qui ne sont pas utilisables, des pièces « simplement » dérobées et qui pourraient être admises au terme de la pesée d'intérêts.

1383. L'illicéité peut également découler des règles de l'audience ou des règles professionnelles.

Jurisprudence. Seul le juge peut décider d'autoriser l'enregistrement des débats, même lorsque l'audience est publique. Il est donc illicite d'enregistrer secrètement les débats publics d'un tribunal, et incorrect pour un avocat d'invoquer et de déposer un tel enregistrement en justice (TC NE, RJN VI I 187). Est une preuve illicite le dépôt d'une lettre d'avocat frappée du sceau de la confidentialité ou portant sur des pourparlers transactionnels, même si le courrier a été caviardé, et ce à moins que la partie non caviardée ne présente manifestement pas un caractère confidentiel (ATF 140 III 6 consid. 3.2 et les réf.).

3. L'authenticité des titres

1384. L'art. 178 CPC prévoit que la partie qui invoque un titre doit en prouver l'authenticité si la partie adverse la conteste sur la base de motifs suffisants. Il revient donc à celui qui se fonde sur une pièce pour en déduire un droit de démontrer l'authenticité de celle-ci en cas de **contestation** rendue **vraisemblable**.

Jurisprudence. L'art. 178 CPC ne se rapporte qu'à l'authenticité au sens étroit, c'est-à-dire à la question de savoir si le titre émane de la personne qu'il désigne comme auteur (ce qui n'est pas le cas si la signature est un faux mais aussi à notre avis lorsque le contenu du titre a fait l'objet de falsifications). La disposition ne vise en revanche pas l'exactitude des faits relatés par le titre. La date figurant sur une cession de créance tombe sous le coup de la seconde hypothèse (ATF 143 III 453 consid. 3).

1385. Libre à l'adversaire de déposer plainte pénale et de demander la suspension du procès (art. 126 CPC) s'il suspecte un faux dans les titres ou une escroquerie au procès (sur cette question, voir ATF 122 IV 197).

4. L'obligation de produire des titres

1386. Du devoir de collaborer des parties et des tiers (titre 10, chapitre 2 ; *supra*, p. 369), on tire en particulier celui de **produire les documents requis**. Cela suppose une réquisition d'une partie admise par le juge. Une réquisition d'office peut intervenir en cas de maxime inquisitoire, le cas échéant sociale (*supra*, p. 238 ss).

1387. Comme l'obligation de témoigner, l'obligation de produire **s'efface** lorsque le **tiers** dispose d'un droit absolu (art. 165 CPC) ou restreint (art. 166 CPC) de refus de collaborer. Elle s'efface également lorsqu'une **partie** est en droit de refuser de collaborer (*supra*, p. 369).

1388. En toute hypothèse, l'art. 160 al. 1 let. b CPC retient que les documents concernant des **contacts** entre une partie ou un tiers et un **avocat** autorisé à les représenter à titre professionnel ou un conseil en brevets au sens de l'art. 2 de la Loi du 20 mars 2009 sur les conseils en brevets n'ont pas à être produits. Cela vaut que le document (qui peut consister en tout type de titre : lettre, courriel, résumé, compte rendu, projet, enregistrement audio ou vidéo, etc.) – dont l'auteur peut être l'avocat ou le client – soit en possession de l'avocat, de son correspondant ou d'un tiers. La règle ne vaut que pour les documents

concernant l'activité typique de l'avocat, soit le conseil ou la représentation à des fins procédurales (voir le message CPC : « documents établis dans le cadre d'un mandat spécifique à la profession » [FF 2011 7509 7515] ; texte modifié par la Loi du 28 septembre 2012 sur l'adaptation de dispositions de procédure relatives au secret professionnel des avocats, en vigueur depuis le 1^{er} mai 2013). Selon la jurisprudence rendue en matière de procédure pénale (art. 264 al. 1 let. d CPP), la **transmission à titre de copie** à un avocat d'un courrier ne suffit pas pour considérer que ladite écriture serait couverte par le secret professionnel (ATF 143 IV 462 consid. 2.3). Le principe vaut également en procédure civile.

Controverse. Dans un arrêt destiné à la publication du 22 juin 2021, 1B_333/2020, le Tribunal fédéral relève que certains auteurs considèrent que la protection conférée par l'art. 160 al. 1 let. b CPC vaudrait également en cas de contacts avec un avocat étranger (par exemple : CR CPC-JEANDIN, art. 160 N 17a ; BSK ZPO-SCHMID, art. 160 N 1). A notre sens, c'est bien l'avocat autorisé à représenter au sens de la LLCA qui est visé.

1389. En cas de **refus justifié**, le tribunal ne peut pas en inférer que le fait allégué et sur lequel portait la production est prouvé (art. 162 CPC). Lorsque, en revanche, le refus (ou le défaut à l'audience) est **injustifié**, le tribunal peut prendre les mesures prévues par l'art. 167 CPC (*supra*, p. 371). Si le refus est le fait d'une partie, le juge le prend en compte dans son appréciation des preuves (art. 164 CPC ; ATF 140 III 264 ; *infra*, p. 383).

5. L'examen des titres

1390. Les pièces sont en principe déposées au dossier avec les actes. Le Tribunal peut à notre sens exiger que les informations pouvant être **fournies sur papier** (écrits, dessins, plans, etc.) soient transmises dans ce format au tribunal. Lorsque les parties déposent des pièces par voie électronique, le tribunal ne peut plus exiger qu'elles soient produites sur support papier (ancien art. 130 al. 3 CPC), à moins qu'il ne parvienne pas à ouvrir l'envoi, l'afficher à l'écran ou l'imprimer sous une forme lisible (art. 130 al. 2 CPC et 8a de l'Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite du 18 juin 2010 [OCEI-PCPP, RS 272.1]).

1391. Quand le document papier est déposé en copie, l'original ou une copie certifiée conforme doit être remis sur requête du juge ou de l'adversaire

lorsqu'il y a des raisons fondées de douter de l'authenticité du titre (art. 180 al. 1 CPC).

1392. Par ailleurs, pour faciliter le travail du juge et des parties, l'art. 180 al. 2 CPC prévoit que les éléments d'un document volumineux doivent être signalés.

1393. Si le juge refuse une pièce, il la retourne à la partie. La **protection des intérêts de tiers** peut dans certains cas justifier un caviardage (*infra*, p. 385).

D. L'inspection

1394. L'inspection permet au juge de **constater directement des faits** ou d'acquérir une meilleure **connaissance de la cause** (art. 181 al. 1 CPC ; *supra*, p. 362). Lorsqu'elle porte sur un document, l'inspection se distingue de l'examen d'un titre par le fait qu'elle porte sur l'objet lui-même et non sur les informations qu'il contient.

Exemples. Une inspection peut porter sur la visite des lieux (p. ex. dans les litiges en matière de bail, de droits réels, de contrat d'entreprise ou de responsabilité civile), ou plus rarement sur le fonctionnement d'un appareil, une audition musicale, ou encore la dégustation d'un produit (voir TC NE, TC VIII 530). Elle pourrait aussi porter sur la grandeur d'une personne, qu'il s'agisse d'une partie ou d'un tiers.

1395. L'inspection peut être ordonnée sur **requête** d'une partie, ou **d'office** par le juge, en particulier pour éclaircir l'état de fait (art. 181 al. 1 CPC ; *supra*, p. 362).

1396. Le **déroulement** peut être **varié**. Selon l'art. 181 al. 3 CPC, l'objet à inspecter est produit en procédure lorsqu'il peut être transporté au tribunal sans difficulté. A défaut, le juge se déplace sur le lieu des biens à inspecter. Il peut souhaiter procéder à cette occasion à l'audition de témoins ou d'un expert (art. 181 al. 2 CPC), ou, même si le texte légal ne le précise pas, à l'interrogatoire des parties.

1397. Un **procès-verbal** est tenu à cette occasion. Il est accompagné, le cas échéant, de plans, de dessins, de photographies ou d'autres supports techniques de représentation (art. 182 CPC). S'il n'est pas formellement notifié, les parties peuvent en obtenir une copie en vertu de leur droit d'être entendues (art. 53 CPC).

E. L'expertise

1. Généralités

1398. L'expertise est un **moyen de preuve** qui permet au tribunal d'être renseigné sur des questions dont la solution exige des **connaissances spéciales** ou **techniques** qu'il ne possède pas. Il s'agit également d'un **outil de compréhension** pour le juge, lorsqu'il a besoin d'un éclaircissement de l'état de fait (*supra*, p. 362).

Exemples. Les expertises sont fréquentes en cas de procès en paternité ou en désaveu de paternité, dans les procès en paiement de dommages-intérêts suite à un accident ou à la violation d'un contrat d'entreprise ou encore dans l'évaluation de biens (immeuble ; entreprise) à l'occasion d'un divorce.

1399. Le **droit d'être entendu**, consacré par l'art. 29 al. 2 Cst., oblige le juge à recourir à l'expertise s'il ne possède pas les connaissances techniques lui permettant d'établir l'existence de certains faits (TF [12.03.2009] 4A_589/2008, RSPC 2009 270). Ce droit n'existe pas en revanche lorsque les questions techniques étaient compréhensibles pour un juge ne disposant pas de connaissances spécifiques, de sorte que le recours à un expert n'était pas nécessaire (TF [12.12.2008] 4A_249/2008 consid. 3.1 et [18.12.2002] 4C.300/2002 consid. 1.1). L'art. 183 al. 3 CPC prévoit cependant que lorsque le tribunal fait appel aux connaissances spéciales de l'un de ses membres, il en informe les parties pour qu'elles puissent se déterminer à ce sujet.

Controverse. La possibilité d'avoir recours aux connaissances d'un membre du tribunal, connue déjà dans certains cantons, est problématique : si la jurisprudence retient désormais, en accord avec la doctrine, que l'appréciation technique doit faire l'objet d'une documentation au dossier (rapport, « *Fachvotum* ») ou indication au procès-verbal pour sauvegarder le droit d'être entendu des parties (TF [06.11.2013] 5A_478/2013 consid. 4.1, RSPC 2014 242), celles-ci ne peuvent pas poser de véritables questions d'expertise ni proposer le cas échéant de contre-expert.

1400. L'expertise peut être ordonnée sur **requête** d'une partie, ou **d'office** par le juge, dans certaines limites (art. 183 al. 1 CPC ; *supra*, p. 362).

2. L'expert

1401. L'expert (ou les experts) est une **personne physique** disposant de connaissances spéciales dans le domaine d'expertise. L'expert est **choisi** par le tribunal, le cas échéant sur proposition des parties (ATF 140 III 16 consid. 2.2.4). Dans tous les cas, le juge doit entendre préalablement les parties (art. 183 al. 1 CPC). Lorsque le domaine est très spécialisé, il peut être ardu de trouver un expert, ce d'autant plus qu'il est fréquent que les quelques spécialistes aient déjà été consultés par les parties comme experts privés (*supra*, p. 374).

1402. Les motifs de **récusation** applicables au juge (art. 47 CPC) sont opposables à l'expert (art. 183 al. 2 CPC ; ATF 140 III 16 consid. 2.2.4). Il est **exhorté** à répondre conformément à la **vérité** (art. 184 CPC) et rendu attentif aux **dispositions pénales** sur le faux rapport (art. 307 CP) et la violation du secret de fonction (art. 320 CP).

1403. L'expert a droit à une **rémunération** (art. 184 al. 3 ; il peut recourir contre la décision qui la fixe). En principe, le tribunal lui demande une évaluation de ses honoraires, qui feront partie des frais (art. 95 al. 2 let. c CPC) avancés par la partie qui requiert l'expertise (art. 98 CPC).

3. La procédure d'expertise

1404. Le tribunal soumet ses **questions** à l'expert (en principe par écrit, le cas échéant à l'audience, art. 185 al. 1 CPC), après les avoir présentées aux parties (art. 185 al. 2 CPC). Il est fréquent que la partie qui a demandé l'expertise dépose un questionnaire, ensuite complété par la partie adverse (contre-questions) et vérifié par le juge (au stade de la preuve à futur : ATF 140 III 16 consid. 2.2.3 ; TF [21.02.2013] 4A_322/2012 consid. 2.2.2). Le dossier, ou les seuls actes dont l'expert a besoin, sont mis à sa disposition (art. 185 al. 3 CPC).

1405. Avec l'autorisation du tribunal, l'expert peut procéder personnellement à des **investigations** (art. 186 al. 1, 1^{re} phrase CPC). Il doit demeurer dans le cadre des allégués et des preuves offertes par les parties lorsque la maxime des débats s'applique (art. 55 al. 1 CPC) et qu'une conduite diligente de la procédure permettrait à la partie d'alléguer les faits et de proposer les preuves idoines. Les résultats sont exposés dans son rapport (art. 186 al. 1, 2^e phrase CPC) : les parties doivent être informées et peuvent être présentes (art. 155

al. 3 CPC). Si nécessaire, le tribunal peut, sur requête ou d'office, procéder à nouveau aux opérations (art 186 al. 2 CPC).

Exemples. Dans une procédure relative à un accident de travail, l'expert pourrait procéder à une inspection locale, et auditionner l'employé et des tiers à cette occasion. Il en va de même dans une procédure relative à une servitude de passage.

1406. L'expert doit déposer son **rapport** dans le **délai** prescrit (art. 184, 185 al. 3 CPC ; faute de quoi, en cas d'important retard, il pourrait être révoqué et remplacé, art. 188 al. 1 CPC). Dans certains cas, l'expert pourrait être invité à présenter un rapport oral lors d'une audience (art. 187 al. 1 CPC). En vertu de leur droit d'être entendues (art. 53 al. 1 CPC), les parties ont le droit de demander des explications ou de poser des **questions complémentaires** (art. 187 al. 4 CPC).

1407. Le juge n'est **pas lié** par l'avis des experts (art. 157 CPC). Il apprécie librement les conclusions de l'expertise. S'il estime le rapport peu clair, incomplet ou insuffisant, il peut le faire **compléter** ou ordonner une nouvelle expertise (art. 188 al. 2 CPC). Selon la jurisprudence, le juge ne peut s'écarter de l'avis d'un expert judiciaire que pour de sérieux motifs (ATF 132 II 257 consid. 4.4.1 ; 130 I 337 consid. 5.4.2). Il doit apprécier les preuves et résoudre les questions juridiques qui en découlent, si bien qu'il lui faut examiner, sur le vu des preuves et des allégués des parties, s'il y a des motifs suffisants de douter de l'exactitude de l'expertise (ATF 118 Ia 184).

F. Les renseignements écrits

1408. L'art. 190 CPC prévoit que le tribunal peut requérir des renseignements écrits de **services officiels** (al. 1) ou de **personnes** dont la comparution à titre de témoin ne semble pas nécessaire (al. 2). On pense particulier aux renseignements requis de professionnels ou portant sur un point précis auquel il peut aisément être répondu par écrit. Il peut s'agir d'un **outil de compréhension** pour le juge, lorsqu'il a besoin d'un éclaircissement de l'état de fait (*supra*, p. 362).

Exemples. Dans un litige portant sur une servitude de passage, le juge demande des renseignements au conservateur du registre foncier. Dans un litige de droit du travail, le juge demande des renseignements au médecin traitant.

G. L'interrogatoire et les dépositions des parties

1409. Les parties sont les **personnes physiques** ou **morales** qui s'opposent dans le procès, y compris les intervenants principaux (art. 73 CPC ; *supra*, p. 146) et les appelés en cause (art. 81 s. CPC ; *supra*, p. 151). Lorsqu'une **personne morale** est partie, ses organes (le cas échéant de fait, voir ATF 128 III 29 consid. 3a, JdT 2003 I 18) sont traités comme une partie dans la procédure d'administration des preuves (art. 159 CPC).

Jurisprudence. Est légitimé à représenter la société en justice le conseil d'administration et, à moins que les statuts ou le règlement d'organisation ne l'excluent, chacun de ses membres (art. 718 al. 1 CO), de même qu'un ou plusieurs des membres du conseil d'administration (délégués) ou des tiers (directeurs) auxquels le conseil d'administration aura délégué son pouvoir de représentation (art. 718 al. 2 CO). Sans avoir la qualité d'organes, en vertu de leurs pouvoirs de représentation, peuvent également représenter la société en justice selon le Tribunal fédéral, les fondés de procuration (art. 458 CO), qui sont inscrits au registre du commerce et n'ont pas besoin de pouvoir spécial pour plaider, à moins que leur procuration n'ait été restreinte (art. 460 al. 3 CO), ainsi que les mandataires commerciaux (art. 462 CO), qui ne sont pas inscrits au registre du commerce, à condition qu'ils aient reçu le pouvoir exprès de plaider. Cette approche est discutable car les fondés de procuration et les mandataires commerciaux n'expriment pas comme telle la volonté de la société. Chacune de ces personnes devra être interrogée cas échéant comme partie, et non comme témoin (ATF 141 III 80, consid. 1.3). Dans le cadre de l'application de l'art. 159 CPC, l'organe de fait devrait être traité sur un pied d'égalité avec l'organe de droit (CR CPC-SCHWEIZER, art. 159 N 14a).

Une personne qui **n'est plus organe** au moment de la litispendance peut être interrogée comme témoin. Son intérêt à l'issue du procès est alors tout au plus indirect et seulement potentiel. Elle pourra se protéger en faisant usage des droits de refuser de témoigner ancrés aux art. 165 et 166 CPC (TF [01.07.2013] 5A_127/2013 consid. 3.1).

1410. Les codes des cantons romands ne considéraient en principe pas les déclarations des parties comme des moyens de preuve. Elles visaient uniquement à provoquer l'**aveu** (p. ex., art. 226 CPC NE).

1411. Le CPC range l'interrogatoire et la déposition des parties (art. 191 s. CPC) parmi les moyens de preuve, étant entendu que leur portée est **librement appréciée** par le juge (art. 157 CPC). Celui-ci peut également tenir compte de l'attitude des parties lors du procès. Ce moyen de preuve étant prévu par la loi, sa force probante ne peut être écartée par avance. Un interrogatoire de partie bien mené par le juge – et la partie adverse – peut être

un bon moyen pour élucider les faits, dont le résultat est soumis à la libre appréciation du juge (ATF 143 III 297 consid. 9.3.2). Il s'agit également d'un **outil de compréhension** pour le juge, lorsqu'il a besoin d'un éclaircissement de l'état de fait (*supra*, p. 362).

1412. Une partie peut **refuser de déposer** sur des faits qui pourraient exposer un de ses proches à une poursuite pénale ou engager sa responsabilité civile ou lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'art. 321 CP (art. 163 al. 1 CPC). La partie dépositaire d'un autre secret protégé par la loi peut refuser de collaborer si elle rend vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 163 al. 2 CPC). Si une partie refuse de déposer **sans motif valable**, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC ; ATF 140 III 264).

1413. L'interrogatoire et la déposition interviennent à l'audience. Ils sont **verbalisés** comme les témoignages (art. 176 CPC ; *supra*, p. 373).

1. L'interrogatoire

1414. L'art. 191 CPC prévoit que le juge peut (d'office) auditionner les deux parties ou l'une d'entre elles sur les faits de la cause. Elles sont **exhortées** à répondre conformément à la vérité et rendues attentives au fait qu'en cas de **mensonge délibéré**, elles peuvent être punies d'une amende disciplinaire.

2. Les dépositions

1415. Le Code prévoit également un mécanisme plus contraignant pour les parties : la déposition (art. 192 CPC), qui intervient sous **menace de sanctions** pénales (fausse déclaration en justice, art. 306 CP ; ATF 95 IV 75, JdT 1969 IV 85). Elle peut être ordonnée d'office par le tribunal.

1416. La déposition peut se justifier lorsque les déclarations d'une partie sont particulièrement importantes pour établir un fait central de la cause. En d'autres termes, le juge procède à une appréciation anticipée de la portée de la preuve à recueillir.

Exemple. Le travailleur qui se plaint de harcèlement sexuel (art. 328 CO) peut se voir demander de déposer.

1417. Lorsqu'il procède à une déposition, le juge exhorte la partie à répondre conformément à la vérité et la rend attentive aux conséquences d'une fausse déclaration (art. 192 al. 2 CPC).

VI. L'administration des preuves

A. Le principe

1418. Le droit d'être entendu (*supra*, p. 219), consacré à l'art. 29 al. 2 Cst., garantit notamment à l'intéressé la possibilité de prendre connaissance des pièces du dossier et de **participer** à l'administration de l'ensemble des preuves (voir p. ex. ATF 122 I 109 consid. 2a). Ce principe est énoncé à l'art. 155 al. 3 CPC : « Les parties ont le droit de participer à l'administration des preuves ». La règle vaut pour les auditions de témoins, les inspections des experts, les inspections, etc.

Exemple. L'expert qui entend examiner un immeuble pour établir l'existence de défauts doit inviter les parties à son inspection.

B. Les exceptions

1419. Le principe est **nuancé** par l'art. 156 CPC, afin d'assurer la sauvegarde d'**intérêts dignes de protection**. Le tribunal doit faire en sorte que l'administration des preuves ne porte pas atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers.

1420. Doivent être cités la protection de la **personnalité** d'une partie ou d'un tiers (art. 28 CC : en particulier la sphère intime ou secrète, voir TF, SJ 1999 I 186 ; TF [17.02.2009] 4A_105/2008, RSPC 2009 300), les **secrets d'affaires** (seul exemple donné à l'art. 156 CPC ; voir en particulier l'art. 697 al. 2 CO ; on pense aux secrets de fabrication, à des listes de clients, etc.) ou l'intérêt supérieur de l'**Etat**.

1421. Le droit d'accès au dossier tiré de l'**art. 29 al. 2 Cst.** n'est pas absolu. Il peut être limité (art. 36 Cst.) pour la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant, dans l'intérêt d'un particulier et même dans l'intérêt du requérant lui-même. Le principe de proportionnalité impose à l'autorité

d'autoriser l'accès aux pièces dont la consultation ne compromet pas les intérêts en cause (ATF 126 I 7 consid. 2 b ; TF [25.01.2013] 5A_832/2013 consid. 4.2.2 et les réf.).

1422. En principe, les mesures sont prises sur **requête** de la personne dont les intérêts dignes de protection risquent d'être atteints. Elles pourraient être prises d'office lorsque la maxime inquisitoire s'applique ou si elles s'imposent naturellement. Il s'agit de procéder à une **pesée des intérêts** en présence (TF [12.03.2013] 5A_663/2012 consid. 2.1.1).

Exemples. Le juge peut prendre des mesures telles que limitation de l'accès à certaines parties du dossier, le caviardage de documents ou la limitation de la présence aux audiences.

Jurisprudence. Afin de sauvegarder la garantie du secret de l'adoption (art. 268b CC), le juge peut donner à la mère biologique un dossier expurgé des documents relatifs au placement en vue d'adoption, mais contenant les pièces suffisantes pour juger du droit aux relations personnelles entre elle et l'enfant (TF [12.03.2013] 5A_663/2012 consid. 2.1.2).

Un employé de l'Etat qui voit ses rapports de service résiliés a le droit à l'accès à des notes d'auditions des membres du personnel entendus par la conférence des juges permanents sur lesquels le gouvernement s'est fondé pour sa prise de décision. Il ne s'agit pas de simples documents internes à l'administration (TF [06.06.2012] 8C_449/2011 consid. 2.3).

1423. Les **expertises médicales** sont naturellement soumises à un régime particulier. Ainsi, une visite médicale ou un examen mental intervient sans présence de la partie adverse et des mandataires. C'est par le rapport d'expertise que les parties sont à même d'exercer leur droit de critique et de contrôle (TC NE, RJN 4 I 30).

Jurisprudence. En procédure pénale, l'interrogatoire du prévenu par l'expert tend spécifiquement à la réalisation des buts de l'expertise. Les autorités pénales ne peuvent pas retenir, notamment à charge, les déclarations du prévenu qu'il a tenues lors d'un entretien avec l'expert de la même manière que celles effectuées au cours de la procédure pénale proprement dite. La défense ne peut donc pas influencer le déroulement de l'expertise. Après la restitution du rapport, les parties peuvent librement le critiquer. Un droit pour la défense de participer à l'examen psychiatrique proprement dit ne résulte ni de l'art. 147 al. 1 CPP ni d'autres dispositions légales. Une telle prétention ne découle pas non plus des droits fondamentaux constitutionnels ou de la CEDH (ATF 144 I 253 consid. 3 et chapeau).

VII. Le degré de la preuve

1424. Par degré de la preuve, on entend la mesure (ou intensité) dans laquelle le juge doit être convaincu de la vérité d'une allégation. On distingue la certitude, niveau en principe requis, de la vraisemblance prépondérante et de la simple vraisemblance.

A. La certitude

1425. Une preuve est considérée comme apportée si le juge est convaincu de l'exactitude d'une allégation de fait (preuve stricte ; *Gewissheit*) : le juge doit acquérir la conviction de l'existence de ce fait, en se fondant sur des éléments objectifs (ATF 141 III 569 consid. 2.2.1).

1426. La certitude absolue n'existe pas. Il suffit que le tribunal ne conçoive plus de doute sérieux quant à l'existence du fait allégué, ou que les doutes subsistants apparaissent faibles (ATF 130 III 321 consid. 3.2, JdT 2005 I 618). Tel n'est pas le cas si le juge éprouve des doutes ou si les faits ont simplement été rendus vraisemblables (ATF 128 III 271 ; TF [24.08.2006] 4C_141/2006 consid. 4.2.1, RSPC 2007 165).

1427. La preuve stricte est en principe requise, à moins que la loi ne prévoie, par exception, un autre degré de preuve. On le déduit de l'art. 8 CC (ATF 130 III 321 consid. 3.1-3.2, JdT 2005 I 618 ; 90 II 227), ou du droit fédéral non écrit (ATF 118 II 235 consid. c, SJ 1992 I 590). L'art. 157 CPC prescrit d'ailleurs au juge d'établir sa *conviction* par une libre appréciation des preuves administrées.

Jurisprudence. En règle générale, la preuve d'un fait est apportée lorsque le juge, en considération d'éléments d'appréciation objectifs, est convaincu de la réalité de ce fait (TF [12.09.2017] 5A_677/2017 consid. 3.3.)

B. La vraisemblance prépondérante

1428. Dans certains cas, dans la mesure où une preuve stricte n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée, les faits ne pouvant être établis qu'indirectement et par des indices (« état de nécessité en matière de preuve »), la loi et la jurisprudence admettent la vraisemblance prépondérante

(haute vraisemblance ; *überwiegende Wahrscheinlichkeit*). Cependant, de simples difficultés probatoires dans un cas concret ne suffisent pas (ATF 130 III 321 consid. 3.2, JdT 2005 I 618).

1429. Il y a vraisemblance prépondérante lorsque « [...] d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération » (ATF 133 III 81 consid. 4.2.2 ; ATF 130 III 321 consid. 3.3, JdT 2005 I 618 ; 128 III 271 consid. 2b/aa, JdT 2003 I 606).

1430. L'art. 85a al. 2 LP en matière d'annulation de la poursuite par le juge prévoit par exemple que le juge n'ordonne la suspension provisoire de la poursuite que si la demande principale est très vraisemblablement fondée (TF [04.04.2003] 5P.69/2003 consid. 5.2 et 5.3).

Jurisprudence. Le TF retient la haute vraisemblance dans les litiges entre assureur et assuré en matière de survenance de sinistre (ATF 130 III 321 consid. 3.2 ; TF [11.05.2005] 5C.75/2005, RSPC 2006 47). La jurisprudence retient généralement un tel état de nécessité lorsque la preuve porte sur la réalisation d'un cas d'assurance (TF [25.11.2019] 4A_329, 331/2019 consid. 4.3.1). La vraisemblance prépondérante s'applique aussi à la preuve du caractère frauduleux d'une prétention élevée par l'assuré (art. 40 LCA) (TF [08.08.2016] 4A_194/2016 consid. 3.1). Il en va de même en matière de consultation des comptes d'une société anonyme au sens de l'art. 697h al. 2 aCO (ATF 137 III 255, JdT 2013 II 322). Le degré de preuve de l'état mental d'une personne décédée est abaissé à la vraisemblance prépondérante (TF [12.04.2012] 5A_436/2011 consid. 5.2.2). En matière de responsabilité du mandataire au procès, il appartient au client d'établir avec une très grande vraisemblance que ses droits auraient été reconnus si l'avocat avait observé son devoir de diligence (ATF 87 II 364 consid. 2, JdT 1962 I 363). En matière de preuve d'une volonté interne, comme l'intention de tromper en matière de vente (art. 199 CO), élément subjectif qu'il est difficile de rapporter dans la mesure où il a trait au for intérieur, le juge peut suivant les circonstances se contenter de présomptions, d'indices et de règles d'expérience (TF [12.04.2011] 4A_70/2011 consid. 4.4.1). Pour une casuistique détaillée, voir HOHL, Tome 1, N 1067 ss.

C. La simple vraisemblance

1431. Un fait atteint ce degré de preuve (*Glaubhaftmachung*) lorsque le juge acquiert l'impression, sur la base des preuves en sa possession, d'une **certaine vraisemblance** de l'existence des faits pertinents, sans pouvoir

exclure qu'ils aient pu se dérouler différemment (ATF 130 III 321 consid. 3.3, JdT 2005 I 618, et les réf. ; TF [23.05.2002] 5P.155/2002 consid. 2b).

1432. La simple vraisemblance est admise dans des situations particulières, lorsque le juge doit statuer dans l'urgence afin de sauvegarder des intérêts qui risquent d'être préterités et que la protection n'est que provisoire.

1433. Le CPC la retient en matière de mesures provisionnelles (art. 261 al. 1 CPC ; *infra*, p. 407), la LP en matière de séquestre (art. 272 al. 1 LP).

Jurisprudence. Dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale, l'autorité judiciaire se prononce sur la base de la simple vraisemblance, après une administration limitée des preuves (TF [25.09.2019] 5A_466/2019 consid. 4.2). Alors qu'en mainlevée provisoire de l'opposition, le débiteur doit rendre vraisemblable sa libération (art. 82 al. 2 LP), la preuve stricte du paiement de la dette est exigée pour le rejet de la réquisition de faillite et pour l'annulation du jugement de faillite (TF [03.02.2014] 5A_965/2013, SJ 2014 I 289 consid. 4.1.1).

1434. La question du degré de preuve requis doit être distinguée du jeu des **présomptions**. Il y a présomption lorsqu'un fait est démontré par la preuve d'un autre fait.

Jurisprudence. Si l'on prouve qu'une personne est majeure, il résulte de l'expérience de la vie qu'elle en principe capable de discernement. C'est ainsi à la partie à un procès en matière de succession qui se prévaut de l'incapacité de prouver celle-ci, mais comme il est impossible de prouver de manière absolue l'état mental d'une personne décédée, le degré de la preuve requis est abaissé à la vraisemblance prépondérante. En revanche, lorsqu'une personne est atteinte de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit, l'incapacité de discernement est présumée, car cette personne doit généralement être considérée, d'après l'expérience générale de la vie, comme étant selon une vraisemblance prépondérante, dépourvue, en principe, de discernement. Dans de tels cas, c'est à celui qui se prévaut de la validité du testament d'établir que la personne concernée a accompli l'acte litigieux dans un moment de lucidité (TF [12.04.2012] 5A_436/2012, 5A_443/2011 consid. 5.2.2).

VIII. L'appréciation des preuves

A. Le principe

1435. Le juge apprécie **librement** les preuves administrées (art. 157 CPC) pour déterminer si tel ou tel fait allégué s'est produit. La mesure nécessaire de sa conviction se détermine, au préalable, en fonction du degré de preuve requis (*supra*, p. 386).

1436. Le système de la libre appréciation des preuves permet au juge d'apprécier librement la valeur probante d'un moyen de preuve. Il n'existe **pas de hiérarchie** des moyens de preuve.

Exemples. Un témoignage ne lie pas le juge qui peut se fonder sur un ensemble d'indices plutôt que sur un témoignage dont il a des raisons objectives de douter de la véracité. L'attitude des parties en procédure peut figurer parmi les indices sur lesquels le juge fonde sa conviction.

Jurisprudence. Si des témoins attestent du fait qu'un employé a travaillé normalement un certain jour, sans présenter aucun signe de maladie, jusqu'à son licenciement en début d'après-midi, et qu'il s'est plaint de malaise seulement après et qu'il s'est rendu chez le médecin par ses propres moyens, le juge peut retenir que la résiliation n'est pas intervenue en temps inopportun alors même que le médecin consulté a attesté de son incapacité de travail dès le jour en question (TF [27.04.2011] 4A_89/2011 consid. 3).

C'est au stade de l'appréciation du témoignage que sa suspicion de partialité (résultant par exemple d'un lien conjugal, de parenté, d'alliance ou d'amitié avec une partie) doit être prise en considération (TF [10.09.2012] 4A_181/2012, RSPC 2013 25).

1437. Le système de la libre appréciation a remplacé depuis longtemps le système de la **preuve légale** en Suisse. Celui-ci part du principe qu'un moyen de preuve a une force déterminée.

Exemples. En **droit coutumier**, la preuve devait en principe être apportée par le témoignage de deux hommes. La preuve par serment décisive d'une partie sur requête de l'autre (« je jure que tel ou tel fait s'est déroulé ») était encore connue de certains codes au début du 20^e siècle (art. 286 CPC NE 1925 : « Le serment décisive est celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre la preuve décisive d'un fait essentiel »).

En France, L'art. 1341 CC fr. prévoit qu'en matière civile, un écrit est nécessaire pour faire la preuve de toute obligation excédant une somme actuellement fixée à

1500 euros. Notons que dans ce pays, il existe une hiérarchie des preuves. Ce n'est que si une partie ne dispose pas de pièces suffisantes qu'une mesure d'instruction peut être ordonnée (art. 146 al. 1 CPC fr.).

B. Les titres authentiques

1438. En matière de **registre officiel** et de **titre authentique**, l'art. 9 al. 1 CC retient qu'ils « [...] font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée ». L'art. 179 CPC reprend ce principe, qui vaut également pour les registres publics cantonaux (Message CPC, p. 6931) : « Les registres publics et les titres authentiques font foi des faits qu'ils attestent tant qu'il n'a pas été établi que leur contenu est inexact ».

1439. Il s'agit d'une **simple présomption**. L'art. 9 al. 2 CC précise que « La preuve que ces faits sont inexacts n'est soumise à aucune forme particulière ». Cette force probante accrue ne vaut que pour les faits attestés par l'acte et qui ont été constatés personnellement par le notaire. La preuve contraire est réservée (TF [06.03.2003] 6S.30/2002, RNRF 2004 126 consid. 2.3.3).

C. Le refus de collaborer à la preuve

1440. En vertu du principe de la bonne foi en procédure, désormais codifié à l'art. 52 CPC, la partie qui n'a pas le fardeau subjectif de la preuve doit néanmoins collaborer loyalement à l'administration des preuves et fournir les éléments qu'elle est seule à détenir (ATF 135 III 112 consid. 4.1 ; TF [27.04.2011] 4A_41/2011).

1441. Le refus d'une partie de collaborer à la preuve de l'autre est pris en compte au moment de l'**appréciation des preuves** (art. 164 CPC ; ATF 119 II 305 : « C'est dans le cadre de l'appréciation des preuves que le juge se prononcera sur le résultat de la collaboration de la partie adverse ou qu'il tirera les conséquences d'un refus de collaborer à l'administration des preuves » ; ATF 115 II 1 consid. 4 ; TF [12.08.2008] 4A_225/2008, RSPC 2009 38 ; TF [10.02.2006] 4P.196/2005, RSPC 2006 257).

Jurisprudence. L'**entrave à la preuve** s'analyse comme le refus de collaborer : le juge en tient compte au stade de son appréciation des preuves. Ainsi, lorsque l'assureur autorise l'assuré à vendre la carcasse du véhicule accidenté en lui laissant croire que le dommage était total mais ne retient finalement qu'un dommage quasi total donnant droit à une indemnisation inférieure, et place ainsi

celui-ci dans l'impossibilité de prouver que le dommage était total, le juge peut retenir celui-ci comme démontré (TC NE, RJN 1989 84).

1442. L'appréciation des preuves doit être **distinguée** du **droit à la preuve** (*supra*, p. 363).

Exemples. Le juge qui retient un défaut de chauffage dans un litige de bail en relevant que la partie adverse ne le conteste pas viole le droit à la preuve si ce point a été contesté. En revanche, s'il retient le défaut sur la base de deux témoignages et de l'attestation d'une commission de salubrité malgré le dépôt d'une expertise privée par le bailleur, il ne viole pas le droit à la preuve. La question qui se pose est celle de la correcte appréciation des faits, qui peut faire l'objet d'un appel ou d'un recours selon les cas.

§ 16 Les décisions

I. Les ordonnances d'instruction

1443. Au cours de l'instance, et avant le prononcé de sa décision finale, le juge peut être amené à rendre diverses ordonnances et décisions d'instruction (art. 124 al. 1 CPC). Ces diverses décisions ordonnent la procédure (Message CPC, p. 6952), d'où parfois leur nom d'ordonnances (comp. art. 154 et 319 let. b CPC). La partie qui requiert telle ou telle mesure du juge en cours d'instance doit formuler sa demande soit à l'**audience**, soit par **requête**.

Exemples. Sont des décisions d'instruction les ordonnances de sûretés, de prolongation de délais (*supra*, p. 351), de preuves (*supra*, p. 343), etc.

Jurisprudence. Est une ordonnance d'instruction, un prononcé par lequel le juge refuse de limiter la réponse à l'examen d'une condition de recevabilité, refuse une prolongation de délai et fixe la date des débats principaux (OGER ZH [14. 02.2020] ZR 2020 52 N 10).

1444. Les décisions d'instruction ne concernent pas la validité de l'instance, l'existence de l'action ou le fond, mais contribuent à l'avancement du procès. Elles ne dessaisissent pas le juge et n'ont pas autorité de chose jugée. Elles sont **modifiables** au gré des circonstances.

Exemple. Le juge peut accueillir une requête en suspension de l'instance qu'il avait refusée quelques mois auparavant, au vu des événements intervenus entre-temps.

1445. Lorsque le tribunal est formé en collège, les décisions d'instruction peuvent être déléguées à l'un de ses membres (juge instructeur, art. 124 al. 2 CPC). Une ordonnance d'instruction est rendue par écrit ou oralement à l'audience pour être inscrite au procès-verbal (art. 235 al. 1 let. e CPC). Sa motivation dépendra de son objet et du droit d'être entendu des destinataires (art. 53 CPC) ; elle n'a pas à préciser les voies de recours, les art. 238 ss CPC ne s'appliquant pas (OGER ZH [14. 02.2020] ZR 2020 52 N 10).

II. La décision

A. Généralités

1446. Plutôt que de parler de « jugement », le CPC emploie l'expression « décision » pour le prononcé du tribunal par lequel celui-ci statue sur la recevabilité ou le fond de la demande. Paradoxalement, la notion de jugement n'apparaît que dans la procédure de conciliation, où dans diverses hypothèses (art. 210 CPC) une proposition de jugement peut être formulée par l'autorité (qui n'est pas nécessairement judiciaire !).

1447. La décision est prononcée par le tribunal dans son entier, à la majorité (art. 236 CPC).

B. Les décisions finales, incidentes, partielles et préjudicielles

1448. Il convient de distinguer la décision **finale**, qui met un **terme à l'instance**, de la décision **incidente**, qui ne met **pas fin à l'instance**, bien qu'elle statue sur le fond (bien-fondé ou mal-fondé) ou la recevabilité de la demande (art. 236-237 CPC).

Exemple. Si le tribunal se déclare incompétent, la décision est finale, alors qu'elle serait incidente dans l'hypothèse où il rejetterait le moyen tiré de l'incompétence.

1449. Tout comme le jugement se prononçant sur la validité de l'instance ou sur l'existence de l'action, la décision au fond peut être finale ou incidente. Il faut ici introduire une distinction supplémentaire, que le Code ne mentionne pas expressément (voir en revanche art. 91-93 LTF) : le fond peut être jugé par étapes, chacune de celles-ci donnant lieu à une **décision séparée**. La décision séparée peut être **partielle** ou **préjudicielle**, suivant qu'elle statue sur une partie de la prétention (partie formant un tout) ou sur une des prétentions litigieuses, le cas échéant à l'égard d'un consort (comp. art. 91 let. b LTF), ou qu'elle tranche une question préalable dont dépend le sort de la demande.

Exemples. Serait partielle une décision se prononçant uniquement sur un poste du dommage allégué. Serait en revanche préjudicielle une décision se prononçant

sur le principe de la responsabilité du défendeur sans examiner la quotité du dommage.

1450. On constate dès lors que toute décision partielle est (partiellement) finale, puisqu'elle statue définitivement sur une partie du litige, alors que la décision préjudicielle peut être incidente ou finale, dans la mesure où le sort de la demande en dépend.

Exemple. La décision qui ne retient pas la responsabilité du défendeur met un terme définitif à l'instance. La décision partielle qui statue sur un des postes du dommage est finale sur le point qu'elle traite.

1451. Le Code prévoit que le juge peut rendre une décision incidente lorsque l'instance de recours pourrait prendre une décision contraire qui mettrait fin au procès et permettrait de réaliser une **économie de temps** ou de **frais** appréciable (art. 237 al. 1 CPC). La décision incidente doit être attaquée immédiatement. Elle ne peut pas être attaquée ultérieurement dans le recours contre la décision finale (art. 237 al. 2 CPC).

Exemples. Si le tribunal admet sa compétence et rend une décision incidente sur cette question parce qu'il considère qu'elle permettrait de réaliser une économie de temps ou de frais appréciable si l'instance de recours arrivait à la solution inverse, le défendeur qui entend la contester doit recourir immédiatement contre ce prononcé. Il en va de même si le tribunal rejette l'exception d'immunité du défendeur ou encore son exception de prescription par un jugement séparé.

C. L'élaboration de la décision

1452. Le juge doit statuer sur l'objet du litige (*supra*, p. 5), sur la base de son appréciation des faits et des preuves, en appliquant le droit aux faits constatés (art. 236 CPC ; ATF 138 III 788 consid. 4.2).

1453. L'approche du juge est tant inductive que déductive : elle va des faits au droit, mais également du droit aux faits. En effet, une fois les faits allégués par les parties, le juge doit déterminer quels sont les faits pertinents, compte tenu de l'objet du litige et des règles de droit s'appliquant, pour ensuite examiner lesquels sont admis, constants ou prouvés par les pièces au dossier, pour déterminer les preuves devant être ordonnées sur la base des propositions des parties. Une fois les preuves administrées, il peut établir, sur la base des règles sur le fardeau de la preuve, quels sont, parmi les faits contestés, ceux qui sont prouvés. C'est sur la base de cet état de fait que le

juge procède par syllogismes juridiques en appliquant le droit aux faits (*subsumption*) et rend sa décision.

Références. HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Justice civile helvétique, Paris 1984, ch. 92 (2), a parfaitement décrit l'action de juger. Il relève en particulier que juger est une opération mentale, conduite selon une méthode rigoureuse mais non formelle, qui échappe dès lors à l'observation systématique. Le juge prend en compte les faits de la cause pour déterminer les principes qui la régissent et interroge les règles mises en œuvre pour cerner les questions de fait à résoudre. Sur cette base, le juge rédige son jugement en la forme d'un syllogisme ou d'une succession de syllogismes. Le droit applicable en constitue la majeure ; les faits reconstitués, la mineure, le dispositif, la conclusion. JAMES GOLDSCHMIDT, Zivilprozessrecht, 2^e éd. Berlin 1932, p. 3, compare l'action de juger à l'activité médicale : dans un premier temps, le juge réunit les faits de la cause et procède en quelque sorte à l'*examen clinique*. Dans un deuxième temps, le juge doit décider. Cette opération se scinde en trois phases, consistant tout d'abord à déterminer les faits pertinents et prouvés, ce qui revient à établir les *symptômes*. Vient ensuite l'examen des règles de droit applicables au litige compte tenu de l'état de fait retenu, ce qui correspond au *diagnostic*. Enfin, le juge applique le droit aux faits d'espèce et tranche le litige, ce qui n'est autre que le *traitement*.

1454. Si l'apport des faits relève essentiellement des parties (*supra*, p. 235), en revanche le juge applique le **droit d'office** (art. 57 CPC ; *jura novit curia*). Cela signifie qu'il n'est pas lié par la qualification juridique des faits proposée par les parties (*supra*, p. 242).

1455. Le tribunal statue à la **majorité** (art. 236 al. 2 CPC). Comme la motivation doit correspondre à l'opinion de la majorité des membres de l'autorité de jugement, les juges concernés doivent prendre connaissance du projet de motivation et pouvoir proposer des modifications, conformément au processus prévu par les règles d'organisation judiciaire applicables (ATF 138 V 154).

1456. Les débats et une éventuelle **communication orale** du jugement sont **publics** (art. 54 al. 1 CPC ; à moins que le huis clos total ou partiel soit ordonné dans l'intérêt public ou dans l'intérêt digne de protection de l'un des participants à la procédure, art. 54 al. 3 CPC ; les procédures relevant du droit de la famille ne sont pas publiques, art. 54 al. 4 CPC ; *supra*, p. 227).

1457. Il revient au droit cantonal de déterminer si les **délibérations** sont publiques (art. 54 al. 2 CPC ; *supra*, p. 224).

D. Le contenu de la décision

1458. Les différentes mentions devant figurer dans la décision (finale ou incidente) sont décrites à l'art. 238 CPC, lettres a à h :

- a) La **désignation et la composition du tribunal**. Il s'agit d'un point important pour une éventuelle requête de récusation ; faute de désignation du tribunal, la décision doit être complétée (art. 334 CPC).
- b) Le lieu et la **date du prononcé**.
- c) La **désignation des parties** et des personnes qui les représentent. L'indication précise des parties – sans laquelle on ne peut savoir à qui le jugement s'applique, qui l'a obtenu (*supra*, p. 296) et est fondé à poursuivre son exécution (*infra*, p. 475) – est une énonciation essentielle. En cas d'imprécision, la décision doit être complétée (art. 334 CPC). L'autorité de recours peut rectifier d'office la désignation d'une partie manifestement erronée (TF [15.04.2014] 4D_28/2014 consid. 4).
- d) Le **dispositif**, est un point central de la décision, puisque seul le dispositif acquiert autorité de la chose jugée une fois entré en force (*supra*, p. 296).
- e) L'indication des personnes et des autorités auxquelles la **décision est communiquée**. Cette indication permet de déterminer les destinataires de la décision (les parties et des tiers chargés par exemple d'inscriptions dans des registres ou de blocages d'avoirs ou de biens) et de déceler d'éventuels vices à cet égard.
- f) L'indication des **voies de recours** si les parties n'ont pas renoncé à recourir. L'indication doit être précise : la seule mention des diverses voies de droit prévues par le Code est insuffisante à notre sens. Le justiciable non représenté pourrait s'en plaindre.
- g) Le cas échéant, les **considérants**. La décision peut être rendue sans motivation écrite, quelle que soit la procédure applicable (art. 239 al. 1 CPC).
- h) La **signature** du tribunal. *A priori*, faute d'indication contraire du droit cantonal (TF [11.04.2011] 4A_20/2011 consid. 6, RSPC 2011 317), la signature d'un des juges suffit. En principe, le greffier (qui n'est pas mentionné dans le Code) signe également.

Jurisprudence. La partie qui aurait pu déceler l'erreur affectant l'indication de la voie de droit par la seule lecture du texte légal ne mérite pas la protection de sa

bonne foi. On attend des avocats qu'ils procèdent à un contrôle sommaire des indications relatives à la voie de droit. Il n'est en revanche pas attendu d'eux qu'outre les textes de loi, ils consultent encore la jurisprudence, même si elle est publiée aux ATF. Une décision de suspension est manifestement une ordonnance d'instruction si bien que l'art. 321 al. 2 CPC s'applique à l'évidence (ATF 141 III 270).

E. La communication et la motivation de la décision

1459. Par souci d'effectivité, le Code prévoit que le tribunal **peut communiquer** sa décision aux parties **sans motivation** écrite, soit oralement à l'audience avec une motivation orale sommaire, soit en notifiant un simple dispositif écrit (art. 239 al. 1 CPC).

1460. Le principe vaut dans toutes les procédures et aucune critique ne peut être adressée au juge qui décide de communiquer une décision non motivée (TF [02.06.2014] 4A_72/2014 consid. 5).

1461. Cependant, c'est essentiellement en **procédure simplifiée** que cette solution semble appropriée. En **procédure sommaire**, il est aisé pour le tribunal de motiver succinctement sa décision, ce qui est souvent plus expéditif que de devoir la motiver après coup. En **procédure ordinaire**, le juge aura généralement préparé un projet détaillé de décision par écrit, et un prononcé immédiatement motivé semble là aussi le plus adéquat.

1462. Chaque partie peut demander une motivation écrite, dans les **dix jours** dès la communication de la décision (art. 239 al. 2, 1^{re} phr., CPC ; sur la notification, *supra*, p. 300). A défaut d'une telle demande de l'une ou l'autre des parties, celles-ci sont considérées avoir **renoncé** à l'appel ou au recours (art. 239 al. 2, 2^e phr., CPC).

1463. La jurisprudence a déduit du **droit d'être entendu**, consacré par l'art. 29 al. 2 Cst., l'obligation pour le juge de **motiver** ses décisions (*supra*, p. 227).

1464. Selon la jurisprudence, en cas de recours, la juridiction supérieure n'a pas à vérifier s'il y a **conformité** entre la délibération et la motivation écrite rédigée ensuite. Cependant, cette motivation doit correspondre à l'opinion de la majorité des membres de l'autorité de jugement, si bien que les juges concernés doivent prendre connaissance du projet de motivation et pouvoir proposer des modifications (ATF 138 V 154 ; *supra*, p. 396).

1465. Au stade de l'**appel**, du **recours** et de la **révision**, la décision est motivée par écrit (art. 318 al. 2 CPC ; 327 al. 5 CPC ; 333 al. 3 CPC).

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit de supprimer l'obligation pour l'instance d'appel et de recours de motiver leurs décisions d'office (suppression des art. 318 al. 2 et 327 al. 5 CPC) ; la motivation interviendrait alors sur requête.

F. La décision nulle

1466. En principe, la partie qui entend contester une décision doit utiliser les voies de recours à sa disposition, pour obtenir, suivant les cas, l'annulation ou la réforme de la décision attaquée (*infra*, p. 425). Seul un **vice très sérieux** peut, dans certaines circonstances, entraîner la nullité pure et simple d'une décision. Il faut donc que le système d'annulabilité n'offre à l'évidence pas la protection nécessaire (TF [30.06.2011] 5A_785/2010 consid. 1.2).

1467. Selon la jurisprudence, ce vice particulièrement grave doit être **patent** ou du moins facilement décelable. De plus, la constatation de la nullité ne doit pas mettre sérieusement en danger la **sécurité du droit** (ATF 137 III 217 consid. 2.4.3 ; 129 I 361 consid. 2.1 ; 122 I 97 consid. 3aa ; 116 Ia 215 consid. 2c ; 104 Ia 172 consid. 2c).

1468. Il en découle que des **vices de fond** n'entraînent pas la nullité d'une décision, sauf rares exceptions (p. ex. un contenu impossible, voir TF [02.06.2003] 5P.178/2003 consid. 3.2).

1469. La nullité est en revanche de mise en cas de **graves vices de procédure**.

Jurisprudence. Est nulle la décision rendue par une autorité dont l'incompétence matérielle ou fonctionnelle est manifeste et qualifiée (pouvoir de juger manifestement manquant ; tel n'est pas le cas si le tribunal dispose de compétences de décisions générales dans le domaine concerné : ATF 137 III 217 consid. 2.4.3 ; 127 II 32 consid. 3g). C'est aussi le cas d'une décision qui n'a pas du tout été notifiée ou en cas de grave vice de forme, par exemple une décision rendue sans que le défendeur n'ait pu prendre part à la procédure, suite à une notification par voie édictale injustifiée (ATF 129 I 361 consid. 2.1, et, pour un exemple contraire, TF [17.01.2012] 5A_755/2011 consid. 2 ; 122 I 97 consid. 3aa ; TF [02.06.2003] 5P.178/2003 consid. 3.2).

N'est pas manifestement incompétente l'autorité tutélaire de surveillance, dès lors qu'elle assume la fonction d'autorité de dernière instance cantonale statuant sur recours, en vertu du droit cantonal, alors même que le juge du divorce est compétent *ratione materiae* en matière de modification litigieuse des

contributions d'entretien fixées dans un jugement de divorce (TF [30.06.2011] 5A_785/2010 consid. 1.2). De même, la décision rendue par l'autorité de protection de l'enfant dans un domaine pour lequel elle est compétente en soi (modalités du droit de visite entre un père et son fils ; art. 275 CC) mais prise en violation de l'attraction de compétence du juge du divorce entre-temps saisi sur d'autres aspects concernant l'enfant (art. 275 al. 2 CC, art. 315a s. CC) est annulable. Puisque l'autorité de protection décide dans le cadre de son « noyau de compétence » (« *genuine Kernzuständigkeit* »), sa décision ne présente pas un vice d'une telle gravité qu'elle devrait être déclarée nulle (ATF 145 III 436 consid.4).

Il est arbitraire de prononcer d'office l'incompétence matérielle d'un tribunal de district alors que la valeur litigieuse pourrait, suivant le mode de calcul, entrer dans la compétence de ce tribunal, qui plus est si les parties ont admis tacitement sa compétence (TF [10.03.2011] 5A_647/2010 consid. 5.2).

Le prononcé de la faillite en Suisse d'une personne manifestement domiciliée en France est nul (TF [27.02.2014] 5A_647/2013 consid. 4.2.2).

1470. En cas de nullité, l'absence de décision peut être invoquée en tout temps et devant toute autorité. Celle-ci constate la nullité. Elle doit le faire d'office (ATF 136 II 489 consid. 3.3 ; 129 I 361 consid. 2 ; 127 II 32 consid. 3g). Cela ne change cependant rien au fait que l'intéressé doit saisir la bonne autorité (le cas échéant de recours) pour faire constater la nullité (TF [29.05.2013] 5A_186/2013 consid. 3 ; TF [25.11.2016] 4A_142/2016 consid. 2.2, SJ 2017 I 275 ; TF (07.12.2018) 4A_415/2018 consid. 3.2 ; TF (18.04.2019) 5A_758/2018 consid. 1.3, RSPC 2019 428).

Exemple. Une décision faisant suite à une citation du défendeur intervenue par pli simple, alors que celui-ci conteste l'avoir reçue, ne peut pas donner lieu au prononcé d'une mainlevée définitive, la décision étant inexistante (comp. TF [25.01.2008] 5A_264/2007, 5A_495/2007 consid. 3.3).

G. L'interprétation et la rectification de la décision

1471. En cas d'ambiguïté, obscurité, contrariété (le cas échéant avec les motifs) ou lacune dans le dispositif d'une décision, chaque partie dispose de la possibilité d'en demander l'interprétation ou la rectification (art. 334 CPC).

1472. La demande d'interprétation est formée par **requête** (forme de l'art. 130 CPC, *supra*, p. 162) adressée au tribunal qui a prononcé le jugement. Elle indique les passages contestés ou les modifications demandées. La partie

adverse se voit accorder un délai pour se prononcer (art. 330 CPC, applicable en vertu de l'art. 334 al. 3 CPC).

1473. Le tribunal peut également procéder d'**office**. En cas d'**erreurs d'écriture** ou de calcul, le tribunal peut renoncer à demander aux parties de se déterminer (art. 334 al. 2 CPC).

Jurisprudence. Pour la bonne information de toutes les parties, lorsque celles-ci n'ont pas été invitées à prendre position, il serait toutefois souhaitable que le tribunal **joigne la demande de rectification** à la décision rectifiée (TF [19.08.2019] 4A_656/2018, RSPC 2020 368).

1474. *A priori*, la requête peut être formée aussi longtemps que la décision n'a pas été exécutée. Seul le **caractère exécutoire** de la décision peut être suspendu sur requête, en cas de décision dans ce sens du tribunal (art. 330 CPC, applicable en vertu de l'art. 334 al. 3 CPC). L'**entrée en force** ne peut pas être reportée en revanche. Le requérant serait donc bien inspiré afin de sauvegarder ses droits, en cas de doute sur la voie ouverte, de déposer un acte de recours dans les délais impartis (comp. ATF 139 III 486).

Exemples. Les motifs d'une décision indiquent que trois montants sont dus au demandeur, alors que le dispositif mentionne un montant inexact, en raison d'une erreur de calcul. Celui-ci peut faire l'objet d'une rectification. Dans ses motifs, une décision indique que le défendeur doit au demandeur une somme avec intérêts. Le dispositif ne mentionne pas les intérêts. Un tel prononcé peut faire l'objet d'une demande d'interprétation. En revanche, si la décision ne se prononce pas sur les intérêts requis, c'est par la voie de l'appel ou du recours qu'il faut agir.

1475. La décision sur demande d'interprétation est susceptible d'un **recours** (art. 334 al. 4 CPC ; *infra*, p. 441).

Jurisprudence. Le recours au sens de l'art. 319 CPC, auquel renvoie l'art. 334 al. 4 CPC, est uniquement ouvert contre une décision de rejet ou de non-entrée en matière sur la requête d'interprétation ou de rectification. Lorsque le tribunal de première instance procède à une interprétation ou une rectification, il s'agit d'une nouvelle décision, dont la notification fait courir un nouveau délai pour la voie de droit ordinaire, ouverte à l'encontre des seuls points ayant fait l'objet de l'interprétation ou de la rectification (ATF 143 III 520 consid. 6.3).

H. Les effets de la décision

1476. Suivant que l'action est déclaratoire (en constatation de droit), constitutive ou condamnatoire (*supra*, p. 115), la décision constate

l'existence ou la non-existence d'une relation juridique, modifie ou non celle-ci ou astreint ou non à une prestation.

Exemples. La décision constate que le congé est inefficace (ATF 121 III 156), prononce le divorce des parties et attribue l'autorité parentale sur l'enfant à l'une des parties, ou encore condamne le défendeur à payer au demandeur CHF 15 000.– et à démonter et reprendre l'ouvrage défectueux.

1477. La décision **condamnatoire** interrompt la prescription et la prolonge (art. 137 al. 2, 138 CO). Une fois le délai d'appel échu (sur la notion, *infra*, p. 428), ou en cas de rejet de l'appel (et sauf recours en matière civile assorti d'un effet suspensif, voir art. 103 LTF ; *infra*, p. 466), la décision condamnatoire entre en force et devient exécutoire (art 336 al. 1 CPC) et permet ainsi à son bénéficiaire de requérir l'assistance des autorités si la partie adverse ne s'exécute pas. Si l'appel n'est pas ouvert, la décision est immédiatement exécutoire, à moins que l'autorité de recours n'ait suspendu l'exécution (art. 336 al. 1 let. b CPC). Lorsque la décision porte sur une somme d'argent ou des sûretés à fournir, son exécution est réglée par la LP (art. 335 al. 2 CPC). Les autres décisions sont exécutées conformément aux art. 335 ss CPC (*infra*, p. 475 ss).

1478. Par définition, le **dispositif déclaratoire** est dépourvu de force exécutoire.

1479. Quant au **prononcé formateur**, il se suffit à lui-même, la modification engendrée devant, tout au plus, être inscrite dans un registre (divorce, paternité, désaveu, attribution de la propriété foncière, dissolution d'une société, etc.).

1480. La décision a pour effet de **dessaisir** le juge dès sa communication aux parties (ATF 122 I 97 consid. 3a/bb ; TF [03.07.2007] 5A_121/2007 consid. 3.1) et l'empêche ainsi de modifier un prononcé rendu, même s'il est manifestement vicié. Une décision partielle dessaisit le juge de la partie du litige sur laquelle il a statué (d'où son caractère final selon le CPC) ; cette décision ne peut dès lors pas être revue par le juge cantonal dans son prononcé ultérieur (ATF 115 Ia 123).

1481. Le jugement **entre en force** lorsqu'il n'est plus attaquant par une voie de recours assortie de l'effet suspensif (sur la notion, *infra*, p. 428). La force de chose jugée est un préalable nécessaire de l'autorité de la chose jugée, à savoir l'incontestabilité de ce qui a été jugé (*supra*, p. 296). L'incontestabilité doit être distinguée de l'irrévocabilité, qui désigne le jugement n'étant plus susceptible de recours extraordinaire (révision ; *infra*, p. 446).

III. La fin de l'instance sans jugement

A. Généralités

1482. L'instance ne se termine pas nécessairement par une décision finale. Elle prend également fin par le désistement (d'instance ou d'action), l'acquiescement, l'abandon de cause (*supra*, p. 260) et par la transaction judiciaire.

1483. La transaction judiciaire, l'acquiescement et le désistement sont passés par **écrit**. S'ils sont formulés en audience, ils doivent être consignés au procès-verbal par le tribunal et signés par les parties (art. 241 al. 1 CPC).

1484. La transaction judiciaire, l'acquiescement et le désistement d'action ont les effets d'une décision entrée en force (art. 208 al. 2, 241 al. 2 CPC). Ces actes ont pour effet de clore la procédure, et la décision de radiation de l'art. 241 al 3 CPC n'a qu'une portée déclarative (ATF 139 III 133, JdT 2014 II 269). En cas de désistement d'instance ou d'abandon de cause, ou lorsque la cause devient sans objet pour un autre motif, l'instance est simplement rayée du rôle (art. 242 CPC).

Projet de révision du CPC. Le Conseil fédéral souhaite que la décision de radiation puisse faire l'objet d'un recours, au motif que la voie de la révision ouverte contre une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action viciés (art. 328 al. 1 let. c CPC ; *infra*, p. 447) ne serait pas satisfaisante (art. 241 al. 3 2^e phr. du projet ; Message CPC 2020, p. 2670 s.).

B. La transaction

1485. La transaction est un contrat bilatéral par lequel les parties mettent fin à une contestation en s'accordant des concessions réciproques. Elle peut être judiciaire ou extrajudiciaire.

1486. La **transaction judiciaire** est celle qui est passée devant le juge (pour être consignée au procès-verbal et signée par les parties) ou qui, passée en la forme écrite, est transmise au juge pour être jointe au dossier (TF [17.09.2020] 4A_150/2020 consid. 2.2). La transaction judiciaire se différencie du désistement et de l'acquiescement en ce sens que ces derniers n'ont pas besoin du consentement de l'autre partie pour être parfaits, mais la

transaction implique tout naturellement des éléments de désistement et d'acquiescement réciproques partiels. Elle jouit de l'autorité de chose jugée et constitue un titre de mainlevée définitive au sens de l'art. 80 al. 2 ch. 1 LP (TF [17.09.2020] 4A_150/2020 consid. 2.2). L'invalidité de la transaction judiciaire, en particulier pour vice du consentement (art. 23 ss CO), doit être invoquée par la voie de la révision (art. 328 al. 1 let. c CPC ; TF [17.09.2020] 4A_150/2020 consid. 2.2).

1487. La **transaction extrajudiciaire** relève entièrement du droit privé. Elle a uniquement les effets d'un contrat. Elle n'a pas autorité de la chose jugée (TF [05.08.2013] 4A_191/2013 consid. 3.1) et peut constituer seulement un titre de mainlevée provisoire. La transaction ne contribue pas au règlement du litige si elle n'est pas suivie d'un acquiescement ou d'un désistement (BSK ZPO-STECK, art. 241 N 23).

1488. Une partie peut demander la **révision** lorsqu'elle fait valoir que le désistement d'action, l'acquiescement ou la transaction judiciaire n'est **pas valable** (art. 328 al. 1 let. c CPC ; ATF 139 III 133, JdT 2014 II 269).

§ 17 La protection rapide

I. Les mesures provisionnelles

1489. Tout procès prend du temps (*supra*, p. 179). Plusieurs années peuvent s'écouler de l'introduction de l'instance au prononcé de la décision finale. Les mesures provisionnelles ont pour but de conserver les droits litigieux dans l'intervalle.

A. Les fonctions

1490. On admet, d'une manière générale, que les mesures provisionnelles ont trois fonctions :

- assurer le succès d'une exécution forcée ultérieure (mesures de sûreté, **conservatoires** ou de protection ; *Sicherungsmassnahmen*) ;
- régler provisoirement une situation juridique, en principe dans l'attente d'un jugement au fond. Ont cette fonction les mesures de **réglementation** ou pacificatrices (*Regelungsmassnahmen*), qui s'inscrivent dans un rapport de droit durable, et les mesures d'**exécution anticipée** (*Leistungsmassnahmen* au sens étroit), qui permettent d'obtenir provisoirement l'exécution d'une prétention ;
- assurer l'administration d'une **preuve** (*Beweissicherungs-massnahmen*).

1491. La conservation des preuves est assurée par la preuve à futur (art. 158 CPC ; *infra*, p. 413).

B. Le catalogue

1492. L'art. 262 CPC dresse un catalogue **non exhaustif** des mesures pouvant être ordonnées par le juge :

- a) interdiction ;
- b) ordre de cessation d'un état de fait illicite ;

- c) ordre donné à une autorité qui tient un registre ou à un tiers ;
- d) fourniture d'une prestation en nature ;
- e) versement d'une prestation en argent, lorsque la loi le prévoit.

1493. On peut également citer, par exemple, le **séquestre**, la **consignation**, ou la mise sous **scellés**.

1494. L'art. 271 CPC prévoit diverses mesures protectrices de l'union conjugale et l'art. 276 CPC des mesures provisionnelles dans le cadre du divorce.

Jurisprudence. Qu'advient-il de la décision et de la compétence du juge des mesures protectrices de l'union conjugale une fois que le juge du divorce est saisi ? La décision de mesures protectrices de l'union conjugale déploie ses effets jusqu'à ce que le juge des mesures provisionnelles la modifie (art. 276 al. 2 CPC). S'il n'y a pas de conflit de compétences, cette décision peut même avoir été rendue après la litispendance de l'action en divorce (ATF 138 III 646 consid. 3 et note BOHNET in Newsletter Droitmatrimonial novembre 2012 ; KG Lucerne [23.07.2019], LGVE 2019 II N 10).

1495. Ces diverses mesures peuvent consister, suivant les cas, en des mesures conservatoires, des mesures de réglementation ou des mesures d'exécution anticipée.

Exemples. Séquestre au greffe d'une montre ou d'un tableau dont le demandeur revendique la propriété, interdiction de détruire un mur ou d'exécuter des travaux, inscription d'une hypothèque légale provisoire des artisans et des entrepreneurs (mesures conservatoires) ; remise d'un code d'administrateur d'un site Internet, livraison de marchandises (mesures d'exécution anticipée) ; versement d'une pension à titre provisoire, fixation de la garde d'un enfant et du droit de visite (mesures de réglementation).

1496. La condamnation au versement d'une **somme d'argent** n'est possible par mesure provisionnelle que lorsque la loi le prévoit expressément (art. 262 let. e CPC). De plus, le versement de sûretés (p. ex. une *provisio ad litem*) est régi par l'art. 38 al. 1 LP (RSPC 2009 120).

Exemples. Des pensions pour les enfants et pour le conjoint peuvent être allouées dans le cadre de mesures protectrices (art. 176 CC) et de mesures provisoires à l'occasion d'un divorce (art. 276 al. 1 CPC). En revanche, le juge ne peut pas condamner à verser une partie de la somme prétendue en dommages et intérêts au stade des mesures provisionnelles.

Controverse. Savoir si des **conclusions en constat** peuvent être prises est contesté. Le Tribunal fédéral des brevets le nie avec de bons arguments dans le

domaine des brevets (TFB [13.06.2012] S2012_005). La doctrine majoritaire est également de cet avis (BK ZPO-GÜNGERICH, art. 262 N 50 ; BSK ZPO-SPRECHER, art. 262 N 12).

C. Les conditions

1497. Pour bénéficier d'une mesure provisionnelle, le requérant doit rendre vraisemblable (1) qu'un droit dont il se prétend titulaire (2) est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (3), et que cette atteinte est susceptible d'entraîner un préjudice difficilement réparable (4). Doit ensuite être déterminée, sur cette base, la mesure nécessaire (5).

1. La notion de vraisemblance

1498. Un fait ou un droit est rendu vraisemblable lorsque, au terme d'un examen sommaire, sur la base d'éléments objectifs, ce fait ou ce droit est **rendu probable**, sans pour autant que la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement ou que la situation juridique se présente différemment soit exclue (en substance : ATF 131 III 473 consid. 2.3 ; SJ 2006 I 371 ; TF [16.03.2012] 5A_881/2011 consid. 3.3, qui la distingue de la vraisemblance prépondérante ; *supra*, p. 386).

2. La vraisemblance du droit prétendu

1499. L'octroi de mesures provisionnelles suppose la vraisemblance du droit invoqué. Cela implique de rendre vraisemblable, d'une part, les **faits** à l'appui de la prétention et, d'autre part, que celle-ci fonde un **droit** (ATF 104 Ia 408 consid. 4 ; comp. ATF 120 II 398 consid. 4c). Le requérant doit rendre vraisemblable que le procès a des **chances de succès** (ATF 131 III 473 consid. 2.3).

1500. A défaut, en particulier lorsque les prétentions que le requérant a l'intention de faire valoir au principal se révèlent **manifestement mal fondées** en présence de ses propres allégués ou d'une preuve péremptoire, la requête doit être rejetée, sans autre examen.

1501. Les mesures provisionnelles doivent de plus **préfigurer le jugement** à venir ; elles doivent être compatibles avec ce que pourra ordonner le jugement

au fond (voir CJ GE [28.06.1979], SJ 1980 343). Le **contenu du droit subjectif** détermine le genre et l'étendue de la protection à ordonner (ATF 56 II 318, JdT 1931 I 84).

Jurisprudence. Lorsque tel n'est pas le cas, mais que les conditions d'octroi de mesures provisionnelles sont réunies, le juge compétent doit accorder la protection provisionnelle requise en fixant d'office à la partie requérante un délai pour le dépôt de la demande en application de l'art. 263 CPC. Il importe peu que le requérant ait donné pour numéro de référence à sa requête de mesures provisionnelles celui de l'affaire au fond connexe (TC VD [16.06.2020], JdT 2020 III 33).

3. La vraisemblance d'une atteinte ou du risque d'atteinte

1502. Le requérant doit rendre vraisemblable, sur la base d'**éléments objectifs**, qu'un **danger imminent** menace ses droits, soit qu'ils risquent de ne plus pouvoir être consacrés, ou seulement tardivement.

Exemples. Un droit de passage va être fermé, rendant impossible l'accès à une villa ; une hypothèque légale doit être inscrite sans délai, le droit d'y procéder arrivant à son terme dans les jours à venir ; un livre portant atteinte à l'honneur du requérant va être diffusé ; un cocontractant risque de conclure avec un tiers en violation de son contrat.

4. La vraisemblance d'un risque de préjudice difficilement réparable

1503. Par préjudice, on entend tant les **dommages patrimoniaux** que les dommages **immatériels**.

Exemples. Faute d'inscription d'une hypothèque légale à titre provisoire, la créance de l'entrepreneur peut être en péril ; l'impossibilité d'exercer son droit aux relations personnelles avec l'enfant cause un dommage immatériel.

1504. Un préjudice peut consister dans l'intérêt du requérant à pouvoir obtenir une **exécution en nature**, même si une exécution en argent serait le cas échéant possible dans l'hypothèse où l'exécution en nature ne le serait plus (Message CPC, p. 6961).

1505. Le fait que le dommage soit **difficile à démontrer** ne signifie pas que l'on ne puisse pas retenir la vraisemblance d'un risque de préjudice irréparable.

Exemple. La contrefaçon d'un procédé de fabrication ou d'un produit protégé entraîne un dommage difficilement quantifiable (Message CPC, p. 6961).

1506. Le risque de préjudice difficilement réparable suppose l'**urgence**. Si le requérant tarde trop, sa requête risque d'être rejetée, dans le cas où le tribunal arrive à la conclusion qu'une procédure ordinaire introduite à temps aurait abouti à un jugement au fond dans des délais équivalents (TF [31.03.1992], RJJ 1992 134 consid. 2 ; TF [28.11.1990], SJ 1991 113). Pour le Tribunal fédéral, l'urgence est une notion relative : elle comporte des degrés et s'apprécie moins selon des critères objectifs qu'au regard des **circonstances** (TF [01.02.2005] 4P.263/2004, RSPC 2005 414 ; TF [28.11.1990], SJ 1991 113).

5. La mesure propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice

1507. Si les conditions décrites ci-avant sont réunies, le juge ordonne les **mesures provisionnelles nécessaires**. Il procède à une **pesée des intérêts** en présence.

1508. Le **degré de vraisemblance** de l'atteinte et du préjudice est à nouveau pris en compte dans cet examen (ATF 131 III 473 consid. 2.3).

1509. Les mesures provisionnelles ont pour but de sauvegarder les droits des parties uniquement dans l'attente du jugement. Elles ne doivent **pas trancher** de façon **définitive** le droit dont la consécration est demandée en justice.

Jurisprudence. Il n'est pas arbitraire de considérer que la voie des mesures provisionnelles n'est pas ouverte en matière de **reddition de compte** (art. 400 al. 1 CO), le prononcé requis étant définitif (ATF 138 III 728).

1510. Dès lors, les exigences sont **particulièrement strictes** en matière de mesures d'**exécution anticipée** du jugement. Dans un tel cas, les chances de succès du requérant dans la procédure au fond doivent être évaluées soigneusement et proportionnellement au préjudice encouru par le requis (ATF 131 III 473 consid. 2.3, RSPC 2006 69 ; TF [14.11.2008] 4A_367/2008 consid 4.2, Sic! 2009 159-161 ; TC NE [27.02.1996], RJN 1996 64).

D. La procédure

1. La compétence

1511. La compétence à raison du **lieu** est réglementée à l'art. 13 CPC (*supra*, p. 82), qui prévoit un for impératif au lieu dans lequel est donnée la compétence pour connaître de l'action principale (let. a) ou au lieu dans lequel la mesure devrait être exécutée (let. b).

Jurisprudence. Il n'est en tout cas pas arbitraire de retenir que le for du lieu où la mesure devra être exécutée n'est pas subsidiaire et donc pas uniquement réservé aux cas d'urgence (ATF 138 III 555 consid. 2).

1512. Quant à la compétence à raison de la **matière**, elle est réglée par les cantons, sous réserve des art. 5 et 6 CPC, qui prévoient que l'instance cantonale unique et l'éventuel tribunal du commerce sont également compétents pour statuer sur les mesures provisionnelles requises avant litispendance.

Exemples. A Neuchâtel, c'est en principe le Tribunal civil, section du Tribunal régional, qui est compétent (art. 16 OJN). A Fribourg, le Président du Tribunal d'arrondissement est compétent même si le Tribunal civil est compétent pour statuer sur le fond, en particulier si celui-ci est déjà en charge du procès (art. 51 al. 1 let. b LJ).

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit la même précision pour l'instance cantonale unique (art. 8 al. 2 2^e phr. du projet).

2. La procédure sommaire

1513. Les mesures provisionnelles sont régies par les règles de la procédure sommaire (art. 252-256 CPC ; *supra*, p. 254).

1514. La procédure peut être entamée avant (art. 263 CPC ; sauf disposition légale contraire : art. 276 al. 1 CPC en matière de procédure de divorce), parallèlement ou au cours de la procédure au fond.

1515. Elle est introduite par **requête** (art. 252 CPC ; *supra*, p. 311), à laquelle la partie adverse peut répondre soit oralement, soit par écrit (art. 253 CPC ; *supra*, p. 318).

1516. La **preuve** est rapportée par titres (art. 254 al. 1 CPC), ou par d'autres moyens de preuve si leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure (art. 254 al. 2 let. a CPC). L'audition de témoins ou une vision locale pourrait ainsi se concevoir au stade des mesures provisionnelles.

Jurisprudence. De **brèves expertises** portant sur des questions techniques sont admissibles comme moyens de preuve en matière de propriété intellectuelle (ATF 137 III 324 consid. 3.2). Dans la procédure d'**opposition au séquestre**, d'autres moyens de preuve au sens de l'art. 254 al. CPC ne sont pas admissibles (ATF 138 III 636 consid. 4.3.2 ; TF [26.06.2017] 5A_228/2017 consid. 3.1).

1517. Une **audience** peut avoir lieu, mais la loi ne l'impose pas (art. 256 al. 1 CPC).

3. Les mesures superprovisionnelles

1518. En cas d'urgence particulière, notamment en cas de risque d'entrave, le juge peut statuer **sans audition préalable** de l'adversaire (mesures superprovisionnelles).

1519. Il doit dans ce cas citer en même temps les parties à une audience qui doit avoir lieu sans délai ou impartir à la partie adverse un délai pour se prononcer par écrit, et ce que les mesures aient été accordées ou non (TF [13.05.2011] 4A_242/2011 consid. 1.4).

1520. Après avoir entendu la partie adverse, le tribunal statue sur la requête sans délai (art. 265 CPC).

Exemples. L'inscription à titre superprovisoire d'une hypothèque légale des artisans et des entrepreneurs peut se justifier lorsque le délai d'inscription est pratiquement à son terme ; l'interdiction d'une publication ou un séquestre à titre superprovisoire peut être nécessaire pour ne pas rendre le prononcé sans objet.

1521. Un **appel** ou un **recours** n'est pas ouvert contre un prononcé de mesures superprovisionnelles (ATF 137 III 417 consid. 1.3), sauf, exceptionnellement, lorsque, à défaut, il n'est plus possible de contrôler le prononcé (p. ex., refus d'inscription provisoire d'une hypothèque légale, voir ATF 140 III 289 consid. 1.1, JdT 2015 II 151 et les réf. ; refus d'une suspension d'une poursuite à titre superprovisionnel au sens de l'art. 85a al. 2 LP, voir TF [17.08.2012] 5A_473/2012 consid. 1.1, RSPC 2013 75).

Jurisprudence. Un recours (art. 445 al. 3 CC) n'est pas non plus ouvert contre une décision superprovisionnelle en matière de protection de l'adulte (ATF 140 III 289 consid. 2, JdT 2015 II 151).

1522. Lorsqu'un prononcé de mesures provisionnelles est **annulé par l'autorité supérieure**, les mesures superprovisionnelles entrent à nouveau en vigueur. L'annulation de la décision de mesures provisionnelles fait ainsi renaître les mesures superprovisionnelles (ATF 139 III 86 consid. 1.1.1).

4. Les sûretés

1523. Compte tenu du risque de dommage pour l'adversaire, le tribunal peut astreindre le requérant à fournir des **sûretés** (art. 264 al. 1 CPC). Leur montant sera établi en fonction de l'importance du dommage encouru, tel que rendu vraisemblable par l'adversaire ou le tiers touché (BK ZPO-GÜNGERICH, art. 264 N 21) et de l'évidence de la situation juridique (CR CPC-BOHNET, art. 264 N 5). Elles peuvent consister en une somme d'argent ou, par exemple, en une garantie bancaire.

Jurisprudence. Refus de sûretés lorsque la banque défenderesse ne rend pas vraisemblable le risque de dommage résultant de l'interdiction de réaliser les valeurs figurant sur le compte d'un client, en se limitant à évoquer le risque de perte de la moitié de la valeur des actions déposées, sans discuter des autres titres figurant sur le compte (HGer ZH [13.09.2018] HE180247 consid. 6.5).

Controverse. La doctrine est partagée sur la question de savoir si les sûretés peuvent être imposées sans conclusions en ce sens de l'adversaire (exigent une conclusion en ce sens : PC CPC-BOVEY/FAVROD-COUNE, art. 264 N 2 ; BK ZPO-GÜNGERICH, art. 264 N 9 ; KommZPO-HUBER, art. 264 N 9 ; BSK ZPO-SPRECHER, art. 264 N 13. Ne l'exigent pas : CR CPC-BOHNET, art. 264 N 3 ; CHRISTOPH GUTMANN, Die Haftung des Gesuchstellers für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen, thèse Bâle 2006, p. 15). Les auteurs s'accordent en revanche sur le fait que tel peut être le cas lors du prononcé de mesures superprovisionnelles, puisque l'adversaire n'est pas encore entendu à ce stade.

1524. Les sûretés ne sont **libérées** que lorsqu'il est établi qu'aucune action en dommages-intérêts ne sera intentée ; en cas d'incertitude, le tribunal impartit un délai pour agir (art. 264 al. 2 CPC).

5. La validation et la fin des mesures

1525. Comme leur nom l'indique, les mesures provisionnelles ont un caractère provisoire. L'art. 263 CPC prévoit ainsi que lorsque la procédure au fond n'est pas encore pendante au moment où elles sont accordées, le tribunal impartit au requérant un **délai** pour le dépôt de la demande, sous peine de caducité des mesures ordonnées.

1526. La demande, quelle que soit la procédure applicable, n'est **pas précédée** d'une requête de **conciliation** (art. 198 let. h CPC).

1527. Par ailleurs, les mesures provisionnelles cessent de déployer leurs effets dès qu'un jugement définitif sur la question au fond est intervenu (art. 268 al. 2 CPC).

1528. Les mesures provisionnelles bénéficient tout au plus d'une **autorité de la chose jugée relative** une fois entrées en force. Une décision ordonnant ou modifiant des mesures est en effet toujours réversible au gré des circonstances (art. 268 al. 1 CPC), et elle tombe avec le prononcé au fond.

Jurisprudence. Un prononcé provisionnel est revêtu de l'autorité de la chose jugée relative et un retrait d'une requête en modification de mesures protectrices équivaut à un rejet. Une nouvelle requête en modification suppose dès lors une modification des circonstances postérieures à celles alléguées dans la requête retirée. En revanche, les faits en question pourront être pris en compte dans la procédure au fond, pour le futur (ATF 141 III 376, RSPC 2016 37).

1529. L'art. 264 al. 2 CPC prévoit que le requérant répond du dommage causé par des mesures provisionnelles **injustifiées**. S'il prouve qu'il les a demandées de bonne foi, le tribunal peut réduire les dommages-intérêts ou n'en point allouer.

II. La preuve à futur

A. Le principe

1530. L'administration des preuves intervient en principe à l'occasion du procès, lors des débats principaux (*supra*, p. 341) ou, éventuellement, en

procédure ordinaire ou simplifiée, lors des débats d'instruction (*supra*, p. 340).

1531. Dans diverses situations cependant, il est possible de requérir l'**administration anticipée** d'une preuve, pour des faits appartenant à un procès déjà pendant, ou qui pourraient être allégués dans un procès éventuel.

B. Les cas

1532. L'administration anticipée d'une preuve est une « [...] forme atypique d'administration de la preuve [...] » qui ne peut intervenir que de manière restrictive, aux conditions fixées par l'art. 158 CPC (TF [25.01.2013] 5A_832/2012 consid. 4.2.1). Cette disposition envisage trois situations.

1. La loi

1533. Une preuve à futur peut être requise lorsque la loi confère le droit d'en faire la demande (art. 158 al. 1 let. a CPC).

1534. Tel est le cas des art. 202, 204 al. 2, 367 al. 2, 427 al. 1, 445 al. 1 et 453 al. 1 CO, qui prévoient le droit à un **constat hors procès**.

Exemple. En vertu de l'art. 367 al. 2 CO, tant le maître que l'entrepreneur peuvent, après livraison, faire **expertiser l'ouvrage** à leurs frais. Cette disposition vise exclusivement la preuve avant procès (CR CO I-CHAIX, art. 367 N 17).

En matière de **brevets**, l'art. 77 al. 1 let. b et 2 LBI prévoit qu'une partie qui rend vraisemblable la violation ou l'imminence de la violation d'un droit dont elle est titulaire peut requérir la description précise des procédés dont elle prétend qu'ils sont appliqués de manière illicite, ainsi que des produits dont elle prétend qu'ils sont fabriqués de manière illicite ainsi que des moyens techniques ayant servi à cette fabrication (ATF 138 III 76 consid. 2.4.1, JdT 2014 II 228).

2. La mise en danger des preuves

1535. La preuve à futur assume un rôle de mesure provisionnelle (*supra*, p. 405) lorsque des moyens de preuve sont mis en péril (art. 158 al. 1 let. b, première hypothèse, CPC).

1536. Tel est le cas lorsque les preuves risquent de se perdre (témoin gravement malade ou quittant définitivement la Suisse pour un pays lointain ; constat urgent avant modification de l'état de fait) ou pourraient être modifiées par l'adversaire (destruction de documents ; émanation d'odeur ; bruits, etc.), à condition qu'elles portent sur des faits non encore élucidés (TF [17.02.2009] 4A_105/2008 consid. 1.2.3, RSPC 2009 300).

Exemple. La terrasse d'un immeuble vendu il y a quelques mois n'est pas étanche. Des mesures d'assainissement doivent être prises rapidement. Une preuve à futur permet au propriétaire de disposer d'une preuve par expertise pour un éventuel futur procès contre le vendeur.

Jurisprudence. Le seul écoulement du temps et la perte de mémoire qui y est fatalement liée ne justifient pas l'audition d'une témoin à titre anticipé (TF [19.06.2012] 4A_118/2012 consid. 2.1).

La saisie de données sur des disques durs et le dépôt au greffe du tribunal d'un disque dur externe contenant une copie de ces informations remplissent pleinement l'exigence de sauvegarde de preuves lorsqu'il est allégué que celles-ci pourraient disparaître (voir l'état de fait de l'arrêt TF [25.01.2013] 5A_832/2012, et consid. 3.2).

3. L'intérêt digne de protection

a. Les buts

1537. Une preuve à futur peut également être requise en dehors des deux cas précédents lorsque le requérant se prévaut d'un intérêt digne de protection (art. 158 al. 1 let. b, seconde hypothèse, CPC : preuve à futur au sens étroit).

1538. Cette voie est ouverte afin de diminuer ou d'éviter des procédures dénuées de **chances de succès** (Message CPC, p. 6841 ; ATF 138 III 76 consid. 2.4.2, JdT 2014 II 228 ; TF [25.01.2013] 5A_832/2012 consid. 7.1).

1539. On pense aux cas dans lesquels le demandeur souhaite avoir accès à certains documents ou procéder à une expertise lui permettant de **déterminer la portée de ses droits** avant d'entamer un procès.

Jurisprudence. La preuve à futur doit permettre à l'intéressé de **clarifier les chances de succès** d'une demande au fond. Les éléments en sa possession lui permettant d'obtenir une vague estimation de ses droits ne remettent pas en cause son droit à une preuve à futur. Ainsi, de simples **expertises privées** n'excluent pas une expertise par preuve à futur (ATF 140 III 16 consid. 2.5, RSPC 2014 130),

mais bien une expertise réalisée dans une autre procédure (ATF 140 III 24 consid. 3.3.1).

L'action en exécution du **droit d'accès aux données** au sens de l'art. 15 al. 4 LPD peut également être choisie, tant qu'il n'y a pas de requête de preuve à futur pendante (art. 2 al. 2 let. c LPD). Le fait d'exiger l'accès aux données aussi pour décider d'une éventuelle action judiciaire en paiement de dommages-intérêts ne confère pas au maître du fichier un intérêt prépondérant et digne de protection à refuser l'accès aux données (ATF 138 III 425 consid. 6, SJ 2013 I 81).

Le Tribunal fédéral considère qu'il n'est pas arbitraire de retenir que l'institution de la preuve à futur ne peut pas être utilisée pour obtenir une **reddition de compte**, qui consiste en un droit matériel à l'information devant être établi sur la base d'un examen complet des faits et du droit (ATF 141 III 564 consid. 4.2.2 ; 138 III 728 consid. 4.4.1, RSPC 2013 130). A notre avis, si la situation est limpide, c'est en effet par la voie du cas clair (*infra*, p. 419) qu'il faut le cas échéant agir.

1540. Compte tenu du but de la preuve à futur dans cette hypothèse, à savoir clarifier les chances de succès, il n'y a pas de place pour l'**assistance judiciaire** dans ce cadre (ATF 141 I 241 consid. 4 ; 140 III 12, *supra*, p. 198).

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit la solution inverse (art. 118 al. 2, 2^e phrase, du projet).

b. Les conditions

1541. L'intérêt digne de protection doit être démontré par le requérant, en ce sens qu'il doit rendre **vraisemblable** qu'il existe des **circonstances de fait** dont il peut **déduire un droit** contre la partie adverse. Dès lors, il ne lui suffit pas de simplement alléguer qu'il lui faut évaluer ou clarifier les chances de succès d'une procédure. En d'autres termes, l'intérêt à faire administrer une preuve dépend de l'intérêt à faire reconnaître le bien-fondé d'une prétention (ATF 138 III 76 consid. 2.4.2, JdT 2014 II 228 ; TF [25.01.2013] 5A_832/2012 consid. 7.1.1, RSPC 2013 236). L'objet du litige n'étant pas encore déterminé précisément à ce stade, il revient au requérant de bien délimiter les faits sur lesquels il se fonde (TF [25.01.2013] 5A_832/2012 consid. 7.1.1, RSPC 2013 236).

Jurisprudence. Le requérant, qui dans une problématique de succession, fait valoir l'existence d'un complot à son égard, sans exposer en quoi cette hypothèse serait plausible, qui n'allègue même pas de quelle prétention de droit matériel il serait titulaire contre les intimés et qui ne propose aucun développement quant au droit applicable à sa supposée prétention, alors que l'état de fait comporte des

éléments d'extranéité, ne démontre pas l'existence d'un intérêt digne de protection (TF [25.01.2013] 5A_832/2012 consid. 7.1.2, RSPC 2013 236).

Le fait qu'une partie soulève des **objections** de fait ne disqualifie pas d'emblée l'expertise sollicitée par l'adversaire ; le fait que les parties ne sont pas d'accord sur l'état de fait est au contraire un élément qui plaide en faveur de l'existence d'un intérêt digne de protection (TF [21.02.2013] 4A_322/2012 consid. 2.5, RSPC 2013 239).

1542. La vraisemblance doit aussi porter sur le fait que la preuve dont l'administration anticipée est requise est **susceptible d'apporter la preuve** des faits en question (mêmes arrêts).

1543. En revanche, la vraisemblance des **faits sur lesquels la preuve à futur est requise** ne peut pas être exigée comme telle, au risque sinon de contrecarrer les fins de l'art. 158 al. 1 let. b, seconde hypothèse, CPC dont le but est la clarification des faits.

Jurisprudence. Ainsi, si la preuve requise constitue l'**unique moyen** pour le requérant de prouver sa prétention, on peut se limiter à exiger de sa part qu'il allègue de manière circonstanciée l'existence des faits fondant sa prétention (ATF 138 III 76 consid. 2.4.2, JdT 2014 II 228 ; TF [25.01.2013] 5A_832/2012 consid. 7.1.1).

1544. Dès lors, comme il s'agit d'une requête hors procès et non de l'examen au fond du bien-fondé de la prétention, hormis à l'égard de la vraisemblance de la prétention principale (1), de l'allégation circonstanciée des faits fondant dite prétention (2), de la pertinence du moyen de preuve requis (3) et de la mesure dans laquelle la preuve requise doit être administrée (4), la démonstration de l'existence d'un intérêt digne de protection n'est pas soumise à des exigences trop sévères (mêmes arrêts).

Jurisprudence. Si le requérant entend obtenir une expertise, il lui revient d'indiquer quelles questions doivent être adressées à l'expert (TF [21.02.2013] 4A_322/2012 consid. 2.2.2, RSPC 2013 239).

Un intérêt digne de protection ne peut pas être nié lorsque le moyen de preuve requis (*in casu*, expertise pluridisciplinaire) est **central** pour la prétention invoquée, elle-même fondée en droit compte tenu d'un état de fait plausible (ATF 140 III 16, RSPC 2014 130).

Lorsqu'une **expertise** propre à servir de preuve a déjà été **réalisée dans une autre procédure** et qu'elle permet estimer les chances de succès, il n'y a pas d'intérêt digne de protection à faire ordonner une nouvelle expertise par voie de preuve à futur (ATF 140 III 24).

C. La procédure

1545. Les règles sur les **mesures provisionnelles** sont applicables à la preuve à futur (art. 158 al. 2 CPC). Il en va ainsi pour :

- le for (art. 13 CPC) ;
- la compétence matérielle dans le cadre des art. 5 et 6 CPC ;
- la procédure applicable (procédure sommaire, art. 252-256 CPC ; *supra*, p. 410) ;
- les mesures ordonnées avant audition de l'adversaire (*mesures superprovisionnelles*, *supra*, p. 411 ; en particulier lorsque le défendeur risque de supprimer les preuves ou de modifier l'état de fait ; comp. l'état de fait de l'arrêt TF [25.01.2013] 5A_832/2012 consid. 3.2).

1546. Si la preuve à futur porte sur une **expertise**, les parties peuvent faire des propositions quant à la personne de l'expert, et soulever des motifs de récusation, le choix final relevant du tribunal (ATF 140 III 16 consid. 2.2.4). Le défendeur peut poser des questions complémentaires visant à clarifier l'état de fait, sur le même objet du litige (TF [21.02.2013] 4A_322/2012 consid. 2.5, RSPC 2013 239).

1547. Dans la mesure où l'on voit mal quel dommage l'octroi d'une preuve à futur pourrait faire encourir, l'octroi de **sûretés** ne se justifie en principe pas.

1548. La preuve à futur n'a **pas** à être **validée**. Elle est le cas échéant produite à l'occasion d'un procès (TF [18.06.2013] 4A_9/2013 consid. 5, RSPC 2013 481).

1549. L'**avance des frais** est à la charge du requérant (art. 98 CPC ; voir aussi art. 102 al.1 CPC).

1550. Les **frais** (frais judiciaires et dépens) sont aussi à la charge du requérant, sous réserve d'une répartition différente dans le procès au fond. En matière d'expertise, tant que les questions éventuelles du défendeur demeurent dans le cadre fixé par le demandeur, celui-ci doit prendre les frais à sa charge, quand bien même les questions du défendeur ont occasionné un travail supplémentaire de la part de l'expert (ATF 139 III 33 consid. 4, RSPC 2013 120).

Jurisprudence. Dans une affaire où le défendeur n'avait simplement pas participé à la preuve à futur au titre de son droit d'être entendu, mais avait pris

une part active, dans son propre intérêt, à la procédure de preuve à futur à laquelle il s'était joint, le Tribunal fédéral a retenu l'existence de circonstances particulières au sens de l'art. 107 al. 1 let. f CPC rendant inéquitable la prise en charge de la totalité des frais d'expertise par la partie requérante. Il a dès lors estimé que les frais devaient être répartis en équité entre les parties (TF [04.03.2020] 4A_606/2018 consid. 6).

1551. Cela vaut aussi pour les **dépens** alors même que le défendeur aurait conclu au rejet de la requête. En effet, le défendeur est attiré à la procédure sans sa volonté et doit collaborer à la preuve requise. Il revient le cas échéant au demandeur de faire valoir la preuve administrée dans le procès au fond, ce sur quoi le défendeur n'a pas de prise. Lui ouvrir la voie du constat négatif pour récupérer des frais judiciaires et des dépens serait manifestement contraire au principe de l'économie de procédure (ATF 140 III 30, RSPC 2014 125). En d'autres termes, la règle particulière prévue à l'art. 104 al. 3 CPC (renvoi de la décision sur frais judiciaires et dépens au prononcé au fond) ne saurait s'appliquer aux procédures de preuve à futur hors procès, nonobstant le renvoi de l'art. 158 al. 2 CPC aux dispositions sur les mesures provisionnelles (TF [04.02.2020] 4D_57/2020 consid. 4.3). Le principe vaut aussi lorsque le juge se dit convaincu que le demandeur va agir au fond (même arrêt, consid. 4.3).

Exemple. Voir TF [11.02.2014] 4A_429/2013 consid. 4.2, où le juge retient un montant de dépens de CHF 16 923.60, soit une activité de 51,35 heures, dans une procédure de preuve à futur, montant jugé non arbitraire par le Tribunal fédéral.

III. Le cas clair

A. La fonction

1552. Sur le modèle de divers codes alémaniques, le CPC connaît une procédure permettant d'assurer une protection **rapide et définitive** (ce qui la distingue des mesures provisionnelles) des droits prétendus lorsque la situation est **limpide**.

Historique. La protection dans les cas clairs est sans doute un héritage de l'*Executivprozess*, procédure sommaire connue dans la procédure de droit commun allemande et qui permettait la délivrance d'un titre exécutoire au terme d'une procédure rapide, limitée aux preuves écrites. Cette procédure tire son nom du recours immédiat à l'exécution forcée sans décision définitive sur le fond.

Cependant, ce processus connaissait la possibilité d'intenter une demande en restitution en procédure ordinaire, ce qui ne semble pas avoir été le cas dans les législations d'Outre-Sarine la connaissant (pour des références, voir FRANÇOIS BOHNET, La procédure sommaire : Cas clair – Mesures provisionnelles – Mise à ban, in Procédure civile suisse : les grands thèmes pour le praticien N 51 ss).

1553. La procédure de cas clair est applicable à **toute prétention**. Le demandeur peut choisir d'agir par la voie du cas clair si les conditions de cette voie de droit sont réunies. Il s'agit d'une option à sa disposition (ATF 138 III 728 consid. 3.3 ; TF [09.09.2013] 4A_592/2012 consid. 5, RSPC 2013 502).

1554. En matière **pécuniaire**, la procédure du cas clair entre souvent en concurrence avec la mainlevée provisoire de l'opposition. Un **cumul** entre une conclusion principale en paiement et en mainlevée définitive de l'opposition par la voie du cas clair et subsidiairement en mainlevée provisoire d'une opposition est cependant envisageable, le cas clair et la mainlevée provisoire étant soumis à la procédure sommaire (art. 90, 251 let. a et 257 CPC).

B. Les conditions

1555. Le cas clair est réglementé par une **disposition unique**. L'art. 257 CPC permet au demandeur d'obtenir la consécration de ses droits par une simple requête formée en **procédure sommaire** (*supra*, p. 311) lorsque la **maxime de disposition** s'applique (art. 257 al. 2 CPC) et que l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé (let. a) et que la situation juridique est claire (let. b).

1. L'état de fait non litigieux ou immédiatement prouvé

1556. L'**état de fait** n'est **pas litigieux** lorsque le défendeur ne conteste pas les faits pertinents (*supra*, p. 420 **Erreur ! Signet non défini.**) dans sa prise de position orale ou écrite (*supra*, p. 318). En revanche, on ne peut pas déduire le caractère non litigieux du défaut du défendeur (*supra*, p. 357).

Exemple. Un bailleur requiert l'expulsion du locataire par la voie du cas clair. Le locataire ne vient pas à l'audience citée par le juge à réception de la requête. Le bailleur n'a pas déposé la lettre de résiliation. Le juge ne peut pas considérer que celle-ci est admise du fait de l'absence de prise de position du défendeur.

1557. L'état de fait est susceptible d'être **immédiatement prouvé** quand les faits peuvent être établis sans retard et sans trop de frais (ATF 140 III 315 consid. 4.1).

1558. On doit le nier lorsque les faits allégués ne peuvent pas être démontrés de manière certaine, car la **preuve stricte** (*supra*, p. 386) est exigée (ATF 138 III 620 consid. 5.1.1, SJ 2013 283).

1559. Il en va de même lorsque le défendeur fait valoir des **objections** (*supra*, p. 333) et **exceptions** (*supra*, p. 335) motivées et concluantes, qui ne peuvent être écartées immédiatement et qui sont de nature à **ébranler la conviction** du juge (même arrêt).

Jurisprudence. Le cas clair doit être refusé lorsque le défendeur démontre avoir invoqué la compensation de sa dette de loyer avec une créance rendue crédible. Tel est le cas si le locataire a prétendu (et allégué de manière suffisante en procédure) à une baisse de loyer compte tenu de divers éléments dont le bailleur ne peut démontrer qu'ils sont à l'évidence infondés (TF [03.04.2012] 4A_7/2012 consid. 2.4). Voir aussi en matière de compensation : TF [03.09.2020] 4A_142/2020, SJ 2021 I 90.

Rien ne s'oppose au recours à la procédure sommaire pour une expulsion alors même qu'une requête en annulation du congé est pendante devant l'autorité de conciliation. Dans le cadre de son examen des conditions de l'expulsion, le juge du cas clair examine au préalable si le congé est valable (ATF 141 III 262, RSPC 2015 504).

1560. Dans la mesure où les faits doivent être démontrés immédiatement, la **preuve** est en principe apportée par **titre** (*supra*, p. 374 ss). Cependant, comme d'après l'art. 254 al. 2 let. a CPC, les autres moyens de preuve (que les titres) sont admissibles en procédure sommaire lorsque « leur administration ne retarde pas sensiblement la procédure », l'inspection d'un objet par exemple (*supra*, p. 378) pourrait manifestement intervenir en audience (Message CPC, p. 6959).

Controverse. Savoir si l'audition d'un témoin (*supra*, p. 366 ss), amené à l'audience (art. 170 al. 2 CPC) ou cité à brève échéance, pourrait apporter la preuve requise est discuté en doctrine, et le Tribunal fédéral n'a pas tranché (ATF 138 III 123, RSPC 2012 305 ; le Message CPC, p. 6959, les exclut en principe). Un témoignage pourrait à notre sens être admis lorsqu'il vise à démontrer un fait précis, tant pour rendre la preuve liquide (attestation de la remise d'un pli), que pour la faire vaciller (un témoin atteste d'un accord ultérieur au contrat invoqué). En revanche, si la situation est relativement confuse, les témoignages ne devraient pas être admis, faute de pouvoir apporter une preuve

évidente des faits en cause (TF [09.09.2013] 4A_592/2012 consid. 6, RSPC 2013 502).

1561. Les faits doivent être clairs en **première instance**. Si des faits ou des moyens de preuves nouveaux apparaissent après le prononcé, une nouvelle requête doit être envisagée. Ces éléments ne peuvent pas être invoqués en appel, même s'ils remplissent les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC (TF [07.11.2012] 4A_420/2012, RSPC 2013 141 ; TF [17.10.2013] 4A_312/2013).

2. La situation juridique claire

1562. La situation juridique est claire lorsque la norme s'applique au cas concret et y déploie ses effets de manière évidente, sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées (Message CPC, p. 6959). Ce n'est pas le cas si le juge doit tenir compte des circonstances concrètes du cas ou rendre une décision en équité (ATF 138 III 123 consid. 2.1.2 ; 144 III 462 consid. 3.1).

Jurisprudence. La question de savoir si l'invocation d'un vice de forme (exercice d'un droit d'option) est constitutive d'un **abus de droit** exige une prise en considération de l'ensemble des circonstances et ne peut conduire à un résultat sans ambiguïté (ATF 138 III 123 consid. 2.1.2).

Lorsque le juge doit interpréter des déclarations de volonté selon le **principe de la confiance**, la situation juridique ne peut être qualifiée de claire (HGer ZH [11.05.2012] ZR 2012 185 N 65).

Remplit à l'évidence les conditions du cas clair la demande en **expulsion** ayant été précédée d'une procédure de contestation du congé qui a abouti à un jugement constatant la validité du congé entré en force et exécutoire, du moment qu'il ne reste plus au juge de l'expulsion qu'à donner ordre au locataire de restituer les locaux (TF [23.06.2014] 4A_143/2014 consid. 4.1.2).

Lorsque les conclusions en **restitution de documents** demandées par la voie du cas clair nécessitent que le juge fasse un tri entre ce qui pourrait être admis et ce qui pourrait ne pas l'être, pareille requête est irrecevable (ATF 141 III 23, RSPC 2015 141).

1563. La situation juridique peut être claire alors même que le défendeur fait valoir des **arguments contraires** à ceux du demandeur, si ceux-ci sont manifestement **inconsistants**.

Jurisprudence. Des moyens de défense inconsistants fondés sur le droit canadien peuvent être rejetés en procédure sommaire, sans qu'il soit nécessaire d'étudier

de manière approfondie ce droit étranger (TF [20.01.2014] 4A_415/2013, RSPC 2014 248, avec note DROESE).

C. Les effets

1564. Si ces deux conditions sont remplies, le juge accorde la protection ; sa décision est revêtue de l'**autorité de la chose jugée** (*supra*, p. 296) une fois entrée en force. A défaut, la requête est déclarée **irrecevable** et le demandeur renvoyé à agir selon la procédure en principe applicable (simplifiée ou ordinaire selon la valeur litigieuse et la nature de l'affaire).

1565. Le Tribunal ne peut **pas déclarer** la demande **mal fondée**, alors même que les faits et le droit seraient clairs quant au caractère infondé de la requête. Le Tribunal fédéral (ATF 140 III 315 ; 144 III 462 consid. 3.1) le déduit du texte allemand de l'art. 257 CPC et des travaux préparatoires. Le Message CPC, p. 6960, retient à cet égard que le rejet de la requête avec autorité matérielle de chose jugée aurait constitué une conséquence inéquitable. En effet, le demandeur ne doit pas être contraint d'alléguer des faits qui pourraient fonder de manière subsidiaire sa position et il ne doit pas plus être forcé, au stade de sa requête, de proposer toutes les preuves envisageables en procédure ordinaire ou simplifiée.

Controverses. Les auteurs sont partagés sur la question de savoir si le délai de l'art. 63 CPC (*supra*, p. 259) s'applique lorsque le juge déclare la demande de cas clair irrecevable. A suivre le Message CPC, p. 6960, et une partie de la doctrine (CR CPC-BOHNET, art. 257 N 27 ; DIKE ZPO-MÜLLER CHEN, art. 63 N 21 ; KUKO ZPO-JENT-SOERENSEN, art. 257 N 15 ; GASSER/RICKLI, art. 63 N 3 s.), tel est le cas, puisque la procédure choisie n'était pas la bonne, faute de cas clair. Selon un autre courant (BK ZPO-BERGER-STEINER, art. 63 N 25 ; KommZPO-SUTTER-SOMM/HEDINGER, art. 63 N 8 ; Commentario CPC-TREZZINI, art. 63, N 11), lorsque le demandeur choisit la procédure du cas clair, il le fait volontairement et ne se trompe pas de procédure, si bien qu'il ne peut pas bénéficier du délai de l'art. 63 CPC. Cette conception est trop stricte et peu compatible avec le principe d'économie de procédure qui influence tout le Code et qui plaide pour une interprétation rendant attractive cette voie de droit dans les situations simples (comp. GULDENER, p. 53 ; ATF 138 III 471 consid. 4). Or, si le demandeur risque de perdre son procès et de ne pas sauvegarder son instance, il optera pour une procédure plus lourde qui prendra plus de temps au juge et aux parties.

§ 18 Les voies de recours

I. Généralités

1566. Le tribunal tranche le litige sur la base des règles de droit qu'il considère applicables aux faits qu'il retient. Ce faisant, il consacre ou dénie les droits affirmés par les parties (*supra*, p. 1). D'où l'expression : le juge dit le droit. Mais son prononcé relève bien plus de la dialectique (synthèse des thèses et antithèses, factuelles et juridiques, des parties) que du procédé mécanique. Il suppose la prise en compte de nombreux facteurs tant au moment de la détermination de l'état de fait (crédibilité des témoins ; appréciation de pièces contradictoires, etc.) que du contenu des règles de droit et de leur portée dans le cas d'espèce. Chacune des phases de l'élaboration du jugement ainsi que le processus judiciaire lui-même peut donc faire l'objet de critiques et justifier un réexamen.

1567. Le jugement, comme toute œuvre humaine, est perfectible et peut contenir des inexactitudes et des erreurs de toutes sortes. Les lois de procédure aménagent dès lors des voies de recours qui **parachèvent l'action**. Aux conditions qu'elles posent, le particulier débouté, entièrement ou partiellement, peut contester le prononcé et persister dans l'affirmation de ses droits. Les voies de recours permettent de corriger certaines imperfections du jugement. Un recours ne peut être valablement interjeté que s'il est prévu par la loi.

Références. En France, CORNU et FOYER ont montré que le recours n'est qu'une espèce d'action, à savoir le droit reconnu à une personne de présenter devant un juge une prétention dirigée contre une autre personne et d'être entendue sur l'objet même de cette prétention. Le droit de recourir est ainsi subordonné aux conditions générales de l'action (GERARD CORNU/JEAN FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris 1996, p. 382 N 86). Les voies de recours s'expliquent par un besoin de correction d'une décision autoritaire, qui s'impose à ses destinataires (phénomène d'autocorrection commun à tous les domaines de droit selon HENRI SCHÜPBACH, *Le recours en cassation*, Thèse Neuchâtel 1961, p. 19).

1568. Les **mêmes questions** doivent être examinées qu'il s'agisse d'agir (*supra*, p. 29 ss) ou de recourir. Il convient donc de déterminer où et comment

recourir, qui a qualité pour recourir, quand recourir et s'il vaut la peine de recourir.

1569. Dans certains cas, une décision peut être **nulle** (ATF 129 I 361 consid. 2.1 ; *supra*, p. 399). Nul besoin alors de recourir dans les délais légaux, la nullité devant être constatée d'office et en tout temps (*supra*, p. 400).

II. Les conditions de recevabilité

1570. Pas d'intérêt, pas de recours. L'exigence fondamentale, que l'on retrouve quelle que soit la voie de recours envisagée, est celle de l'**intérêt** (art. 59 al 2 let. a CPC) : il faut être atteint par le dispositif de la décision que l'on entend attaquer. Un recours ne peut pas être dirigé contre les seuls motifs du jugement, puisque seul le dispositif a autorité de chose jugée une fois la décision entrée en force (*supra*, p. 293). Il en résulte également que la possibilité de recourir n'est en principe offerte qu'aux **parties** à l'instance.

1571. Dans la mesure où recourir ne doit pas devenir la règle, au risque sinon de paralyser le système judiciaire, **divers paramètres** sont pris en compte afin de **limiter le contrôle** des décisions judiciaires, tant au niveau cantonal que fédéral. Cela entraîne également l'existence d'une **hiérarchie** des voies de recours (voir p. ex. art. 319 let. a CPC ; 113 LTF).

1572. **L'auteur de la décision** : certains recours ne sont ouverts que contre les décisions d'une autorité déterminée (voir p. ex. art. 75 LTF).

1573. **L'objet de la décision** : le recours peut être limité suivant son objet (voir art. 319 let. b CPC pour les ordonnances de procédure), ou soumis à une valeur litigieuse minimale (voir p. ex. art. 308 al. 2 CPC ; 74 LTF).

1574. **La nature procédurale de la décision** : le recours peut, suivant les cas, n'être ouvert que contre une décision finale, voire susceptible de l'être (p. ex., art. 308 al. 1 let. a CPC), ou également contre les décisions purement incidentes ou certaines d'entre elles (voir art. 319 let. b CPC ; 92-93 LTF).

1575. **Le vice invoqué** : certains recours ne sont ouverts qu'en raison de vices déterminés (voir p. ex. art. 320 let. b, 328 CPC ; art. 98 LTF ; *infra*, p. 447).

1576. Afin d'assurer la sécurité du droit, un recours n'est possible que dans certains **délais**, qui dépendent de la cause et de la voie de recours envisagée.

1577. Il convient de relever que lorsque l'ordre public n'est pas intéressé, une clause de **renonciation** au droit de recours est en principe valable, si la renonciation est donnée de plein gré, n'est pas équivoque et ne se heurte à aucun intérêt public important (TF [04.01.2012] 4A_238/2011 ; voir aussi art. 192 al. 1 LDIP).

III. Le déroulement de l'instance de recours

1578. L'instance de recours débute par le dépôt d'un mémoire de recours mentionnant l'identité des parties, la désignation de la décision attaquée, les motifs et les conclusions. La partie intimée peut, dans un délai donné, déposer des observations, comme souvent l'autorité de jugement (voir p. ex. art. 312, 322 CPC ; 102 LTF). Un deuxième tour de parole n'est pas exclu (voir art. 324 CPC ; 102 al. 3 LTF).

1579. L'instruction dépend du type de recours et du système considéré. L'instruction d'un appel (sur la notion, *infra*, p. 428) peut se calquer sur celle de première instance, alors que l'instruction d'un recours extraordinaire, comme le recours en révision, est limitée à l'examen des griefs invoqués.

1580. La phase des débats existe ou n'existe pas, suivant le système et le type de recours (voir art. 316 et 327 CPC ; 57 LTF).

1581. L'autorité qui se prononce sur un recours ordinaire confirme ou modifie, en tout ou partie, le jugement de première instance, si celui-là est recevable (voir art. 318, 327 CPC ; 107 al. 2 LTF). En cas de recours extraordinaire, l'autorité soit rejette le recours, soit casse (ou annule) le jugement (voir art. 333 al. 1 CPC).

IV. Les voies de recours devant les instances cantonales

A. En général

1582. Le CPC distingue trois voies de recours :

- a) L'**appel** (art. 308 ss CPC), voie ordinaire, prioritaire, suspensive, réformatoire (le tribunal statue en principe au fond), qui réalise le double degré de juridiction ; le litige est jugé une seconde fois en fait et en droit ;
- b) Le **recours** (art. 319 ss CPC), voie ordinaire ou à tout le moins « hybride » (controversé : le Message CPC, p. 6976, et une partie de la doctrine [p. ex. BK ZPO-STERCHI, art. 319 N 1 ; ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDt, art. 319 N 1] le qualifient sans plus de développements de voie extraordinaire) mais parfois subsidiaire, non suspensive, réformatoire (le tribunal peut statuer au fond ; il est cassatoire lorsque le tribunal se limite à annuler la décision et à renvoyer la cause au premier juge), qui réalise dans une certaine mesure un double degré de juridiction ; le litige est jugé une seconde fois en droit ; les faits sont revus sous l'angle de l'arbitraire ;
- c) La **demande en révision** (art. 328 ss CPC), voie extraordinaire, subsidiaire, non suspensive, non dévolutive et qui, d'une manière générale, peut être interjetée lorsque des faits nouveaux ou des preuves nouvelles sont découverts depuis l'entrée en force de la décision attaquée.

1583. La **demande en interprétation ou rectification** (art. 334 CPC) n'est pas une voie de recours, mais bien une survivance de l'action originaire. Elle permet de corriger des obscurités contenues dans le dispositif du jugement (*supra*, p. 400).

B. L'appel

1. Les décisions attaquables

1584. L'appel est ouvert contre les décisions de première instance **finales**, **incidentes** (art. 308 al. 1 CPC ; à savoir les décisions susceptibles d'être finales, voir art. 237 CPC) et **provisionnelles** (art. 308 al. 1 let. b CPC), à condition qu'elles ne soient pas rendues par une instance cantonale unique (art. 5-8 CPC ; *supra*, p. 39).

Jurisprudence. La décision de l'**autorité de conciliation** qui refuse la restitution suite à un défaut du demandeur à l'audience est une décision finale, susceptible d'un appel si la valeur litigieuse utile est atteinte (ATF 139 III 478).

1585. En matière patrimoniale, la valeur litigieuse (art. 91 ss CPC) minimale est de **CHF 10 000.–** au dernier état des conclusions avant le prononcé (art. 308 al. 2 CPC).

Exemples. Une décision finale sur demande en paternité peut faire l'objet d'un appel. Une décision finale portant sur un litige en matière de bail à loyer suppose une valeur litigieuse de CHF 10 000.– au moins.

1586. Un appel n'est pas ouvert contre un prononcé de **mesures superprovisionnelles** (ATF 137 III 417 consid. 1.3), sauf, exceptionnellement, lorsque, à défaut, il n'est plus possible de contrôler le prononcé (p. ex., refus d'inscription provisoire d'une hypothèque légale par exemple, voir ATF 140 III 289 consid. 1.1, JdT 2015 II 151 et les réf.).

1587. L'art. 309 CPC prévoit une liste d'**exceptions**. L'appel n'est pas à disposition contre les décisions du tribunal de l'**exécution** (*infra*, p. 476 ss) et dans différentes affaires relevant de la LP énumérées exhaustivement à cette disposition (p. ex. mainlevée d'opposition, annulation et suspension des poursuites).

2. La qualité et l'intérêt pour recourir

1588. L'appel peut être formé par toute **partie** à la procédure qui est lésée par la décision (intérêt pour recourir ; art. 59 al. 1 let. a CPC).

Exemple. N'a pas intérêt pour recourir la partie qui a obtenu gain de cause mais qui n'est pas satisfaite par les motifs de la décision.

1589. En cas de **consortité** nécessaire, tous les consorts doivent recourir en commun. Si la consortité est simple, certains peuvent décider de recourir seuls.

1590. En cas d'appel, le défendeur peut former un **appel joint** (art. 313 CPC). Celui-ci est lié au sort procédural de l'appel (*infra*, p. 432).

3. Les motifs

1591. L'appel peut être formé pour **violation du droit** (fédéral, cantonal et étranger, privé et public ; Message CPC, p. 6979), y compris l'inopportunité, ou pour **constatation inexacte des faits** (art. 310 CPC). L'appelant n'a pas à démontrer un arbitraire dans la constatation des faits, ce qui distingue l'appel du recours. Par ailleurs, l'appelant peut développer une **autre argumentation juridique** dans son appel (TF [28.11.2011] 4A_519/2011 consid. 2.1, RSPC 2012 128). Il doit le cas échéant **renouveler** en deuxième instance **des réquisitions de preuves** de première instance qui n'ont pas été admises (ATF 144 III 394 consid. 4.2, JdT 2019 II 147).

Exemple. L'appelant fait valoir que le juge a violé l'art. 337c al. 3 CO en contestant le caractère injustifié de la résiliation du contrat de travail ; il fait également valoir une constatation inexacte des faits quant au décompte des heures supplémentaires.

4. L'acte d'appel

1592. L'appel est une forme de demande adressée au juge et à laquelle il faut appliquer par analogie les art. 221 et 244 CPC. On en déduit que l'acte d'appel doit contenir la désignation des parties (TF 4A_527/2011, RSPC 2012 417). Il est formé par **mémoire motivé** adressé à l'**autorité d'appel**. La décision est annexée à l'appel, le cas échéant en copie (art. 311 al. 2 CPC).

Controverse. Le Tribunal fédéral considère que seul le recours adressé à l'autorité de jugement (*judex a quo*) doit être automatiquement transmis à l'autorité supérieure compétente. Cette solution est trop stricte (comp. art. 21 al. 2 PA ; 48 al. 3 LTF ; 91 al. 4 CPP ; ATF 118 Ia 241) et implique que le recourant ne bénéficiera d'aucune protection (sous réserve d'une hypothétique restitution du délai de recours) s'il dépose son acte le dernier jour du délai à une autre autorité du canton (que celle de jugement), à une autorité d'un autre canton (suite à une confusion d'adresse par exemple), et même au Tribunal fédéral (en méconnaissant la voie cantonale de recours) (ATF 140 III 636 et note BOHNET *in* Newsletter droit du travail janvier 2015).

Le projet de révision du CPC prévoit que « 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 » (art. 143 al. 1^{bis} du projet) (comp. pour une critique BOHNET, Plaidoyer, p. 32-36). Une obligation de transmission doit à notre avis être admise plus largement, par une interprétation conforme à la Constitution et donc à l'interdiction du formalisme excessif, dans la ligne de l'ATF 118 Ia 241.

1593. La motivation consiste à **démontrer le caractère erroné** de la décision attaquée. Un renvoi aux moyens soulevés en première instance est insuffisant, de même que des critiques d'ordre général. L'appelant doit indiquer en quoi pèche le raisonnement du premier juge en désignant de manière explicite les passages problématiques de la décision et les pièces justifiant cette critique en matière d'appréciation des preuves (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). Cela vaut que la cause soit soumise à la maxime des débats (*supra*, p. 235) ou à la maxime inquisitoire (*supra*, p. 238) (ATF 141 III 569 consid. 2.3.3 ; 138 III 374 consid. 4.3.1).

Exemple. N'est pas correctement motivé un mémoire d'appel qui ne contient qu'une seule phrase au sujet des heures supplémentaires et des vacances non prises et renvoyant les juges d'appel à l'argumentation du mémoire de demande (TF [07.12.2011] 4A_659/2011, point C).

1594. L'acte doit comprendre des **conclusions**, même si l'art. 311 al. 2 CPC ne l'indique pas expressément. La motivation a en effet pour but d'expliquer ce qui est demandé, ce que l'appelant exprime par ses conclusions. Il doit ressortir de l'appel ce dont le recourant demande la modification ou l'annulation (ATF 137 III 617 consid. 4.2.2, JdT 2014 II 187 ; TF [07.12.2011] 4A_659/2011 consid. 3 et 4, RSPC 2012 128). Compte tenu de la nature réformatoire de l'appel (*infra*, p. 440), les conclusions doivent en principe porter sur le fond et non pas seulement tendre à l'annulation du prononcé (TF [08.04.2013] 4D_8/2013 consid. 2.4).

1595. Lorsque l'appelant demande une somme d'argent, ses conclusions doivent être **chiffrées**, ou à tout le moins, le montant demandé doit ressortir de la motivation (ATF 137 III 617 consid. 4.2.3, 6.2, JdT 2014 II 187 ; interdiction du formalisme excessif ; *supra*, p. 167).

Controverse. L'art. 132 al. 1 CPC ne s'applique qu'en cas de vice de forme, et non lorsqu'un appel ou une réponse à appel présente des lacunes (ATF 137 III 617 consid. 6.4, JdT 2014 II 187 ; TF [07.12.2011] 4A_659/2011 consid. 5, RSPC 2012 128 ; TF [27.08.2012] 5A_438/2012, RSPC 2013 29 ; *supra*, p. 166).

5. La réponse

1596. L'appel est notifié (sauf s'il est manifestement irrecevable ou mal fondé) à l'intimé pour qu'il y **réponde** (art. 312 al. 1 CPC), en garantie de son droit d'être entendu (ATF 144 III 394 consid. 4.1.1, JdT 2019 II 147).

1597. Les exigences de **motivation** de l'appel valent pour la réponse à l'appel (TF [10.01.2014] 5D_148/2013, RSPC 2014 345). L'intimé a tout intérêt de développer d'éventuelles **motivations alternatives** s'il craint une admission de l'appel sur la base du raisonnement du premier juge. Il peut aussi avoir intérêt à **renouveler une offre de preuve** écartée en première instance (ATF 144 III 394 consid. 4.2, JdT 2019 II 147).

1598. En l'**absence de réponse**, la procédure suit son cours sans qu'il soit tenu compte du défaut, à condition toutefois que cette conséquence ait été indiquée à l'intimé, conformément à l'art. 147 al. 3 CPC. Il n'y a pas à impartir un délai supplémentaire (ATF 144 III 394 consid. 4.1.1, JdT 2019 II 147). Le fait de ne pas répondre ne vaut pas admission des arguments de l'adversaire, sous réserve des **faits nouveaux** invoqués conformément aux règles procédurales (art. 317 CPC ; *infra*, p. 437), lorsque la maxime des débats s'applique (ATF 144 III 394 consid. 4.1.2, JdT 2019 II 147).

6. L'appel joint

1599. L'intimé peut également déposer un **appel joint** (art. 313 al. 1 CPC), à moins que la décision n'ait été rendue en procédure sommaire (art. 314 al. 2 CPC).

Projet de révision du CPC. Le projet d'amélioration du CPC prévoit de permettre l'appel joint en procédure sommaire pour les décisions concernant les mesures de protection de l'union conjugale (art. 271 CPC), les mesures provisionnelles dans le divorce (art. 276 CPC), certaines décisions concernant les enfants (art. 302 CPC) et certaines décisions rendues dans le cadre d'un litige au sein d'un partenariat enregistré (art. 305 CPC) (art. 314 al. 2 du projet).

1600. L'appel joint, comme son nom l'indique, dépend de l'appel. Le but de l'institution est de permettre à une partie qui aurait renoncé à appeler, par gain de paix, pour éviter des frais, les longueurs de la procédure ou par tactique, de se plaindre elle aussi du jugement si la partie adverse le remet en cause, et ce sur un point visé ou non par l'appel (ATF 138 III 788 consid. 4.4 ; Message CPC, 6981). Il vise aussi à rendre attentif l'appelant principal au risque d'une

modification de la décision de première instance en sa défaveur et à l'inciter ainsi à retirer son appel (ATF 143 III 153 consid. 4.2-4.3, SJ 2018 I 68). La partie qui a partiellement appelé d'un jugement de première instance peut en outre déposer un appel joint lorsque la partie adverse fait appel (ATF 141 III 302 consid. 2).

1601. Dès lors, l'appel joint devient **caduc** lorsque l'appel est déclaré irrecevable, rejeté comme manifestement infondé ou retiré avant le début des délibérations (art. 313 al. 2 CPC ; ATF 138 III 788 consid. 4.3).

Jurisprudence. L'appel joint doit être déposé dans le délai pour répondre à l'appel. Il présuppose que l'appel ait été notifié à l'intimé. L'autorité d'appel ne saurait donc se prononcer sur l'appel, même en faveur de l'intimé, sans lui avoir notifié l'appel et ainsi donné l'occasion de former un appel joint – sous réserve d'actes manifestement irrecevables ou mal fondés (ATF 143 III 153 consid. 4).

Le juge d'appel qui envisage d'admettre des conclusions modifiées (art. 317 al. 2 et 227 al. 1 CPC) ne peut se limiter à transmettre l'acte pour information à la partie adverse. Il doit le faire en fixant à cette partie un délai pour se déterminer par écrit sauf à violer son droit d'être entendue (ATF 142 III 48 consid. 4).

En cas de retrait de l'appel, les frais relatifs à l'appel joint devenu sans objet sont en principe à charge de l'appelant. Une exception peut se justifier selon les circonstances, principalement en cas de conclusions indépendantes de l'appel joint. Il s'agit d'une décision qui relève de l'appréciation du juge, à prendre conformément à la loi et à l'équité au sens de l'article 4 CC (ATF 144 III 153).

Projet de révision du CPC. Le projet d'amélioration du CPC prévoit de supprimer la cause de caducité de l'appel ancrée à l'al. 2 let. b de l'art. 313 CPC, au motif que lorsqu'un appel est manifestement infondé, il ne sera pas notifié à la partie adverse, ce qui exclut de fait la possibilité d'interjeter un appel joint (Message CPC 2020, p. 2678).

7. Les actes ultérieurs

1602. Le Tribunal doit offrir au demandeur la possibilité de **répondre à l'appel joint** (ATF 138 III 568 consid. 3.1 : art. 312 appliqué par analogie).

1603. L'**instance précédente** n'est pas invitée à se prononcer sur l'appel (comp. art. 324 CPC pour le recours).

1604. L'instance d'appel peut ordonner un **second échange** d'écritures (art. 316 al. 2 CPC), sur requête d'une ou des deux parties, ou d'office

(ATF 138 III 252 consid. 2.1). Elle dispose d'une grande marge de manœuvre à cet égard, étant précisé qu'il convient de se montrer plutôt restrictif sur ce point, en particulier lorsque la procédure de première instance ne prévoit pas de double échange, cas dans lequel le double échange doit demeurer exceptionnel (même arrêt).

1605. Une partie est par ailleurs toujours en droit de répliquer à toute prise de position dans le dossier, sans même y être invitée, même au-delà du second échange (ATF 138 III 252 consid. 2.2), en vertu des art. 6 § 1 CEDH et 29 al. 2 Cst. (ATF 132 I 42 ; 133 I 98 consid. 2.2 ; RSPC 2011 145 ; *supra*, p. 220).

Jurisprudence. Lorsque la première instance était régie par la procédure sommaire, pour laquelle un second échange d'écritures n'est pas prévu, l'autorité d'appel ne doit ordonner un tel échange supplémentaire que de manière restrictive. Demeure cependant la possibilité pour l'appelant de faire usage de son droit de réplique inconditionnel (ATF 138 III 252, RSPC 2012 322 avec note BOHNET).

Les parties doivent formuler leurs critiques à l'encontre de la décision attaquée avant l'écoulement du délai d'appel respectivement du délai de réponse ; l'éventuel deuxième échange d'écritures ou l'exercice du droit de réplique n'a pas pour vocation de compléter les critiques déjà émises ou même d'en formuler de nouvelles (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4, SJ 2017 I 16).

8. Les délais

1606. Le **délai** d'appel est en principe de **trente jours** dès la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC). Le délai est de **dix jours** lorsque l'appel porte sur une décision prise en procédure sommaire (mesures provisionnelles, cas clair, mainlevée d'opposition ; art. 314 CPC).

1607. La **réponse** (à l'appel ou à l'appel joint, ATF 138 III 568 consid. 3.1) doit intervenir dans les **trente jours**, respectivement **dix jours** en procédure sommaire dès la notification de l'appel (art. 312, 314 CPC).

1608. Les délais d'appel et de réponse sont des **délais légaux**. Ils ne peuvent pas être prolongés (art. 144 al. 1 CPC ; *supra*, p. 351), ce que la décision susceptible d'appel et l'ordonnance de transmission de l'appel devraient apparemment rappeler (ATF 138 III 568, qui mentionne l'art. 147 al. 3 CPC). A défaut, une partie de bonne foi pourrait peut-être exiger une prolongation du délai.

9. Les effets de l'appel

1609. L'appel **suspend l'entrée en force** et le caractère exécutoire de la décision dans la mesure des conclusions prises en appel (art. 315 al. 1 CPC). Cela signifie que la décision n'entre en force qu'à l'échéance du délai d'appel faute d'un tel acte. L'instance d'appel peut cependant autoriser l'**exécution anticipée** et, compte tenu de cette mesure, ordonner au besoin des mesures conservatoires ou la fourniture de sûretés (art. 315 al. 2 CPC). Cela est cependant exclu (art. 315 al. 3 CPC) en cas de jugement formateur (art. 87 CPC). A noter qu'un jugement rejetant le prononcé formateur requis n'est pas formateur.

Exemples. L'appel contre la décision qui prononce un divorce, un désaveu de paternité ou l'annulation d'un congé ou la prolongation du bail a un effet suspensif, qui ne peut lui être retiré au vu du caractère formateur de ces décisions. N'est pas formatrice en revanche une décision constatant la nullité ou la validité d'un congé.

1610. Le **caractère exécutoire** de la décision qui porte sur des **mesures provisionnelles** n'est **pas suspendu** en cas d'appel (art. 315 al. 4 CPC ; mais bien l'entrée en force : ATF 139 III 486 consid. 3, RSPC 2014 159, avec note TREZZINI ; TF [01.05.2019] 5A_874/2018), sauf décision contraire dans des cas exceptionnels, si la partie concernée risque de subir un préjudice (patrimonial ou immatériel) difficilement réparable (art. 315 al. 5 CPC). Il est de nature factuelle et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès (ATF 138 III 378).

Jurisprudence. Les mesures protectrices sont des mesures provisionnelles, si bien qu'un appel dans ce domaine est en principe dépourvu d'effet suspensif (ATF 137 III 475).

Projet de révision du CPC. Le projet d'amélioration du CPC prévoit d'ajouter expressément aux cas d'exclusion de l'effet suspensif, les décisions concernant l'avis aux débiteurs et la fourniture de sûretés en garantie de la contribution d'entretien (art. 315 al. 4 let. c et d du projet).

1611. Le juge doit procéder à une **pesée des intérêts** entre les deux préjudices difficilement réparables, celui du demandeur à l'action si la mesure n'était pas exécutée immédiatement et celui qu'entraînerait pour le défendeur l'exécution de cette mesure (ATF 138 III 378) ; les chances de succès du recours doivent être prises en compte, l'**effet suspensif** devant être refusé à l'appel fait à titre dilatoire (TF [25.03.2010] 4D_30/2010 consid. 2.3).

1612. Le tribunal, au bénéfice d'un **large pouvoir d'appréciation** permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce, doit faire preuve de retenue et ne modifier la décision de première instance que dans des cas exceptionnels (ATF 137 III 475 consid. 4.1).

Jurisprudence. L'effet suspensif peut être accordé, au terme d'une pesée des intérêts en présence, à l'appel sur l'attribution du logement et de laisser le domicile conjugal à l'époux qui s'y trouve de façon à éviter que celui-ci ne doive le quitter pour ensuite à nouveau y emménager en cas d'admission de l'appel. En revanche, concernant la contribution d'entretien, le refus de l'effet suspensif ne cause en principe pas de préjudice difficilement réparable à celui qui est condamné à la payer (TF [14.08.2012] 5A_468/2012, RSPC 2012 476).

En matière d'**attribution des enfants** à l'occasion d'une procédure de mesure protectrice ou de divorce, les principes sont les suivants. Si, au terme du prononcé contesté, l'enfant demeure chez le parent qui prenait principalement soin de lui avant l'introduction de la procédure (**parent de référence/Bezugsperson**), l'instance d'appel doit rejeter la requête d'effet suspensif du parent sollicitant un changement de garde, sauf motifs sérieux, notamment lorsque la décision attaquée menace le bien de l'enfant et apparaît manifestement infondée. En revanche, quand le prononcé aboutit à séparer l'enfant du parent qui prend actuellement soin de lui, le bien de l'enfant commande dans la règle d'accorder l'effet suspensif et de maintenir ainsi les choses en l'état, sauf si l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé. Le refus d'attribuer l'effet suspensif ne peut se fonder sur des faits survenus postérieurement à la décision entreprise : l'instance de recours statuant sur l'effet suspensif à bref délai, l'enfant ne devrait pas être déplacé tant que celle-ci n'a pas statué, des changements successifs n'étant manifestement pas dans son intérêt (ATF 138 III 565 consid. 4.3.2, JdT 2015 II 408 ; TF [11.09.2013] 5A_475/2013 consid. 3.2.2, RSPC 2014 41). En revanche, en cas de **garde alternée**, l'effet suspensif ne doit être refusé ou supprimé qu'avec beaucoup de retenue et seulement en cas d'urgence car, dans une telle situation, c'est le principe de la continuité qui est au premier plan. Ce principe implique que, sous réserve de circonstances particulières, le changement de lieu de situation n'intervienne pas pendant la procédure de recours, mais que les enfants restent dans le même environnement jusqu'à la décision sur recours (ATF 144 III 469 consid. 4.2.1, JdT 2019 II 155 ; 142 III 498 consid. 4.5, JdT 2019 II 141).

10. Le déroulement de la procédure

1613. La procédure d'appel peut se limiter à un voire deux échanges d'écritures (*supra*, p. 430 ss), ou comprendre des débats principaux, comme en première instance (art. 316 al. 1 CPC ; ATF 138 III 788 consid. 4.2). La fixation d'une

audience relève en principe de l'appréciation du tribunal d'appel (ATF 142 III 413 consid. 2.2.1, JdT 2017 II 153 ; 144 III 394 consid. 4.1.3, JdT 2019 II 147). Cela peut être le cas parce que le tribunal souhaite entendre plaider les parties (le cas échéant sur tel ou tel point) ou lorsque des preuves méritent d'être administrées à ce stade (art. 316 al. 3 CPC).

1614. L'instance d'appel dispose d'un **large pouvoir d'appréciation** en matière d'administration des preuves, dans les limites du respect du droit d'être entendu des parties. Elle peut répéter des mesures probatoires déjà ordonnées par le premier juge, admettre des offres de preuve que ce tribunal a rejetées ou encore décider l'administration de toutes autres preuves (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; 142 III 413 consid. 2.2.1, JdT 2017 II 153 ; 144 III 394 consid. 4.1.3, JdT 2019 II 147).

Exemples. L'instance d'appel pourrait décider d'entendre des témoins refusés par le tribunal de première instance, procéder à une vision locale pour comprendre la situation à laquelle elle fait face ou ordonner un complément d'expertise.

1615. Les principes généraux s'appliquent en instance d'appel : les preuves ne seront admises que sur des faits pertinents et lorsque le moyen invoqué est apte à apporter la preuve. L'instance d'appel peut procéder à une **appréciation anticipée** des preuves. Elle peut refuser une preuve déjà proposée en première instance lorsque l'appelant ne s'est pas opposé à la clôture des débats sans renouveler son offre de preuve (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 : principe de la bonne foi, art. 52 CPC). De plus, les parties sont en principe tenues de **renouveler** en deuxième instance **leurs réquisitions de preuves** de première instance qui n'ont pas été admises – ce même pour la partie qui a gagné en première instance si elle craint une admission de l'appel (*supra*, p. 432 ; ATF 144 III 394 consid. 4.2, JdT 2019 II 147).

1616. Les **faits** et moyens de **preuve nouveaux** ne sont pris en compte, comme au cours des débats en première instance, que s'ils sont invoqués ou produits **sans retard** alors qu'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la **diligence requise** (art. 317 al. 1 CPC ; *supra*, p. 319).

Jurisprudence. La preuve de la diligence suppose que le recourant expose précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance. Tel n'est pas le cas lorsque le recourant se contente de faire valoir qu'il estimait pouvoir prouver son dommage devant le premier juge par l'audition de témoins et qu'il lui semblait dès lors inutile de rechercher des documents « datant de plus de huit ans » (TF [16.10.2012] 4A_334/2012 consid. 3.1).

Si l'exigibilité d'une créance invoquée en **compensation** dépendait de la seule volonté du défendeur, il ne peut pas retarder sans raison l'invocation du moyen tiré de la compensation sans violer son obligation de diligence (TF [14.01.2014] 4A_432/2013, RSPC 2014 258, avec note BOHNET).

Les faits et moyens de preuve nouveaux découverts jusqu'au début de la phase des délibérations peuvent être invoqués aux conditions de l'art. 317 al. 1 CPC. Passé ce moment, de tels nova ne peuvent être invoqués que dans le cadre de la révision de l'art. 328 al. 1 let. a CPC (ATF 142 III 413 consid. 2.2.6, SJ 2017 I 16).

La possibilité d'apporter des faits et moyens de preuve nouveaux en appel signifie concrètement qu'une autorité supérieure peut décider d'admettre un appel contre une décision de première instance ne prêtant en soi pas le flanc à la critique, en raison de faits nouveaux modifiant la situation juridique (TF [14.07.2017] 5D_69/2017 consid. 3.4.2).

1617. Le régime de l'art. 317 al. 1 CPC s'applique également lorsque la **maxime inquisitoire sociale** (*supra*, p. 238) s'applique. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 229 al. 3 CPC qui permet la libre allégation des faits et des moyens de preuve jusqu'au stade des délibérations lorsque la maxime inquisitoire est de rigueur ne vaut qu'en première instance (ATF 138 III 625 ; 144 III 349 consid. 4.2.1). En d'autres termes, le fait que le juge doive établir les faits d'office signifie qu'il peut de lui-même compléter l'état de fait et ordonner des preuves, mais ne change rien au régime d'allégation par les parties, qui est exclusivement régi par l'art. 317 CPC en appel. En revanche, lorsque la **maxime inquisitoire illimitée** s'applique, notamment lorsqu'est en jeu une question relative à un enfant mineur, l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée. Ainsi, lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des novas en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1).

Projet de révision du CPC. Le projet propose de codifier cette jurisprudence, en maintenant le privilège aux procédures où s'applique la maxime inquisitoire illimitée uniquement (art. 317 al. 1^{bis} du projet ; Message CPC 2020 p. 2679 s.).

1618. Les **conclusions** ne peuvent être **modifiées** que si la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux et que la prétention nouvelle ou modifiée relève de la même procédure et qu'elle présente un lien de connexité avec la dernière prétention ou, à défaut, en cas de consentement de la partie adverse (art. 317 al. 2 CPC ; *supra*, p. 329).

11. Le pouvoir d'examen de l'instance d'appel

1619. L'instance d'appel dispose d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). Elle contrôle librement l'appréciation des preuves effectuée par le premier juge et vérifie si celui-ci pouvait admettre les faits qu'il a retenus (même arrêt ; TF [03.06.2013] 4A_748/2012, RSPC 2013 504).

Controverse. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de l'admissibilité de la *Ohne-Not-Praxis*, connue par exemple à Berne sous l'ancien droit, et qui veut que l'autorité d'appel, bien que la loi lui confère un libre examen, ne remette pas en cause sans nécessité l'appréciation du premier juge lorsque celle-ci porte sur des questions locales, personnelles ou techniques (TF [15.07.2019] 4A_215/2017 consid. 3.4 ; TF [22.09.2015] 4A_238/2015 consid. 2.3 ; TF [24.09.2013] 5D_158/2013 consid. 4.2 ; TF [24.08.2012] 5A_198/2012 consid. 4.3, RSPC 2013 31 ; voir aussi TF [20.03.2006] 5P.463/2005 consid. 2.2). A notre avis, cette jurisprudence a tout son sens. La perception du premier juge sur ce type de questions, souvent au moyen de l'audition des parties et des témoins, ne peut être entièrement remplacée par l'examen du seul dossier, auquel se limite souvent l'instance d'appel.

1620. Selon la jurisprudence, l'**application du droit d'office** par la Cour d'appel porte sur les points contestés du jugement dans l'appel et la réponse, qui représente son champ d'examen. Elle est libre sur ces griefs (Message CPC, p. 6979), et ne peut pas se contenter d'examiner les arguments en faveur de l'une des parties (ATF 144 III 394 consid. 4.3.2.1, JdT 2019 II 147 ; 142 III 413 consid. 2.2.4, JdT 2017 II 153 ; 138 III 374 consid. 4.3.1). La Cour d'appel peut substituer son appréciation à celle du premier juge. Sous réserve d'inexactitudes manifestes, la décision attaquée ne doit en revanche être examinée que sur les points contestés (ATF 144 III 394 consid. 4.1.4, JdT 2019 II 147).

Exemples. L'autorité de recours pourrait accorder une indemnité pour congé abusif plus élevée ou plus basse, accorder une plus longue ou une plus brève prolongation du bail, revoir la fixation du loyer initial, dans les limites des conclusions des parties.

1621. Lorsque s'applique le principe de disposition (art. 58 al. 1 CPC ; *supra*, p. 233), l'instance d'appel ne peut pas accorder moins que le premier juge (**reformatio in peius**), à moins d'appel ou d'appel joint de la partie adverse (ATF 110 II 113 consid. 3c-4 ; TF [11.12.2000] 5P.391/2000 consid. 3a).

1622. En cas de maxime d'office (art. 58 al. 2 CPC ; *supra*, p. 234), la Cour d'appel n'est en revanche pas liée par les conclusions des parties (ATF 122 III 404 consid. 3d ; 119 II 201 consid. 1 ; art. 282 al. 2 CPC pour les contributions d'entretiens allouées aux enfants en procédure de divorce, TF [18.7.2012] 5A_169/2012 consid. 3.3).

12. La décision sur appel

1623. L'instance d'appel peut soit **confirmer** la décision attaquée (c'est le cas lorsqu'elle rejette le recours) ou **statuer à nouveau** (arrêt de *réforme* ; elle se prononce alors aussi sur les frais de première instance, art. 318 al. 3 CPC). C'est logique pour une voie de recours ordinaire, réformatoire (art. 318 al. 1 let. b CPC) et suspensive (art. 315 CPC).

Jurisprudence. Si la Cour d'appel ne peut pas approuver le raisonnement du tribunal de première instance sur le point litigieux, elle doit procéder à une substitution de motifs, qu'il lui incombe de motiver (TF [14.07.2017] 4A_218/2017 consid. 3.1.2).

Le Tribunal fédéral a précisé que la Cour d'appel ne peut statuer à nouveau par un arrêt de réforme que si la cause est en état d'être jugée (ce qui suppose que toutes les bases nécessaires pour un prononcé d'irrecevabilité ou au fond soient réunies), conformément aux principes généraux applicables à toutes les décisions finales (cf. art. 223 al. 2 et 236 al. 1^{er} CPC pour la procédure ordinaire et art. 327 al. 3 let. b CPC pour la procédure de recours) (ATF 144 III 394 consid. 4.3.2.2, JdT 2019 II 147).

1624. Elle **renvoie la cause** à la première instance lorsqu'un élément essentiel de la demande n'a pas été jugé ou lorsque l'état de fait doit être complété sur des points essentiels (art. 318 al. 1 let. c CPC, cela afin de garantir le double degré de juridiction).

Jurisprudence. Si l'instance d'appel retient que le juge n'a pas instruit la cause conformément à la maxime inquisitoire sur des points essentiels, elle renoncera à procéder elle-même à des vérifications et renverra la cause au tribunal de première instance (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2).

1625. La décision est **motivée** par écrit (art. 318 al. 2 CPC ; *supra*, p. 399).

Jurisprudence. Aucune méthode d'interprétation de l'art. 318 al. 2 CPC ne permet d'interdire à l'autorité cantonale de communiquer aux parties, dans un premier temps, le seul dispositif de sa décision, puis, dans un second temps, son arrêt motivé. Cette pratique, connue par certains cantons avant l'entrée en vigueur du CPC, peut donc être maintenue (ATF 142 III 695 consid. 4.1.6).

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit de supprimer l'obligation pour l'instance d'appel de motiver sa décision, d'office (suppression de l'art. 318 al. 2 CPC) ; la motivation interviendrait alors sur requête. A notre avis, le **délai pour demander la motivation** sera celui de l'art. 112 al. 2 LTF (trente jours), au vu de la réserve ancrée à l'art. 239 al. 3 CPC. Le Message (p. 2681) ne le précise pas.

C. Le recours

1. Les décisions attaquables

1626. Le recours est ouvert contre les décisions de première instance **finales et incidentes et provisionnelles** non susceptibles d'appel, en particulier parce que la valeur litigieuse de CHF 10 000.– au dernier état des conclusions avant le prononcé (art. 308 al. 2 CPC) ne serait pas atteinte (art. 319 let. a CPC), ou parce que celui-ci est exclu par l'art. 309 CPC (décisions du juge de l'exécution ou certaines décisions en matière de LP, p. ex. la mainlevée, l'annulation et la suspension des poursuites ; *supra*, p. 429).

1627. Comme l'appel, le recours n'est pas ouvert contre les décisions rendues par une instance cantonale unique (art. 5-8 CPC ; *supra*, p. 39).

1628. Il est également ouvert contre les **autres décisions et ordonnances d'instruction** de première instance lorsque la loi le prévoit (art. 319 let. b ch. 1 CPC) ou, à défaut, lorsque celles-ci sont susceptibles de causer un **dommage difficilement réparable** (art. 319 let. b ch. 2 CPC). Cette condition est en tout cas remplie si la condition du risque de préjudice irréparable de l'art. 93 al. 1 let. a LTF est remplie (ATF 137 III 380 consid. 2). Tel est le cas si l'inconvénient est de nature juridique et non de pur fait, comme il en va en matière de durée du procès et de frais (*infra*, p. 455). Le Tribunal fédéral a cependant précisé que la notion de « préjudice difficilement réparable » au sens de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC est plus large que celle de « préjudice irréparable » au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (TF [06.05.2014] 5A_150/2014, RSPC 2014 348).

Exemples. Le CPC prévoit la possibilité de recourir aux art. 50 al. 2 CPC (récusation), 75 al. 2 CPC (intervention accessoire), 82 al. 4 CPC (appel en cause), 103 CPC (avance de frais et sûretés), 110 CPC (décisions sur frais).

Jurisprudence. Les décisions sur l'administration des preuves dans le procès principal ne causent en principe pas de dommage irréparable (et donc pas plus de dommage difficilement réparable à notre sens), puisqu'il est normalement

possible en recourant contre la décision finale d'obtenir l'administration de la preuve refusée à tort ou d'obtenir que la preuve administrée à tort soit écartée du dossier (TF [27.06.2014] 4A_248/2014 consid. 1.2.3 et les nombreuses réf). Selon la jurisprudence vaudoise, le prononcé par lequel le juge délégué déclare en procédure ordinaire la réponse d'une partie irrecevable, après fixation d'un délai de l'art. 132 CPC, est susceptible de causer un préjudice difficilement réparable, notamment lorsque l'action au fond est susceptible d'être prescrite ou périmée ou du fait qu'en l'absence de réponse, le tribunal peut rendre la décision finale si la cause est en état d'être jugée (TC VD [23.01.2020], JdT 2020 III 200).

1629. Un recours n'est pas ouvert contre un prononcé de **mesures superprovisionnelles** (ATF 137 III 417 consid. 1.3), sauf, exceptionnellement, lorsque, à défaut, il n'est plus possible de contrôler le prononcé (p. ex., refus de suspension, de la poursuite par voie de faillite après la notification de la commination de faillite (art. 85a al. 2 ch. 2 LP) ou refus d'inscription provisoire d'une hypothèque légale : ATF 140 III 289 consid. 1.1, JdT 2015 II 151 consid. 1.1 et les réf.).

1630. Enfin, le **retard à statuer** peut donner lieu à un recours (art. 319 let. c CPC).

2. La qualité et l'intérêt pour recourir

1631. Le recours peut être formé par toute **partie** à la procédure qui est lésée par la décision (intérêt pour recourir ; art. 59 al. 1 let. a CPC).

1632. En cas de recours, le défendeur ne peut **pas former de recours joint** (art. 313 CPC).

3. Les motifs

1633. Le recours peut être formé pour violation du droit ou constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

1634. La constatation manifestement inexacte des faits correspond à l'**arbitraire** (Message CPC, p. 6984). Conformément à la jurisprudence tirée de l'art. 9 Cst., il y a arbitraire lorsque la constatation faite par le juge est manifestement insoutenable et qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation (p. ex. : ATF 129 I 8 consid. 2.1).

1635. En matière de **preuve**, il n'y a arbitraire que si l'autorité de jugement a omis, sans aucune raison sérieuse, de prendre en compte un élément de preuve propre à modifier la décision attaquée, si elle s'est manifestement trompée sur son sens et sa portée ou encore si, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en a tiré des constatations insoutenables (p. ex. ATF 129 I 8 consid. 2.1).

4. Les actes

1636. Le recours est formé par **mémoire motivé** adressé à l'**autorité de recours** (art. 321 al. 1 CPC). La décision attaquée est jointe au recours, lorsqu'elle est en mains du recourant (art. 321 al. 3 CPC). Comme pour l'appel (comp. TF [15.10.2013] 5A_247/2013, RSPC 2014 170, qui réserve la question de savoir si les exigences vont même plus loin), le recourant doit indiquer en quoi pèche le raisonnement du premier juge. L'absence complète de motivation, tout comme une simple protestation, entraînent l'irrecevabilité du recours. En revanche, si le recours est suffisamment motivé, l'autorité de recours peut annuler la décision attaquée, également au terme d'une autre analyse juridique (*infra*, p. 445).

Controverses. Sur la transmission d'office d'un acte mal adressé, *supra*, p. 430.

1637. Le recours est notifié (sauf s'il est manifestement irrecevable ou mal fondé) à l'intimé pour qu'il y **réponde** (art. 322 al. 1 CPC). Il ne peut en revanche pas déposer un recours joint (art. 323 CPC).

1638. L'**instance précédente** est invitée à se prononcer sur le recours (art. 324 CPC ; comp. art. 312 CPC concernant l'appel). Cela s'explique par le fait que c'est la décision de première instance qui est examinée dans la procédure de recours et non la cause elle-même (absence d'effet dévolutif).

1639. Le recourant et l'intimé doivent pouvoir **répliquer** en vertu du droit déduit de l'art. 6 § 1 CEDH (*supra*, p. 220).

Controverse. L'art. 132 al. 1 CPC ne s'applique qu'en cas de vice de forme, et non lorsqu'un acte présente des lacunes (*supra*, p. 431).

5. Les délais

1640. Le **délai** de recours est en principe de **trente jours** dès la notification de la décision motivée (art. 321 al. 1 CPC). Le délai est de **dix jours** lorsque le

recours porte sur une décision prise en procédure sommaire ou sur une ordonnance de procédure (art. 321 al. 2 CPC). Le recours contre un **retard à statuer** peut être formé **en tout temps** (art. 321 al. 4 CPC).

1641. La **réponse** doit intervenir dans les mêmes délais (sauf pour le retard à statuer : a priori trente jours), dès la notification du recours à l'intimé.

1642. Les délais de recours et de réponse sont des **délais légaux**. Ils ne peuvent pas être prolongés (art. 144 al. 1 CPC ; *supra*, p. 351, 434)

6. Les effets du recours

1643. Le recours est **privé d'effet suspensif** (art. 325 al. 1 CPC). L'instance de recours peut cependant l'accorder et ordonner au besoin des **mesures conservatoires** ou la fourniture de sûretés (art. 325 al. 2 CPC). Selon les principes généraux, le juge doit procéder à une pesée des intérêts en présence et en particulier se demander si sa décision est de nature à provoquer une situation irréversible ; les chances de succès du recours doivent être prises en compte, l'effet suspensif devant être refusé au recours interjeté à titre dilatoire.

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit d'attribuer la compétence au tribunal de première instance de suspendre lui-même, sur requête ou d'office, l'exécution de son propre jugement si une partie risque de subir un préjudice difficilement réparable, le temps que la juridiction de recours se prononce sur l'effet suspensif ou qu'il constate que sa décision n'a fait l'objet d'aucun recours (art. 236 al. 4). L'idée sous-jacente est de garantir la protection de la partie dans l'attente d'un prononcé de l'autorité de recours fondé sur l'art. 325 al. 2 CPC (Message CPC 2020, p. 2668). Le projet prévoit cette même possibilité déjà au stade antérieur de la demande de motivation écrite au sens de l'art. 239 CPC (art. 239 al. 2^{bis} du projet).

7. Le déroulement de la procédure

1644. L'instance de recours **statue** en principe **sur pièces** (art. 327 al. 2 CPC), après avoir demandé le dossier à l'instance précédente (art. 327 al. 1 CPC). Des débats ne sont cependant pas exclus (art. 327 al. 2 CPC *a contrario*) lorsque le tribunal souhaite entendre plaider les parties (le cas échéant sur tel ou tel point) ou lorsque par exemple des preuves méritent d'être administrées à ce stade.

1645. Sauf disposition légale contraire (p. ex. en matière de prononcé de faillite, art. 174 al. 1 LP), les **conclusions**, les **allégations** et les **preuves nouvelles** sont **irrecevables** (art. 326 CPC), y compris lorsque la maxime inquisitoire s'applique. Cependant, des nova doivent au moins pouvoir être présentés dans le recours s'ils résultent de la décision de l'autorité précédente (p. ex. : motif de récusation, ATF 139 III 466 consid. 3.4, JdT 2015 II 439). Il convient en effet que le pouvoir d'examen de l'autorité cantonale ne soit pas plus limité que celui du Tribunal fédéral qui, selon l'art. 99 al. 1 LTF, peut tenir compte d'éléments nouveaux qui rendent sans objet le recours (ATF 137 III 614 consid. 3.2.1 ; 145 III 422 consid. 5).

8. Le pouvoir d'examen de l'instance de recours

1646. L'autorité de recours examine **librement** si l'autorité de jugement a **violé le droit** (fédéral, cantonal et étranger, privé et public), comme en procédure d'appel. L'interprétation du premier juge n'a pas à être favorisée. L'autorité de recours peut substituer son appréciation à celle du premier juge.

Exemples. L'instance de recours peut accorder une plus longue ou une plus brève prolongation du bail, revoir la fixation du loyer initial, etc.

1647. De plus, elle peut retenir une **argumentation juridique différente** de celle invoquée par le recourant. Comme le droit comprend le droit de procédure et les droits constitutionnels (Message CPC, p. 6984 et 6979), l'autorité de recours pourrait en théorie retenir une violation du droit d'être entendu ou du procès équitable qui n'aurait pas été invoquée par le recourant.

1648. Lorsque s'applique le principe de disposition (art. 58 al. 1 CPC ; *supra*, p. 233), l'instance de recours ne peut pas accorder moins que le premier juge (**reformatio in peius**) ; elle le peut en revanche en cas de maxime d'office (*supra*, p. 234).

9. La décision sur recours

1649. L'autorité de recours soit **rejette** le recours, soit **annule** la décision et **renvoie** la cause à l'autorité de jugement (art. 327 al. 3 let. a CPC). Elle est également en droit de **statuer au fond** si la cause est en état d'être jugée, d'où la nature réformatoire du recours dans ce cas (art. 327 al. 3 let. b CPC). Cette possibilité n'existe donc que pour les décisions finales ou susceptibles de l'être. Les ordonnances d'instruction et autres décisions ne peuvent qu'être

annulées en cas d'admission du recours. En cas de retard à statuer, l'autorité de recours peut impartir à l'instance précédente un délai pour traiter la cause (art. 327 al. 4 CPC).

1650. La décision est **motivée** (art. 327 al. 5 CPC ; *supra*, p. 399).

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit de supprimer l'obligation pour l'instance de recours de motiver sa décision, d'office (suppression de l'art. 327 al. 5 CPC) ; la motivation interviendrait alors sur requête. A notre avis, le **délai pour demander la motivation** sera celui de l'art. 112 al. 2 LTF (trente jours), au vu de la réserve ancrée à l'art. 239 al. 3 CPC. Le Message (p. 2681) ne le précise pas.

D. La demande en révision

1651. La révision permet de corriger, pour des motifs précis, une décision entrée en force mais erronée. Elle sert l'établissement de la **vérité matérielle** (Message CPC, p. 6986).

1. Les décisions attaquables

1652. La révision n'est ouverte aux parties que contre une **décision entrée en force** (art. 328 CPC). Si la décision peut encore faire l'objet d'un appel, c'est de cette voie dont il faut faire usage. En revanche, dans la mesure où le recours n'est ouvert que pour appréciation manifestement inexacte des faits (art. 320 let. b CPC), il est probable que la révision doive être demandée contre la décision de première instance et non contre la décision sur recours.

1653. L'art. 328 al. 1 *in limine* CPC précise que la décision doit être rendue en dernière instance ; par là, il vise le tribunal qui s'est **prononcé en dernier lieu** sur le point remis en cause.

1654. La décision doit être **finale ou incidente** au sens du CPC. A priori, la voie de la révision n'est pas ouverte contre les décisions sur mesures provisionnelles (qui peuvent être modifiées au gré des circonstances) ou contre les ordonnances de procédure. La voie de la **révision** est seule ouverte en matière de désistement d'action, d'acquiescement et de transaction (art. 328 al. 1 let. c CPC ; ATF 139 III 133, JdT 2014 II 269).

Projet de révision du CPC. Le Conseil fédéral souhaite que la décision de radiation puisse faire l'objet d'un recours, au motif que la voie de la révision

ouverte contre une transaction, un acquiescement ou un désistement d'action viciés (art. 328 al. 1 let. c CPC) ne serait pas satisfaisante (art. 241 al. 3 2^e phr. du projet ; Message CPC 2020, p. 2670 s.).

2. La qualité et l'intérêt pour agir en révision

1655. La demande en révision peut être formée par toute **partie** à la procédure qui est lésée par la décision (intérêt pour recourir ; art. 59 al. 1 let. a CPC).

3. Les motifs

1656. La demande en révision peut être formée pour les motifs suivants (art. 328 CPC) :

- a) lorsque l'une des parties **découvre après coup** des **faits** pertinents ou des moyens de **preuve** concluants qu'elle n'avait pu invoquer dans la procédure précédente, à l'exclusion des faits et moyens de preuves postérieurs à la décision (al. 1 let. a) ;

Jurisprudence. Le moment décisif est celui du début des délibérations de la Cour d'appel, en particulier le moment où elle a communiqué, par ordonnance d'instruction, que la cause est gardée à juger. Seuls les faits intervenus jusqu'à ce moment sont des nova recevables comme motifs de révision (pseudo-nova) (ATF 142 III 413 consid. 2.2.6, JdT 2017 II 153).

- b) lorsqu'une **procédure pénale** établit que la décision a été influencée au préjudice du requérant par un **crime** ou un **délit**, même si aucune condamnation n'est intervenue ; si l'action pénale n'est pas possible, la preuve peut être administrée d'une autre manière (al. 1 let. b) ;
- c) lorsque l'une des parties fait valoir que le **désistement** d'action, l'**acquiescement** ou la **transaction** judiciaire n'est **pas valable** (al. 1 let. c) ;
- d) à certaines conditions, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a constaté, dans un arrêt définitif, une **violation de la CEDH** ou de ses protocoles (al. 2).

4. La forme des actes

1657. La demande en révision doit être formée par **mémoire motivé**. La demande est notifiée (sauf si elle manifestement irrecevable ou mal fondée) à l'intimé pour qu'il y **réponde** (art. 330 CPC).

1658. L'**instance précédente** n'est pas invitée à se prononcer sur la demande, ce qui est logique puisque celle-ci porte sur des éléments dont elle n'avait pas connaissance.

1659. Le recourant et l'intimé doivent pouvoir **répliquer** à notre sens (*supra*, p. 220).

5. Les délais

1660. La demande en révision est soumise à une **double péremption** (Message CPC, p. 6987). Elle doit être formée par **mémoire motivé** dans les **90 jours** à compter de celui où le motif de révision est découvert (art. 329 al. 1 CPC). De plus, le droit de demander la révision se **périme** par **dix ans** à compter de l'entrée en force de la décision, à l'**exception** des cas prévus à l'art. 328 al. 1 let. b CPC (crime ou délit). La **réponse** doit intervenir dans un délai fixé par le juge, qui part dès la notification de la demande.

6. Les effets de la demande en révision

1661. La demande en révision est **privée d'effet suspensif** (art. 331 al. 1 CPC). L'instance de recours peut cependant suspendre le caractère exécutoire et ordonner au besoin des **mesures conservatoires** ou la fourniture de sûretés (art. 331 al. 2 CPC). L'octroi d'un effet suspensif est rare en procédure de révision, puisque la décision est déjà en force. Il convient de prendre en considération les chances de succès de la révision et la gravité du préjudice qu'un refus de suspension pourrait entraîner (Message CPC, p. 6988).

7. Le déroulement de la procédure

1662. La procédure de révision, qui intervient devant le **tribunal qui a prononcé le jugement** attaqué (art. 328 al. 1 *in limine* CPC), se déroule en deux phases :

- a) le **rescindant** (décision sur demande en révision), au terme duquel le jugement est annulé si les motifs de révision invoqués se révèlent recevables et bien fondés (art. 333 al. 1 *in limine* CPC) ;
- b) le **rescisoire** (décision sur le fond), qui se conclut par un nouveau prononcé sur le fond (art. 333 al. 1 *in fine* CPC). Dans cette deuxième phase, le procès est entièrement refait, selon les règles de procédure applicables au litige en cause (procédure ordinaire, simplifiée ou sommaire).

8. Le pouvoir d'examen de l'instance de révision

1663. L'autorité de recours examine si le **motif de révision** invoqué est avéré. Elle ne peut pas retenir un motif non invoqué.

1664. Au stade du **rescisoire**, les règles de procédure applicables au litige en cause (procédure ordinaire, simplifiée ou sommaire) déterminent le pouvoir d'examen du juge.

9. La décision sur rescindant et sur rescisoire

1665. Au stade du **rescindant** (décision sur demande en révision), le tribunal soit déclare irrecevable la demande pour cause de tardiveté par exemple, soit la rejette (motif non avéré), soit l'accueille et annule la décision attaquée (art. 333 al. 1 *in limine* CPC). La décision est susceptible de recours (art. 332 CPC).

1666. Au stade du **rescisoire** (décision sur le fond), le juge se prononce à nouveau sur le fond (art. 333 al. 1 *in fine* CPC), y compris sur les frais de la décision annulée (art. 333 al. 2 CPC). Son prononcé est motivé par écrit (art. 333 al. 3 CPC ; *supra*, p. 399). Les voies de recours contre ce prononcé sont régies par les règles générales.

V. Les voies de recours devant le Tribunal fédéral

A. En général

1667. La Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, a modifié sensiblement les voies de recours fédérales en matière civile.

1668. Alors qu'il existait trois voies de recours devant le Tribunal fédéral contre les décisions cantonales en matière civile selon l'OJ (le *recours en réforme*, le *recours en nullité* et le *recours de droit public*), il n'en existe plus que deux désormais : le recours en matière civile (art. 72 ss LTF) et le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF). Ce contexte historique explique pourquoi par exemple le régime d'invocation des droits constitutionnels dans le recours en matière civile est différent de celui du « simple » droit fédéral : auparavant, les droits constitutionnels devaient être invoqués dans le recours de droit public (et non dans le recours en réforme, ouvert en cas de violation du droit privé fédéral), soumis à un régime particulier (*infra*, p. 243, 472).

B. Le recours en matière civile

1. La réglementation générale

1669. Le recours en matière civile est soumis à des conditions de recevabilité inscrites aux art. 29 ss, 72 ss et 90 ss LTF.

1670. Les art. 29 ss LTF contiennent des **dispositions générales de procédure** applicables à l'ensemble des procédures introduites devant le Tribunal fédéral, à savoir, en particulier :

- compétence (art. 29-31 LTF) ;
- conduite du procès (art. 32-33 LTF) ;
- récusation (art. 34-38 LTF) ;
- parties, mandataires, mémoires (art. 39-43 LTF) ;
- délais (art. 44-50 LTF) ;
- valeur litigieuse (art. 51-53 LTF) ;
- langue de la procédure (art. 54 LTF) ;
- procédure de jugement (art. 57-61 LTF) ;
- frais et assistance judiciaire (art. 62-68 LTF).

1671. Les art. 90 ss LTF contiennent des **dispositions de procédure applicables aux différentes voies de recours** devant le Tribunal fédéral (recours en matière civile, pénale, de droit public et, partiellement, recours constitutionnel subsidiaire en vertu du renvoi contenu à l'art. 117 LTF) :

- décisions sujettes à recours (art. 90-94 LTF) ;
- motifs de recours (art. 95-98 LTF) ;
- moyens nouveaux (art. 99 LTF) ;
- délais de recours (art. 100-101 LTF) ;
- autres décisions de procédure (échange d'écritures ; effet suspensif et autres mesures provisionnelles ; faits déterminants ; art. 102-105 LTF).

1672. Les art. 72 ss LTF sont quant à eux **spécifiques** au recours en matière civile :

- objet de la décision sujette au recours en matière civile (art. 72-73 LTF) ;
- valeur litigieuse minimale (art. 74 LTF) ;
- autorités précédentes (art. 75 LTF) ;
- qualité pour recourir (art. 76 LTF) ;
- arbitrage international (art. 77 LTF).

2. Les décisions attaquables

1673. D'une manière générale, le recours en matière civile n'est recevable que contre les **décisions** rendues en **matière civile, de nature finale** et prises

devant les autorités cantonales de **dernière instance**. Sa recevabilité dépend par ailleurs de la **valeur litigieuse**.

a. Quant à leur objet

1674. Le recours en matière civile est ouvert contre les décisions rendues en **matière civile** (art. 72 al. 1 LTF), de nature gracieuse et contentieuse. Par matière civile, on entend l'ensemble du droit privé, y compris les matières qui s'y rattachent, par exemple les règles du CPC et l'arbitrage (sur ce dernier point, voir art. 77 LTF). Pour apprécier le caractère civil ou non d'une cause, la nature juridique de l'objet du litige, lui-même défini par la prétention du demandeur et les faits invoqués à son appui, est seule déterminante (TF [21.04.2009] 4A_401/2008, RSPC 2009 284).

Exemples. Le contentieux en matière d'assistance judiciaire, lorsqu'il est lié à une cause civile, est considéré comme une matière civile (TF [05.04.2007] 5A_72/2007, RSPC 2007 382). Le recours en matière civile est ouvert contre les décisions rendues en application du droit public cantonal régissant la responsabilité pour les actes illicites commis par les médecins engagés dans des hôpitaux publics, notamment dans le souci qu'une seule cour du Tribunal fédéral se charge de dégager une jurisprudence uniforme (ATF 139 III 252 consid. 1.1-1.5).

1675. Le recours en matière civile est également ouvert contre les décisions en matière de poursuite pour dettes et de faillite (art. 72 al. 2 let. b LTF).

Exemples. Les pures contestations du droit des poursuites (mainlevée d'opposition, ouverture de la faillite, autorisation de séquestre, etc.), les contestations en matière de LP ayant des répercussions sur le droit matériel (contestations de l'état de collocation, action en revendication, etc.) ou les recours en matière de plaintes LP.

1676. Le recours en matière civile est également la voie de droit contre les décisions prises en application de normes de droit public dans des matières connexes au droit civil. L'art. 72 al. 2 let. b LTF donne une liste exemplative.

Exemples. Les décisions sur la reconnaissance et l'exécution de décisions en matière civile ; sur l'instauration d'une mesure tutélaire ; sur le retrait du droit de garde ou de l'autorité parentale ; les décisions portant sur une inscription au registre du commerce (ATF 133 III 368) ; un arrêt rendu par une autorité administrative en matière de mensurations cadastrales (TF [18.11.2010] 5A_649/2010, RSPC 2011 130).

b. Quant à leur auteur

1677. Pour être recevable, le recours en matière civile doit être dirigé contre une décision prise par une autorité cantonale de **dernière instance** ou par le Tribunal administratif fédéral (art. 75 al. 1 LTF).

Jurisprudence. Un recours contre la décision sur frais du tribunal supérieur, ayant ordonné le renvoi, peut être interjeté directement contre la décision après renvoi lorsque seul ce point fait l'objet du recours au Tribunal fédéral. Ce dernier peut aussi être saisi directement si le recourant entend attaquer uniquement des éléments tranchés dans la décision du tribunal supérieur et sur lesquels celui-ci ne peut donc plus revenir (ATF 143 III 290, RSPC 2017 353). En outre, la possibilité exceptionnelle d'un recours direct contre la décision finale, émanant du tribunal de première instance consécutive à la décision de renvoi d'un tribunal supérieur, ne ferme la porte à un recours ultérieur, après recours au tribunal supérieur (ATF 145 III 42, RSPC 2019 76).

1678. A noter que les cantons devaient, dans un délai fixé à l'entrée en vigueur du CPC, avoir institué comme autorités de recours – de dernière instance – des tribunaux supérieurs (art. 75 al. 2 phr. 1 et art. 130 al. 2 LTF ; voir sur cette question ATF 137 III 238 et 139 III 252).

c. Quant à leur nature

1679. Le recours doit être dirigé contre des **décisions finales**, c'est-à-dire des décisions qui mettent fin à la procédure (art. 90 LTF), que ce soit pour un motif tiré du droit matériel ou de la procédure (ATF 133 III 629 consid. 2.2). Il convient de préciser que seules les mesures provisionnelles prises dans une procédure distincte du fond sont finales (Message relatif à la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4000 ss, 4129).

Jurisprudence. Les **mesures protectrices** de l'union conjugale sont des décisions finales (ATF 133 III 393). Selon le Tribunal fédéral, les **mesures provisoires** en procédure de divorce, considérées comme des « mesures de réglementation » ordonnées pour la durée de la procédure et qui sont définitivement acquises, sont des décisions finales (voir ATF 134 III 426 ; RSPC 2007 388), alors que les décisions ordonnant le versement à titre provisionnel d'une pension en faveur d'un enfant majeur, en tant qu'elles ne constituent que des « mesures d'exécution anticipée de ce qui est demandé au fond », sont considérées comme incidentes (ATF 135 III 238 consid. 2 ; TF [20.10.2008] 5A_270/2008, RSPC 2009 288).

La décision sur requête de **preuve à futur** est incidente si le juge admet la requête, puisqu'il sera peut-être amené à statuer sur une demande de questions complémentaires ou de seconde expertise. Elle est en revanche finale lorsque le juge refuse la requête (ATF 138 III 46 consid. 1.1 ; 138 III 76 consid. 1.2, JdT 2014 II 228).

1680. Le recours n'est recevable contre les décisions partielles, préjudicielles ou incidentes qu'à de strictes conditions fixées aux art. 91 à 93 LTF. Dans un souci d'économie de procédure, le recours est en principe exclu contre de telles décisions. Il faut faire en sorte que le Tribunal fédéral n'ait en principe qu'à connaître une seule fois de la même affaire, à la fin de la procédure (ATF 133 III 639 consid. 2.1). Le même motif d'économie de procédure justifie cependant une exception à la règle, lorsque le recours immédiat permet de liquider plus rapidement l'affaire (même arrêt, et les réf.).

1681. Les **décisions partielles** sont des décisions finales qui ne statuent pas sur l'ensemble de la cause (décisions « partiellement finales », voir ATF 133 III 629 consid. 2.1 ; 132 III 785). Elles peuvent être attaquées lorsqu'elles mettent fin à la procédure à l'égard de certains consorts ou lorsqu'elles portent sur un objet dont le sort est indépendant de celui qui reste en cause (art. 91 LTF).

Exemple. Une décision limitée à la question du principe de la responsabilité d'un canton pour l'activité de l'office des faillites (art. 5 LP) est une décision partielle (TF [21.01.2005] 5A.28/2004 consid. 1).

1682. Les **décisions préjudicielles ou incidentes** sont des décisions prises au cours de la procédure et qui ne représentent qu'une étape vers la décision finale. Elles peuvent avoir pour objet une question formelle ou matérielle, jugée préalablement à la décision finale (ATF 133 II 629 consid. 2.2 et les réf.).

Exemples. La décision accordant ou refusant l'effet suspensif à une plainte ou à un recours en matière de LP est une décision incidente (art. 17-18, 36 LP). De même la décision sur demande de récusation (p. ex. art. 49-50. CPC).

1683. Les **décisions préjudicielles et incidentes** qui portent sur la **compétence** ou sur une demande de **récusation** sont traitées de manière spécifique à l'art. 92 LTF. La compétence du tribunal ou les questions de récusation ne peuvent plus être remises en cause au stade de la décision finale lorsqu'elles ont fait l'objet d'une décision préjudicielle ou incidente (art. 92 al. 2 LTF). Ces décisions doivent donc cas échéant être attaquées « immédiatement », à peine de forclusion.

Jurisprudence. Les décisions de **suspension** (désormais au sens de l'art. 126 CPC) ne sont pas des décisions sur la compétence. Elles peuvent cependant être attaquées de manière séparée alors même qu'il n'en résultera pas un dommage irréparable si le recourant motive une violation du principe de célérité (ATF 138 III 190). Les décisions rendues dans une procédure de mesures provisionnelles dépendantes, par laquelle le juge saisi de la requête refuse d'entrer en matière faute de compétence, n'est pas une décision sur la compétence au sens de l'art. 92 LTF et le recours à leur encontre est soumis aux conditions de l'art. 93 LTF (ATF 144 III 475 consid. 1.1, 1.2).

Si seuls les **frais** de la décision sur la compétence sont remis en cause, les conditions de l'art. 93 LTF doivent être réunies (ATF 143 III 116, RSPC 2017 414 ; ATF 138 III 94 consid. 2, JdT 2014 II 273).

1684. Les **autres décisions préjudicielles ou incidentes**, au sens de l'art. 93 LTF, peuvent être entreprises immédiatement, si elles sont susceptibles de causer un **préjudice irréparable** (al. 1 let. a), **ou** si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'**éviter une procédure probatoire longue et coûteuse** (al. 1 let. b).

1685. La définition de la notion de **préjudice irréparable**, telle qu'elle ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral, est bien établie (ATF 143 III 416 consid. 1.3 ; 141 III 80 consid. 1.2 ; 138 III 333 consid. 1.3.1 ; ATF 137 III 380 consid. 1.2.1 ; 133 III 629 consid. 2.3 et les réf.). Il faut que l'inconvénient soit de nature juridique et non de pur fait, comme il en va en matière de durée du procès et de frais. Tel est le cas lorsqu'un recours victorieux contre le jugement final ne pourrait pas faire disparaître entièrement le préjudice, comme c'est le cas lorsque la décision incidente contestée ne pourra plus faire l'objet d'un contrôle avec la décision finale. La démonstration d'un risque de dommage irréparable est à apporter par le recourant, à moins qu'elle ne soit évidente (ATF 116 II 80 consid. 2c *in fine*).

Jurisprudence. Une décision portant sur l'effet suspensif accordé à une décision en matière de garde d'enfant est susceptible de causer un préjudice irréparable, puisque même en cas de recours victorieux au fond, aucune réparation ne sera possible pour la période écoulée (ATF 137 III 475 consid. 1).

Le Tribunal fédéral a admis qu'une décision incidente exigeant la fourniture de sûretés en garantie des dépens ou une avance de frais en garantie du paiement des frais de justice présumés, lorsqu'elle est assortie de l'indication selon laquelle le recours sera déclaré irrecevable à défaut de paiement, est susceptible de causer un préjudice irréparable (TF [22.04.2008] 5A_55/2008, RSPC 2008 265 ; comp. ATF 135 III 329). De même, une décision en matière de preuve lorsqu'elle met en jeu la sauvegarde d'un secret ou est assortie de la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP (TF [08.07.2009] 1C_249/2009, RSPC 2009 399) ; une

décision de suspension de la procédure lorsqu'elle cause au recourant un préjudice que le jugement au fond, même favorable, ne pourra pas supprimer entièrement (TF [10.08.2010] 5A_276/2010, RSPC 2011 27).

Le Tribunal fédéral a par contre nié l'existence de ce risque dans un recours contre une décision de refus d'interdire l'inscription d'une partie au registre du commerce en qualité d'administrateur d'une société (TF [11.08.2008] 4A_317/2008, RSPC 2009 57) ; il a considéré comme un dommage de pur fait la prolongation de la procédure ou un accroissement des frais de celle-ci, retenant ainsi l'absence de risque de préjudice irréparable (ATF 123 I 325 consid. 3c) ; il a en outre posé que le prononcé sur les frais et dépens contenu dans une décision de renvoi pour nouvelle décision à une autorité inférieure est une décision incidente qui ne cause en principe pas de dommage irréparable et ne peut être attaquée devant le Tribunal fédéral qu'après épuisement des instances cantonales (ATF 122 I 39 consid. 1a/bb).

1686. La jurisprudence a également défini les **deux conditions cumulatives** de l'art. 93 al. 1 let. b LTF. Toujours selon l'ATF 133 III 629 consid. 2.4, qui se réfère à la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 50 al. 1 OJ, le recours est susceptible d'aboutir à une **décision finale** si le Tribunal fédéral peut mettre fin une fois pour toutes à la procédure en jugeant différemment la question tranchée dans la décision préjudicielle ou incidente. Cette décision permet d'**éviter une procédure longue et coûteuse** lorsqu'au vu des faits encore litigieux et des preuves à administrer la procédure probatoire prendrait un temps certain et entraînerait des dépenses importantes. Il appartient à la partie recourante d'établir quelles preuves longues et coûteuses devraient être administrées, sauf si ce point découle manifestement de la décision attaquée ou de la nature de la cause (ATF 133 IV 288 consid. 3.2).

Exemple. La nécessité d'ordonner une expertise complexe ou plusieurs expertises est propre à occasionner une procédure probatoire longue et coûteuse ; c'est le cas d'une expertise visant à établir l'indemnité de l'associé sortant sur la base de l'art. 580 al. 2 CO (TF [04.04.2011] 4A_21/2011 consid. 1.2).

1687. Si le recours n'est pas ouvert, faute de remplir ces conditions, ou s'il n'a pas été utilisé, les décisions préjudicielles ou incidentes peuvent encore être attaquées **avec la décision finale** dans la mesure où elles **influent sur le contenu** de celle-ci (art. 93 al. 3 LTF).

1688. Quant au recours pour **retard injustifié**, il est ouvert lorsqu'une autorité, sans en avoir le droit, ne rend pas dans un délai raisonnable une décision qui serait susceptible de recours (art. 94 LTF). A notre sens, le recours devrait être ouvert dans cette hypothèse contre l'absence de décision préjudicielle ou incidente indépendamment des critères fixés aux art. 92 et 93 LTF.

d. Quant à la valeur litigieuse

1689. La **valeur litigieuse** minimale est de CHF 30 000.– (art. 74 al. 1 let. b LTF ; à contrario, les recours portant sur des affaires non pécuniaires – valeur litigieuse indéterminable, et pas indéterminée, comp. art. 51 al. 2 LTF – sont donc recevables), ce montant étant ramené à CHF 15 000.– en matière de bail à loyer et de droit du travail (art. 74 al. 1 let. a LTF). Il appartient au recourant de démontrer que la valeur litigieuse minimale est atteinte.

Exemples. Est non pécuniaire le litige portant sur un droit de visite (TF [10.07.2007] 5A_148/2007, RSPC 2007 385). Est pécuniaire un recours portant uniquement sur les conséquences patrimoniales du divorce (TF [14.11.2007] 5D_106/2007, RSPC 2008 160). Voir également *supra*, p. 99 ss.

1690. La valeur litigieuse est généralement déterminée par les conclusions restées litigieuses devant l'autorité de dernière instance cantonale (art. 51 al. 1 LTF). La question de la prise en compte des intérêts, fruits, frais judiciaires et dépens et celle des de la capitalisation des revenus et prestations périodiques est réglée à l'art. 51 al. 3 et 4 LTF ; les cas d'addition de conclusions et de demande reconventionnelle sont réglés aux art. 52 et 53 LTF.

1691. Le recours est parfois ouvert même lorsque la valeur litigieuse n'est pas atteinte (voir art. 74 al. 2 LTF). C'est en particulier le cas lorsque le droit fédéral prévoit une **instance cantonale unique** (art. 74 al. 2 let. b LTF ; ATF 138 III 2 consid. 1 ; 138 III 799 consid. 1.1).

1692. C'est aussi le cas lorsque l'affaire soulève une **question juridique de principe** (art. 74 al. 2 let. a LTF).

1693. La réserve de la question juridique de principe garantit que les questions importantes pour le développement du droit puissent être tranchées par le Tribunal fédéral indépendamment de la valeur litigieuse (Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000 ss, 4108).

1694. Le Tribunal fédéral a défini les **critères** permettant de retenir l'existence d'une question juridique de principe (ATF 140 III 391 consid. 1.3 ; 138 I 232 consid. 2.3 ; 137 III 580 consid. 1.1 ; 135 III 397 consid. 1.2 ; 135 III 1 consid. 1.3 ; 134 III 315 consid. 1.2 ; 133 I 493 consid. 1.1), en soulignant le

fait qu'il convient de se montrer restrictif dans l'admission d'une dérogation à l'exigence de la valeur litigieuse.

1695. Le principe fondamental est que la question juridique en cause, relative à une norme dont la violation est un motif de recours au Tribunal fédéral en vertu des art. 95 et 96 LTF, doit donner lieu à une **incertitude caractérisée**, laquelle appelle de manière pressante un éclaircissement de la part du Tribunal fédéral, en tant qu'autorité judiciaire suprême chargée de dégager une interprétation uniforme du droit fédéral. Cela suppose que :

- le cas n'a pas encore été tranché, ou nécessite un réexamen, par exemple en raison de la nouvelle législation ;
- la jurisprudence cantonale ou fédérale n'est pas uniforme ;
- la question revêt une grande importance pratique ;
- le point soulevé ne peut pas faire l'objet autrement d'un recours en matière civile, la valeur litigieuse ne pouvant en pratique jamais être atteinte ;
- le point soulevé ne concerne pas l'application de principes jurisprudentiels à un seul cas d'espèce.

1696. La notion de question juridique de principe demeure délicate à interpréter. Il reste difficile de déterminer dans un cas concret si une question juridique de principe se pose ou non, d'où un risque accru de perte du procès si la recevabilité du recours en dépend. Mieux vaudra donc en cas de doute déposer conjointement un recours constitutionnel subsidiaire, étant souligné qu'il revient au recourant d'exposer en quoi cette exigence est remplie (voir art. 42 al. 2 LTF).

e. La qualité et l'intérêt pour recourir

1697. Pour avoir **qualité pour recourir**, l'intéressé doit avoir pris part à la procédure devant l'autorité précédente (et pas nécessairement en première instance). Tel est le cas non seulement des parties au sens étroit, mais également des intervenants (*supra*, p. 145 ss). Peut également recourir toute personne qui aurait été privée de la possibilité de participer à la procédure, par exemple celle dont la requête d'intervention a été rejetée (art. 76 al. 1 let. a LTF). Il se peut qu'une partie à l'instance précédente n'avait en réalité pas qualité pour appeler, et donc pas non plus qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral.

Jurisprudence. Une société en liquidation dont la faillite a été clôturée faute d'actifs, représentée par son administrateur/liquidateur, n'a plus que le pouvoir de liquider les actifs qui ne couvrent pas les frais de la procédure sommaire, mais valent néanmoins la peine d'être liquidés. S'opposer à l'expulsion des locaux occupés par la société avant sa faillite ne constitue pas un tel acte. La société en liquidation n'a donc pas la capacité de procéder (*Prozessführungsbefugnis*) pour interjeter un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre le prononcé de son expulsion des locaux, comme elle ne l'avait pas non plus pour former appel contre celui-ci (TF [16.06.2014] 4A_163/2014 consid. 2.2).

La qualité pour recourir, qui est une condition de recevabilité, ne se confond pas avec la qualité pour agir ou pour défendre au fond, en l'espèce avec la qualité pour requérir la reconnaissance de la décision étrangère ou la qualité pour s'opposer à la reconnaissance au sens de l'art. 167 al. 1 en relation avec l'art. 29 al. 2 LDIP, qui est une condition de droit matériel. Il n'y a pas lieu d'anticiper sur le sort de cette question pour décider si le recours est recevable. Pour que l'intérêt au recours soit admis, il suffit que le recourant apparaisse atteint dans un droit qui lui appartient (ATF 139 III 504 consid. 1.2). La partie intimée qui a renoncé à déposer une réponse à l'appel devant l'instance cantonale et qui s'est limitée à prendre position sur la question de la valeur litigieuse à l'invitation du tribunal n'a pas pris part à la procédure d'appel et n'a pas qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral (TF [14.03.2019] 5A_769/2018 ; comp. aussi TF [05.04.2013] 4A_747/2012, RSPC 2013 317).

1698. En toute hypothèse, le recourant doit être particulièrement touché par la décision attaquée et avoir un **intérêt digne de protection** à son annulation ou à sa modification (art. 76 al. 1 let. b LTF, modifié par le CPC). Comme en première instance et devant les autorités cantonales de recours (art. 59 al. 2 let. a CPC), cet intérêt peut être **de fait ou de droit** (Message CPC, p. 6890).

1699. Avant le 1^{er} janvier 2011, la LTF était plus restrictive : le recourant devait, en matière civile, justifier d'un intérêt *juridique* à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 76 al. 1 let. b aLTF). Le nouveau texte permet une cohérence du système tant avec les recours devant les instances cantonales, qu'avec le recours en matière de droit public (Message CPC, p. 6890).

1700. Le Tribunal fédéral admet par ailleurs une **exception** à l'intérêt actuel lorsque la question soulevée par le recours pourrait se poser à nouveau dans des circonstances semblables ou similaires, lorsqu'il existe un intérêt public suffisant à y répondre en raison de sa portée de principe et lorsqu'il est difficile, en raison de la nature de la contestation, d'envisager la possibilité d'un contrôle dans un cas d'espèce. Si ces conditions sont réunies, on peut renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel, et admettre un **intérêt virtuel** à

recourir (TF [23.01.2008] 5A_718/2007, RSPC 2008 161 ; ATF 127 I 164 consid. 1a).

f. Les motifs

1701. Le recours en matière civile peut être formé pour **violation du droit fédéral**, y compris des droits constitutionnels, du droit international (si directement applicable, p. ex. art. 6 CEDH), de droits constitutionnels cantonaux et du droit intercantonal (art. 95 LTF). L'inapplication ou l'application erronée du droit étranger est quant à elle régie par l'art. 96 LTF (voir p. ex. ATF 136 III 446 ; 133 III 48, RSPC 2007 394).

Exemples. Le recourant invoque la mauvaise application, par l'autorité de dernière instance cantonale, des critères de fixation des contributions d'entretien après divorce (art. 125 CC) ; il se plaint de s'être vu refuser la possibilité de poser des questions complémentaires à l'expert (art. 187 al. 4 CPC) et invoque une violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.). Le recourant, débouté au niveau cantonal, persiste à soutenir que les tribunaux suisses ne sont pas compétents pour statuer sur la garde de son enfant dans la mesure où la résidence habituelle de l'enfant est située en France (voir art. 5 ss de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, RS 0.211.231.011).

1702. Sauf dans les cas cités expressément à l'art. 95 LTF, la violation du **droit cantonal** n'ouvre donc pas le recours en matière civile. Il est cependant toujours possible de faire valoir que la mauvaise application du droit cantonal constitue une violation du droit fédéral, en particulier qu'elle est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. ou contraire à d'autres droits constitutionnels (Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, p. 4133).

Exemple. Le recourant invoque l'application arbitraire des dispositions cantonales sur le tarif des frais judiciaires et des dépens.

1703. Lorsque le recours est dirigé contre une décision sur **mesures provisionnelles**, seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée (art. 98 LTF ; ATF 134 I 83 ; 138 III 278).

Exemples. Le Tribunal fédéral qualifie de mesures provisionnelles l'avis aux débiteurs en matière de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 177 CC ; ATF 134 III 667), alors qu'il qualifie de finale la décision d'avis aux débiteurs en matière d'entretien des enfants (art. 291 CC ; TF [16.03.2011] 5A_882/2010). Sont également considérées comme mesures provisionnelles, par exemple : la

décision relative à l'établissement d'un certificat d'hérédité (RSPC 2009 55) et le sursis concordataire (ATF 135 III 430). Les décisions sur requête de mainlevée définitive (ATF 133 III 399) et les décisions sur requête de mainlevée provisoire ne sont pas provisionnelles (TF [26.04.2007] 5A_44/2007, RSPC 2007 390 ; TF [24.10.2007] 5A_365/2007, RSPC 2008 287).

1704. Le recours en matière civile est un recours limité au droit : le recourant ne peut critiquer les **constatations de fait** que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 97 LTF ; voir également art. 105 al. 2 LTF). Il faut entendre par là **l'arbitraire** (ATF 147 I 1 consid. 3.5 ; 137 I 58 consid. 4.1.2 ; Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, p. 4035) ou, par exemple, une violation du droit d'être entendu (art. 29 Cst.) ou du droit à la preuve (art. 8 CC). Le vice formel ne suffit pas : sa correction doit être **susceptible d'influer** sur le sort de la cause (art. 97 LTF).

1705. Selon certains arrêts du Tribunal fédéral, l'exigence de l'épuisement des instances cantonales impose que le recourant ait **déjà invoqués les motifs**, qu'il entend soulever devant le Tribunal fédéral, devant la dernière instance cantonale (ATF 143 III 290 consid. 1.1 et les réf.). Mais le Tribunal fédéral a récemment confirmé l'ATF 142 I 155 selon lequel, si le recourant invoque de **nouveaux moyens**, y compris des griefs constitutionnels, pour la première fois devant le Tribunal fédéral et que l'autorité précédente disposait d'un plein pouvoir d'examen et devait appliquer le droit d'office, le Tribunal fédéral doit entrer en matière sur ces nouveaux griefs, sauf lorsqu'il agit à l'encontre du principe de la bonne foi (en procédure) (TF [04.03.2019] 4A_549/2018 consid. 4.3, RSPC 2019 431).

Jurisprudence. Lorsque l'appelante n'a pas soulevé la violation de dispositions du CPC concernant la compétence de l'expert devant la Cour d'appel, celle-ci n'avait pas à se saisir de cette question et ce grief ne peut pas être traité par le Tribunal fédéral faute d'épuisement des instances cantonales (TF [17.03.2021] 5A_106/2020).

1706. Les **faits nouveaux** et les preuves nouvelles sont exclus (art. 99 al. 1 LTF), à moins qu'ils visent à établir :

- la recevabilité du recours (Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, p. 4137 ; TF [02.12.2005] 5C.51/2005, RSPC 2006 24) ;
- des faits procéduraux (violation du droit d'être entendu, etc., voir Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, p. 4137 ; TF [24.10.2005] 4P.180/2005, RSPC 2006 67) ;
- des faits relatifs au rapport d'instance (ATF 138 III 532 consid. 1.2).

1707. Les **conclusions nouvelles** sont irrecevables (art. 99 al. 2 LTF).

3. La forme du recours

a. La présentation et le contenu du mémoire

1708. Le mémoire de recours – de même que la réponse au recours – doit être rédigé dans une **langue officielle** (voir art. 70 al. 1 Cst. ; et non forcément dans la langue du jugement attaqué), indiquer les conclusions, les motifs, les preuves, et être signé (art. 42 al. 1 LTF). Les parties doivent indiquer leur domicile ou leur siège (art. 39 al. 1 LTF) ; si celui-ci est situé à l'étranger, elles doivent élire domicile en Suisse (art. 39 al. 3 LTF).

Projet de révision du CPC. Le projet prévoit que « Lorsqu'une procédure en matière civile a été menée en anglais devant l'autorité précédente, les mémoires peuvent être rédigés en anglais » (art. 42 al. 1^{bis} LTF du projet).

1709. En matière civile, les mémoires doivent être **signés** soit par la partie recourante, soit par un avocat inscrit dans un registre cantonal (voir art. 40 al. 1 LTF). Faute de signature du recours, un délai est imparti au recourant, et ce que le vice puisse être ou non réparé dans le délai de recours (art. 42 al. 5 LTF). L'octroi d'un délai est superflu si le recours est de toute façon irrecevable faute de motivation suffisante (TF [10.04.2008] 5D_139/2007, RSPC 2008 365).

1710. Il convient de démontrer que les **conditions de recevabilité du recours** (en particulier la valeur litigieuse) sont remplies. Les conclusions portant sur une somme d'argent doivent être chiffrées (ATF 134 III 35). Si le recours n'est recevable que lorsqu'il soulève une question juridique de principe, le recourant doit (soigneusement) exposer en quoi l'affaire remplit cette condition.

Exemple. Le recourant doit en principe chiffrer les dépens cantonaux dont il réclame l'allocation (ATF 143 III 111 consid. 1.2).

1711. Les motifs doivent exposer succinctement **en quoi l'acte attaqué viole le droit** (art. 42 al. 2 LTF). Cela signifie que les motifs de la décision attaquée doivent faire l'objet d'une discussion, dans toutes ses branches en cas de motivations alternatives (ATF 132 III 555 consid. 3.2), dans laquelle le recourant explique pourquoi le juge précédent a violé le droit (ATF 133 II 249 consid. 1.4.2 ; 133 IV 286 consid. 1.4). Les mêmes exigences de motivation pèsent sur l'intimé, qui doit reprendre les motifs qu'il avait invoqués précédemment et qui ont été écartés, pour le cas où les motifs retenus par l'autorité précédente ne devraient pas être suivis par le Tribunal fédéral (ATF 140 III 86 consid. 2).

1712. Le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs invoqués et n'est pas tenu, contrairement à une autorité de première instance, de traiter toutes les questions juridiques qui se posent (ATF 142 III 364 consid. 2.4 ; 140 III 86 consid. 2 ; 137 III 580 consid. 1.3 ; 135 III 397 consid. 1.4 ; 135 II 384 consid. 2.2.1). A défaut de motivation, le recours est irrecevable, mais dès l'instant où un motif, même non fondé, est motivé, le Tribunal fédéral applique le droit d'office (Message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, p. 4093 ; art. 106 al. 1 LTF).

1713. On remarque donc qu'il n'est pas absolument indispensable que le recourant indique expressément les dispositions légales ou les principes non écrits de droit qui auraient été violés. Selon le Tribunal fédéral, il suffit qu'à la lecture de l'exposé on comprenne clairement quelles règles de droit auraient, selon le recourant, été transgressées par l'autorité cantonale (p. ex. ATF 134 V 53 consid. 3.3).

1714. Le régime est sensiblement différent en ce qui concerne les motifs tirés de la violation des **droits constitutionnels** (ainsi que celle de dispositions de droit cantonal et intercantonal) : le recourant doit dans ce cas **exposer de manière claire et détaillée** en quoi ces droits auraient été violés (art. 106 al. 2 LTF ; ATF 134 I 83 consid. 3.2 ; 133 III 393 consid. 6).

1715. Si le recours est dépourvu de motivation suffisante, ou si le vice dont il est entaché n'est pas réparable ou n'a pas été réparé dans le délai imparti, il est déclaré irrecevable en application des dispositions précitées et selon la procédure simplifiée prévue par l'art. 108 al. 1 let. c LTF.

1716. Si une partie forme un recours en matière civile et un recours constitutionnel (sur ce dernier moyen, *infra*, p. 469), elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire (art. 119 al. 1 LTF). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il peut être renoncé à une correction du vice lorsque le recours en matière civile et le recours constitutionnel subsidiaire sont formés dans deux actes distincts (TF [14.03.2008] 4A_407/2007, RSPC 2008 280).

b. Les annexes à joindre

1717. La décision attaquée doit être jointe au recours (art. 42 al. 3 *in fine* LTF). Si la décision n'est pas jointe, un délai devrait être accordé au recourant pour réparer le vice (art. 42 al. 5 LTF).

1718. En cas de représentation, une **procuration** doit être jointe au recours (art. 40 al. 2 LTF). A défaut de procuration, ou si le représentant n'a pas la capacité de postuler, un délai est également imparti au représentant pour réparer le vice (art. 42 al. 5 LTF).

1719. A nouveau, si le vice dont le recours est entaché n'a pas été réparé dans le délai imparti, celui-ci est déclaré irrecevable en application de l'art. 40 al. 2 LTF et selon la procédure simplifiée prévue par l'art. 108 al. 1 let. c LTF.

c. En cas d'envoi électronique

1720. En cas d'envoi électronique, le document contenant le mémoire et les pièces annexées doivent être certifiés par la signature électronique qualifiée de la partie ou de son mandataire au sens de la Loi du 18 mars 2016 sur la signature électronique (art. 42 al. 4 phr. 1 LTF).

1721. Seule la signature numérique créée avec une clé cryptographique certifiée par un service de certification électronique conformément à l'Ordonnance du Conseil fédéral (OCEI-PCPP ; RS 272.1) est reconnue. Si le recourant est une personne morale ou une autorité, le certificat devra avoir été délivré au nom d'une personne physique dotée du pouvoir de signature pour cette personne morale ou cette autorité (art. 8 al. 1 *cum* 2 let. c et e SCSE).

1722. L'art. 42 al. 4 phr. 1 LTF exige que tant le document contenant le mémoire que les pièces annexées doivent être certifiés par la signature

électronique, afin de s'assurer qu'ils n'aient pas été modifiés depuis leur envoi.

d. Le sort des actes illisibles, inconvenants, incompréhensibles ou prolixes

1723. Si le mémoire est illisible, inconvenant, incompréhensible ou prolix ou qu'il n'est pas rédigé dans une langue officielle, le Tribunal fédéral peut le renvoyer à son auteur en lui impartissant un délai approprié pour **remédier à l'irrégularité** et en l'avertissant qu'à défaut le mémoire ne sera pas pris en considération (art. 42 al. 6 LTF).

1724. Il n'est toutefois pas nécessaire de renvoyer l'acte si la demande qu'il contient est de toute façon irrecevable pour un autre motif (en ce sens, ATF 134 II 244 consid. 2.4.2), notamment en cas de recours procédurier ou abusif (art. 42 al. 7 LTF).

1725. Ici aussi, si le vice dont le recours est entaché n'est pas réparable ou n'a pas été réparé dans le délai imparti, l'acte est déclaré irrecevable en application des dispositions précitées et selon la procédure simplifiée prévue par l'art. 108 al. 1 let. c LTF.

e. Le recours procédurier ou abusif

1726. Le mémoire de recours introduit de manière procédurière ou à tout autre égard abusif est irrecevable (art. 42 al. 7 LTF).

Exemples. Le dépôt, par un avocat, d'un mémoire quasiment identique au recours interjeté devant l'instance précédente est considéré comme abusif (ATF 134 II 244). Le recours en matière civile contre une décision d'expulsion, déposé par un locataire afin de faire perdurer son usage d'un appartement, peut être considéré comme abusif lorsqu'il est établi que le locataire a obtenu le bail en faisant usage d'un faux et n'a jamais eu l'intention d'acquitter le loyer promis (TF [28.03.2011] 4A_135/2011 consid. 3).

1727. La jurisprudence (ATF 121 II 252 ; TF [30.08.2005] 1P.254/2005, RSPC 2006 27, avec note BOHNET) distingue entre vice volontaire et involontaire : par l'invocation d'un vice volontaire, celui qui s'en prévaut tente en réalité d'obtenir de manière abusive la prolongation du délai et ne mérite aucune mansuétude.

Exemple. Si l'acte est signé, mais non déposé en original (envoi d'une copie « papier » ou transmission du recours par fax ou e-mail), un délai devrait être accordé au recourant, à moins que celui-ci n'ait pu ignorer l'irrégularité. Le délai ne sera en particulier pas accordé lorsque le recourant est représenté par un avocat.

4. Les délais

1728. Le recours doit être déposé dans les **trente jours** dès la notification de l'arrêt cantonal de dernière instance (art. 100 al. 1 LTF). Dans certains cas, le délai de recours est de dix jours (art. 100 al. 2 let. a et c LTF), voire de cinq jours (art. 100 al. 3 let. a LTF).

1729. Les périodes de suspension sont définies à l'art. 46 al. 1 LTF. Attention : les délais ne sont **pas suspendus** dans les procédures concernant l'octroi de l'effet suspensif et d'autres **mesures provisionnelles** (art. 46 al. 2 LTF ; TF [07.10.2008] 5A_636/2008, RSPC 2009 55).

1730. Le recours pour déni de justice ou retard injustifié peut être formé en tout temps (art. 100 al. 4 LTF).

5. Les effets du recours

1731. Le recours en matière civile n'emporte **pas d'effet suspensif** (art. 103 al. 1 LTF), à moins qu'il soit dirigé contre un jugement constitutif (*supra*, p. 401). Dans ce cas, l'effet suspensif est donné, dans la mesure des conclusions prises (art 103 al. 2 let. a LTF). Par jugement constitutif, il faut comprendre un jugement qui statue sur une action formatrice.

Exemples. Le jugement de divorce ou de désaveu de paternité, la décision d'annulation du congé ou d'annulation d'une décision de l'assemblée générale d'une société anonyme sont constitutifs. Un jugement rejetant l'une de ces demandes n'est par contre pas constitutif.

1732. Si le jugement attaqué comprend également un dispositif condamnatore ou déclaratoire, l'effet suspensif n'est pas donné à notre sens, même si le recours est également dirigé contre ces points du dispositif, à moins qu'ils ne dépendent du prononcé constitutif.

Exemple. Le recours contre un jugement de paternité fixant également la pension due à l'enfant est entièrement suspensif.

1733. Par ailleurs, le **juge instructeur** peut, d'office ou sur requête, accorder l'effet suspensif alors que celui-ci ne devrait pas être accordé conformément à l'art. 103 al. 1 LTF (s'il est nécessaire à la sauvegarde d'intérêts menacés), ou au contraire retirer l'effet suspensif alors que celui-ci devrait être donné conformément à l'art. 103 al. 2 LTF (art. 103 al. 3 LTF).

1734. Le juge instructeur peut en outre, d'office ou sur requête, ordonner d'autres mesures provisionnelles qui apparaissent nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts menacés (art. 104 LTF).

6. Le déroulement de la procédure

1735. Le président de la cour peut ordonner des débats (art. 57 LTF).

1736. Si nécessaire (à moins que le recours soit manifestement irrecevable ou infondé), le Tribunal fédéral communique le recours à l'autorité précédente ainsi qu'aux éventuelles autres parties ou participants à la procédure ou aux autorités qui ont qualité pour recourir, en leur impartissant un délai pour **se déterminer** sur celui-ci (art. 102 al. 1 LTF).

1737. Le Tribunal fédéral n'ordonne qu'exceptionnellement un second échange d'écritures. Toutefois, la partie recourante dispose toujours de la faculté de prendre position sur les éventuelles observations sur recours. La partie qui entend faire usage de ce **droit de réplique** doit le faire spontanément et sans tarder (ATF 146 III 97 consid. 3.4 ; 144 III 117 consid. 2.1 ; ATF 138 III 252 consid. 2.2 ; ATF 133 I 100, consid. 4.6, JdT 2008 I 368 ; 133 I 98 consid. 2, JdT 2007 I 379). Elle doit alors immédiatement déposer sa détermination ou requérir la possibilité d'en déposer une, sans quoi elle est réputée y avoir renoncé (ATF 138 I 484 consid. 2.2 ; ATF 133 I 100 consid. 4.8, JdT 2008 I 368).

Jurisprudence. La pratique est désormais la suivante : « [...] à réception d'un mémoire qui, à son avis, n'appelle pas de déterminations de la part des autres parties, [le Tribunal fédéral] sursoit à statuer afin de permettre à celles-ci de néanmoins déposer des observations si elles le jugent nécessaire et ne rend son arrêt qu'après l'écoulement d'un laps de temps suffisant pour admettre que ces parties ont renoncé à présenter un mémoire supplémentaire ; le Tribunal fédéral a bien précisé que pour des motifs de célérité de la procédure, la partie qui voulait déposer des observations devait procéder rapidement et sans préalablement demander à ce qu'un délai lui soit fixé à cet effet. Ultérieurement, dans le but de lever l'incertitude sur le moment où il pouvait statuer, le Tribunal fédéral a décidé de préciser le délai pendant lequel les parties pouvaient, de leur propre chef,

déposer des observations. En procédant de la sorte, le Tribunal fédéral ne fixe pas un délai pour déposer un acte ; il précise uniquement jusqu'à quelle date il sursoit à statuer dans le sens de la jurisprudence précitée » (TF [21.11.2011] 4A_332/2011, RSPC 2012 90).

1738. Comme on l'a vu (*supra*, p. 461), les faits nouveaux et les preuves nouvelles sont en principe exclus (art. 99 al. 1 LTF), de même que les conclusions nouvelles sont irrecevables (art. 99 al. 2 LTF).

7. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

1739. Le Tribunal fédéral statue **sur la base des faits** établis par l'autorité précédente. Il ne peut rectifier ou compléter d'office les constatations de l'autorité précédente que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit (art. 105 al. 1 et 2 LTF).

1740. Il **examine le droit d'office** (art. 106 al. 1 LTF), y compris les questions de recevabilité (compétence ; qualité pour recourir, intérêt, etc.) et l'existence d'une question juridique de principe.

1741. Cependant, on rappellera que la **violation des droits fondamentaux** (fondés sur le droit fédéral ou international) et du droit (constitutionnel) cantonal et intercantonal n'est examinée que si elle est invoquée et motivée (art. 106 al. 2 LTF).

1742. Le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties (*ne ultra petita* ; art. 107 al. 1 LTF).

8. La décision sur recours

1743. Le Tribunal fédéral statue en général **par voie de circulation** (art. 58 al. 2 LTF). Dans certaines affaires, il délibère en audience (art. 58 al. 1 LTF). L'audience consacrée aux éventuels débats ainsi que les délibérations et votes sont publics (art. 59 al. 1 LTF), sauf cas justifiant le huis clos (art. 59 al. 2 LTF).

1744. Si le Tribunal fédéral admet le recours, il **statue lui-même** sur le fond **ou renvoie** l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. Il peut également renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance (art. 107 al. 2 LTF).

1745. Les arrêts du Tribunal fédéral entrent en force et sont revêtus de l'autorité de la chose jugée le jour de leur prononcé (art. 61 LTF).

C. Le recours constitutionnel subsidiaire

1. Les décisions attaquables

1746. Peuvent faire l'objet d'un recours constitutionnel subsidiaire les décisions des **autorités cantonales de dernière instance** (art. 75 LTF applicable par renvoi de l'art. 117 LTF) qui ne peuvent **pas faire l'objet d'un recours en matière civile** (art. 113 LTF).

1747. Les art. 90 à 94 LTF (décisions sujettes à recours ; *supra* p. 452) sont applicables à la procédure du recours constitutionnel subsidiaire (renvoi de l'art. 117 LTF). Les cas dans lesquels le **recours en matière civile n'est pas ouvert** sont donc en particulier les suivants :

1748. Pour toutes les décisions portant sur une cause pécuniaire, lorsque la **valeur litigieuse** minimale n'est pas atteinte et que la cause ne soulève pas de question juridique de principe.

1749. Lorsque la décision attaquée entre dans le cadre de l'**exception de l'art. 73 LTF** (décision en matière d'opposition à l'enregistrement d'une marque).

2. La qualité et l'intérêt pour recourir

1750. Conformément à l'art. 115 LTF, a qualité pour former un recours constitutionnel quiconque a pris **part à la procédure devant l'autorité précédente** ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a) et a un **intérêt juridique** à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (let. b). L'art. 115 let. b LTF correspond à la formulation de l'art. 76 al. 1 let. b aLTF (c'est-à-dire dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010).

3. Les motifs

1751. Alors que la limitation des moyens n'est applicable au recours en matière civile que lorsque celui-ci est dirigé contre une décision sur mesures

provisionnelles (voir art. 98 LTF), la **limitation** devient ici la règle : le recours constitutionnel subsidiaire ne peut être formé que pour **violation des droits constitutionnels** (art. 116 LTF).

1752. On pense avant tout ici à la violation des art. 9, 29 et 30 Cst. (qui reprennent la jurisprudence fondée sur l'art. 4 aCst.).

Exemples. Le recourant peut invoquer l'arbitraire dans l'application du CC, du CO ou du CPC (art. 9 Cst.) ou la violation du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.).

1753. Puisque la violation invoquée concerne les droits fondamentaux, le recourant est soumis à un **devoir qualifié de motivation** (art. 106 al. 2 LTF, applicable par renvoi de l'art. 117 LTF ; ATF 136 I 229, JdT 2011 I 58 consid. 4.1 et les réf.).

1754. Quant aux faits, preuves et conclusions nouvelles, le régime est le même que pour le recours en matière civile (art. 99 LTF, applicable par renvoi de l'art. 117 LTF ; *supra*, p. 461).

4. La forme du recours

1755. En tant qu'il invoque la violation de droits constitutionnels, le recourant doit **exposer de manière claire et détaillée** en quoi ces droits auraient été violés (art. 106 al. 2 LTF applicable par renvoi de l'art. 117 LTF ; p. ex. ATF 133 III 393 consid. 6).

1756. Si le recourant veut tenter d'invoquer que le recours en matière civile est ouvert parce qu'il pose une question juridique de principe, mais qu'il souhaite malgré tout introduire un recours constitutionnel subsidiaire pour l'hypothèse où il ne serait pas suivi (ce qui risque d'être souvent le cas), l'art. 119 al. 1 LTF lui impose le dépôt d'**un seul mémoire** cumulant les deux recours.

1757. Toutefois, comme on l'a vu (*supra*, p. 464), il peut être renoncé à une correction du vice lorsque le recours en matière civile et le recours constitutionnel subsidiaire sont formés dans deux actes distincts (TF [14.10.2008] 4A_407/2007, RSPC 2008 280).

5. Les délais

1758. Les délais sont **les mêmes que pour le recours en matière civile** (art. 100 LTF applicable par renvoi de l'art. 117 LTF ; *supra*, p. 466).

6. Les effets du recours

1759. Les art. 103 al. 1 et 3 LTF (effet suspensif) et 104 LTF (autres mesures provisionnelles) sont applicables à la procédure du recours constitutionnel subsidiaire (renvoi de l'art. 117 LTF).

1760. Le recours n'est donc **pas assorti de l'effet suspensif** (art. 100 al. 1 LTF) ; le juge instructeur peut toutefois accorder celui-ci, d'office ou sur requête (art. 100 al. 3 LTF). L'art. 103 al. 2 let. a LTF n'étant pas applicable au recours constitutionnel subsidiaire (voir art. 117 LTF *a contrario*), le recours dirigé contre un jugement constitutif n'emporte en effet pas d'effet suspensif automatique.

7. Le déroulement de la procédure

1761. Le déroulement est le même que celui du recours en matière civile, en particulier en ce qui concerne l'échange des écritures (art. 102 LTF, applicable par renvoi de l'art. 117 LTF ; *supra*, p. 467).

8. Le pouvoir d'examen de l'instance de recours

1762. Le Tribunal fédéral statue sur la base des **faits établis par l'autorité précédente** (art. 118 al. 1 LTF ; le contenu est identique à celui de l'art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut rectifier ou compléter les constatations de l'autorité précédente que si les faits ont été établis en violation du droit au sens de l'art. 116 LTF, c'est-à-dire uniquement en cas de **violation d'un droit constitutionnel** (comp. art. 105 al. 2 LTF, qui inclut l'ensemble du droit fédéral, y compris le droit international, les droits constitutionnels cantonaux et le droit intercantonal, au sens de l'art. 95 LTF).

1763. Conformément à l'**art. 106 al. 2 LTF** (applicable par renvoi de l'art. 117 LTF), le Tribunal fédéral n'examine que la violation des droits fondamentaux

invoquée et **motivée** par le recourant (principe d'allégation ; *Rügeprinzip* ; ATF 133 III 639 consid. 2).

1764. Le Tribunal fédéral ne peut aller au-delà des conclusions des parties (***ne ultra petita*** ; art. 107 al. 1 LTF, applicable par renvoi de l'art. 117 LTF).

9. La décision sur recours

1765. Si la partie a formé son recours constitutionnel subsidiaire cumulativement à un recours en matière civile (voir art. 119 al. 1 LTF), le Tribunal fédéral **statue sur les deux recours** dans la même procédure (art. 119 al. 2 LTF).

1766. Si le Tribunal fédéral admet le recours, il **statue lui-même** sur le fond **ou renvoie** l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision. Il peut également renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance (art. 107 al. 2 LTF, applicable par renvoi de l'art. 117 LTF).

D. Les autres voies de droit

1. La demande en interprétation ou rectification

1767. La demande en interprétation ou rectification permet d'obtenir la **correction d'éventuelles obscurités** dans le **dispositif** d'un arrêt du Tribunal fédéral, lorsqu'il est peu clair, incomplet ou équivoque, si des éléments de celui-ci sont contradictoires entre eux ou avec les motifs de l'arrêt ou encore s'il contient des erreurs de rédaction ou de calcul (art. 129 al. 1 LTF).

1768. Elle vise donc, avec un minimum de formalités, à « [...] reformuler clairement et complètement une décision qui n'a pas été formulée de façon distincte et accomplit alors même qu'elle a été clairement et pleinement pensée et voulue » (TF [07.06.2011] 1G_3/2011 consid. 3 ; ATF 110 V 222 consid. 1, qui se fonde sur JEAN-FRANÇOIS POUDRET, Commentaire de la Loi fédérale d'organisation judiciaire, Berne 1992, art. 145 N 1).

1769. Concernant les **erreurs de rédaction** ou de **calcul**, il doit s'agir d'erreurs de plume ou formelles, par exemple un chiffre manifestement inexact (TF [22.11.2007] 4G_3/2007 consid. 3 ; ATF 110 V 222 consid. 1).

1770. L'interprétation **ne permet pas** en revanche d'obtenir une modification du contenu de la décision ou un nouvel examen de la cause (TF [17.11.2008] 5G_1/2008 consid. 1.1). Elle ne permet pas non plus de rediscuter la décision dans son ensemble et d'obtenir l'examen de questions que le tribunal n'avait pas à examiner et qu'il ne devait donc pas trancher (TF [13.09.2007] 4G_1/2007 consid. 2.1 ; TF [10.07.2002] 2P.63/2001 consid. 1.2).

1771. Le complètement visant à corriger une omission résultant d'une inadvertance, ce sans hésitation sur la base de ce qui a déjà été décidé, se distingue également du cas de révision de l'art. 121 let. c LTF qui suppose que le Tribunal fédéral ne se soit pas prononcé sur une conclusion contestée (TF [17.07.2013] 4G_1/2013 consid. 1).

1772. Le Tribunal fédéral peut également interpréter ou rectifier **d'office** l'un de ses arrêts (art. 129 al. 1 LTF ; TF [17.07.2013] 4G_1/2013 consid. 1).

Jurisprudence. Lorsqu'un arrêt cantonal au dispositif peu clair est confirmé par le Tribunal fédéral, le dispositif de son arrêt consiste simplement en le rejet du recours. L'interprétation doit-elle alors être demandée au Tribunal fédéral ou au tribunal cantonal ? Notre Haute Cour retient que dans le système du CPC et de la LTF, l'interprétation revient dans ce cas à la dernière instance cantonale. Elle sera souvent superflue, dès lors que la portée du dispositif devra être interprétée dans le cadre de la procédure d'exécution forcée à la lumière des considérants (ATF 143 III 420 consid. 2).

Controverse. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question de savoir si la demande d'interprétation peut provenir d'un tribunal auquel la cause serait renvoyée ou dont le dispositif omettrait de lui renvoyer la cause pour prononcé sur les frais et dépens de la procédure cantonale (TF [23.08.2019] 1G_2/2019 consid. 1.2 ; TF [17.07.2013] 4G_1/2013 consid. 1). Elle risque de demeurer ouverte, puisque le Tribunal fédéral peut se saisir d'office lorsqu'un problème d'interprétation lui est signalé.

1773. Cette procédure n'est soumise à **aucun délai** (TF [17.07.2013] 4G_1/2013 consid. 1).

2. La demande en révision

1774. La demande en révision (art. 121 ss LTF) permet de **revenir sur le prononcé** d'un arrêt du Tribunal fédéral, notamment en cas de violation de certaines règles procédurales (art. 121 LTF ; ATF 122 II 17 consid. 3 ; TF [21.10.2010] 4F_11/2010), lorsque sont découverts des faits pertinents ou des moyens de preuve concluants qui n'avaient pas pu être invoqués dans la

procédure précédente, à l'exclusion des faits ou moyens de preuve postérieurs à l'arrêt (art. 123 al. 2 let. a LTF ; TF [16.11.2010] 4F_16/2010 consid. 3.1) et, à certaines conditions, en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 122 LTF ; TF [26.05.2011] 5F_8/2010 consid. 2 ; ATF 137 I 86).

Jurisprudence. En présence d'une interdiction de publication d'un rapport sous la menace de l'art. 292 CP, dont la CourEDH a retenu qu'elle violait la liberté d'expression de l'intéressé (art. 10 CEDH), le Tribunal fédéral nie que la révision de son arrêt soit nécessaire pour remédier aux effets de la violation (art. 122 let. c LTF). Le requérant peut demander au tribunal civil chargé de l'exécution d'annuler la menace de peine prononcée conformément à l'art. 292 CP dont a été assortie l'interdiction de publication et ainsi publier sans ambages (ATF 145 III 165, RSPC 2019 271).

Une révision fondée sur l'art. 122 LTF est (aussi) admissible lorsque des intérêts matériels sont en cause et que la CourEDH, après avoir constaté la violation de droits procéduraux, n'examine pas la demande d'indemnité à l'aune de l'art. 41 CEDH, mais la rejette sans autre motivation que « l'absence de causalité (ATF 142 I 42 consid. 2.2).

1775. En matière de **preuve**, il faut que le moyen invoqué eut conduit le juge à statuer autrement s'il en avait eu connaissance dans la procédure principale. Celui-ci n'aurait pas servi à la seule appréciation des faits, mais bien à leur établissement (ATF 127 V 353 consid. 5b et les réf.).

1776. La question des **délais** est réglée à l'art. 124 LTF. Le délai est en principe de 90 jours dès la découverte du motif de révision, mais au plus tôt dès la notification de l'expédition complète de l'arrêt ou dès la clôture de la procédure pénale (art. 124 al. 1 let. d LTF), 90 jours également dès que l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme est devenu définitif au sens de l'art. 44 CEDH (art. 124 al. 1 let. c LTF). En matière de récusation, il est de trente jours dès la découverte du motif de récusation (art. 124 al. 1 let. a LTF). Même délai pour les autres vices de procédure, dès la notification de l'expédition complète de l'arrêt (art. 124 al. 1 let. b LTF).

§ 19 Les voies d'exécution

I. Généralités

1777. La décision déploie ses effets une fois entrée en force (*supra*, p. 401). Le jugement déclaratoire et constitutif (*supra*, p. 402) n'implique pas de comportement spécifique de la partie perdante (sous réserve du paiement des frais). La décision condamnatoire impose en revanche une exécution de la partie condamnée. La loi prévoit la procédure à suivre lorsque la partie condamnée ne s'exécute pas spontanément.

1778. Il convient de distinguer l'exécution des décisions condamnant à payer une somme d'argent (qui relève de la LP) de celles portant sur une autre prestation (qui relève du CPC).

1779. Relevons que le CPC s'applique également à la reconnaissance, la déclaration de force exécutoire et l'exécution des décisions étrangères, à moins qu'un traité international ou la LDIP n'en dispose autrement (art. 335 al. 3 CPC). La reconnaissance et l'exécution fait en particulier l'objet des art. 32 à 58 CL et 25 à 32 LDIP.

II. Les décisions condamnant à payer une somme d'argent

1780. L'exécution forcée des dettes d'argent et en fourniture de sûretés est unifiée en Suisse depuis plus d'un siècle, vu l'importance commerciale des prestations en argent. Elle est régie par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889 (LP ; nouvelle teneur au 16 décembre 1994 ; réserve de l'art. 335 al. 2 CPC).

1781. La poursuite est conduite par des organes de l'administration (art. 2 ss LP). Elle n'est pas limitée aux créances constatées judiciairement.

1782. Toute personne qui se prétend créancière d'argent peut intenter une **poursuite** (art. 38, 67 ss LP). Si le débiteur ne forme pas **opposition** au

commandement de payer (art. 69 ss LP), la poursuite peut continuer par voie de **saisie** (art. 42 LP) ou de **faillite** (art. 39 LP) suivant la qualité du débiteur. Dans le premier cas, l'Office, à réquisition du poursuivant, saisit les biens et sur sa réquisition, les vend et paie le créancier (art. 89 ss LP). Dans le second, le poursuivant peut demander au juge qu'il prononce la faillite du débiteur (art. 159 ss LP).

1783. Si le poursuivi fait opposition, le poursuivant ne peut obtenir la **mainlevée définitive** (art. 80-81 LP ; procédure sommaire, art. 251 let. a CPC) de l'opposition (qui lui permet de continuer la poursuite) que s'il est en main d'une **décision condamnatrice** entrée en force. Il peut obtenir la **mainlevée provisoire** (art. 82 LP ; procédure sommaire, art. 251 let. a CPC) de l'opposition s'il est au bénéfice d'une reconnaissance de dette (dont on peut déduire une apparence de droit). Si l'opposition est levée provisoirement, le poursuivi peut déposer une demande en **libération de dette** (art. 83 LP) afin de démontrer que, malgré l'apparence de droit, il ne doit rien. Si le poursuivi perd son procès, la mainlevée devient définitive et le poursuivant peut continuer la poursuite. A défaut de titre de mainlevée, le poursuivant qui invoque une prétention relevant du droit privé doit agir en **reconnaissance de dette** (art. 79 LP) par la voie judiciaire idoine (procédure ordinaire, simplifiée ou sommaire [si cas clair, art. 257 CPC] ; *supra*, p. 251) afin d'avoir en mains d'une décision exécutoire.

III. Les décisions condamnant à une prestation autre que d'argent

1784. L'exécution des décisions condamnant à une prestation autre que d'argent relève du CPC. Les dispositions en la matière se trouvent à la fin du Code, au titre 10 de la deuxième partie (« dispositions spéciales »).

1785. Le CPC prévoit une exécution facilitée lorsque la décision a ordonné les mesures d'exécution nécessaires (A). A défaut, une procédure particulière est nécessaire (B).

A. L'exécution directe

1786. Afin d'accélérer la procédure d'exécution, l'art. 236 al. 3 CPC prévoit que le juge ordonne des mesures d'exécution sur requête de la partie qui a eu gain de cause. Dans ce cas, la décision peut être exécutée directement (art. 337 al. 1 CPC).

Controverse. La doctrine est partagée sur la question de savoir si les mesures doivent être requises au stade des écritures des parties (BK ZPO-KILLIAS, art. 236 N 41 ; BSK ZPO-STECK/BRUNNER, art. 236 N 43 ; KommZPO STAEHELIN, art. 236 N 27 : uniquement jusqu'aux débats principaux, puis seulement si les conditions d'une modification de la demande au sens des art. 227 et 230 CP sont remplies) ou si elles peuvent l'être librement jusqu'à la clôture des débats (CR CPC-TAPPY, art. 236 N 21 ; CR CPC-JEANDIN, art. 337 N 3). Le texte de l'art. 236 al. 3 CPC ne posant pas de restriction, et le but de l'institution étant selon le Message CPC, p. 6990, de faciliter et d'accélérer l'exécution, il nous semble qu'il faut permettre la requête jusqu'au moment de la clôture des débats : à ce moment, le demandeur est plus à même d'apprécier la nécessité de telles mesures.

1787. Le tribunal peut ordonner dans sa décision les mesures d'exécution *nécessaires* (art. 236 al. 3 et 337 al. 1 CPC). On en peut déduire que le requérant n'a pas à mentionner précisément les mesures et que le tribunal les détermine librement, dans les limites de l'art. 343 CPC (*infra*, p. 481).

Exemples. Celui qui requiert l'expulsion d'un locataire par la voie du cas clair (art. 257 CPC ; *supra*, p. 419) peut prendre pour conclusion l'expulsion par la force publique faute de départ du locataire dans le délai imparti par le tribunal (comp. TF [23.06.2014] 4A_143/2014 consid. 4.1.2). En cas de demande en cessation d'actes de concurrence déloyale, le demandeur peut prendre pour conclusion la menace de la peine de l'art. 292 CP faute d'exécution.

1788. En cas d'exécution directe, la partie victorieuse peut s'adresser immédiatement à la personne chargée de l'exécution (selon le droit cantonal, par exemple le greffe), qui pourra requérir l'assistance de l'autorité compétente (art. 343 al. 3 CPC ; comp. TF [23.06.2014] 4A_143/2014 consid. 4.1.3 ; *infra*, p. 481). Elle déposera une attestation du caractère exécutoire de la décision (art. 336 al. 2 CPC).

1789. De son côté, la partie ayant succombé peut demander la suspension de l'exécution auprès du tribunal de l'exécution (art. 337 al. 2 CPC) lorsque des faits s'opposant à l'exécution de la décision se sont produits après la notification de celle-ci.

Exemples. L’art. 341 al. 3 CPC, applicable par renvoi de l’art. 337 al. 2 CPC, cite l’extinction et le sursis, qui doivent tous deux être prouvés par titre, la prescription ou la péremption de la prestation due.

1790. L’art. 267 CPC prévoit que le tribunal qui a ordonné les **mesures provisionnelles** prend également les dispositions d’exécution qui s’imposent. Il y a donc toujours exécution directe dans ce cas, sans requête particulière du demandeur.

1791. Les décisions prévoyant une **prestation conditionnelle** ou subordonnée à **contre-prestation** ne peuvent pas faire l’objet d’une exécution directe (comp. art. 342 CPC ; *infra*, p. 480). C’est également le cas, par définition, des **décisions étrangères**.

B. L’exécution sur requête

1. La requête

1792. Faute de mesures d’exécution dans la décision, il revient à la partie victorieuse de déposer une requête d’exécution devant le tribunal de l’exécution (art. 338 al. 1 CPC). Une telle requête est également envisageable si les mesures mentionnées dans la décision se révèlent insuffisantes. Si elles sont suffisantes, la requête est irrecevable, faute d’intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC ; *supra*, p. 293).

Exemple. La décision ordonne la restitution d’un bien, sous menace de la peine de l’art. 292 CP. Malgré une dénonciation pénale, la personne ayant succombé refuse de s’exécuter. La partie victorieuse pourrait requérir une exécution directe avec l’aide de la police (*infra*, p. 481).

1793. La requête doit permettre d’établir que les **conditions de l’exécution** sont réunies (*supra*, p. 402) et fournir les documents nécessaires (art. 338 al. 2 CPC). En particulier, le requérant déposera une attestation du caractère exécutoire de la décision (art. 336 al. 2 CPC).

1794. Sa forme est simple, elle peut même consister selon nous en une dictée au greffé dans les cas simples (art. 252, par renvoi implicite de l’art. 339 al. 2 CPC ; *supra*, p. 311).

2. La compétence matérielle

1795. Le tribunal de l'exécution (hors exécution directe, art. 236 al. 3, 267 et 337 CPC, *supra*, p. 477) et l'autorité compétente pour l'exécution sont désignés par le droit cantonal. Il s'agit :

Berne :

- Tribunal régional (art. 8 al. 1 LiCPM BE, 1^{re} phr. : pour les causes qui ne relèvent pas expressément de la compétence d'un autre tribunal) et police (art. 9 al. 1 let. e de la Loi sur la police du 10 février 2019 [LPol BE, RSB 551.1]).

Fribourg :

- Tribunal d'arrondissement (art. 51 al. 1 LJ FR) et police cantonale (art. 132 LJ FR).

Valais :

- Tribunal de district (art. 4 al. 2 let. a LACPC VS) et police cantonale (art. 6 LACPC VS).

Vaud :

- Juge de paix (art. 45 al. 1 CDPJ VD) et police (voir art. 20 Loi du 3 décembre 1940 sur la police judiciaire, LPJu).

Neuchâtel :

- Tribunal civil (art. 36 LI-CPC), sous réserve des compétences de la Cour civile (art. 16 al. 4, 41 al. 2 OJN) et police neuchâteloise (art. 36 al. 1 LI-CPC ; comp. TF [23.06.2014] 4A_143/2014 consid. 4.2.1).

Genève :

- Tribunal de première instance (art. 86 al. 2 let. c LOJ GE) et police (art. 1 al. 3 let. d de la Loi sur la police du 9 septembre 2014 [RSG F 1 05, LPol] ; tribunal des baux pour l'exécution des jugements ordonnant l'évacuation d'un locataire (art. 89 al. 2 LOJ GE).

Jura :

- Juge civil (art. 6 al. 1 LiCPC JU) et police (art. 13 LiCPC JU).

3. La compétence locale

1796. L'art. 339 al. 1 CPC prévoit des **fors impératifs** (*supra*, p. 69) en matière de mesures d'exécution ou de suspension de l'exécution :

- a. le domicile ou le siège de la partie ayant succombé ;
- b. le lieu où les mesures doivent être exécutées ;
- c. le lieu où la décision à exécuter a été rendue.

4. La procédure applicable et les conditions du prononcé d'exécution

1797. La requête d'exécution est jugée en **procédure sommaire** (art. 252 ss CPC ; *supra*, p. 254), quelle qu'ait été la procédure de jugement (TF [03.09.2013] 4A_298/2013 consid. 2.2, RSPC 2014 42).

1798. Le tribunal de l'exécution **examine** le caractère exécutoire d'**office** (art. 341 al. 1 CPC). Il fixe à la partie ayant succombé un bref délai pour se déterminer (art. 341 al. 2 CPC). Celle-ci peut contester le caractère exécutoire ou la preuve du caractère exécutoire de la décision.

Exemple. La partie ayant succombé fait valoir que la décision ne lui a pas été notifiée.

1799. Sur le fond, elle peut uniquement alléguer que des faits s'opposant à l'exécution de la décision se sont produits après la notification de celle-ci (art. 341 al. 3 CPC, qui cite l'extinction, le sursis, la prescription ou la péremption de la prestation due).

Exemples. La partie ayant succombé ne peut pas faire valoir que le tribunal était incompétent ou a violé son droit d'être entendu. Elle ne peut pas plus tenter de revenir indirectement sur ce qui a été jugé dans la procédure au fond par le biais d'objections matérielles (TF [03.09.2013] 4A_298/2013 consid. 3, RSPC 2014 42, avec note JEANDIN).

1800. L'extinction et le sursis doivent être prouvés par **titres** (voir art. 177 CPC ; *supra*, p. 374).

1801. Les décisions prévoyant une **prestation conditionnelle** ou subordonnée à **contre-prestation** ne peuvent être exécutées que lorsque le tribunal de l'exécution constate que la condition est remplie ou que la contre-prestation a été régulièrement offerte, exécutée ou garantie (art. 342 CPC).

1802. Les **frais** de l'exécution doivent être avancés par le requérant (art. 98 CPC). Ils sont supportés par la partie ayant succombé (art. 106 CPC). Sont

compris les frais de l'intervention du tiers en cas de mesure de substitution (art. 343 al. 1 let. e CPC).

5. Les mesures conservatoires

1803. L'art. 340 CPC prévoit que le tribunal peut ordonner des mesures conservatoires si l'exécution **risque d'être entravée** ou substantiellement compliquée. Si nécessaire, des mesures super-conservatoires peuvent être prises, sans audition préalable de la partie adverse. Elle doit ensuite être entendue à notre sens, et les mesures confirmées, modifiées ou supprimées (comp. art. 265 CPC).

6. Les mesures d'exécution

a. L'obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer

1804. Lorsque la décision prescrit une obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer, le tribunal de l'exécution peut (art. 343 al. 1 CPC) :

Avoir recours à une **contrainte indirecte** (let. a-c) :

- assortir la décision de la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP (let. a) ;
- prévoir une amende d'ordre (en faveur de l'Etat, Message CPC, p. 6992 ; faute d'exécution, le juge ordonne l'amende à la demande du requérant) de CHF 5000.– au plus (let. b) ;
- prévoir une amende d'ordre (en faveur de l'Etat, Message CPC, p. 6992 ; faute d'exécution, le juge fixe l'amende à la demande du requérant, comp. TF [03.09.2013] 4A_298/2013, RSPC 2014 42 ; comp. en matière de mesures superprovisionnelles ATF 142 III 587) de CHF 1000.– au plus pour chaque jour d'inexécution (let. c) ;

Avoir recours à une **contrainte directe** (let. d) :

- prescrire une mesure de contrainte telle que l'enlèvement d'une chose mobilière (TF [03.09.2013] 4A_298/2013, RSPC 2014 42) ou l'expulsion d'un immeuble (TF [17.12.2013] 4A_391/2013). La personne chargée de l'exécution (selon le droit cantonal ; il s'agira

souvent du greffe ou d'un huissier) peut requérir l'assistance de l'autorité compétente (art. 342 al. 2 CPC ; *supra*, p. 479).

Exemple. A l'échéance du délai fixé pour le départ du locataire récalcitrant, le greffe demande à la police de procéder à l'expulsion (TF [17.12.2013] 4A_391/2013).

Avoir recours à une **mesure de substitution** (let. e) :

- ordonner l'exécution de la décision par un tiers.

1805. Cette liste est **exhaustive** (contrairement à ce que prévoyait le projet du Conseil fédéral ; Message CPC, p. 6992). Le CPC ne prévoit pas les **astreintes** – somme versée par jour de retard en faveur de la partie ayant requis l'exécution – (comp. art. L131-1 à L131-4 ; L421-1 à L421-2 ainsi que R131-1 à R131-4 du Code français des procédures civiles d'exécution ; art. 332 al. 1 let. c AP-CPC). Les astreintes, dont le montant approprié est fixé par le juge, ne sont pas limitées dans le temps. Quant à la **confiscation** ou la **destruction** d'objets violant les droits du demandeur, elles consistent en de véritables prétentions (art. 63 LDA ; 57 LPM) et doivent faire l'objet de conclusions dans la procédure au fond.

1806. Les mesures doivent respecter le principe de **proportionnalité**. En particulier, la décision d'exécution doit fixer un **délai** à la partie ayant succombé pour s'exécuter spontanément, faute de quoi la mesure sera exécutée.

1807. Le tribunal peut combiner plusieurs mesures, en une ou plusieurs ordonnances (Message CPC, p. 6992) en particulier prévoir des mesures **subsidiaires**.

Exemple. Le tribunal ordonne la création du droit de passage nécessaire dans les trente jours, sous menace de la peine d'amende prévue par l'art. 292 CP (contrainte indirecte). A défaut, il prévoit que le demandeur pourra faire appel à un tiers pour la création dudit droit (mesure de substitution).

1808. La partie ayant succombé et les tiers sont tenus de fournir tous renseignements utiles et de tolérer les perquisitions nécessaires (art. 343 al. 2 CPC ; comp. art. 91 et 222 LP). Elle doit coopérer à la procédure (TF [23.06.2014] 4A_143/2014 consid. 4.2.2).

Exemples. Le locataire expulsé doit coopérer à l'enlèvement des biens et à leur prise en charge selon les modalités décidées par les autorités compétentes (TF [23.06.2014] 4A_143/2014 consid. 4.2.2) ; le propriétaire qui se voit imposer la création d'un droit de passage doit tolérer l'accès à son fond pour sa réalisation ;

le voisin doit renseigner la police souhaitant savoir si le véhicule qui doit être restitué se trouve dans le garage mitoyen ; sur demande, une banque (Message CPC, p. 6992) doit indiquer si elle détient les bijoux ou les actions, objets de l'exécution.

1809. Les **frais** sont à la charge de la personne ayant succombé (art. 106 al. 1 CPC ; *supra*, p. 480). Le demandeur peut être requis d'en faire l'avance, conformément à l'art. 98 CPC.

Développement. La doctrine retient, en accord avec la pratique, que les frais comprennent le coût des opérations du greffe, de la police et des auxiliaires, p. ex. les frais de déménageurs, de serruriers et de garde-meuble (BSK ZPO-DROESE, art. 339 N 19 ; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 339 N 12 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 236 N 40 ; CR CPC-JEANDIN, art. 339 N 8 ; SHK ZPO-BOMMER, art. 339 N 5 ; STAEHELIN in Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 28 N 35). Les mesures d'exécutions représentent en effet une tâche officielle, qui relève du droit public cantonal (TF [23.06.2014] 4A_143/2014 consid. 4.1.3, 4.2.2).

b. Les déclarations de volonté

1810. Lorsque la condamnation porte sur une déclaration de volonté, la décision tient lieu de déclaration dès qu'elle devient exécutoire (art. 344 al. 1 CPC).

Exemples. Tel est le cas d'une décision portant sur une demande visant à l'attribution de la propriété d'un immeuble (art. 665 CC) ou au transfert d'actions nominatives. On peut aussi mentionner la décision condamnant une partie à offrir la conclusion d'un bail à un tiers en vertu d'une stipulation pour autrui (TF [17.02.2014] 4A_520/2013 consid. 4, RSPC 2014 321). Dans cette hypothèse, le juge de l'exécution communiquera la décision aux tiers locataires ou autorisera la partie victorieuse à le faire.

1811. Quand la déclaration concerne une inscription dans un registre public, tel que le registre foncier ou le registre du commerce, le tribunal qui a rendu la décision donne les instructions nécessaires à la personne chargée de tenir le registre (art. 344 al. 2 CPC).

c. Les dommages-intérêts et prestations en argent

1812. La partie qui a obtenu gain de cause peut procéder par la voie d'une **procédure de taxation** (art. 345 CPC), soumise à la voie sommaire et

supposant le respect du droit d'être entendu de la partie ayant succombé, pour obtenir :

- des **dommages-intérêts**, si la partie ayant succombé n'exécute pas les mesures prescrites par le tribunal (let. a), peu importe que l'exécution soit encore possible ou non. Elle suppose la preuve de la valeur de la prestation inexécutée (p. ex la valeur du tableau au moment de l'exécution, y compris intérêts). La décision fixant les dommages-intérêts ne remplace pas l'exécution réelle. Seul le paiement effectif a valeur d'exécution.

Exemple. Les actions revendiquées sont introuvables ou la partie ayant succombé refuse de les remettre ; le bien a été brûlé le jour de l'exécution.

- la **conversion** de la prestation due en une prestation en argent (let. b), dont le tribunal de l'exécution détermine le montant (art. 345 al. 2 CPC). Il correspond au montant des dommages-intérêts de la lettre a (Message CPC, p. 6993). Cette voie n'est pas subsidiaire ; elle ne suppose pas d'avoir entrepris des mesures de contrainte au préalable (comp. Message CPC, p. 6993), mais bien une démarche privée auprès de la partie ayant succombé.

Controverse. La question se pose de savoir si la conversion peut intervenir comme mesure d'exécution directe. Le Message CPC, p. 6993, l'admet, au contraire d'une partie de la doctrine, compte tenu du caractère très incisif de l'institution (CR CPC-JEANDIN, art. 345 N 12 ; ZK ZPO-STAEHELIN, art. 345 N 6). En toute hypothèse, l'institution de la conversion est discutable dans la mesure où elle relève manifestement du droit matériel (CR CPC-JEANDIN, art. 345 N 11), à moins de biffer toute différence avec les dommages-intérêts de la lettre a (BK ZPO-KELLERHALS, art. 345 N 19).

d. Le recours de tiers

1813. L'art. 346 CPC prévoit que les tiers peuvent former un recours (art. 319 ss CPC ; *supra*, p. 441 ss) contre les décisions d'exécution qui portent atteinte à leurs droits.

Exemples. Un avocat considère que les informations qu'on lui ordonne de fournir portent atteinte au secret professionnel (art. 13 LLCA ; 321 al. 1 CP ; 166 al. 1 let. b CPC) ou un banquier considère que les informations requises à propos de l'un de ses clients le pousseraient à violer un secret protégé notamment par l'art. 47 de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 [LB, RS 952.0] (ATF 142 III 116 consid. 3.1).

Bibliographie sommaire

Ouvrages généraux

SAMUEL BAUMGARTNER/ANNETTE DOLGE/ALEXANDER R. MARKUS/KARL SPÜHLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht mit Grundzügen des internationalen Zivilprozessrechts, 10^e éd., Berne 2018

STEPHEN V. BERTI, Einführung in die schweizerische Zivilprozessordnung, Bâle 2011

FRANÇOIS BOHNET (éd.), Procédure civile suisse : les grands thèmes pour le praticien, Neuchâtel 2010

FRANÇOIS BOHNET, La procédure civile en schémas, Bâle/Neuchâtel 2014

FRANÇOIS BOHNET, Commentaire pratique Actions civiles, 2 vol., 2^e éd., Bâle 2018

FRANÇOIS BOHNET/ANNE-SYLVE DUPONT (éd.), Dix ans de Code de procédure civile, Bâle/Neuchâtel 2020

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

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

ULRICH HAAS/RETO MARGHITOLA (éd.), Fachhandbuch Zivilprozessrecht, Zurich 2020

WALTER J. HABSCHEID, Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., Genève 1981

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

JACQUES HALDY, Procédure civile suisse, Bâle 2014

Bibliographie sommaire

DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2^e éd., Berne 2015

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

NICOLAS JEANDIN/AUDE PEYROT, Précis de procédure civile, Genève/Zurich/Bâle 2015

MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts : nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 4^e éd., Berne 1984

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

ISAAK MEIER (avec MIGUEL SOGO), Schweizerisches Zivilprozessrecht – Eine kritische Darstellung aus Sicht von Lehre und Praxis, Zurich 2010

HANS ULRICH WALDER-RICHLI/BEATRICE GROB-ANDERMACHER, Zivilprozessrecht, 5^e éd., Zurich 2009

THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3^e éd., Zurich 2017

HENRI-ROBERT SCHÜPBACH, Traité de procédure civile, Volume premier : Introduction, Zurich 1995

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

DANIEL WILLISEGGER, Grundstruktur des Zivilprozesses, Zurich 2012

Révision du CPC

FRANÇOIS BOHNET, Avant-projet de révision du CPC : vite fait, (pas très) bien fait, Plaidoyer 2018/4 31 ss

FRANÇOIS BOHNET/SANDRA MARIOT, La vidéoconférence et le projet de révision du CPC, RSPC 2020 179 ss

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

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

MIRCO CEREGATO, Der Vorentwurf zur Revision der Schweizerischen Zivilprozessordnung – Übersicht und Würdigung: Vorentwurf ZPO-Revision vom 2. März 2018, Jusletter du 10 septembre 2018

ANDREA DOMANIG, Revision der ZPO : aktueller Stand der Vorlage und Überblick über die geplanten Änderungen, Jusletter du 17 juin 2019

ISAAK MEIER, Mitwirkungsverweigerungsrecht für Rechtsdienste als Schutz vor Klagen von Geschädigten ? : ein Beitrag zur laufenden ZPO-Revision, PJA 2020 1168 ss

ARNOLD MARTI, ZPO-Revision : minimale Korrekturen beim Kostenvorschussrecht können das Recht auf Zugang zur Zivilgerichtsbarkeit nicht gewährleisten, Revue de l'avocat 2021 17 ss

Commentaires du CPC

CIPRIANO ALVAREZ et AL., Art. 1-352 und Art. 400-406 ZPO. Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2 vol., Berne 2013 (BK ZPO-AUTEUR)

BAKER & MCKENZIE (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, Stämpfli Handkommentar, Berne 2010

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

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

ISABELLE CHABLOZ/PATRICIA DIETSCHY/MICHEL HEINZMANN (éd.), Petit commentaire du CPC, Bâle 2020 (PC CPC-AUTEUR)

Bibliographie sommaire

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

MYRIAM GEHRI/INGRID JENT SÖRENSEN/MARTIN SACHBACH (éd.), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2^e éd., Zurich 2015

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

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

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

FRANCESCO TREZZINI/STEFANO FORNARA/BRUNO COCCHI/GIORGIO A. BERNACONI/FRANCESCA VERDA CHIOCCHETTI, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, 2 vol, 2^e éd., Pregassona 2017 (Commentario CPC-AUTEUR)

Commentaires de la LTF

BERNARD CORBOZ†/ALAIN WURZBURGER/PIERRE FERRARI/JEAN-MAURICE FRÉSARD/FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF (Loi sur le Tribunal fédéral), 2^e éd., Berne 2014

YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire, Berne 2008

MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER (éd.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz (BGG), 3^e éd., Bâle 2018

HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2^e éd., Berne 2015

Index

A

Abandon de cause 261

Abus de droit 230

– cas clair 422

Acceptation tacite 81

Accès à la justice

– assistance judiciaire 195

– convention internationale 14

– droit 109

Acquiescement 403

Actes

– authentique 390

– forme 161

– introductifs d’instance 307

– notification 300

– parties 307

– réponse 312

– tribunal 300

Action

– annulation du congé 118, 170, 176, 235, 252

– classification 113

– concept 110

– concours 78, 97

– condamatoire 115

– cumul 97, 76

– de groupe 137

– des organisations 121

– échelonnée 326

– en constat 114, 293

– en paiement 324

– en paternité 136, 148, 170, 253

– formatrice 114

– non chiffrée 325

– partielle 327

– reconventionnelle 292, 314

– sociale 120

Administration des preuves 384

Affaire commerciale 94

Agent d’affaires 126

Aliénation de l’objet du litige
141

Allégation des faits 308

– contestation 332, 334

– modification 319

– motivation 236

– nouveaux 319

Annulation du congé 118, 170,
176, 235, 252

Appel 429

- décision 440
- décisions attaquables 429
- délai 434
- déroulement 436
- effets 435
- forme 430
- motifs 430
- pouvoir d’examen 439
- qualité et intérêt 429

Appel en cause 151

Application du droit d’office
242, 396

Apport des faits et des preuves
235

Appréciation des preuves 389

- anticipée 364

Arbitrage 204

- international 207
- interne 205

Arbitraire 442, 460

Assistance judiciaire 195

Audience

- citation 339
- d’instruction 340
- de débats 341

Audition 371

Augmentation des conclusions
329

Authenticité d’un titre 376

Autorisation de procéder 272,
288

Autorité

- de conciliation 264
- de protection de l’enfant et de
l’adulte 41

Autorité de la chose jugée 296

Avance de frais 292

Aveu 382

Avocat 125

B

Berne 43

Bien-fondé 154, 294, 344, 394

Bonne foi 130, 230

C

Capacité

- d’ester en justice 122, 290

- d’être partie 116, 290
- de discernement 122, 333, 388
- de postuler 291
- Cas clair 419
- cautio judicatum solvi* 192
- Caviardage 385
- Centre de gravité 7
- Champ d’application
 - matériel 17
 - temporel 22
 - territorial 22
- Charge de la preuve 361
- Citation 339
- Class action* 138
- Clôture des débats 346
- Code de procédure civile 16
- Collaboration
 - à la preuve 390
 - entre tribunaux 57
- Collision de compétence 97
- Communauté
 - héréditaire 117
 - sans personnalité 116
- Compensation 98
- Compétence
 - examen 102, 105
 - fonctionnelle 103
 - locale 65
 - matérielle 93
 - notion 33
- Conciliation 263
 - audience 270
 - autorisation de procéder 272
 - autorité 264
 - champ d’application 263
 - comparution personnelle 269
 - déroulement 268
 - fin 271
 - litispendance 255
 - notion 263
 - preuves 271
 - procédure 267
 - proposition de jugement 273
- Conclusions
 - alternatives 137
 - chiffrées 324
 - modification 329
 - reconventionnelles 292, 312
 - subsidiaires 137, 235

Concours d'actions 78, 97

Conditions de recevabilité 277

– relative à l'action 293

– relative à l'instance 281

Conduite du procès 275

Connexité 287

Consortité

– nécessaire 133

– simple 131

– subsidiaire 133

Contentieux 17

Contestation

– fardeau 236, 332, 334

Contre-preuve 332, 343

Convention 10

– européenne des droits de
l'homme 10

– de La Haye 13

– de Lugano 12

Conviction v. degré de la preuve

Courrier

– recommandé 301

– simple 301

Coût du procès 181

Cumul d'actions 76, 97

– objectif 77

– subjectif 76, 131

D

Débats 339

– clôture 346

– principaux 341

Débours 185

Déchéance 171

Décision 393

– autorité de conciliation 274

– communication 398

– contenu 397

– élaboration 395

– finale 394

– incidente 394

– interprétation/rectification 400

– motivation 398

– partielle 394

– préjudicielle 394

Déclaration de partie 382

Défaut 356

Défense 330

– au fond 331

– de procédure 330

Définition (procédure civile) 1

Degré de la preuve 386

- certitude 386
- haute vraisemblance 386
- vraisemblance 387

Délais 170

- computation 174, 347
- condition de recevabilité 299
- contestation 299
- de déchéance 171
- de garde 301
- de péremption 170
- de prescription 171
- de procédure 347
- interruption 175
- judiciaires 352
- légaux 351
- modification 351
- péremptoires 351
- prolongation 351
- restitution 354
- suspension 175

Demande

- procédure ordinaire 308
- procédure simplifiée 310

- recevabilité formelle 290
- reconventionnelle 292, 314

Déni de justice 167, 228

Dénonciation d'instance 155

Dépens 185

Déposition de partie 383

Désistement 403

Dessaisissement 393, 402

Devoir d'interpellation

- renforcé 241
- simple 240

Dispositif 397

- autorité de la chose jugée 296
- interprétation 400

Division de cause 277

Document v. titre

Dossier

- droit d'accès 219

Dreigliedriger Streitgegenstand
7

Droit

- d'accès au dossier 219
- d'être entendu 219
- de réplique inconditionnel 220

- devant le TF 468
- en appel 439
- en recours 445
- examen d’office 242, 396
- transitoire 22

Droit à la preuve 363

Duplicque

- procédure ordinaire 315
- procédure simplifiée 317
- procédure sommaire 319

E

Echange des écritures 308 ss

Effet suspensif

- appel 435
- recours 444
- recours constitutionnel subsidiaire 471
- recours en matière civile 466
- révision 448

Egalité des parties 219

Eingliederter Streitgegenstand 7

Election de for 78

Emolument 183

Enfants

- capacité d’ester 122

- capacité de témoigner 369

- majeur 253

- maxime d’office 234

- maxime inquisitoire 238

- procédure simplifiée 253

- représentation 158

Entraide judiciaire 57

Entrée en force 296

Erreur 404, 447

Etablissement 72

Evocation en garantie v. appel en cause

Exception v. *aussi* autorité de la chose jugée, compétence, compensation, litispendance

- de droit civil 335

- de procédure 331

Exécution forcée 477

- tribunal 479

- directe 477

- sur requête 478

Exigibilité 336

Expert 380

Expertise 379

Expertise privée 374

Expulsion 252, 422, 477

F

Faillite 20, 120, 144, 388, 475

Faits

- actes des parties 307
- allégation (maximes) 235
- contestation 332
- de double pertinence 105, 117
- dirimants 333
- extinctifs 333
- futurs 359
- générateurs 332
- modification 319
- notoires 360
- nouveaux 319
- pertinents 360

Falsus procurator 128, 133

Fardeau

- de l'allégation 235
- de la contestation 332, 334
- de la preuve 332

Féries 353

Fin de non-recevoir 330

Fixation du for 256

Fixationswirkung 256

Fonctions de la procédure civile
2

Formalisme excessif 167

Forme 161

Forme électronique 163

Fors 68

- acception tacite 81
- actes illicites 90
- bail 87
- commercial 91
- concours d'actions 78
- concurrence déloyale 90
- confiance 90
- consommation courante 89
- contrat 87
- *culpa in contrahendo* 90
- cumul d'actions 76
- détermination 92
- dispositifs 70
- élection de for 78
- enrichissement illégitime 90
- établissement 72
- examen 105
- famille 85
- fixation 256

- gracieux 83
- immeubles 86
- impératif 69
- mesures provisionnelles 82
- meubles 87
- ordinaire 71
- partiellement impératif 70
- personnes 85
- poursuites 92
- propriété intellectuelle 90
- reconvention 74
- succession 85
- succursale 72
- travail 88
- véhicule 91

Forum

- *non conveniens* 71
- *shopping* 71
- *running* 71

Frais 181

- assistance judiciaire 195
- avance 292
- dépens 185
- gratuité 186
- judiciaires 183
- répartition 187
- sûretés 192

Fribourg 45

G

Garanties

- constitutionnelles 14, 217
- générale de procédure 217

Genève 53

Gracieux 18

- for 83

Gratuité 186

H

Hearsay 366

Histoire

- CPC 16
- procédure civile 9

Hoirie 117

Huis clos 221

I

Immunité 281

Importance de l'affaire 99

Incident v. décision incidente

Indépendance et impartialité 58

Indice 364

Indigence 196

Inspection 378

Instance

– cantonale unique 39

– fin 260

– introduction 255

– lien 129

Intérêt à agir 293

Interpellation

– simple 240

– renforcée 241

Interprétation

– arrêt TF 472

– conclusions 230

– décision CPC 400

– méthodes 24

Interrogatoire 383

Intervention forcée

– appel en cause 151

– dénonciation d’instance 155

Intervention volontaire

– accessoire 148

– principale 146

Introduction de l’instance 255

Irrecevabilité v. conditions de recevabilité

Iura novit curia 242, 396

J

Jonction de cause 277

Juge

– indépendance et impartialité 58

– rôle 275

Jura 55

Juridiction v. organisation judiciaire

– contentieuse 17

– gracieuse 18

Justice de paix 39, 46, 47, 53

Justicia 4.0 163

K

Kernpunkttheorie 7

Klagerecht 111

L

Langue du procès 276

Légitimation 129

Libération de dette 19, 64, 171, 264, 299, 476

Lien d'instance 129

Litispendance 255

– absence de 285

– fin 260

– maintien 257

M

Maintien de la litispendance 257

Mal-fondé v. bien-fondé

Mandataire 124

– professionnellement qualifié
126

Maxime

– de disposition 233

– d'office 234

– de concentration 246

– des débats 235

– d'immédiateté 246

– éventuelle 246

– inquisitoire 238

– inquisitoire sociale 238

Médiation 208

– notion 208

– processus 212

– sources 210

Mesures d'exécution 481

Mesures provisionnelles 405

– for 82

Mesures superprovisionnelles
411

– appel 429

– recours 442

Mise à ban 254

Modalité du procès 243

Modification

– conclusions 329

Motifs v. appel, recours, recours
en matière civile, recours
constitutionnel subsidiaire,
révision

Motivation

– décision 398

– demande 236

Moyens de défense 330

– au fond 331

– de procédure 330

Moyens de preuve 365

N

Nature (procédure civile) 8

Nature de l'affaire 93

Ne ultra petita 323

Neuchâtel 41

Notification 300

– à l'étranger 303

– convention internationale 12

– édictale 304

Nova 319

O

Objections 333

Objet de la preuve 359

Objet du litige 5, 233, 322

– aliénation 141

– concepts 7

– détermination 233

Obligation de témoigner 369

Obligation naturelle 299

Offre de preuve 308, 319

Ohne-Not-Praxis 439

Oralité et écrit 243

Ordonnance de preuves 343

Ordonnances 393

Organisation judiciaire

– cantonale 38

– fédérale 35

Ouï-dire 366

Ouverture d'action v.
introduction de l'instance

P

Participation de tiers 145

Parties 129

– décès 116

– déposition 383

– interrogatoire 383

Péremption 170

Perpetuatio fori 256

Personne morale 117, 123, 197
269 290, 382

Plaidoiries 344

– écrites 345

Premières plaidoiries 342

Prescription 171

– calcul 174

– interruption et suspension 175

Présomption 332

– acte authentique 390

– registre officiel 390

Prätendentenstreit 294

Preuve à futur 413

Preuves

- acte authentique 390
- administration 344, 384
- appréciation 389
- charge 361
- collaboration 369, 376, 390
- contre-preuve 332, 343
- convention des parties 8
- convention internationale 13
- degré 386
- droit 363
- du contraire 334
- fardeau 332, 361
- illicite 374
- moyen 365
- objet 359
- offre 308, 319
- ordonnance 343
- registre officiel 390

Principe

- de bonne foi 230
- de célérité 228
- de procédure 233
- de publicité 221
- de disposition 233

Procédure

- conciliation 263

- contentieuse 17
- d'exécution 477
- gracieuse 18
- ordinaire 251
- simplifiée 252
- sommaire 254

Procédure civile fédérale 17, 21

Procès

- déroulement 215
- équitable 219
- principes directeurs 233
- simplification 277

Procès-verbal

- dictée des actes 162, 308, 310
- témoin 372
- tenue 304
- transaction 403
- vision locale 378

Procuration 127, 269

Proposition de jugement 273

Prorogation de for 78

Protection collective 137

Protection *post mortem* 116

Prozessrechtsverhältnis 129

Prozessstandschaft 119

– *gewillkürte* 120

Pseudo-nova 322

Publicité 221

Q

Qualité

– pour agir et pour défendre 118

R

Ratification 124, 290, 291

Recevabilité v. conditions de recevabilité

Rechtsschutzanspruch 111

Reconvention 292, 312

Recours 441

– décision 445

– décisions attaquables 441

– délai 443

– déroulement 444

– effets 444

– forme 443

– motifs 442

– pouvoir d'examen 445

– qualité et intérêt 442

Recours constitutionnel subsidiaire 469

– décision 472

– décisions attaquables 469

– délai 471

– déroulement 471

– effets 471

– forme 470

– motifs 469

– pouvoir d'examen 471

– qualité et intérêt 469

Recours en matière civile 450

– décision 468

– décisions attaquables 451

– délai 466

– déroulement 467

– effets 466

– forme 462

– motifs 460

– pouvoir d'examen 468

– qualité et intérêt 458

Récusation 59

Reformatio in peius 234

– en appel 439

– en recours 445

Registre officiel 390

Renseignements écrits 381

Répartition des frais 187

Réplique et duplique

– procédure ordinaire 315

– procédure simplifiée 317

– procédure sommaire 319

Droit inconditionnel 220

Réponse

– conciliation 267

– procédure ordinaire 312

– procédure simplifiée 316

– procédure sommaire 318

Représentation 123

– conventionnelle 124

– de l'enfant dans le divorce 158

– légale 123

– statutaire 123

Requête

– conciliation 307

– divorce 307

– procédure sommaire 311

Réviation

– CPC 446

– LTF 473

Rügeprinzip 243, 472

S

Secret 384

Simplification du procès 277

Société simple 117

Solidarité 132, 135, 151

Sources (procédure civile) 10

Sperrwirkung 256

Subrogation 143

Subsidiarité

– consorité 133

– recours 428

– recours constitutionnel 469

– révision 428

Subsomption 396

Substanziierungspflicht 236, 308

Substitution des parties 140

Succursale 72, 117

Sûretés 192

Suspension

– conciliation 271

– délais 353

- procès 211
- requête 393

Syllogisme 396

T

Témoignage 366

Théorie matérielle 7

Titre 374

- authenticité 376
- examen 377
- licéité 374
- production 376

Traités internationaux v.
convention

Transaction 403

Tribunaux

- cantonaux 38
- collaboration 57
- de commerce 40
- fédéraux 35

U

Ultra petita 323

Unification (histoire) 16

Urgence

- mesures provisionnelles 409

- mesures superprovisionnelles 411

- preuve à futur 414

Usage 360

V

Vacances judiciaires 353

Valais 51

Valeur litigieuse 99

Vaud 48

Vice du consentement 404, 447

Vision locale 378

Vraisemblance 387

- haute 386
- simple 387

Z

Zweigliedriger Streitgegenstand 7

