

# La face cachée du Code de procédure civile suisse



François Bohnet, avocat,  
professeur à l'Université  
de Neuchâtel

Le Code de procédure civile suisse entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011. S'il faut saluer la fin du particularisme procédural cantonal en matière civile, force est de constater que le CPC recèle de nombreuses zones d'ombre qui pourraient, dans un premier temps du moins, en ternir la réputation: celle d'être un code simple et accessible, au service du justiciable.

## 1. Le CPC en quelques mots

Voici bientôt deux ans que le Code de procédure civile suisse a été adopté par les Chambres fédérales, le 19 décembre 2008. Depuis, les lois cantonales de procédure civile survivent sous perfusion<sup>1</sup>, dans l'attente de l'annonce de la date d'entrée en vigueur du code suisse, récemment confirmée au 1er janvier 2011. Il aura ainsi fallu près d'un siècle pour que les dispositions appelées à assurer la consécration du droit privé fédéral soient unifiées au niveau suisse. C'est un pas important: on comptait dans notre pays autant de codes de procédure civile que dans toute l'Europe.

Le code est de bonne facture, plutôt bref et peu compliqué<sup>2</sup>. Il est le fruit d'une compilation de codes cantonaux, essentiellement alémaniques (on pense en particulier au préalable de conciliation, au rôle renforcé du juge et au déroulement du procès), encadrée par les nombreux principes de procédure établis par le Tribunal fédéral au cours du XX<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup>.

Le CPC comprend quatre parties: – une première partie composée des dispositions générales (art. 1-

196) qui fixent le cadre procédural (où agir, qui peut agir et contre qui, comment agir, quand agir, à quel coût?);

– une deuxième partie «spéciale» (art. 197-352), consacrée au déroulement des diverses procédures que le code envisage (procédure de conciliation, procédures ordinaires, simplifiée et sommaire, procédures spéciales du droit matrimonial et du partenariat enregistré, procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille, voies de recours, procédure d'exécution);

– une troisième partie consacrée à l'arbitrage en matière interne (art. 353-399);

– une quatrième partie portant sur les dispositions finales (art. 400-408).

Le but du législateur était de garantir au justiciable une procédure simple et adaptée aux besoins de la pratique<sup>4</sup>. Le CPC entend ainsi accorder une place particulière aux mécanismes alternatifs de résolution des conflits (conciliation et médiation) et prévoit des règles de procédure souples, en particulier pour les petits litiges et pour les causes relevant du droit civil social, tout en renforçant le rôle du juge<sup>5</sup>.

Dans les lignes qui suivent, nous allons évoquer diverses institutions et dispositions du code qui, dans leur application, pourraient susciter diverses interrogations et remettre en cause les buts assignés au CPC. Il faut en particulier insister sur le fait que bon nombre d'institutions ne sont qu'esquissées par le code, si bien qu'elles donneront nécessairement lieu à des débats nourris. Mais peut-être que la tactique était bonne au moment de trouver un consensus: à l'époque de la consultation, chacun a lu le projet et l'a interprété à la lumière de sa propre loi cantonale, pensant ainsi que sa pratique pourrait être maintenue dans le nouveau régime.

## 2. Le rôle renforcé du juge

Dans le procès civil classique, dont sont encore imprégnées bien des lois romandes de procédure, les parties s'opposent sous l'arbitrage du juge, qui s'assure du respect des règles du procès. Il est laissé aux parties le choix des passes d'armes ainsi qu'une grande marge de manœuvre dans l'invocation de leurs moyens.

Le Code de procédure civile suisse change de paradigme. Il fait du juge l'élément central du procès<sup>6</sup>. C'est lui qui détermine le cours de la procédure, dès la litispendance. L'article 124 CPC est l'une des dispositions clé du code: «Le tribunal conduit le procès. Il prend les décisions d'instruction nécessaires à une préparation et à une conduite rapides de la procédure.»

<sup>1</sup>Nous rendons ici hommage au professeur Jacques Haldy, qui avait utilisé cette jolie image au détour d'une conversation entre processualistes.

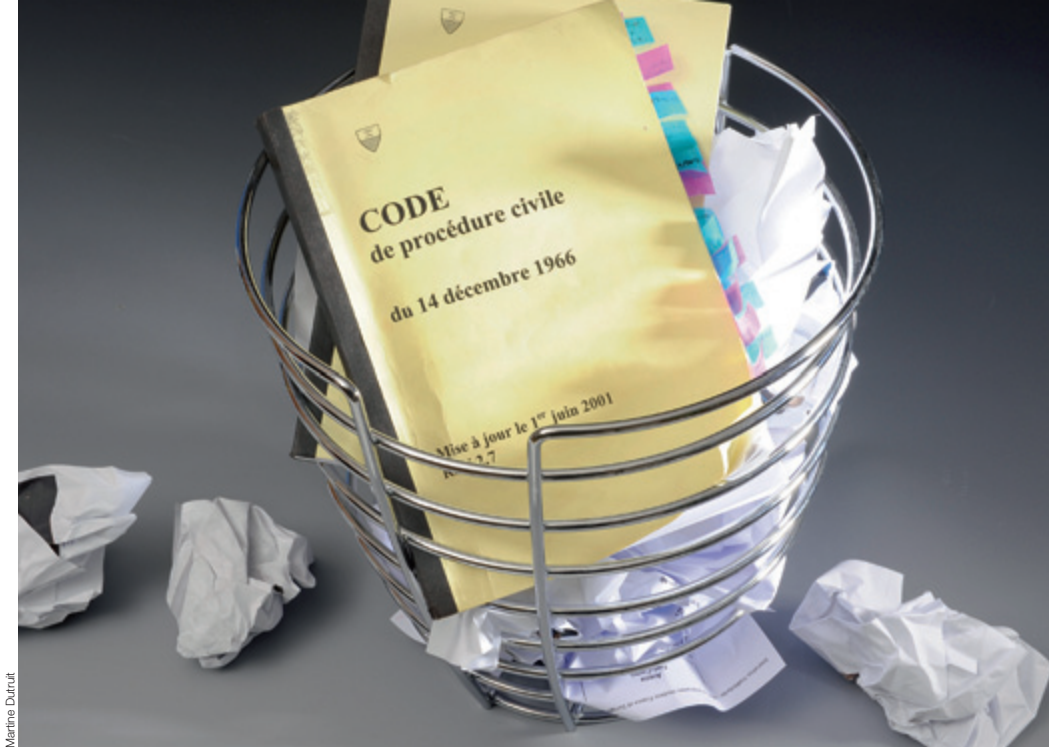
<sup>2</sup>Selon l'une des lignes directrices de la commission d'experts, FF 2006 6855, l'avant-projet doit «se limiter à l'essentiel et tenir compte des besoins de la pratique». Ces lignes directrices sont reprises par le Conseil fédéral, voir FF 2006 6859.

<sup>3</sup>Voir les remarques générales du message à ce propos, FF 2006 6852.

<sup>4</sup>FF 2006 6850.

<sup>5</sup>FF 2006 6843.

<sup>6</sup>FF 2006 6868.



On comptait dans notre pays autant de codes de procédure civile que dans toute l'Europe.

Examinons quelques points.

– Au stade de l'échange des écritures, c'est le juge, et non le code, qui fixe le délai dans lequel le défendeur doit déposer sa réponse (art. 222 CPC). C'est encore lui qui décide s'il accorde le droit aux parties de déposer une réplique et une duplique écrites (art. 225 CPC). Il examine si les actes des parties sont réguliers (art. 132 CPC) et recevables (art. 59–61 CPC).

– Le juge détermine l'ordre des débats (art. 125; 222 al. 3 CPC). De fait, les parties ne peuvent que lui suggérer de faire porter au préalable les débats sur tel ou tel point (compétence; autorité de la chose jugée; prescription).

– L'instruction, elle aussi, est placée sous la responsabilité du juge. En matière de preuves, le tribunal doit toujours indiquer, selon le message<sup>7</sup>, les faits à prouver, la partie qui a la charge de la preuve et si la partie adverse est autorisée à apporter la contre-preuve et par quel(s) moyen(s). Le principe est inscrit à l'article 154 CPC.

– Quant à l'audition des témoins, il revient également au juge d'y procéder (art. 172 CPC). Le juge doit demander à la personne interrogée d'exposer les faits de la cause qu'il a constatés. L'intervention des parties n'est prévue qu'au stade des questions complémentaires: l'article 173 CPC retient que les

parties peuvent demander que de telles questions soient posées au témoin ou qu'elles puissent les lui poser directement avec l'assentiment du tribunal. Le message relève cependant que le tribunal peut accepter exceptionnellement que les parties questionnent d'entrée les témoins, mais uniquement lorsque les questions directes ne risquent pas d'être captieuses<sup>8</sup>.

Si le code accorde au juge une grande marge de manœuvre, il lui impose par voie de conséquence une *importante responsabilité* et une connaissance du dossier dès son *initium*, et non au moment du prononcé du jugement seulement. Il sera ainsi essentiel que les juges disposent du temps – et de la volonté – nécessaire à la préparation minutieuse des dossiers, afin d'éviter que ceux-ci ne s'enlisent par la suite, en raison d'un manque d'organisation lors des premiers développements de l'affaire.

Autant dire également que les pratiques vont demeurer très variables d'un canton à l'autre – chacun reprendra ses usages –, et même d'un juge à l'autre, ce qui pourrait entraîner diverses difficultés, tant que la jurisprudence n'aura pas encadré quelque peu les grands principes de la loi. Les tribunaux ne manqueront d'ailleurs pas d'édicter des directives inter-nes plus ou moins contraignantes,

afin de préciser les points sur lesquels le code reste muet.

### 3. Les conditions de recevabilité

L'article 59 al. 2 CPC donne une liste exemplative des conditions de recevabilité d'une demande en justice. 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.

On peut regretter que ni l'immunité, ni la qualité pour agir, ni l'échéance des délais fixés pour agir en justice (déchéance), ni les vices formels, ni l'incapacité de postuler ou encore le défaut d'autorisation de procéder ne soient mentionnés<sup>9</sup>. Dans ces divers cas pourtant, le juge ne peut entrer en matière et doit déclarer le demandeur irrecevable (art. 60 CPC). On imagine aisément que certains cas feront l'objet de controverses, ce qui ne facilitera pas la résolution rapide des conflits. A priori,

<sup>7</sup> FF 2006 6949.

<sup>8</sup> FF 2006 6930.

<sup>9</sup> Voir François Bohnet, Les défenses en procédure civile suisse, RDS 2009 II 213.

<sup>10</sup> Voir François Bohnet, (n.8), p. 210.

<sup>11</sup> Voir François Bohnet, (n.8), p. 234.

le juge pourrait du reste refuser de statuer séparément sur une condition de recevabilité, ce qui n'est pas sans soulever diverses difficultés (refus du système de l'*Einlassungsverweigerung*, connu dans les cantons romands et qui permettait au défendeur de soulever d'entrée de cause un moyen de défense procédural que le juge était contraint de juger préalablement aux débats au fond<sup>10</sup>). La jurisprudence retient dans certains cas un droit à un examen d'entrée de certains moyens, comme celui de l'immunité<sup>11</sup>.

#### 4. La conciliation préalable

Le CPC prévoit que la procédure au fond est précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation (art. 197 CPC). La conciliation n'a toutefois pas lieu dans diverses procédures, en particulier en matière de divorce et d'état civil ainsi que dans la procédure sommaire (art. 198 CPC). Par ailleurs, les parties peuvent renoncer à la procédure de conciliation d'un commun accord dans les litiges patrimoniaux d'une valeur litigieuse de 100 000 fr. au moins. Le demandeur peut enfin renoncer à la procédure de conciliation lorsque le domicile ou le siège du défendeur est à l'étranger ou que son lieu de résidence est inconnu ainsi que dans les litiges relevant de la loi sur l'égalité du 24 mars 1995. Il aurait manifestement fallu, dans les matières sociales (bail, travail, consommation), limiter la possibilité de renoncer à la conciliation préalable aux cas où le litige est déjà survenu. En effet, le code permet au bailleur, à l'employeur ou au fournisseur de prévoir dans le contrat que la conciliation n'aura pas lieu lorsque le litige porte sur une valeur de plus de 100 000 francs. Or, celle-ci est facilement atteinte en matière de ré-

siliation du contrat de bail par exemple.

On peut par ailleurs regretter que le législateur fédéral ait renoncé à imposer aux cantons des autorités judiciaires de conciliation. Cette solution s'imposait à l'évidence pour des motifs d'indépendance. Il aurait aussi fallu exclure que le juge de la conciliation puisse intervenir comme juge du fond (l'art. 47 al. 2 let. b CPC prévoit l'inverse): on voit mal en effet comment il pourrait faire abstraction de ce qui a été dit devant lui dans la phase de conciliation. Là aussi, les particularismes cantonaux risquent d'avoir le dessus.

La conciliation est un moyen très performant pour éviter les procédures longues et coûteuses, mais à la condition que le juge chargé de concilier les parties dispose du temps et des moyens nécessaires à l'écoute des parties et à leur conciliation. A défaut, nous verrons peut-être des autorités de conciliation<sup>12</sup> citer des causes toutes les dix minutes et intervenir exclusivement comme bureau chargé de la délivrance des autorisations de procéder. C'est d'ailleurs la raison qui avait poussé plusieurs cantons romands à supprimer ou à restreindre la conciliation préalable qui avait été introduite après le passage de Napoléon<sup>13</sup>.

#### 5. L'apport des faits et la modification des conclusions

S'il se veut simple, le code est loin de l'être en matière d'apport des faits et de modification des conclusions. Les dispositions du projet ont été remaniées par les Chambres<sup>14</sup> et le texte adopté n'est pas d'une lecture facile. Il faut dire que, sur ce point, les codes allemands divergeaient passablement (maxime éventuelle appliquée très strictement à Bâle, alors que le ré-

gime d'invocation des faits est très souple à Lucerne par exemple) et qu'une majorité pour un système ou un autre a été plus difficile à trouver.

En bref, le régime adopté est le suivant:

– les parties doivent alléguer l'ensemble des faits et proposer leurs preuves dans leurs écritures (art. 221 ss);

– si un second échange d'écritures (art. 225 CPC) n'est pas accordé, des faits et moyens de preuves peuvent encore être ajoutés à l'ouverture des débats principaux. Cependant, si le juge a cité les parties à une ou plusieurs audiences d'instruction, lors desquelles les faits et moyens de preuves peuvent être librement complétés (art. 226 CPC), cette possibilité n'est plus offerte;

– en dehors de l'hypothèse qui précède, des faits et moyens de preuves nouveaux ne sont admis aux débats principaux que s'ils sont invoqués sans retard et qu'ils remplissent l'une des conditions suivantes (art. 229):

– ils sont postérieurs à l'échange d'écritures ou à la dernière audience d'instruction ou ont été découverts postérieurement (novas proprement dits dans la terminologie du code; let. a);

– ils existaient avant la clôture de l'échange d'écritures ou la dernière audience d'instruction, mais ne pouvaient être invoqués antérieurement bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (novas improprement dits dans la terminologie du code; let. b).

Les deux catégories se recoupent étonnamment puisqu'un fait découvert postérieurement à l'échange des écritures ou à la dernière audience d'instruction est qualifié de nova proprement dit, tout en consistant également en un nova improprement dit, puisqu'il s'agit d'un fait existant avant la clôture de l'échange

<sup>12</sup> Les statistiques neuchâteloises des autorités de conciliation en matière de bail sont très parlantes: la conciliation a abouti dans plus de 88% des 950 cas traités en 2008 (lire le *Rapport annuel du Tribunal cantonal 2006*, p. 34). L'autorité dispose des compétences et du temps nécessaires à l'exercice de ses tâches.

<sup>13</sup> Voir François Bohnet, Procédure civile suisse: Plaidoyer pour un retour vers le futur, in *Le temps et le droit*, Neuchâtel 2008, pp. 5 ss.

<sup>14</sup> Voir David Hoffmann/ Christian Lüscher, *Le Code de procédure civile suisse*, Berne 2009, p. 144 ss.

<sup>15</sup> Comp. pour une situation de ce genre, TF [07.11.2006] RSPC 2007 300.

d'écritures ou la dernière audience d'instruction, mais qui ne pouvait pas être invoqué antérieurement, puisqu'il a été découvert postérieurement. Si l'on veut exclure ce recoupement, il faut alors considérer que les pseudo-novas ne sont que les faits et moyens de preuve dont on avait connaissance auparavant, mais qu'on ne pouvait pas faire valoir à l'époque, par exemple une pièce égarée ou encore l'audition d'un témoin qui avait mentionné à la partie qu'il se prévaudrait du secret professionnel et qui annonce ensuite être d'accord de déposer<sup>15</sup>.

Il reviendra à la jurisprudence de détailler la notion d'invocation «sans retard». On peut en particulier s'interroger sur le régime qui sera retenu pour les faits qui se succèdent de manière répétée au cours du procès, par exemple des publicités constituant des actes de concurrence déloyale. Il faudrait à notre sens admettre une allégation «en bloc» avant la clôture de l'instruction (la notion de clôture n'apparaît d'ailleurs pas clairement; elle découle implicitement de l'art. 232 CPC).

Quant à la forme, l'article 235 al. 2 CPC prévoit que «les allégués des parties qui ne se trouvent pas dans leurs actes écrits sont consignés dans leur substance. Ils peuvent au surplus être enregistrés sur bandes magnétiques, vidéo ou par tout autre moyen technique approprié.» Il nous semble clair que les parties conservent la possibilité de déposer à l'audience ou auparavant un complément à leur dernier acte écrit;

– l'article 229 al. 3 CPC précise utilement que, lorsque le juge doit établir les faits d'office, il admet des faits et moyens de preuves nouveaux jusqu'aux délibérations;

– la modification des conclusions est régie par les articles 227 et 230 CPC, qu'on peut synthétiser ainsi:

– lors du second échange d'écritu-

res ou aux audiences d'instruction, 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 avec la dernière prétention (let. a) ou à défaut, en cas de consentement de la partie adverse (let. b);

– lors des débats principaux, aux mêmes conditions, mais uniquement si la prétention nouvelle ou modifiée se fonde sur des novas ou des pseudo-novas apportés à temps dans le procès (art. 230 CPC);

– 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;

– on retrouve le même mécanisme au stade de l'appel:

– les faits et moyens de preuves nouveaux ne sont pris en compte 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;

– quant aux conclusions, elles 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.

Le simple fait qu'il soit peu commode de le résumer démontre le caractère complexe du régime d'invocation des faits et des preuves et de modification de la demande retenu par le code. Si une certaine souplesse s'impose a priori, il faudra cependant être attentif à éviter de cautionner une pratique qui viserait à compléter à toute occasion les allégués et les preuves en vue de paralyser la procédure.

## 6. En guise de conclusion: les plaidoiries finales

Nous l'avons relevé, bien des dispositions du CPC soient rédigées en des termes qui demeurent généraux. Prenons l'exemple des plaidoiries finales qui, a priori, ne devraient pas susciter beaucoup d'interrogations. Le code précise à l'article 232 que les parties peuvent, au terme de l'administration des preuves, se prononcer sur les résultats de celle-ci et sur la cause: «Le demandeur plaide en premier. Le tribunal donne l'occasion aux parties de plaider une seconde fois. Les parties peuvent renoncer d'un commun accord aux plaidoiries orales et requérir le dépôt de plaidoiries écrites. Le tribunal leur fixe un délai à cet effet.»

Le texte de cette disposition est moins clair qu'il n'y paraît à première lecture. Les parties ont-elles le droit de «plaider par écrit» ou le juge se prononce-t-il souverainement? La première solution s'impose selon nous en vertu de la maxime des débats, mais on trouve déjà l'opinion inverse dans la doctrine<sup>16</sup>. Les mémoires écrits doivent-ils être échangés ou déposés l'un ensuite de l'autre? Le texte semble retenir la première solution, qui a cours généralement, mais il ne l'indique pas expressément, ni le message du reste<sup>17</sup>. Que dire ensuite du second tour? Intervient-il également en cas d'échange écrit? Et de nouveau par écrit? C'est la solution retenue par le Conseil fédéral<sup>18</sup>. Les parties peuvent-elles convenir, le cas échéant à l'avance, de plaidoiries orales après le premier échange des mémoires? On n'en sait rien pour l'instant. D'après le message enfin, «si les plaidoiries sont tenues oralement, la remise de *notes de plaidoiries* complémentaires est interdite». Le premier commentaire consacré au CPC retient la solution inverse<sup>19</sup>...

<sup>17</sup>Comp. FF 2006 6950. Gasser/Rickli (n. 14), art. 232 N 2 retiennent cette solution, pour des raisons de praticabilité.

<sup>18</sup>FF 2006 6950. Voir également Gasser/Rickli (n. 14), art. 232 N 2.

<sup>19</sup>Gasser/Rickli (n. 14), art. 232 N 2.