

LE DROIT DE RÉPLIQUE

LE DROIT DE RÉPLIQUE

Edité par
François Bohnet

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

unine

UNIVERSITÉ DE
NEUCHÂTEL

FACULTÉ DE DROIT

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

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

ISBN 978-3-7190-3482-5

© 2013 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

Préface

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel propose chaque année, en collaboration avec le CEMAJ, une journée de formation continue destinée aux avocats, notaires, magistrats et juristes. Elle est organisée avec le soutien de l'Ordre des avocats neuchâtelois et de la Chambre des notaires neuchâtelois et s'articule autour d'un thème général, décliné dans divers domaines du droit.

La journée 2013 est consacrée au droit de réplique. Ce droit, tiré de l'article 6 CEDH, entraîne depuis plusieurs années et après de nombreuses condamnations de la Suisse par la Cour EDH, une adaptation par touches successives de la manière de concevoir la prise de position des parties sur tout nouvel élément au dossier.

Le thème abordé dans cet ouvrage est donc d'une grande actualité. L'approche est également originale, puisqu'elle se veut transversale. Après une première contribution qui rappelle les fondements du droit de réplique, que l'on qualifie désormais d'inconditionnel, les modalités de ce droit sont abordées tant en droit public qu'en droit des assurances sociales, en procédure civile et en procédure pénale.

La Faculté de droit et le CEMAJ tiennent à remercier ici les auteurs et les participants au colloque, ainsi que Mesdames Anouk Gillibert, Mary-Claire Girola et Sylvia Staehli pour l'élaboration du manuscrit et l'organisation de la journée.

François Bohnet

Sommaire

Roxane Schaller et Pascal Mahon
Assistant et professeur à l'Université de Neuchâtel
Le droit de réplique : un aller-retour sans fin entre
Strasbourg et Lausanne ? 1

Eloi Jeannerat et Pascal Mahon
Assistant et professeur à l'Université de Neuchâtel
Le droit de répliquer en droit public et en procédure administrative
en général 29

Anne-Sylvie Dupont
Avocate, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel
Le droit de réplique en assurances sociales 83

François Bohnet
Professeur à l'Université de Neuchâtel
Le droit de réplique en procédure civile 151

Yvan Jeanneret
Professeur à l'Université de Neuchâtel
Le droit de réplique en procédure pénale 169

Abréviations

ACEDH	Arrêt de Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg
aPPF	ancienne Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale
aOJ	ancienne Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BGE	= ATF
BK	Berner Kommentar
BO	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale
BSK	Basler Kommentar
BV	= Cst.
c.	contre
CCst/VD	Cour constitutionnelle vaudoise
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ratifiée le 28 novembre 1974 (RS 0.101)
cf.	comparer (conferre)
ch.	chiffre(s)

Abréviations

CIM	Classification internationale des maladies
CN	Conseil national
CNA	Caisse nationale d'assurance-accidents (SUVA)
Comp.	comparer
consid.	considérant(s)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
Cpa/JU	Loi jurassienne de procédure et de juridiction administrative et constitutionnelle du 30 novembre 1978 (Code de procédure administrative ; RSJU 175.1)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPJA/FR	Code fribourgeois de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (RSF 150.1)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CR	Computer und Recht
CSD	Code suisse de déontologie (de la Fédération suisse des avocats)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst./BE	Constitution du Canton de Berne du 6 juin 1993 (RS 131.212)
Cst./FR	Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (RS 131.219)
Cst./GE	Constitution de la République et Canton de Genève du 14 octobre 2012 (RSG A 2 00)

Abréviations

Cst./JU	Constitution de la République et Canton du Jura du 20 mars 1977 (RS 131.235)
Cst./VD	Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003 (RS 131.231)
DFE	Département fédéral des finances
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DSM	Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	et caetera
FF	Feuille fédérale
FJJ	Fichier de jurisprudence du Tribunal cantonal [jurassien]
FMH	Fédération des médecins suisses
Ib.	ibidem
in	dans
infra	ci-dessous
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAB	Jurisprudence administrative bernoise
JdT	Journal des tribunaux
KGer/ZH	Kantonsgericht Zürich
LAA	Loi sur l'assurance-accidents du 21 mars 1981 (RS 832.20)

Abréviations

LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837)
LAFam	Loi sur les allocations familiales du 24 mars 2006 (RS 836.2)
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (RS 831.20)
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LAPG	Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations perte de gain (RS 834.1)
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251)
LCAT/NE	Loi cantonale neuchâteloise sur l'aménagement du territoire du 2 octobre 1991 (RSN 701.0)
LCAT/JU	Loi jurassienne sur les constructions et l'aménagement du territoire du 25 juin 1987 (RSJU 701.1)
let.	Lettre
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LPA/GE	Loi genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (RSG E 5 10)
LPA-VD	Loi vaudoise sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 (RSV 173.36)
LPC	Loi fédérale du 19 mars 1965 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.10)

Abréviations

LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS 235.1)
LPers.	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS 172.220.1)
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPJA/NE	Loi neuchâteloise sur la procédure et la juridiction administratives du 27 juin 1979 (RSN 152.130)
LPJA/BE	Loi bernoise sur la procédure et la juridiction administratives du 23 mai 1989 (RSB 155.21)
LPJA/VS	Loi valaisanne sur la procédure et la juridiction administratives du 6 octobre 1976 (RS/VS 172.6)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LSA	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (RS 961.01)
LSGAF	Loi genevoise sur la surveillance de la gestion administrative et financière et l'évaluation des politiques publiques du 19 janvier 1995 (RSG D 1 10)
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (RS 173.110)
n.	note
N	numéro(s) de paragraphe
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OGer/ZH	Obergericht Zürich
OGr/SH	Obergericht Schaffhausen
OPGA	Ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales

Abréviations

OSites	Ordonnance fédérale sur l'assainissement des sites pollués du 26 août 1998 (RS 814.680)
p. / pp.	page(s)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
par.	paragraphe(s)
PCF	Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle
RAI	Règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RS 831.201)
RDS	Revue de droit suisse
REAS	Responsabilité et assurance
réf.	référence(s)
Req.	Requête
RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
ROTC-VD	Règlement organique du Tribunal cantonal (vaudois) du 13 novembre 2007 (RSV 173.31.1)
RPS	Revue pénale suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle

Abréviations

RSB	Recueil systématique des lois bernoises
RSG	Recueil systématique genevois
RSJU	Recueil systématique du droit jurassien
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
LS	Zürcher Loseblattsammlung
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RSPC	Revue suisse de procédure civile
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
RS/VS	Recueil systématique des lois valaisannes
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SJ	Semaine judiciaire
s. / ss	et suivant(e) / et suivant(e)s
SMR	Service médical régional
spéc.	spécialement
SPECT	Single photon emission computed tomography
StPO	= CPP
supra	ci-dessus
TA	Tribunal d'arrondissement ou tribunal administratif
TAF	Tribunal administratif fédéral
TC	Tribunal cantonal
CS/BE	Cour suprême du canton de Berne
TC/FR	Tribunal cantonal du canton de Fribourg
TC/JU	Tribunal cantonal du canton du Jura

Abréviations

TF	Tribunal fédéral
VGer/SG	Verwaltungsgericht St. Gallen
VGr/LU	Verwaltungsgericht Luzern
VGr/ZH	Verwaltungsgericht Zürich
VwVG	= PA / LPA
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZBJV	= RJB
ZPO	= CPC
ZK	Zürcher Kommentar

Le droit de réplique en procédure civile

par

François Bohnet

Professeur à l'Université de Neuchâtel

Introduction	152
I. Droit de réplique et procédure civile	152
A. Le droit d'être entendu : en général	152
B. Le droit de réplique : en particulier	154
1. La portée	154
2. L'exercice	157
II. Droit de réplique dans les diverses procédures	159
A. La procédure de conciliation.....	159
B. La procédure ordinaire.....	161
C. La procédure simplifiée.....	163
D. La procédure sommaire.....	164
E. La procédure d'appel.....	166
F. La procédure de recours.....	166
III. Conclusion.....	167

Introduction

1. Depuis quelques années, la question du droit de réplique occupe fréquemment les tribunaux. Sa portée est peu à peu définie, par touches jurisprudentielles successives. Si le sujet est d'actualité, il n'est pas nouveau. OSKAR BÜLOW, pionnier du droit de procédure civile contemporain, enseignait déjà le principe du droit de réplique dans son cours de 1868, en puisant dans les sources du droit commun : « *Eines Mannes Rede ist keines Mannes Rede. Es muss jeder Partei gleichmässig Gelegenheit gegeben werden, ihr Recht darzulegen. Daber darf keinen Parteienantrage stattgegeben werden, bevor dem Gegner die Gegenerklärung darüber zugelassen worden ist, contra inauditam partem nihil definiti potest. Daber müssen alle Anträge, Klage, Gegenbitte, Beweis, Repliken, Exekutionsanträge dem Gegner mitgeteilt werden, bevor das Gericht entscheiden kann* ». ¹
2. Le présent article se penche sur la portée du droit de réplique en procédure civile. Notre analyse impose un examen croisé des dispositions du Code de procédure civile et du droit de réplique dans son expression constitutionnelle et conventionnelle, dont la portée est détaillée dans la première contribution de cet ouvrage². La première partie de l'exposé traite de la problématique générale du droit de réplique en procédure civile. La deuxième, de la portée du droit de réplique dans les diverses procédures organisées par le CPC. Il se termine par une conclusion sous forme de synthèse.

I. Droit de réplique et procédure civile

A. Le droit d'être entendu : en général

3. Le droit d'être entendu est consacré, au niveau constitutionnel suisse, à l'art. 29 al. 2 Cst. Il trouve son expression en procédure civile devant les instances cantonales à l'art. 53 al. 1 CPC, qui reprend la formulation de

¹ BÜLOW OSKAR, *Gemeines deutsches Zivilprozessrecht*, Vorlesungsnachschrift von L. Fechler, aus dem Wintersemester 1868/69, Tübingen 2003, 157.

² MAHON PASCAL/SCHALLER ROXANE, *Le droit de réplique : un aller-retour sans fin entre Strasbourg et Lausanne ?*, p. 1 ss.

la Constitution. L'art. 53 al. 2 CPC 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 ». Cette disposition garantit le droit d'être entendu pour l'ensemble du champ d'application du CPC³. Norme inscrite dans la partie générale du Code, elle vaut pour toutes les procédures que celle-ci institue⁴.

4. La portée de l'art. 53 al. 1 CPC se calque sur celle de l'art. 29 al. 2 Cst.⁵ Cette disposition garantit en particulier aux parties la possibilité de prendre connaissance des pièces du dossier, de faire administrer des preuves sur des faits importants pour la décision envisagée, de participer à l'administration de l'ensemble des preuves et de faire valoir ses arguments⁶. Il comprend le droit de se faire représenter et assister en justice⁷.
5. Le droit d'être entendu trouve sa consécration, outre à l'art. 53 CPC, dans diverses dispositions de la partie générale du Code. L'art. 68 CPC traite de la représentation des parties. L'art. 155 al. 3 CPC retient que les parties ont le droit de participer à l'administration des preuves, participation explicitée par exemple à l'art. 173 CPC en matière de témoignage et à l'art. 185 al. 2 CPC en matière d'expertise. La verbalisation des témoignages (art. 176 CPC) et des interrogatoires (art. 193 CPC), ainsi que le procès-verbal des visions locales (art. 182 CPC) sont aussi une expression du droit d'être entendu⁸.
6. Les dispositions spéciales organisant les diverses procédures prévues par le CPC garantissent également le droit d'être entendu des parties : réponse (art. 222 CPC) et détermination orale ou écrite (art. 245, 253, 341 al. 2 CPC), audiences de conciliation (art. 203 CPC), de débats

³ TF 5A_350/2013 du 8 juillet 2013, consid. 2.1.3, RSPC 2013 367.

⁴ TF 5A_350/2013 du 8 juillet 2013, consid. 2.1.3, RSPC 2013 367.

⁵ Message CPC, FF 2006 6888 ; TF 4A_527/2011 du 5 mars 2012, consid. 2.6 ; TF 5A_350/2013 du 8 juillet 2013, consid. 2.1.3, RSPC 2013 367.

⁶ Parmi beaucoup d'autres : ATF 135 II 286 consid. 5.1 ; 133 I 270 consid. 3.1 ; 132 V 368 consid. 3.1 ; 126 I 15, consid. 2a ; 122 I 109, consid. 2a.

⁷ ATF 119 Ia 261, SJ 1994, 219 ; 105 Ia 288, JdT 1980 I 18.

⁸ ATF 126 I 15, consid. 2a/aa.

d’instruction (art. 226, 246 al. 2 CPC) et de débats principaux (art. 228 ss, 245 al. 1 CPC). Elles seront traitées en détail dans la deuxième partie de cette contribution.

7. Lorsqu’une norme spéciale ne traite pas de la question de manière spécifique, l’art. 53 CPC trouve application. Ainsi, alors même que le Code ne précise pas expressément que la partie adverse doit avoir la possibilité de s’exprimer à l’occasion d’une procédure d’appel, sur une requête d’effet suspensif au sens de l’art. 315 al. 5 CPC, avant que celui-ci ne soit accordé, la règle découle de l’art. 53 CPC⁹.

B. Le droit de réplique : en particulier

1. La portée

8. Le droit de réplique est une expression spécifique du droit d’être entendu, consacré à l’art. 29 al. 2 Cst. et du droit à un procès équitable au sens de l’art. 6 § 1 CEDH¹⁰. L’art. 29 al. 2 Cst. l’étend à toutes les procédures judiciaires, y compris celles qui ne sont pas visées par l’art. 6 § 1 CEDH¹¹.
9. Le droit de réplique impose aux tribunaux de porter toute prise de position de l’autorité inférieure, détermination de la partie adverse ou pièce nouvelle¹² qui leur parvient à la connaissance des parties et de donner à ces dernières la possibilité de se déterminer à leur sujet¹³. La règle est absolue (*unbedingtes Replikrecht*¹⁴). Elle s’applique, que la détermination ou écriture fasse état ou non de nouveaux faits ou arguments et soit susceptible ou non d’influencer la décision du

⁹ TF 5A_350/2013 du 8 juillet 2013, consid. 2.1.3, RSPC 2013 367.

¹⁰ ATF 133 I 100, consid. 4.6, JdT 2008 I 368.

¹¹ ATF 133 I 100, JdT 2008 I 368. Voir également ATF 138 I 154, consid. 2.3, JdT 2013 I 121.

¹² TF 5A_299/2013 du 6 juin 2013, consid. 5.1 ; TF 5A_535/2012 du 6 décembre 2012, consid. 2.1.

¹³ 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.

¹⁴ ATF 138 I 484, consid. 2.3 ; TF 5A_155/2013 du 17 avril 2013, consid. 1.4, à paraître in RSPC 2013.

tribunal¹⁵. Cependant, une lettre par laquelle une partie prie le juge de statuer sur la base des documents déposés par l'autre n'est pas une « détermination » et n'a pas à être transmise à l'autre partie. Elle n'offre pas non plus le droit de répliquer¹⁶.

10. Le fondement du droit de réplique est la confiance des justiciables en la justice, qui se base notamment sur la certitude de pouvoir se déterminer par rapport à toute pièce du dossier¹⁷. Il appartient dès lors aux parties d'apprécier si un document nécessite un commentaire¹⁸.
11. La formulation utilisée par le Tribunal fédéral est désormais la suivante : « *Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt, dass die Gerichte die rechtserheblichen Vorbringen der Parteien anhören und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen (BGE 124 I 241 E. 2 S. 242). Diese Garantien umfassen das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten. Es ist Sache der Parteien zu beurteilen, ob eine Entgegnung erforderlich ist oder nicht (BGE 138 I 484 E. 2.1 S. 485 f., 154 E. 2.3 S. 157; 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197; 133 I 100 E. 4.3-4.6 S. 102 ff.; je mit Hinweisen)* »¹⁹.
12. Un droit inconditionnel à la réplique existe, que le tribunal ait ou non ordonné un deuxième échange d'écritures, fixé un délai pour l'exercer ou simplement transmis la détermination ou l'écriture pour information ou prise de connaissance²⁰.

¹⁵ ATF 133 I 100, consid. 4.3, JdT 2008 I 368, et les réf. à la jurisprudence de la CourEDH; 137 I 195, consid. 2.3.1; 138 I 154, consid. 2.3.3; 138 I 484, consid. 2.1. Voir aussi TF 5D_8/2011 du 8 mars 2011, RSPC 2011 279; TF 5D_153/2011 du 21 novembre 2011, RSPC 2012 180, et les réf.

¹⁶ TF 5D_153/2011 du 21 novembre 2011, RSPC 2012 180.

¹⁷ ATF 133 I 100, consid. 4.3, JdT 2008 I 368 et les réf. à la jurisprudence de la Cour EDH.

¹⁸ ATF 138 I 484, consid. 2.1.

¹⁹ TF 4A_736/2012 du 30 mai 2013, consid. 3.1. Voir aussi, en français, TF 9C_193/2013 du 22 juillet 2013, consid. 2.1.2.

²⁰ ATF 138 I 484, consid. 2.2; 132 II 42, consid. 3.3.3-3.3.4, JdT 2008 I 110; 133 I 98, consid. 2.2, JdT 2008 I 368.

13. Lorsque les règles de procédure applicables ne prévoient pas de nouvel échange d'écritures, le Tribunal fédéral a été d'avis dans un premier temps que les prises de position pouvaient être notifiées à titre d'information, sans invitation formelle à répliquer à l'adresse de la partie adverse²¹. Cette position a été rapidement nuancée, suite à une condamnation de la Suisse dans l'arrêt *Schaller-Bossert c. Suisse* du 28 octobre 2010²², pour n'avoir pas rendu attentive une justiciable non représentée à son droit de réplique devant le Tribunal fédéral²³.
14. Devant la Haute Cour, la pratique est désormais la suivante : « à réception d'un mémoire qui, à son avis, n'appelle pas de détermination 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 précitée²⁴.
15. Les tribunaux ne sont cependant pas tenus de reprendre cette pratique. A lire l'arrêt *Joos c. Suisse* du 15 novembre 2012²⁵, lorsque le justiciable est représenté par un avocat ou par une personne qui a de bonnes connaissances en droit, une simple transmission, sans indication du droit de réplique inconditionnel, ne viole en principe pas ce droit, si

²¹ ATF 132 I 42, consid. 3.3.3, JdT 2008 I 110 ; 133 I 98, consid. 1.2, JdT 2007 I 379 ; 133 I 100, consid. 4.8, JdT 2008 I 368.

²² Req. n° 41718/05, § 42.

²³ ATF 138 I 484, consid. 2.3.

²⁴ TF 4A_332/2011 du 21 novembre 2011, RSPC 2012 90.

²⁵ Req. n° 42345/07, §§ 30-32.

celui-ci dispose du temps suffisant pour exercer son droit avant que la décision ne tombe²⁶.

16. Le droit de réplique est violé lorsque le tribunal affirme que l'échange d'écritures est terminé en envoyant la réponse à la partie adverse, une telle pratique privant de fait le recourant de la possibilité de se déterminer²⁷.

2. L'exercice

17. Le droit de réplique doit être exercé avec *célérité*. La partie qui estime nécessaire de se déterminer par rapport à une prise de position qui lui a été transmise doit en principe immédiatement déposer une détermination ou requérir la possibilité d'en déposer une. A défaut, on présume qu'elle renonce à prendre position²⁸. Ainsi, le Tribunal fédéral retient qu'un délai inférieur à dix jours ne suffit pas à garantir l'exercice du droit de répliquer de manière spontanée, tandis qu'un délai supérieur à vingt jours permet, en l'absence de réaction, d'inférer qu'il a été renoncé au droit de répliquer²⁹. Si une partie *requiert un délai* pour se prononcer, le Tribunal doit se prononcer sur cette requête (et accorder un délai³⁰), faute de quoi il viole le droit de réplique inconditionnel³¹. Le tribunal peut bien sûr, en notifiant un acte, accorder un délai plus bref pour prendre position.

²⁶ ATF 138 I 484, consid. 2.3. En français : TF 9C_193/2013 du 22 juillet 2013, consid. 2.1.2.

²⁷ ATF 132 I 42, consid. 3.3.2, JdT 2008 I 110 et les réf. à la jurisprudence de la CourEDH.

²⁸ ATF 138 I 484, consid. 2.3 ; 133 I 100, consid. 4.8, JdT 2008 I 368 ; 133 I 98, consid. 1.2, JdT 2007 I 379 ; 132 I 42, consid. 3.3.3-3.3.4, JdT 2008 I 110.

²⁹ TF 9C_193/2013 du 22 juillet 2013, consid. 2.1.2 ; 5A_155/2013 du 17 avril 2013, consid. 1.4, à paraître in RSPC 2013 ; 1B_407/2012 du 21 septembre 2012, consid. 2.2, ainsi que 1B_459/2012 du 16 novembre 2012, et les réf. détaillées.

³⁰ Le délai dépendra du temps raisonnablement nécessaire pour prendre position sur l'acte en cause, voir HUNSPERGER RETO/WICKI JODOK, Fallstricke des Replikrechts im Zivilprozess und Lösungsvorschläge de lege ferenda, PJA 2013 975, 981.

³¹ ATF 133 I 100, consid. 4.7-4.8, JdT 2008 I 368 ; TF 5A_42/2011 du 21 mars 2011, consid. 2.2, RSPC 2011 280.

18. Le délai pour exercer son droit de réplique inconditionnel ne part qu'avec la *notification officielle* de l'acte. Seule celle-ci fait courir le délai précité, comme l'a jugé récemment le Tribunal fédéral³². En 2011, la Cour suprême du canton de Berne³³ avait jugé que le délai pour répliquer spontanément partait dès la connaissance de la prise de position concernée, qu'elle ait été transmise par l'autorité saisie, par la partie adverse ou l'autorité précédente. Cette décision avait suscité bien des interrogations. Elle avait convaincu la FSA de modifier, peut-être un peu précipitamment, son Code de déontologie, afin de ne plus prévoir l'obligation pour l'avocat de délivrer à son confrère une copie de ses communications aux autorités et tribunaux (abrogation de l'art. 25 CSD au 25 juin 2012). Certains cantons avaient alors réintroduit l'obligation sur un plan cantonal, celle-ci ne changeant à vrai dire pas grand-chose à la problématique, l'avocat ayant toujours le droit de transmettre une copie directe, faisant ainsi partir le délai de réplique à sa guise suivant l'approche bernoise. Le Tribunal fédéral retient cependant de manière raisonnable qu'une partie ne peut partir de l'idée qu'une décision va tomber avant qu'une copie de l'acte de la partie adverse lui soit transmise officiellement³⁴.
19. En revanche, il ne suffit pas de demander préventivement la possibilité de répliquer dans l'acte précédent. Ce droit doit être exercé après la notification de l'acte concerné, en fonction de celui-ci³⁵.
20. Le droit de réplique ne permet pas de détourner les règles sur l'allégation des faits et des moyens. Le Tribunal fédéral retient ainsi qu'« il est exclu que le recourant présente après la fin du délai de recours des conclusions et des griefs qu'il pouvait déjà faire valoir dans son acte de recours »³⁶.

³² TF 4A_660/2012 du 18 avril 2013, consid. 2.2.

³³ ZK 11 220 du 8 juillet 2011, RSJ 2012 529 N 26.

³⁴ TF 4A_660/2012 du 18 avril 2013, consid. 2.2.

³⁵ ATF 132 I 42, consid. 3.3.4, JdT 2008 I 110 ; 133 I 98, consid. 2.3, JdT 2008 I 368.

³⁶ ATF 132 I 42, consid. 3.3.4, JdT 2008 I 110, qui renvoie aux ATF 131 I 291, consid. 3.5 ; 125 I 71, consid. 1d/a, JdT 2002 I 278.

II. Droit de réplique dans les diverses procédures

21. Le procès se décline en une succession d'actes. Le droit de réplique inconditionnel donne la faculté à chaque partie de se prononcer sur ceux des parties adverses ou de tiers. Ce droit doit être pris en compte dans le déroulement de chaque procédure et peut imposer son réaménagement dans la mesure où les règles de procédure applicables organisent les prises de positions respectives des parties, en les circonscrivant dans un cadre déterminé, propre à chaque type de procédure et en fonction des spécificités de celui-ci. Ainsi, le préalable de conciliation, les procédures ordinaire, simplifiée et sommaire répondent chacun à un régime propre, qui va être détaillé ci-après.

A. La procédure de conciliation

22. Le préalable de conciliation vise à permettre une résolution rapide et à moindres frais des litiges. Le processus de conciliation est souhaité informel (art. 201 CPC)³⁷, afin d'assurer un véritable espace de dialogue, dans le but d'aboutir à une solution transigée³⁸.
23. Si les échanges entre les différents intervenants peuvent être relativement libres à l'audience de conciliation³⁹, le cadre dans lequel évolue cette procédure demeure formel. La requête de conciliation est en effet introductive d'instance (art. 62 al. 1 CPC) ; elle fixe l'objet du litige (art. 64 al. 1 let. a CPC).
24. L'art. 202 al. 2 CPC prévoit que la requête de conciliation contient la désignation de la partie adverse, les conclusions et la description de l'objet du litige. Selon l'alinéa 3, celle-ci est notifiée sans retard à la partie adverse, avec la citation à l'audience. L'alinéa 4 précise que l'autorité de conciliation paritaire en matière de bail de l'art. 200 CPC peut ordonner à titre exceptionnel un échange d'écritures préalable, si une proposition de jugement au sens de l'art. 210 CPC ou une décision au sens de l'art. 212 CPC est envisagée. La volonté du législateur était

³⁷ Message CPC, FF 2006 6938.

³⁸ Message CPC, FF 2006 6860.

³⁹ CPC-BOHNET, art. 201 N 4.

d'éviter que l'échange préalable ne devienne la règle, la procédure de conciliation devant demeurer informelle et rapide⁴⁰.

25. Si l'art. 202 CPC ne le prévoit pas expressément, il nous paraît que le principe de l'égalité des armes autorise la partie adverse à déposer une détermination écrite jusqu'à l'audience⁴¹. Le Tribunal fédéral l'admet pour la conciliation en procédure de divorce⁴². Cela doit manifestement être le cas lorsque l'autorité de conciliation envisage de rendre une proposition de jugement ou une décision : une prise de position orale à l'audience n'est pas l'équivalent de l'acte écrit déposé par le requérant. Si le refus du formalisme explique que l'on renonce à imposer un échange préalable, interdire le dépôt d'une réponse au défendeur qui souhaite s'exprimer par écrit constitue également un formalisme injustifié⁴³. Quand seule une conciliation doit prendre place, la détermination écrite de l'adversaire permet à l'autorité de se préparer et il n'existe aucune justification à l'interdiction d'un tel acte.
26. Si le défendeur a le droit de déposer une détermination écrite, l'autorité n'a pas à l'inviter à le faire hors de l'hypothèse de l'art. 202 al. 3 CPC, et encore moins à l'y contraindre, comme le Tribunal fédéral l'a justement retenu en matière d'audience de conciliation avant divorce⁴⁴.
27. Si l'autorité de conciliation décide, avec l'accord des parties, de tenir plusieurs audiences (art. 203 al. 4 CPC), ou si elle fixe un délai à l'une d'elles pour le dépôt d'une pièce ou d'un acte, l'autre peut faire valoir son droit de réplique inconditionnel (N 8) pour se prononcer, selon les modalités décrites plus haut (N 17). Si elle en fait usage, son adversaire

⁴⁰ Voir BO CN 2008 954-956.

⁴¹ CPC-BOHNET, art. 202 N 9 ; BOHNET FRANÇOIS, Des formes écrite et orale en procédure civile suisse, RDS 2012 463. *Contra*, mais sans justification particulière : HOFMANN DAVID/LÜSCHER CHRISTIAN, Le Code de procédure civile, Berne 2009, p. 128.

⁴² ATF 138 III 366, RSPC 2012 315. Le Tribunal fédéral se réfère en particulier à CPC-TAPPY, art. 291 N 5, qui invoque en particulier le principe de l'égalité des armes.

⁴³ BOHNET FRANÇOIS, Le droit du bail en procédure civile suisse, 16^e séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2010, N 65.

⁴⁴ ATF 138 III 366, RSPC 2012 315.

peut en faire de même, et ainsi de suite, pour autant que l'écrit en cause soit une détermination (N 9).

B. La procédure ordinaire

28. Le procédure ordinaire s'applique aux causes présentant une valeur litigieuse dépassant CHF 30'000.– (art. 219 CPC et 243 CPC *a contrario*), sous réserve de certaines affaires à connotation sociale prononcée, soumises à la procédure simplifiée quelle que soit l'importance du litige (art. 243 al. 2 CPC). Cette procédure suit le schéma classique du procès soumis à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), qui se déroule en phases structurées et qui se caractérise par une certaine technicité⁴⁵.
29. Précédée en principe d'un préalable de conciliation (art. 197 CPC), la procédure ordinaire débute par le dépôt de la demande (art. 220 CPC), dans la forme prescrite à l'art. 221 CPC. Elle se poursuit par le dépôt d'une réponse, à déposer dans le délai fixé par le juge (art. 222 al. 1 CPC). Faute de réponse déposée dans le délai accordé (voire prolongé, art. 144 al. 2 CPC), le juge fixe un bref délai supplémentaire au défendeur pour se prononcer (art. 223 al. 1 CPC). Si ce délai demeure inutilisé, le tribunal rend la décision finale si la cause est en état d'être jugée, la cite aux débats principaux dans le cas contraire (art. 223 al. 2 CPC).
30. Une fois la réponse intervenue, le juge ordonne un *second échange d'écritures* si les circonstances le justifient (art. 225 CPC). La jurisprudence du Tribunal fédéral sur le droit de réplique implique que ce deuxième tour soit en principe accordé lorsqu'il est requis, car à défaut, le demandeur peut toujours répliquer de manière spontanée dans un bref délai⁴⁶. A notre avis, si le demandeur requiert un second tour d'écritures, le juge devrait spontanément lui fixer un délai pour exercer son droit de réplique inconditionnel (N 8). Il serait excessivement formaliste de considérer qu'il revient à l'intéressé de demander non seulement un second tour, mais également, à titre

⁴⁵ Message CPC, FF 2006 6863.

⁴⁶ ATF 138 III 252, RSPC 2012 322 avec note de BOHNET.

subsidaire, un délai pour l'exercice de son droit de réplique inconditionnel (N 17).

31. Le fait que le demandeur puisse compléter oralement ses allégués à une éventuelle audience d'instruction (art. 226 al. 2 CPC) ou, faute d'une telle audience, en début des débats principaux (art. 229 al. 2 CPC), ne fait pas obstacle à son droit d'user de la *forme écrite* pour exercer son droit de réplique inconditionnel, en vertu du principe de l'égalité des armes : une prise de position orale, le cas échéant transcrite dans sa substance au procès-verbal (art. 235 al. 2 CPC), ne remplace par un acte écrit⁴⁷. Ce droit de réplique par écrit doit d'autant plus être reconnu qu'un complément oral en début des débats principaux est exclu si un deuxième échange d'écritures a été ordonné (art. 229 al. 2 CPC, *a contrario*). Or le droit de réplique inconditionnel autorise le demandeur à répliquer à la duplique⁴⁸. Il serait ainsi illogique d'autoriser dans ce cas un acte écrit et de le refuser lorsqu'il n'y a pas de second échange d'écritures
32. En cas de réplique à la duplique, le défendeur peut également exercer son droit de réplique, et ainsi de suite, tant que l'une des parties ne décide pas de mettre un terme à l'échange. Dans la mesure où ces échanges interviennent avant les débats principaux, les parties ne sont pas limitées dans leurs allégations et moyens de preuve⁴⁹.
33. Si un *complément aux écritures d'une partie* se fonde sur des faits intervenus depuis le dernier échange d'écritures (cf. art. 229 CPC), il faut admettre le dépôt, sans retard, d'un acte écrit qui interviendra dès lors en principe avant l'audience de débats principaux, et qui ouvrira le droit de réplique inconditionnel de l'adversaire. Lorsque l'allégation de *novas* ou de pseudo *novas* intervient à l'audience et qu'elle implique pour l'adversaire un examen approfondi et qu'une prise de position orale immédiate ne suffit pas à garantir le caractère contradictoire des débats, celui-ci peut requérir la fixation d'une nouvelle audience lors de laquelle

⁴⁷ BOHNET (n. 41), p. 465. *Contra* : CPC-TAPPY, art. 225 N 9.

⁴⁸ ZK ZPO-LEUENBERGER, art. 225 N 17 ; BK ZPO-KILLIAS, art. 225 N 10.

⁴⁹ ZK ZPO-LEUENBERGER, art. 225 N 17, semble être d'un autre avis.

sa prise de position pourra intervenir⁵⁰. Le même régime devrait s'appliquer en cas de modification de la demande (art. 227 et 230 CPC).

34. Au cours des débats, toute *requête incidente* doit être transmise à la partie adverse, afin que celle-ci puisse se prononcer. Une demande de *prolongation de délai* (art. 144 al. 2 CPC) peut cependant être traitée sans notification préalable à l'adversaire⁵¹, pour une question évidente de praticabilité, et ce à moins qu'il ne s'agisse d'une demande qui sort de l'ordinaire et pour laquelle une prise de position se justifie⁵². On devrait aussi l'admettre lorsqu'une mesure d'instruction doit être prise dans l'urgence, par exemple une décision sur requête de report des débats pour un motif intervenu peu avant l'audience.
35. Le droit de réplique sur une requête incidente n'autorise pas une partie à introduire par ce biais des faits ou moyens de preuves nouveaux, en violation des règles de procédure applicables en la matière (art. 229 ss CPC).
36. Au stade des plaidoiries, l'allégation de faits ou moyens de preuves nouveaux est prohibée. Cela ne change rien au fait qu'une partie doit pouvoir se prononcer sur les arguments, en particulier juridiques, invoqués par l'autre. La limitation à deux échanges (art. 232 CPC) ne résiste pas au droit de réplique inconditionnel. Seul l'abus de droit (art. 52 CPC) peut limiter un éventuel échange sans fin⁵³.

C. La procédure simplifiée

37. La procédure simplifiée s'applique aux causes dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.- et dans différentes affaires de nature sociale (art. 243 CPC). La procédure mise en place dans ce type de

⁵⁰ BOHNET (n. 40), p. 465.

⁵¹ Mais non en revanche une demande de restitution de délai, voir art. 149 CPC.

⁵² Voir en particulier BK ZPO-FREI, art. 144 N 17 et DIKE ZPO-MERZ, art. 144 N 12, avec des arguments en ce sens.

⁵³ Voir JEANNERET YVAN, dans cet ouvrage, Le droit de réplique en procédure pénale, N 38.

litiges se veut sans complication, afin de garantir l'accès à la justice à tout un chacun⁵⁴.

38. Précédée en principe d'un préalable de conciliation (art. 197 CPC), la procédure débute par le dépôt de la demande simplifiée (art. 244 CPC), sans nécessité d'allégués et de preuves, la simple description de l'objet du litige et des conclusions suffisant. L'intention du législateur est de maintenir une procédure très simple formellement dans les « petits litiges » dont la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.- ou dont le caractère social est marqué (art. 243 CPC). Ainsi, les actes qui précèdent les débats peuvent être fortement limités, l'ensemble des opérations intervenant en audience, devant le juge, selon le modèle des anciennes procédures orales.
39. D'après l'art. 245 al. 2 CPC, lorsque la demande est motivée, le tribunal fixe un délai au défendeur pour se prononcer par écrit. A défaut, le juge cite immédiatement les parties aux débats (art. 245 al. 1 CPC). A notre sens, même dans cette seconde hypothèse, le défendeur a toujours la possibilité de se prononcer par écrit jusqu'à l'audience citée pour débats sur la demande. Le juge ne peut pas lui retourner une prise de position écrite spontanée en soutenant que la demande n'est pas motivée⁵⁵. Ce serait porter atteinte au droit du défendeur de se prononcer par écrit en vertu du principe de l'égalité des armes, qui ne peut être remis en cause par le choix du demandeur de renoncer à une demande motivée. Le demandeur pourra alors faire usage de son droit de réplique inconditionnel à l'égard de cette réponse, et ainsi de suite.

D. La procédure sommaire

40. La procédure sommaire vise en principe le prononcé rapide d'une décision qui ne tranche que provisoirement le litige (mesures provisionnelles ; mainlevée provisoire de l'opposition), ou qui le tranche définitivement lorsque la solution est évidente (cas clair)⁵⁶.

⁵⁴ Message CPC, FF 2006 6843, 6863.

⁵⁵ Comp. en conciliation ATF 138 III 366, consid. 3.2.2, RSPC 2012 315 et note BOHNET.

⁵⁶ Message CPC, FF 2006 6956 s.

41. La requête en justice qui débute la procédure sommaire n'est pas précédée d'un préalable de conciliation (art. 198 let. a CPC). Elle peut être rédigée simplement, le seul exposé de l'objet du litige et des conclusions du requérant étant suffisants⁵⁷. Le défendeur se prononce par écrit lorsque le tribunal renonce aux débats, ou oralement à l'audience (art. 253 CPC). A notre sens, le défendeur a toujours la possibilité de déposer une réponse écrite jusqu'à l'audience, s'il en est tenue une⁵⁸. Le principe de l'égalité des armes l'impose⁵⁹.
42. Si le défendeur ne répond pas dans le délai fixé, le juge devrait en principe 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)⁶⁰. Le Tribunal fédéral a cependant retenu que l'octroi d'un tel délai ne s'imposait pas en mainlevée provisoire de l'opposition, une décision devant tomber à brève échéance⁶¹.
43. Lorsqu'une réponse a été déposée, le demandeur peut requérir un deuxième échange exceptionnel, et, lorsqu'il est refusé, faire usage de son droit de réplique inconditionnel⁶². Comme la décision doit en principe tomber dans un délai bref, en particulier en matière de mainlevée (délai d'ordre de 5 jours selon l'art. 84 al. 2 LP), il doit exercer ce droit immédiatement, ou demander formellement un délai pour se prononcer, qui ne peut pas lui être refusé⁶³. Si la possibilité de répondre sur la prise de position finale de la partie adverse a été

⁵⁷ BOHNET, (n. 41), p. 467

⁵⁸ Comp. en conciliation ATF 138 III 366, consid. 3.2.2, RSPC 2012 315 et note BOHNET.

⁵⁹ Dans l'ATF 138 III 366, consid. 3.2.2, RSPC 2012 315, le Tribunal fédéral se réfère à CPC-TAPPY, art. 291 N 5, qui invoque en particulier le principe de l'égalité des armes.

⁶⁰ BOHNET (n. 41), p. 468.

⁶¹ ATF 138 III 483, consid. 3.2.4.

⁶² ATF 138 III 252, consid. 2.2, RSPC 2012 322.

⁶³ TF 5A_42/2011 du 21 mars 2011, consid. 2.4, RSPC 2011 280.

octroyée par le tribunal sans fixation formelle d'un délai, le défendeur ne peut pas attendre plus de sept à dix jours pour répondre⁶⁴.

E. La procédure d'appel

44. Une fois l'appel formé par mémoire motivé (art. 311 CPC), le requis dispose, dès notification, de trente jours pour répondre ou former un appel joint (art. 312 CPC). Le délai est de dix jours lorsque l'appel porte sur une décision prise en procédure sommaire. Dans ce cas, l'appel joint est exclu (art. 314 al. 2 CPC).
45. 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. Lorsqu'un second échange est refusé, le recourant peut cependant exercer son droit de réplique inconditionnel (N 8)⁶⁵. Il peut aussi procéder ainsi, sans requérir de deuxième tour d'écritures. L'intimé peut user du même droit dès notification de cette détermination. Il en va ainsi pour toute prise de position ultérieure dans le dossier, selon les modalités décrites plus haut (N 17).

F. La procédure de recours

46. La réponse doit intervenir dans les trente jours dès la notification du recours motivé (art. 322 al. 2 CPC). Le délai est de dix jours lorsque le recours porte sur une décision prise en procédure sommaire ou une ordonnance d'instruction (art. 322 al. 2 CPC). Le recours joint est exclu (art. 323 CPC).
47. L'autorité de jugement peut être invitée à se prononcer sur le recours (art. 324 CPC). Cela s'explique par le caractère non dévolutif du recours : l'autorité supérieure « juge le jugement ». Si un second tour d'écritures n'est pas prévu par le Code, le recourant et l'intimé doivent cependant pouvoir prendre position sur les observations de l'instance précédente, en vertu de leur droit de réplique inconditionnel (N 8)⁶⁶. Le

⁶⁴ TF 5A_449/2012 du 20 août 2012, consid. 2.

⁶⁵ ATF 138 III 252, consid. 2.2, RSPC 2012 322.

⁶⁶ Comp., en procédure d'appel, ATF 138 III 252, consid. 2.2, RSPC 2012 322.

recourant peut user du même droit pour se prononcer sur la réponse de l'intimé, et ainsi de suite (N 17).

III. Conclusion

48. Le droit de réplique inconditionnel garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 6 § 1 CEDH n'est pas sans incidence sur le déroulement des procédures organisées par le CPC. Une stricte limitation des tours d'écritures ou de paroles est prohibée. Une partie est toujours en droit de prendre position sur un écrit de l'autre partie ou un document que celle-ci ou un tiers verse au dossier. Cet échange se termine lorsqu'une partie considère qu'il est préférable pour elle de ne pas ajouter de nouveaux éléments au procès (dans le respect des règles de procédure applicables) et de le voir avancer.
49. A notre sens, le principe de l'égalité des armes déduit de l'art. 6 § 1 CEDH garantit à chaque partie le droit de s'exprimer selon un mode de communication identique à celui de son adversaire, comme le retient le Tribunal fédéral en matière de conciliation en procédure de divorce (N 25, 41). Il peut être répondu par écrit à un acte revêtant cette forme. La volonté d'accélérer le procès, par exemple en procédure sommaire, ne peut pas avoir pour conséquence d'empêcher une partie de s'exprimer par écrit sur une requête en justice. Sa prise de position orale à l'audience ne lui garantit pas un traitement équitable, sa position n'étant qu'inscrite en substance au procès-verbal.
50. Ces deux principes – droit de s'exprimer sur toute prise de position ou pièce et droit de le faire dans la même forme que l'adversaire – encadrent toute procédure civile. Les règles du CPC doivent être interprétées dans ce sens et, le cas échéant, leur céder le pas.